

Deusto Journal of Human Rights

Revista Deusto de Derechos Humanos

<http://djhr.revistas.deusto.es/>
DOI: <https://doi.org/10.18543/djhr>

ISSN 2530-4275
ISSN-e 2603-6002

No. 12 Year / Año 2023

DOI: <https://doi.org/10.18543/djhr122023>

Discriminación de las personas inmigrantes y el *policy making* de las normas e instituciones para la igualdad de trato

Contents / Índice:

Introducción, *Lorenzo Cachón Rodríguez*

I. ARTICLES / ARTÍCULOS

Non-discrimination of immigrants in Spain: contributions of new Spanish legislation on equal treatment and non-discrimination to the European and international sphere
Fernando Camas Roda

Policy coherence for vulnerability in migration. The crossroads of migrant integration governance
Sergio Moldes-Anaya y Adolfo Sommarribas

Equality bodies in the European Union: The Spanish independent authority for equal treatment
Ángeles Solanes Corella

The Court of Justice of the European Union on Ethnic and Racial Discrimination: An Analysis of the Application of Directive 2000/43/EC
Nacho Hernández Moreno

La futura Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación: diseño institucional para una prestación de asistencia independiente y efectiva
Laura García-Juan, Sara Benedi-Lahuerta y Xavier Alonso-Calderón

Diferencias de trato en los Estados miembros ante la afluencia masiva de personas desplazadas y solicitantes de protección internacional ¿Discriminación o aplicación justificada del Derecho de la Unión?
Francisco Javier Durán Ruiz

La interseccionalidad de la discriminación por razones de género, raza y etnia de las mujeres solicitantes de asilo víctimas de violencia de género en la UE. Especial referencia a la situación italiana
Natalia Elizabeth Vígano

La discriminación algorítmica y su impacto en la dignidad de la persona y los derechos humanos. Especial referencia a los inmigrantes
José Miguel Iturmendi Rubia

II. BOOK REVIEWS / CRÍTICAS BIBLIOGRÁFICAS

Instituto de Derechos Humanos PEDRO ARRUIPE Human Rights Institute

Deusto Journal of Human Rights

Revista Deusto de Derechos Humanos

DOI: <https://doi.org/10.18543/djhr>

Deusto Journal of Human Rights is included in:
La Revista *Deusto de Derechos Humanos* está incluida en:



FECYT-592/2023
Fecha de certificación: 28 de julio de 2023 (1ª convocatoria)
Válido hasta: 28 de julio de 2024



Deusto Journal of Human Rights

Revista Deusto de Derechos Humanos

No. 12

2023

DOI: <https://doi.org/10.18543/djhr122023>

Editorial Office / Oficina Editorial

Trinidad L. Vicente (Editor), Deusto Journal of Human Rights
University of Deusto
Pedro Arrupe Human Rights Institute
Apartado 1
48080 Bilbao, SPAIN
E-mail: revista.derechos.humanos@deusto.es
URL: <http://djhr.revistas.deusto.es/>

Copyright

Deusto Journal of Human Rights / Revista Deusto de Derechos Humanos is an Open Access journal; which means that it is free for full and immediate access, reading, search, download, distribution, and reuse in any medium only for non-commercial purposes and in accordance with any applicable copyright legislation, without prior permission from the copyright holder (University of Deusto) or the author; provided the original work and publication source are properly cited (Issue number, year, pages and DOI if applicable) and any changes to the original are clearly indicated. Any other use of its content in any medium or format, now known or developed in the future, requires prior written permission of the copyright holder.

Derechos de autoría

Deusto Journal of Human Rights / Revista Deusto de Derechos Humanos es una revista de Acceso Abierto; lo que significa que es de libre acceso en su integridad inmediatamente después de la publicación de cada número. Se permite su lectura, la búsqueda, descarga, distribución y reutilización en cualquier tipo de soporte sólo para fines no comerciales y según lo previsto por la ley; sin la previa autorización de la Editorial (Universidad de Deusto) o la persona autora, siempre que la obra original sea debidamente citada (número, año, páginas y DOI si procede) y cualquier cambio en el original esté claramente indicado. Cualquier otro uso de su contenido en cualquier medio o formato, ahora conocido o desarrollado en el futuro, requiere el permiso previo por escrito de la persona titular de los derechos de autoría.

© Universidad de Deusto
Apartado 1 - 48080 Bilbao, ESPAÑA
e-mail: publicaciones@deusto.es
Web: <http://www.deusto-publicaciones.es/>

ISSN: 2530-4275

ISSN-e: 2603-6002

Depósito legal: BI - 1.859-2016

Printed in Spain/Impreso en España

Editor / Directora

Trinidad L. Vicente Torrado (Universidad de Deusto, España)

Editorial Assistant / Asistente editorial

Gustavo de la Orden Bosch (Universidad de Deusto, Bilbao)

Editorial Board / Consejo de redacción

Elaine Acosta (Florida International University, EE.UU.)

Cristina de la Cruz (Universidad de Deusto, España)

Francisco Javier García Castaño (Universidad de Granada, España)

Elvira García (Instituto Tecnológico de Monterrey, México)

Felipe Gómez (Universidad de Deusto, España)

Letizia Mancini (Università degli Studi di Milano, Italia)

Asier Martínez de Bringas (Universidad de Deusto, España)

Encarnación La Spina (Universidad de Deusto, España)

Imanol Zubero (Universidad del País Vasco, España)

Advisory Board / Consejo asesor

Francisco Javier Arellano (Universidad de Deusto, España)

Isabel Berganza (Universidad Antonio Ruiz de Montoya, Perú)

Cristina Blanco Fdez. de Valderrama (Universidad del País Vasco, España)

Elif Tugba Dogan (Ankara University, Turquía)

Francisco Ferrandiz (Centro Superior de Investigaciones Científicas, España)

M.ª José Guerra (Universidad de la Laguna, España)

Aitor Ibarrola (Universidad de Deusto, España)

Liliana Jacott (Universidad Autónoma de Madrid, España)

Barbara Kail (Fordham University, EE.UU.)

Nadia Lachiri (Université Moulay Ismaïl, Marruecos)

María Oianguren Idígoras (Gernika Gogoratuz, España)

Karlos Pérez de Armiño (Universidad del País Vasco, España)

Carmen Quesada (Universidad Nacional de Educación a Distancia, España)

Rosa M.ª Soriano (Universidad de Granada, España)

Gorka Urrutia (Universidad de Deusto, España)

Fernando Val (Universidad Nacional de Educación a Distancia, España)

Pedro Valenzuela (Universidad Javeriana, Colombia)

Franz Viljoen (University of Pretoria, Sudáfrica)

Deusto Journal of Human Rights

Revista Deusto de Derechos Humanos

No. 11/2023

DOI: <https://doi.org/10.18543/djhr122023>

Discriminación de las personas inmigrantes y el *policy making* de las normas e instituciones para la igualdad de trato

Contents / Índice

Introducción
Lorenzo Cachón Rodríguez 11

I. ARTICLES / ARTÍCULOS

Non-discrimination of immigrants in Spain: contributions of new Spanish legislation on equal treatment and non-discrimination to the European and international sphere
Fernando Camas Roda 37

Policy coherence for vulnerability in migration. The crossroads of migrant integration governance
Sergio Moldes-Anaya y Adolfo Sommarribas 69

Equality bodies in the European Union: The Spanish independent authority for equal treatment
Ángeles Solanes Corella 105

The Court of Justice of the European Union on Ethnic and Racial Discrimination: An Analysis of the Application of Directive 2000/43/EC
Nacho Hernández Moreno 137


La futura Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación: diseño institucional para una prestación de asistencia independiente y efectiva <i>Laura García-Juan, Sara Benedí-Lahuerta y Xavier Alonso-Calderón</i>	167
Diferencias de trato en los Estados miembros ante la afluencia masiva de personas desplazadas y solicitantes de protección internacional ¿Discriminación o aplicación justificada del Derecho de la Unión? <i>Francisco Javier Durán Ruiz</i>	199
La interseccionalidad de la discriminación por razones de género, raza y etnia de las mujeres solicitantes de asilo víctimas de violencia de género en la UE. Especial referencia a la situación italiana <i>Natalia Elizabeth Viganò</i>	229
La discriminación algorítmica y su impacto en la dignidad de la persona y los derechos humanos. Especial referencia a los inmigrantes <i>José Miguel Iturmendi Rubia</i>	257

II. BOOK REVIEWS / CRÍTICAS BIBLIOGRÁFICAS

Cea D'Ancona María Ángeles y Valles Martínez Miguel S., eds. 2020. <i>Discriminación múltiple. Medición y acciones antidiscriminatorias</i> . Madrid: Dextra Madrid. 224 p.	287
Crowley, Niall. 2022. <i>To name and address the underlying problem: Structural discrimination on the ground of racial or ethnic origin</i> , Brussels: European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, 110 p.	295

Discriminación de las personas inmigrantes y el *policy making* de las normas e instituciones para la igualdad de trato. Introducción al monográfico

Discrimination against immigrants and the policy making
of norms and institutions for equal treatment.
Introduction to the monograph

Lorenzo Cachón Rodríguez 
Universidad Complutense de Madrid. España
lcachonr@ucm.es

<https://doi.org/10.18543/djhr.2902>

Fecha de publicación en línea: diciembre de 2023

Cómo citar / Citation: Cachón, Lorenzo. 2023. «Discriminación de las personas inmigrantes y el *policy making* de las normas e instituciones para la igualdad de trato». *Deusto Journal of Human Rights*, No. 12: 11-34. <https://doi.org/10.18543/djhr.2902>

Sumario: Introducción. 1. Leyes de hierro de los procesos migratorios: de la asimilación segmentada a la discriminación. 2. El *policy making* de las políticas antidiscriminatorias en España. 2.1. El (mal) ejemplo de la trasposición de la Directiva 2000/43 en España. 2.2. Catorce años de vaivenes políticos de la Ley integral de igualdad de trato: de 2008 a 2022. 3. De las normas de igualdad de trato y no discriminación a las prácticas igualitarias y justas. 4. El monográfico sobre "Igualdad, discriminación e inmigración". Bibliografía.

Introducción

Este número de *Deusto Journal of Human Rights / Revista Deusto de Derecho Humanos* recoge artículos remitidos a la convocatoria abierta que se hizo en diciembre de 2022 bajo el título "Igualdad, discriminación e inmigración". En dicha convocatoria se apuntaba que "La Directiva 2000/43 de la Unión Europea recuerda que "el derecho a la igualdad ante la ley y a que toda persona esté protegida contra la discriminación constituye un derecho universal reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos y numerosos tratados

internacionales". Y aunque en la directiva no aparezcan nombradas las personas inmigrantes, ellas son uno de los colectivos más afectados por la discriminación y, por tanto, más necesitados de protección por las normas jurídicas y por las instituciones". La convocatoria señalaba, como pistas del tipo de textos que se esperaban recibir, que el monográfico "pretende abordar, desde distintas perspectivas, por una parte, la situación de discriminación que sufren las personas inmigrantes en distintas áreas y en diferentes contextos nacionales y, por otro, las normas jurídicas e instituciones que buscan protegerlas contra la discriminación. Como, por ejemplo, la Ley integral de igualdad aprobada en España en 2022 y la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación".

No es común en este tipo de introducciones hacer referencia sobre todo a aspectos que se deseaban incluir si se hubieran recibido textos de calidad que los abordasen. Pero, aunque no se trata de componer lo que hubiera sido un diseño de un índice intencionado del monográfico, hay tres aspectos que no debería ignorar quien quiera tener una visión más global de la dinámica social y jurídica en torno al triángulo "Igualdad, discriminación e inmigración", y que este monográfico no aborda de modo específico: el hecho de que la discriminación de los inmigrantes es una de las leyes de hierro de los procesos migratorios, lo que la convierte en un problema social de primera importancia; la conveniencia de analizar no solo las normas antidiscriminación sino de comprender sus procesos de formulación, porque ese *policy making* es uno de los momentos clave para que la legislación antidiscriminatoria cumpla un objetivo mayor: hacer pedagogía, crear conciencia del reto (realmente un dilema) que supone para una sociedad democrática la discriminación de los inmigrantes o por origen racial o étnico (y por género, religión, orientación sexual, discapacidad y otros motivos que, además, con frecuencia, se manifiestan de forma interrelacionada); y, por último, la necesidad de pasar de las normas contra la discriminación a las prácticas igualitarias. Por esa razón, antes de analizar el contenido de los artículos recogidos en el monográfico, en las próximas páginas se abordarán, siquiera brevemente, estas tres cuestiones.

1. Leyes de hierro de los procesos migratorios: de la asimilación segmentada a la discriminación

Cuando un emigrante cruza la frontera del país a que se dirige o en el que ha de quedarse porque no tiene opciones para evitarlo, se

convierte en inmigrante y, en la mayoría de los casos, en trabajador inmigrante. Entonces comienza a experimentar el “modo de incorporación” (Portes y Zhou 2012) por el que va a tener que circular en su nuevo país. Las características de los caminos que se le ofrecen pueden variar según diversos contextos políticos (que se mueven entre la integración y la exclusión), sociales (unos macros, ligados a momentos más receptivos o más xenófobos, y otros micro, como las posibles redes sociales de compatriotas o de ONGs de apoyo a los inmigrantes), económicos (marcados por las estructuras de oportunidades económicas, sobre todo desde el mercado de trabajo), y personales (dependiendo de algunas características de las personas y de cuál sea su condición como inmigrante o refugiado).

Algunas teorías sociológicas y económicas han defendido que esos modos de incorporación discurren por vías expeditas y que llevan con rapidez a la plena asimilación de las personas inmigrantes en las sociedades de acogida. Así lo plantearon Park y Burgess con su clásica teoría del (optimista) ciclo de relaciones raciales (Rea y Tripier 2009), y así lo plantea Borjas (1990) desde una perspectiva económica neoclásica. En esa línea se orientan los trabajos de Chiswick (1977) sobre el patrón de movilidad ocupacional en forma de “U” que siguen los inmigrantes en su proceso de incorporación al mercado de trabajo del país de destino, según el cual, a un descenso ocupacional inicial sigue una rápida recuperación del nivel que tenían en origen.

Una de las alternativas académicas a estas teorías con mayor poder heurístico para comprender los procesos de incorporación de las personas inmigrantes es la teoría de la “asimilación segmentada” formulada por Portes y Zhou (2012, 49): “(...) el proceso (de incorporación) se ha convertido en *segmentado*. En otras palabras, la cuestión es saber en qué sector de la sociedad estadounidense se asimila un grupo concreto de inmigrantes. En lugar de una corriente principal relativamente homogénea cuyas costumbres y prejuicios dictan un camino común para la integración, hoy observamos varias formas diferentes de adaptación. *Una de ellas* es la réplica de la tradicional representación de la creciente aculturación y de la paralela integración en las clases medias blancas; *otra* nos lleva justo en la dirección opuesta, hacia la pobreza permanente y la asimilación en la infraclase (*underclass*); *un tercer modelo* asocia un rápido progreso económico con una deliberada conservación de los valores y de la estrecha solidaridad en la comunidad inmigrante” (énfasis añadidos).

Estos procesos de asimilación segmentada se pueden calificar como una de las primeras “leyes de hierro” que dominan las migraciones internacionales. Para el caso español se ha podido matizar los

planteamientos de la pauta en forma de "U" de Chiswick y mostrar que lo que existe es una pauta segmentada en forma de "U", con una notable fluidez ocupacional dentro de los segmentos primario y secundario del mercado de trabajo, pero una muy escasa fluidez fuera de ellos (Aysa-Lastra y Cachón 2013). En trabajos más recientes, y a partir de los datos de la Investigación Longitudinal sobre la Segunda Generación (Portes et al. 2016), se ha podido mostrar como la incorporación de los jóvenes inmigrantes en España refleja muy bien "la asimilación segmentada en acción" (Cachón 2022). Bajo esta ley de hierro de la asimilación segmentada hay una gran diferencia entre lo que ocurre con los diversos grupos de inmigrantes y hay significativos procesos de movilidad descendente.

Una prueba de ello es otra ley de hierro que se pone de manifiesto en los mercados de trabajo de los países receptores: el hecho de que una alta proporción de los empleos ocupados por los inmigrantes son clasificables como "3P": los puestos de trabajo más penosos, peligrosos y precarios (equivalente a las "3D" en inglés: dirty, dangerous, demanding o las "3K" en japonés: kitanai, kiken, kitsui). Estas variantes lingüísticas sirven para destacar la similar ley de hierro a que están sometidos los inmigrantes en diferentes países). Rodríguez Piñero et al. (2020) señalaron que las características de estos empleos habían pasado a las "5P": pesados, peligrosos, precarios, poco remunerados y penalizados socialmente. Estos empleos, una parte de importante en la economía sumergida, son menos "deseables" para los trabajadores nacionales y este hecho está en la base del "desajuste" del mercado de trabajo que es una razón clave que convirtió a España y otros países del sur de Europa en países de inmigración (Reyneri 1996, Baganha y Reyneri 2001, Cachón 2002).

Esta mayor vulnerabilidad de las personas inmigrantes en el mercado de trabajo, que tiene su fundamento último en la especificidad de su "mancha inmigrante", arranca en el hecho de su condición obrera y se manifiesta en mayores tasas de paro, mayores tasas de temporalidad, mayores tasas de accidentabilidad, una gran concentración sectorial, salarios más bajos y peores condiciones de trabajo, mayor presencia en jornadas y horarios de trabajo especiales y notable mayor presencia en la economía sumergida. Su mayor vulnerabilidad se refleja también en otros aspectos de la vida social como el residencial, la educación o el acceso a servicios.

Y esa mayor vulnerabilidad de los inmigrantes, que tiene su fundamento en la "sagrada trinidad de la desigualdad" (Massey 2007): clase, raza y etnicidad, y género, es la que lleva a que las personas inmigrantes sufran una tercera ley de hierro: una mayor discriminación

por el hecho de ser inmigrantes y/o por su origen racial o ético y/o por su género y/o por su origen social y/o por su religión y/o por su nacionalidad. Y por otros motivos, pero todos ellos muy condicionados por su "mancha inmigrante". Los inmigrantes introducen mayor variedad por origen racial o étnico, por religión, y otros factores que pueden ser motivos de discriminación. A ellos se unen los otros motivos generales que pueden llevar a provocar situaciones de discriminación. Lo que puede (y suele) llevar a situaciones de "discriminación múltiple" (Valles et al. 2017; Cea y Valles 2021a).

El estudio de esta discriminación con actores es complejo porque, como ha señalado la OIT (2007, X), "la discriminación es de hecho un fenómeno insidioso y huidizo que puede resultar difícil de cuantificar y, por tanto, de atajar de forma efectiva". Aunque a veces se señale que son pocos los actos discriminatorios que sufren los inmigrantes en España (Díez Nicolás y Ramírez 2001; Portes et al. 2016), no hay que olvidar que discriminar por origen racial o étnico (y por género y por religión, etc.) no es solo cuestión de percepciones, estereotipos o actitudes, sino que es un acto ilegal. Estudios recientes (como los llevados a cabo de modo regular en España por Cea y Valles o por el CEDRE, o como los Barómetros de la UE) ponen de manifiesto la importancia de la discriminación. En un reciente estudio, Cea y Valles (2021b) muestran la importancia que tiene la "discriminación percibida", especialmente en áreas ligadas a la inmigración como el origen racial o étnico, aunque sea mucho menor la "discriminación experimentada" directa o indirectamente. Por ejemplo, las experiencias personales directas de discriminación más mencionadas (en 2016) son atribuidas al género, la edad y la nacionalidad (que citan el 9% de los entrevistados), pero en las experiencias indirectas de discriminación ("ser testigo") la más nombrada es por origen étnico o racial (citada por el 20% de los entrevistados) y la nacionalidad (16%). Los autores ponen de manifiesto como los actos discriminatorios apenas se denuncian, pese a que últimamente haya mejorado el conocimiento de los derechos de las víctimas. Ese último hecho muestra porqué los datos de denuncias por discriminación por origen racial o étnico (y por otros motivos) no son buenos indicadores para conocer la magnitud del problema, aunque pueden serlo para conocer algunas de sus manifestaciones. Por eso son relevantes informes como los que elabora anualmente SOS Racismo. Para comprender por qué hay pocas demandas por discriminación se debe recordar el trabajo de Hirsh y Kornrich (2008). Estos autores han mostrado que para que llegue a haber una "demanda" por discriminación laboral, 1) un trabajador debe poder "nombrar" una conducta como discriminatoria, 2) debe

“culpar” al empresario (u otro actor); y 3) debe formular formalmente la “demanda”. Pero para que el trabajador discriminado dé el primer paso hay que recordar que lo que constituye una conducta discriminatoria se define, más allá de las normas jurídicas, en un proceso socialmente estructurado en el cual, por ejemplo en el mercado de trabajo, se “negocia” entre trabajadores, empresarios y agentes reguladores en marcos y contextos específicos; y, además, ese proceso “está incrustado en un contexto organizacional más amplio, cuyas características afectan a cómo los trabajadores perciben la discriminación y cómo las agencias reguladoras identifican conductas ilegales” (Hirsh y Kornrich 2008, 1395). Por eso no sólo hay una propensión a resolver las disputas por discriminación a la “sombra de la ley” (*shadow of the law*), sino también a la “sombra de las organizaciones” (*shadow of organizations*).

Ante la insuficiencia de los datos de las demandas, es importante hacer encuestas (como las señaladas anteriormente) y, sobre todo, es útil el método de *discrimination testing*, “uno de los medios más importantes y efectivos para demostrar la existencia de la discriminación frente a aquellos que niegan que ocurra” (Rea et al. 1999, 9). Este método fue utilizado en un proyecto comparativo internacional llevado a cabo por la OIT a principios de los años noventa en diversos países europeos siguiendo una metodología común (Bovenkerk 1992) enviando CVs ficticios similares de un inmigrante y de un nativo a miles de ofertas reales de empleo en varios sectores de actividad. Los resultados de aquella investigación para España pueden verse en Colectivo IOE (1995). En un proyecto comparativo reciente entre Alemania, Países Bajos y España se ha vuelto a usar este método para analizar la posible discriminación en cerca de 13.000 ofertas reales de empleo online en ocho diferentes ocupaciones. La novedad de esta investigación es que analiza el impacto del origen nacional y el fenotipo (con el uso de fotografías en los CVs enviados) de modo separado. Los resultados de la investigación muestran que “la apariencia racial de los solicitantes desencadena un comportamiento discriminatorio en los tres países estudiados (...) muchos descendientes de inmigrantes en Europa son discriminados porque tienen fenotipos visiblemente atípicos (es decir, no blancos)” (Polavieja et al. 2023, 1573). Esta investigación muestra también, lo que hasta la fecha no se había estudiado de modo separado, que el fenotipo tiene un efecto adicional al del origen nacional ya que los solicitantes negros tienden a recibir menos respuestas positivas a sus solicitudes de empleo que los blancos.

Estos resultados del *discrimination testing* muestran como la discriminación por origen racial o étnico y/o nacional en los procesos

de selección para el empleo es una realidad en los países europeos aunque existan diferencias significativas entre ellos. Para explicar algunas de estas diferencias, además de razones ligadas a las diferentes historias coloniales y recientes de los países (Polavieja et al. 2023), habría que explorar la posibilidad de una menor discriminación en la contratación de trabajadores con la existencia de mayores niveles de discriminación en las condiciones de trabajo que se les imponen posteriormente y que harían aparecer discriminación en otros momentos de las relaciones laborales como salarios, horarios o promociones en la empresa.

Pero los problemas de discriminación no terminan en el nivel de los actores. Como señaló la OIT (2007, 9), “la discriminación no es un acto excepcional ni aberrante, sino un fenómeno sistémico, a menudo intrínseco a las pautas de funcionamiento de los lugares de trabajo y arraigado en los valores y normas culturales y sociales dominantes”. Esos fenómenos sistémicos son otra ley de hierro de los procesos de incorporación inmigrante y tienen que ver con la discriminación institucional y estructural que pueden sufrir (Crowley 2022).

Las prácticas discriminatorias que sufren las personas inmigrantes en todos los países, sea por origen racial o étnico, fenotipo, nacionalidad u otros motivos, son consecuencia de una serie acumulativa de leyes de hierro que presiden sus procesos de incorporación en las sociedades de acogida. Y en la medida en que estas se quieren sociedades democráticas, deben llevar a cabo intervenciones normativas e institucionales adecuadas para combatir los actos discriminatorios y garantizar la igualdad de trato y para luchar contra los procesos más profundos de discriminación institucional y estructural.

Es de interés estudiar los procesos como se implementan estas intervenciones normativas e institucionales. Por eso repasaremos a continuación brevemente el *policy making* de las políticas de igualdad de trato por origen racial o étnico en España.

2. El *policy making* de las políticas antidiscriminatorias en España

La Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su origen racial o étnico (DOCE, 19 julio 2000) supuso un paso extraordinario a nivel comunitario en las políticas para favorecer la igualdad. En su estela se aprobó la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al

establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DOCE, 2 diciembre 2000). Hasta entonces la punta de lanza de la lucha por la igualdad había sido la Directiva 76/207/CE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DOCE, 14.2.76); pero como la Directiva 2000/43 estableció estándares e instrumentos jurídicos contra la discriminación que iban más allá de los que esta había aprobado en 1976, dos años después se aprobó la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo (DOCE, 5.10.2002) para que la lucha contra la discriminación por género tuviera los mismos instrumentos jurídicos a nivel comunitario que los que la Directiva 2000/43 había establecido.

Por contraste con lo ocurrido en España, es relevante recordar el proceso que llevó a la aprobación de la Directiva 2000/43. Desde los primeros años noventa más de 400 actores no gubernamentales se habían organizado en el Starting Line Group y, junto con otras ONGs europeas, presionaron sobre las instituciones comunitarias para que se aprobaran medidas contra la discriminación y el racismo (Chopin 1999). Tras la Cumbre de Corfú de 1994 un Comité de expertos presentó un informe recomendando la reforma de los Tratados de las Comunidades Europeas para dotar a la UE de competencias en la lucha contra la discriminación de los trabajadores migrantes y de las minorías étnicas en la misma dirección que las disposiciones contra la discriminación por género (Wrench 1998). Esa era la orientación los estudios nacionales elaborados para la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo de Dublín con el título de "Prevenir el racismo en el lugar de trabajo" a mediados de los años noventa (véase Wrench 1996 para la síntesis del proyecto, y Cachón 1995 para España). Estos trabajos de diferentes grupos de activistas y expertos pusieron de relieve la discriminación que sufrían las personas inmigrantes en el mercado de trabajo y en otros campos de la vida social, la debilidad de los instrumentos normativos comunitarios, y la conveniencia de que se legislara sobre la igualdad de trato origen racial o étnico. El Starting Line Group elaboró una propuesta de directiva antidiscriminación por origen racial o étnico que recibió el apoyo de muchas organizaciones y que influyó las reformas del Tratado de Ámsterdam en 1997.

Por contraste con lo que ocurre en muchos aspectos de la gestión de las migraciones en la actualidad, y por paradójico que parezca visto

desde el momento actual, fue la llegada de la ultraderecha al gobierno de Austria la que aceleró la aprobación de la Directiva 2000/43. En octubre de 1999 el ultraconservador Partido Liberal Austríaco de Jörg Haider se situó como segunda fuerza política y formó gobierno con los conservadores en febrero del 2000. Las reacciones en Europa fueron de gran preocupación y aquella sensibilización política condujo a que la Comisión presentara en noviembre de 1999 un borrador de directiva en gran parte inspirado en el proyecto del Starting Line Group.

El plazo para transponer la Directiva al derecho nacional finalizaba el 19 de julio de 2003. Y ahí comienza la historia de la (poco) "ejemplar" transposición en España.

2.1. *El (mal) ejemplo de la trasposición de la Directiva 2000/43 en España*

Las dos directivas antidiscriminación del 2000 se transpusieron formalmente en el Capítulo III ("Medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato") del Título II ("De lo social") de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, económicas y del orden social (conocida como Ley de acompañamiento de los presupuestos para 2004) (BOE, 31 diciembre 2003). El título de la ley 62/2003 es ya una buena pista del cómo se llevó a cabo dicha transposición. Las directivas se transpusieron tarde (aunque solo fueran unos meses) y se transpusieron mal. A principios de 2003 escribí que el proceso de transposición "debería aprovecharse para hacer 'pedagogía', para informar y formar sobre sus contenidos y orientación a la opinión pública, a la ciudadanía, a los trabajadores y a los empresarios, a las organizaciones sindicales y patronales, a las asociaciones de inmigrantes y a las ONGs que trabajan con inmigrantes o gitanos, sin olvidar a los funcionarios y empleados públicos de las distintas administraciones. Para ello sería conveniente elaborar un solo proyecto de ley (específico) que no diluya la fuerza ejemplificadora que tienen las dos directivas (...) esa sería la ocasión para que se desarrolle un amplio debate social sobre la igualdad de trato (... que) viene exigido por las propias directivas y sería una garantía de su difusión y, por tanto, de su eficacia futura" (Cachón 2003, 92).

Habría que preguntarse qué pudo llevar al Gobierno del Partido Popular a elegir una vía que hemos calificado de "transposición oculta" (Cachón 2004). Cabe decir que la transposición se hizo "como si" se hubiera intentado evitar todo debate público, político e incluso parlamentario. A finales del 2002, el Gobierno respondió por escrito a

una pregunta del parlamentario socialista Perea Cortijo, señalando que el Ministerio de Justicia era el Departamento responsable de la transposición pero que participaban en ese proceso otros seis ministerios (BOCG, 26 diciembre 2002). Pero lo cierto es que la transposición fue preparada en exclusiva por Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Dirección General de Trabajo) a lo largo de 2003, que nunca se discutió con otros ministerios, y que aquel borrador de proyecto de ley no llegó al Consejo de Ministros y, por tanto, no se tramitó como proyecto de ley.

Algunas “pruebas” de esta transposición “ejemplar” (es decir, de cómo no se debe hacer) porque fue una “transposición oculta” son los siguientes siete “noes”:

- No se presentó un proyecto de ley específico.
- No aparece la expresión igualdad de trato y no discriminación en el título de la Ley.
- No se presentó como un proyecto del Gobierno sino que se dejó a la iniciativa del Grupo Parlamentario Popular que, en la tramitación en el Senado de la Ley 62/2003, presentó como enmiendas todo el contenido del borrador que había preparado el Ministerio de Trabajo.
- No se sometió a consulta del Consejo de Estado ni del Consejo Económico y Social (CES) porque la transposición no estaba incluida en el anteproyecto que el Gobierno les remitió de la Ley 62/2003, con lo cual se impidió que el primero comparara el anteproyecto con el texto de las directivas y se imposibilitó que los agentes sociales se pudieran pronunciar en el CES.
- No se sometió a consulta de los agentes sociales y de las ONGs con interés legítimo, como viene exigido por las directivas.
- En ninguna ocasión ningún miembro del Gobierno del Partido Popular hizo ningún pronunciamiento público sobre las directivas ni en sede parlamentaria ni en público.
- No se produjo ningún debate parlamentario porque el Grupo Parlamentario Popular renunció a defender sus enmiendas en el Senado y, de esta manera, el Parlamento español no dedicó ni un solo minuto a la discusión del contenido de estas directivas.

En definitiva, se desaprovechó una ocasión para hacer pedagogía antidiscriminación ante la opinión pública en un momento clave en el proceso de constitución de la “España inmigrante”.

Desde 2004, nada más transponerse las directivas, ya se planteó, en un monográfico que la revista *Tiempo de Paz* dedicó a “la promoción de la no discriminación por origen racial o étnico”, la

necesidad de desarrollar dos líneas de actuación pública concretas, factibles y urgentes: "En el campo normativo se debería avanzar hacia una ley general por la igualdad de trato y la igualdad de oportunidades 'por todos los motivos' señalados en las directivas comunitarias". Y se añadía que "esa Ley debería crear un Organismo independiente de defensa de la igualdad de trato con competencia en todos los campos y por todos los motivos" (Cachón 2004, 21-22).

2.2. *Catorce años de vaivenes políticos de la Ley integral de igualdad de trato: de 2008 a 2022*

El primer intento de aprobar una Ley integral de igualdad de trato y no discriminación se llevó a cabo en la IX legislatura (2008-2011) por iniciativa del gobierno presidido por Rodríguez Zapatero. En la preparación de la campaña de las elecciones generales que tuvieron lugar en marzo de 2008, un grupo de trabajo presidido por Pedro Zerolo propuso incluir en el programa electoral del PSOE, entre otras cuestiones, una ley integral de igualdad de trato y no discriminación y la creación de un organismo independiente de igualdad de trato. Ambos puntos pasaron a formar parte del Programa Electoral del PSOE para las elecciones generales de 2008. Además, el candidato Rodríguez Zapatero hizo del proyecto de ley integral de igualdad uno de sus temas centrales de la campaña electoral y en su discurso de investidura dijo: "Presentaré a la Cámara una ley integral de igualdad de trato, que elimine la discriminación en todos los ámbitos y por cualquier motivo". Tras su investidura, se creó el Ministerio de Igualdad (con la ministra Bibiana Aído al frente) y este ministerio comenzó a preparar dos borradores de ley: uno que se acabaría aprobando, la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo; el otro, el proyecto de ley integral de igualdad de trato tuvo un recorrido muy distinto.

El Ministerio de Igualdad, a través de la Dirección General contra la Discriminación, con la abogada del Estado Carmen Navarro al frente, comenzó a trabajar en un borrador del proyecto de ley integral de igualdad. En un seminario que se organizó en el edificio del Senado en noviembre de 2008 participaron decenas de expertos (entre ellos Isabelle Chopin, experta europea en la directiva 2000/43). Unos meses después la Dirección General tenía preparado el borrador del proyecto de ley. Pero una decisión política dentro del Ministerio retrasó su tramitación para dar prioridad a la ley del aborto. Meses después, en el marco de una aguda crisis económica, la reestructuración del gobierno en 2010

hizo desaparecer el Ministerio de Igualdad y sus funciones se integraron en el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad (dirigido por Leire Pajín), donde Bibiana Aído pasó a ser Secretaria de Estado de Igualdad. A primeros de enero de 2011 el Gobierno aprobó el anteproyecto de ley integral de igualdad y lo sometió a consulta de distintos organismos. El Foro para la Integración Social de los Inmigrantes emitió su Dictamen (FISI/2011/D1) en febrero de 2011. En junio de ese mismo año llegó al Congreso el Proyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOCG, 10 junio 2011), y la Comisión de Igualdad (presidida por Carmen Calvo) celebró distintas sesiones. Pero el proyecto de ley decayó al disolverse el Parlamento el 27 de septiembre por la convocatoria de elecciones anticipadas.

El Partido Popular ganó las elecciones del 20 de noviembre de 2011 pero la igualdad de trato y la no discriminación no estaba en su programa electoral. Además, este partido había sido muy crítico con el proyecto de Ley integral. No fue llamativo, por tanto, que no se presentara un nuevo proyecto alternativo. Lo llamativo fue que el PSOE no lo hiciera como proposición de ley desde la oposición en las legislaturas X y XI (2011-2016 y 2016-2016).

El segundo intento de aprobar una ley integral de igualdad se produjo en la XII Legislatura (2016-2019) cuando el Grupo Parlamentario Socialista presentó la Proposición de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOCG, 10 marzo 2017) con un contenido similar al proyecto de seis años antes. Fue tomada en consideración por el Pleno del Congreso el 12 de abril de 2017.

En junio de 2018, el partido socialista volvió al Gobierno con Pedro Sánchez como presidente tras ganar la moción de censura contra el presidente Mariano Rajoy. Una de las prioridades del nuevo gobierno fue el refuerzo de las políticas de igualdad, como se puso de manifiesto en la reestructuración de los departamentos ministeriales con la creación de una Secretaría de Igualdad (para la que fue nombrada Soledad Murillo) dentro del Ministerio de la Presidencia y Relaciones con las Cortes y de Igualdad. Era la primera vez que el Ministerio de la Presidencia asumía las competencias de igualdad. Desde la Secretaría de Igualdad se impulsó la Proposición de Ley presentada del grupo socialista buscando apoyos parlamentarios. Tras la discusión de las 147 enmiendas que se presentaron a la proposición, el proyecto estaba a punto de ser votado en la Comisión de Igualdad cuando se disolvieron las Cortes por la convocatoria de elecciones generales de abril de 2019, elecciones a las que siguieron otras en noviembre. Tras ellas se constituyó la XIV Legislatura y se formó el primer gobierno de coalición de la democracia entre el PSOE y Unidas Podemos.

En su discurso de investidura el presidente Sánchez dijo: “Aprobaremos una ley de igualdad de trato y no discriminación”. Comenzó así el tercer intento de aprobar una ley integral de igualdad. En el reparto de las carteras ministeriales negociado entre el PSOE y Unidas Podemos el (renacido) Ministerio de Igualdad quedó en manos del socio minoritario de la coalición gubernamental, algo que fue criticado dentro del PSOE y por parte del movimiento feminista. Ocupó el cargo de Ministra de Igualdad la diputada de Unidas Podemos Irene Montero. Un año después de la constitución del gobierno de coalición y ante la resistencia de la ministra Montero a presentar sin grandes modificaciones como anteproyecto de Ley el texto ya discutido en el Congreso en la legislatura anterior, el 21 de enero de 2021 el Grupo Parlamentario Socialista presentó la Proposición de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOCG, 29 enero 2021). Las tensiones entre los miembros socialistas y podemistas dentro de gobierno se hizo muy patente y en gran medida se personalizó entre la vicepresidenta Calvo y la ministra Montero. Esas tensiones fueron uno de los primeros momentos críticos de la coalición gubernamental. El 23 de febrero la proposición de ley fue tomada en consideración por el Pleno del Congreso por 160 votos a favor, 52 en contra y 133 abstenciones, entre ellas todos los diputados del grupo de Unidas Podemos. Días antes *El País* (17 febrero de 2021) ya había publicado: “La lucha de poder en el Gobierno se agudiza por las leyes de igualdad. Se eleva al máximo la tensión tras la negativa de Unidas Podemos a apoyar la ‘ley Zerolo’”.

La vicepresidenta Calvo salió del gobierno en la remodelación que hizo el presidente Sánchez en julio de 2021. Uno de los motivos de su salida fue, probablemente, la tensión que la proposición de ley (y algunos anteproyectos de ley del Ministerio de Igualdad, donde seguía la ministra Montero) había generado dentro del ejecutivo y entre los grupos parlamentarios que formaban el gobierno. Unos meses después, Calvo pasó a copresidir la Comisión de Igualdad del Congreso donde se debatía la proposición de ley. El 12 de mayo de 2022 dicha Comisión aprobó con Competencia Legislativa Plena la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOCG, 18 mayo 2022), que, tras su paso por el Senado fue aprobada definitivamente por el Pleno del Congreso el 30 junio 2022 (BOCG, 14 julio 2022).

Así paso a convertirse en la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOE, 13 julio 2022; corrección de errores BOE, 17 septiembre 2022) (acompañada de la Ley Orgánica 6/2022, de 12 de julio, complementaria de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no

discriminación, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal) (BOE, 13 julio 2022).

Se cerraba así un tortuoso proceso que ha llevado 14 años desde que Pedro Zerolo propusiera la inclusión de la ley integral de igualdad en el programa del PSOE en 2008. Un proceso que ha contado con la oposición del Partido Popular y las disensiones entre los dos principales grupos de izquierda en la Cámara (PSOE y Unidas Podemos, que además formaban el gobierno de coalición). Nada de ello ha contribuido a la que la Ley tuviera, como hubiera debido, un consenso generalizado y que su proceso de elaboración y discusión pública fuese un momento de pedagogía antidiscriminatoria.

En síntesis, se podría decir que frente a la formulación de la Directiva 2000/43 que siguió una lógica (precipitada por la llegada al gobierno austriaco de la extrema derecha) calificable como de *bottom-up*, desde el impulso del Starting Line Group y otros actores no nacionales hasta la propuesta de la Comisión Europea y su aprobación por el Consejo, en España la trasposición de esa directiva siguió primero un camino calificable, por utilizar la Matriz Ambigüedad-Conflicto que presentó Matland (1995) para catalogar los procesos de gestión de las políticas, como de “implementación administrativa” en el caso del proceso que llevó a la Ley 62/2003 y de “implementación política” en el de la Ley 15/2022. En ambos se puede decir que la “ambigüedad” (entendida como falta de claridad) fue baja (aunque esto es matizable en el primero, y en caso de considerarla alta habría que recalificar ese proceso como “implementación experimental”); en lo que difieren es en el eje “conflicto” (entendido como la falta de acuerdo sobre la formulación de políticas y los medios para su implementación), que en el primer proceso fue bajo (porque se eludió todo conflicto por la vía de la “trasposición oculta”) y en el segundo fue alto, por una parte, por las discrepancias entre los que apoyaron la ley y sus detractores parlamentarios y, por otra, por el fuerte enfrentamiento público entre los dos socios del gobierno por tener visiones parcialmente distintas tanto sobre las políticas como sobre algunos contenidos de la ley integral de igualdad.

3. De las normas de igualdad de trato y no discriminación a las prácticas igualitarias y justas

La discriminación no es una cuestión que, lamentablemente, excepto por motivos de género, esté en el debate público ni en la UE ni en España con la intensidad que merece por la realidad social cotidiana

de los actos discriminatorios que se producen por distintos motivos en diversas áreas de la vida social. Y ese es un debate necesario para incorporar la lucha contra la discriminación a la agenda política y pública como una prioridad si quiere construir una sociedad justa, cohesionada e igualitaria.

¿Desaparecerán las discriminaciones con las (nuevas) normas e instituciones jurídicas? La experiencia de la aplicación de las normas por la igualdad de trato en materia de género ya nos permite afirmar que no, pero también nos permite apuntar que son instrumentos necesarios y de gran utilidad en la lucha contra la discriminación. Nunca serán suficientes, pero siempre son necesarios.

En materia de lucha contra la discriminación por origen racial o étnico se puede recordar el caso de la segregación de los afroamericanos sometidos durante un siglo a una discriminación institucional brutal en el Sur de Estados Unidos. En 1948, seis años antes de la Sentencia del Tribunal Supremo *Brown v Board of Education* de 1954 que declaró inconstitucional la segregación racial en las escuelas y dieciséis años antes de la Ley de Derechos Civiles de 1964, el sociólogo Robert Merton, escribió que había que actuar contra la discriminación pero “con pleno reconocimiento de que, con toda probabilidad, esas reglamentaciones serán sistemáticamente eludidas durante algún tiempo futuro (...) la ancha brecha entre el nuevo derecho y las costumbres locales no producirá ‘inmediatamente’ cambios importantes en las prácticas que hoy prevalecen” (Merton 1970, 320). Esta lógica de lo que Merton llama “evasiones institucionalizadas” hace alusión a que esos cambios a nivel federal encontrarán (como encontraron tras la sentencia de *Brown v Board of Education*) resistencias de las autoridades del Sur para implementarlas. Fue tarea del Movimiento de los Derechos Civiles de los años sesenta luchar para que se implementara el fin de esa forma radical de discriminación sistémica que fue la segregación racial. Merton fue capaz de predecir la reacción de oposición, en parte institucional y en parte social, a las disposiciones jurídicas por la igualdad más importantes desde el fin de la esclavitud.

Esta prospectiva de Merton se complementa con el resultado de los análisis de los efectos que la Ley de Derechos Civiles tuvo para los afroamericanos en el mercado de trabajo llevados a cabo por Freeman. Tras analizar cómo se fueron implementando las políticas antidiscriminatorias y los cambios en la gestión de la mano de obra por parte de las empresas en Estados Unidos, Freeman (1994, 167) concluyó que “el esfuerzo nacional contra la discriminación, especialmente intenso a mediados de los sesenta, alteró

significativamente (a mejor) las oportunidades económicas de los trabajadores negros. Aunque sea difícil destacar cuáles de las distintas actuaciones son responsables de la nueva situación –leyes de igualdad de oportunidades de empleo, las medidas de acción positiva, las sentencias judiciales, la renovada actividad de las comisiones estatales contra las prácticas laborales ilegales– resulta todavía más complejo establecer otra explicación alternativa (...). De las conversaciones con dirigentes de distintas empresas se desprende claramente que el cambio en las oportunidades de empleo no hubiera ocurrido sin la presencia de las políticas antidiscriminatorias. (...) Sí parece que los esfuerzos anteriores han producido cambios”¹.

Llevar el estudio de la discriminación al espacio público (y político) tiene que servir para que aumente la conciencia social sobre este problema, un auténtico cáncer, un “tumor maligno”, que no se ve en la superficie hasta que alcanza ciertas dimensiones y entonces es más difícil de combatir. No en vano la RAE define una cuarta acepción de la palabra cáncer como “proliferación en el seno de un grupo social de situaciones o hechos destructivos”. La discriminación es un cáncer con un poderoso efecto destructivo al que todavía no se ha prestado suficiente atención en ámbitos distintos al del género. Sin embargo, la experiencia por la igualdad de género y las dificultades para conseguir esa igualdad de trato y de oportunidades marcan el camino y señalan los obstáculos. Y en algunos campos, como la discriminación de las personas inmigrantes y/o por razones de origen racial o étnico y/o nacional, el camino está empedrado de dificultades adicionales.

Las normas jurídicas y las instituciones deben irse renovando según cambian las realidades sociales que regulan. En esa dirección el derecho del trabajo, con un fuerte componente antidiscriminatorio, se va adaptando históricamente a las nuevas realidades sociales (Rodríguez Piñero et al. 2020); en esa dirección van las propuestas de directivas comunitarias actualmente en discusión que vienen a establecer, entre otras cosas, estándares mínimos para los organismos de igualdad; en esa dirección van reflexiones académicas necesarias como las que llevan a cabo, desde una visión contra-hegemónica, M^a Ángeles Barrère y Dolores Morondo y su defensa de un “derecho antisubdiscriminatorio” (Barrère y Morondo 2011; Barrère 2018).

Este monográfico de la *Deusto Journal of Human Rights / Revista Deusto de Derecho Humanos* quiere contribuir modestamente, y poniendo el acento desde la perspectiva de la discriminación que

¹ Véase Cachón (2008).

sufren las personas inmigrantes por distintos motivos, a llevar al debate público y político la necesidad de que las políticas de igualdad de trato y no discriminación por origen racial o étnico (y por otros motivos, además del género) permeen todas las políticas que permiten luchar contra la discriminación y contra sus elementos más estructurales (e institucionales). Activistas de base, académicos e investigadores de distintas áreas, desde el derecho hasta la sociología, y responsables políticos de distintos niveles, todos debemos contribuir en ese debate para ir construyendo una sociedad más justa.

4. El monográfico sobre “Igualdad, discriminación e inmigración”

El profesor Ferran Camas, catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Girona, director de la Cátedra de Inmigración, Derechos y Ciudadanía en esa universidad, y miembro de la Red Europea de expertos en no discriminación que informa a la Comisión Europea sobre desarrollos relacionados con las directivas comunitarias de igualdad de trato y no discriminación en España, hace un análisis general de la relevancia que tiene desde el punto de vista de la inmigración en España la Ley 15/2022 en su artículo *Non-discrimination of immigrants in Spain: contributions of new Spanish legislation on equal treatment and non-discrimination to the European and international sphere*. Comienza señalando la paradoja de una convocatoria sobre “Igualdad, discriminación e inmigración”, que incluye tres conceptos que, en principio, no están conectados desde el punto de vista jurídico. A partir de ahí examina cómo la Ley 15/2022, concebida como una ley de garantías, general y comprehensiva, viene a mejorar la transposición de las directivas comunitarias 2000/43 y 2000/78 y crea una Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación. Camas hace observar que la ley ha expandido de modo considerable los motivos de discriminación citados en el artículo 14 de la Constitución Española y en las directivas comunitarias y que el preámbulo de la ley hace referencia a la “discriminación estructural”. Luego repasa los tipos de discriminación que la ley define, que incluyen la discriminación múltiple y la interseccional, aspectos muy relevantes para las personas inmigrantes. Y tras señalar las positivas novedades introducidas por la ley en este campo, señala como la condición “inmigrante” no esté específicamente protegida en la ley. Y hace observar que, derivado del artículo 3.2 de la directiva 2000/43, la ley 15/2022 no se aplica a la Ley Orgánica 4/2000 de

derechos y libertades de los extranjeros en España. De esta compleja cuestión se ocupa la última y más extensa parte del artículo con un análisis de esta ley y sus implicaciones para la igualdad de trato de los extranjeros, en situación legal o indocumentada en España, y un detallado estudio de la legislación en torno a la igualdad de trato y no discriminación por distintos motivos que pueden afectar a las personas inmigrantes en el campo del acceso al empleo y las relaciones laborales. El hecho de que las personas inmigrantes estén invisibilizadas en las normas de protección contra la discriminación lleva al profesor Camas a formular en la parte final de su artículo la propuesta de que se incluya la condición de inmigrante de modo específico como un posible motivo de discriminación en las normas para la igualdad de trato. Porque, más allá de que se encuentren protegidos por motivos compartidos con los españoles como el origen racial o étnico, o la religión y otros, esto reforzaría la protección de las personas inmigrantes y daría visibilidad jurídica a la discriminación que padecen en distintos ámbitos de la vida social.

Sergio Moldes (universidades de Granada y de Luxemburgo), y Adolfo Sommarribas (European Migration Network y Universidad de Luxemburgo), exponen algunos rasgos de la vulnerabilidad de los inmigrantes en su artículo titulado *Policy Coherence for Vulnerability in Migration. The Crossroads of Migrant Integration Governance*. Los autores ponen de relieve los componentes de la "vulnerabilidad social" relevantes para analizar la cuestión inmigrante y partir de ahí se plantean tres cuestiones: 1) ¿En qué se diferencian las estrategias de integración entre siete países europeos (Francia, Italia, Países Bajos, Portugal, Alemania, España y Suecia)? 2) ¿Cómo perciben las minorías racializadas su protección? Y 3) ¿existe una relación entre las estrategias de integración y las percepciones de los grupos minoritarios racializados? Para responder a estas preguntas analizan la información del MIPEX (Índice de Políticas de Integración Migratoria) y de la REM (Red Europea de Migración) y analizan los datos de la décima ronda de la Encuesta Social Europea (ESS) para estudiar la percepción de la protección de los grupos minoritarios entre las minorías raciales. A partir del concepto de "Policy Coherence for Development", presentan el enfoque del "Policy Coherence for Migration and Development" (PCMD) que busca garantizar la coherencia en el alineamiento entre las políticas de migración y desarrollo. En respuesta a la primera pregunta, Moldes y Sommarribas muestran que, según MIPEX, existen diferencias notables en las estrategias de integración de los siete países comunitarios. Los datos de la ESS que se analizan para responder a la segunda cuestión muestran resultados que los autores califican de

“contradictorios” ya que la percepción de integración que declaran las minorías no se corresponde bien con los resultados de las valoraciones de las políticas de integración que han hecho los expertos en el MIPEX. Lo que puede ser llamativo pero es un resultado revelador. La tercera pregunta es examinada en el marco de la PCMD y los autores ponen de relieve que existe una relación entre la integración de los inmigrantes y la coherencia de las políticas porque, como dicen Moldes y Sommarribas, “como regla general, cuando los países adoptan políticas de integración integrales e inclusivas que se centran en aspectos sociales, económicos y culturales, los migrantes tienen más probabilidades de experimentar mejores resultados, menor vulnerabilidad y una mayor autopercepción de la protección estatal”.

Ángeles Solanes, catedrática de Filosofía del Derecho y Política de la Universidad de Valencia y presidenta del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes en España, aborda la problemática de los organismos para la igualdad de trato y no discriminación en su artículo titulado *Equality bodies in the European Union: The Spanish independent authority for equal treatment*. El artículo de Solanes comienza examinando las disposiciones internacionales que han impulsado la creación de este tipo de organismos, comenzando por la Directiva 2000/43 y por la pionera Recomendación 2 de la Commission against Racism and Intolerance (ECRI) que definió tres características básicas que para estos organismos: independencia, accesibilidad y calidad. La Recomendación de la Comisión Europea 2018/951 sobre estándares mínimos supuso otro paso adelante en las características que deberían tener estos organismos. Frente a estas orientaciones, Solanes pone de relieve la gran disparidad que existe entre los organismos en los distintos Estados miembros y cómo las propuestas de dos directivas de la Comisión Europea hechas en 2022, marcan un tiempo nuevo para estos organismos al pretender establecer unos estándares comunes. Después de examinar con detalle el primer organismo creado en España para dar cumplimiento (formal) a la trasposición de la directiva 2000/43, llamado inicialmente “Consejo para la promoción de la igualdad de trato y no discriminación de las personas por su origen racial o étnico” y posteriormente Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica (CEDRE) (que la profesora Solanes presidió durante un tiempo), expone los rasgos de la Autoridad Independiente creada por la Ley 15/2022, examinando diversas alternativas para su puesta en marcha. Al final del artículo hace una serie de reflexiones y propuestas concretas para el fortalecimiento de los organismos de igualdad (en línea con las propuestas de directivas que ahora hay sobre la mesa) y para el

funcionamiento de la Autoridad Independiente en España. Con ello persigue tres objetivos: contribuir al cumplimiento de la legislación comunitaria, ayudar a las víctimas de discriminación a acceder eficazmente a la justicia, y promover la igualdad de trato y prevenir la discriminación.

Nacho Hernández, profesor de la universidad de València, firma el artículo *The Court of Justice of the European Union on Ethnic and Racial Discrimination: An analysis of the application of Directive 2000/43/EC*, donde examina los diversos ámbitos de aplicación de la Directiva 2000/43 que han sido abordados jurisprudencialmente por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) haciendo un análisis crítico de los pocos pronunciamientos del Tribunal tras 23 años desde la entrada en vigor de la directiva. El autor expone como solo ha habido dos casos en los que el Tribunal haya identificado la existencia de discriminación directa (casos Feryn y CHEZ) porque el resto de los casos implicaban un trato diferenciado basado en la nacionalidad de las víctimas de terceros países. Es de gran interés el análisis que se presenta de cómo el Tribunal aborda la nacionalidad y el origen racial o étnico como conceptos distintos, desestimando así acusaciones de discriminación basada únicamente en la nacionalidad por carecer de fundamento en rasgos raciales o étnicos. Hernández pone de relieve que la llegada de casos al TJUE ha venido impulsada por diversos organismos de igualdad. El artículo termina haciendo propuestas relevantes, como revisar la cláusula de exclusión de nacionalidad para evitar que pasen desapercibidas formas ocultas de discriminación racial y étnica o que el TJUE considere con más profundidad la posible discriminación estructural.

Laura García-Juan (Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín), Sara Benedí (University College Dublin) y Xavier Alonso (Generalitat de Cataluña) abordan específicamente el organismo de igualdad creado por la Ley 15/2022 en España es su artículo titulado *La futura Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación: diseño institucional para una prestación de asistencia independiente y efectiva*. El artículo responde a dos cuestiones: cuál sería el mejor diseño institucional de la futura Autoridad Independiente creada por la Ley 15/2022 para garantizar una asistencia a las víctimas independiente y efectiva; y 2) cómo lograr que ese diseño abarque todos los motivos de discriminación. El artículo comienza analizando la experiencia del CEDRE y su servicio de atención a las víctimas de discriminación llevado a cabo a través de una red de ONGs. A continuación examina, a la luz de las nuevas propuestas de la Comisión Europea de 2022, tres aspectos del

organismo de igualdad en España (tanto del CEDRE como de la Autoridad Independiente): la independencia, los motivos cubiertos y alcance del mandato, y la función asistencial y otras funciones. En las conclusiones los autores hacen propuestas relevantes sobre los rasgos que deberían tener los organismos de igualdad a la luz de las nuevas propuestas de directivas y discuten como articularlos a nivel territorial en la España de las autonomías, a nivel local, y que papel pueden tener las ONGs activas en la lucha contra la discriminación en los distintos campos.

El artículo de Francisco Javier Durán (Universidad de Granada) se titula *Diferencias de trato en los Estados miembros ante la afluencia masiva de personas desplazadas y solicitantes de protección internacional ¿Discriminación o aplicación justificada del Derecho de la Unión?* Durán analiza si las diferencias de trato en los distintos Estados miembros, especialmente en relación con la acogida de las personas que han tenido que huir de la guerra en Ucrania y antes en Siria, y las disfunciones e incumplimientos de las normas del Sistema Común Europeo de Asilo suponen actos discriminatorios, o bien están justificadas por las normas de la UE. Tras un extenso análisis de las normas internacionales y europeas y de las diferentes prácticas de los Estados miembros, el autor muestra cómo se produce un trato diferenciado en los distintos estados entre personas necesitadas de protección internacional que se encuentran en la situación similar, pero tienen distintas circunstancias personales o nacionalidad. Durán pone de manifiesto que esto ocurre no sólo en relación con el acceso a la protección internacional, sino también en cuanto al alcance de esta (internacional/asilo o interna/residencia por razones humanitarias). Pero encuentra que en la mayor parte de los casos las diferencias de trato basadas en la nacionalidad se encuentran amparadas por la normativa de la UE, y es difícil identificarlas como discriminación conforme a las normas internacionales o de la propia UE.

Natalia Elizabeth Viganò (Universidad de Granada) escribe sobre *La interseccionalidad de la discriminación por razones de género, raza y etnia de las mujeres solicitantes de asilo víctimas de violencia de género en la UE. Especial referencia a la situación italiana*. La autora muestra el papel determinante que el género juega en el proceso migratorio de las mujeres que solicitan asilo en la UE y a la vez el hecho fundamental de que el género no opera de manera aislada, porque las mujeres que buscan asilo se enfrentan a diversas formas de discriminación que actúan de manera interconectada con otros factores como su origen extranjero y/o su origen racial o étnico. De ahí la necesidad de adoptar una perspectiva interseccional en el análisis de las normas y prácticas

que regulan el asilo en la UE. Viganò analiza con detalle el caso de Italia. Y concluye defendiendo que, dado el carácter fragmentario de la legislación europea antidiscriminatoria, es crucial promover la adopción de medidas que aborden la igualdad de trato de manera integral y con un enfoque interseccional.

Por último, el artículo de José Miguel Iturmendi (CUNEF Universidad), se titula *La discriminación algorítmica y su impacto en la dignidad de la persona y los derechos humanos. Especial referencia a los inmigrantes*. El artículo repasa la extensa literatura existente en este campo de tanta actualidad con el objetivo de analizar la relación entre la discriminación algorítmica y los derechos humanos en lo que respecta al derecho a la no discriminación, el derecho a la privacidad y el principio de igualdad ante la ley, particularmente con sus implicaciones para los inmigrantes. El autor recuerda que la discriminación algorítmica se refiere al uso de algoritmos de aprendizaje automático para tomar decisiones que afectan a las personas en diversas áreas de la vida social. Iturmendi repasa los factores que influyen en la discriminación algorítmica, como los sesgos en los datos y modelos utilizados en su construcción, y la falta de transparencia y de diversidad en su desarrollo. Y frente a ello resalta algunos principios para lograr una regulación adecuada. El artículo examina también el impacto negativo que la discriminación algorítmica puede tener para los inmigrantes de modo especial en cuatro áreas: el acceso al crédito, la contratación laboral, las solicitudes de asilo, y la vigilancia y control fronterizo. El artículo termina haciendo diversas recomendaciones para la regulación y uso justo de los algoritmos.

Bibliografía

- Aysa-Lastra, María y Lorenzo Cachón. 2013. "Movilidad ocupacional segmentada: el caso de los inmigrantes no comunitarios en España", *Revista Española de Investigaciones Sociológicas* 144: 23-47.
- Barrère, María Ángeles. 2018. "Filosofías del Derecho antidiscriminatorio ¿Qué Derecho y qué discriminación? Una visión contra-hegemónica del Derecho antidiscriminatorio", *Anuario de Filosofía del Derecho* XXXIV: 11-42.
- Barrère, María Ángeles y Dolores Morondo. 2011. "Subordiscriminación y discriminación interseccional: Elementos para una teoría del Derecho antidiscriminatorio", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 45: 15-42.
- Bagnaha, María y Emilio Reyneri. 2001. "La inmigración en los países del sur de Europa y su inserción en la economía informal" en *El impacto de la inmigración en la economía y en la sociedad receptora*, coordinado por Carlota Solé, 53-212. Barcelona: Anthropos.

- Borjas, George. 1990. *Friends or Strangers, the Impact of Immigrants on the U. S. Economy*, Nueva York: Basic Books.
- Bovenkerk, Frank. 1992. *Testing discrimination in natural experiments: A manual for international comparative research on discrimination on the grounds of "race" and ethnic origin*, Ginebra: OIT.
- Cachón, Lorenzo. 1995. *Prevenir el racismo en el trabajo en España*, Madrid: IMSERSO.
- Cachón, Lorenzo. 2002. "La formación de la 'España inmigrante': mercado y ciudadanía", *Revista Española de Investigaciones Sociológicas* 97: 95-126.
- Cachón, Lorenzo. 2003. "Discriminación en el trabajo de las personas inmigradas y lucha contra la discriminación", en *La discriminación racial. Propuestas para una legislación antidiscriminatoria en España*, AA.VV., 39-101, Barcelona: Icaria.
- Cachón, Lorenzo. 2004. "España y la Directiva 2000/43: de la 'ocasión perdida' a una legislación general sobre igualdad de trato", *Tiempo de Paz* 73: 13-22.
- Cachón, Lorenzo. 2008. *La "España inmigrante": marco discriminatorio, mercado de trabajo y políticas de integración*, Barcelona: Ánthropos.
- Cachón, Lorenzo. 2022. "Los inmigrantes jóvenes en el mercado de trabajo en España: la asimilación segmentada en acción", en *La integración laboral y social de los inmigrantes en España*, *Mediterráneo Económico* 36, coordinado por Joaquín Arango: 19-35.
- Cea D'Ancona, M^a Ángeles y Miguel S. Valles. 2021a. "Multiple discrimination: From perceptions and experiences to proposals for anti-discrimination policies", *Social & Legal Studies* 30, n. 6: 937-958.
- Cea D'Ancona, M^a Ángeles y Miguel S. Valles. 2021b. *Evolución de la discriminación en España. Informe de las encuestas IMIO-CIS de 2013 y 2016*, Madrid: Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades.
- Chiswick, Barry. 1977. "A longitudinal analysis of the occupational mobility of immigrants", en *Proceedings of the 30th Annual Winter Meetings*, editado por B. D. Dennis, Madison: Industrial Relations Research Association.
- Chopin, Isabelle. 1999. "The Starting Line: A harmonized approach to the fight against racism and to promote equal treatment", *European Journal of Migration and Law* 1: 111-129.
- Colectivo IOE. 1995. "Discriminación contra trabajadores marroquíes en el acceso al trabajo" en *La discriminación laboral a los trabajadores inmigrantes en España*, Ginebra: OIT.
- Crowley, Niall. 2022. *To name and address the underlying problem: Structural discrimination on the ground of racial or ethnic origin*, Bruselas: Comisión Europea.
- Díez Nicolás, Juan y M^a José Ramírez. 2001. *La voz de los inmigrantes*, Madrid: IMSERSO.
- Freeman, Richard. 1994. "El progreso económico de los negros desde 1964", en *Mercados de trabajo en acción. Ensayos sobre economía empírica*, 151-169. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

- Hirsh, C. Elizabeth y Sabino Kornrich. 2008. "The context of discrimination: workplace, conditions, institutional environments, and sex and race discrimination charges", *American Journal of Sociology* 113, n. 5: 1394-1432.
- Massey, Douglas. 2007. *Categorically unequal: The American stratification system*, Nueva York: Russel Sage.
- Matland, Richard. 1995. "Synthesizing the implementation literature: The ambiguity-conflict model of policy implementation", *Journal of Public Administration Research and Theory* 5, n. 2: 145-174.
- Merton, Robert. 1970. *Teoría y estructura sociales*, México: Fondo de Cultura Económica.
- OIT. 2007. *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*, Ginebra: OIT.
- Polavieja, Javier, Bram Lancee, María Ramos, Susanne Veit y Rita Yemane. 2023. "In your face: a comparative field experiment on racial discrimination in Europe", *Socio-Economic Review* 21, n. 3: 1551-1578.
- Portes, Alejandro, Rosa Aparicio y William Haller. 2016. *Spanish legacies: The coming of age of the second generation*, Oakland: University California Press.
- Portes, Alejandro y Min Zhou. 2012. "La nueva segunda generación: la asimilación segmentada y sus variantes", en *Sociología económica de las migraciones internacionales*, editado por Lorenzo Cachón, 43-62, Barcelona: Anthropolos.
- Rea, Andrea y Maryse Tripier. 2009. *Sociología de la inmigración*, Barcelona: Hacer editorial.
- Rea, Andrea, John Wrench y Nouria Ouali. 1999. "Introduction: Discrimination and diversity", en *Migrants, ethnic minorities and the labour market. Integration and exclusion in Europe*, editado por John Wrench, Andrea Rea y Nouria Ouali, 1-20, London: Macmillan.
- Reyneri, Emilio. 1996. *Sociología del mercado del lavoro*, Bologna: Il Mulino.
- Rodríguez Piñero, Miguel, Fernando Valdés, M^a Emilia Casas. 2020. "Una propuesta sobre un Derecho del Trabajo renovado", *Derecho de las Relaciones Laborales* 8: 1009-1020.
- Valles, Miguel S., M^a Ángeles Cea y Gloria Domínguez. 2017. "Discriminación múltiple e inmigración". *Revista Española de Investigaciones Sociológicas* 159: 123-138.
- Wrench, John. 1996. *Preventing Racism at the workplace. A report on 16 European Countries*, Dublín: European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions.
- Wrench, John. 1998. *The UE, ethnic minorities and migrants at the workplace*, Londres: Kogan Page.

I

Articles

Artículos

Non-discrimination of immigrants in Spain: contributions of new Spanish legislation on equal treatment and non-discrimination to the European and international sphere

No discriminación de personas inmigrantes en España:
contribuciones de la nueva legislación española sobre igualdad
de trato y no discriminación a la esfera europea e
internacional

Fernando Camas Roda 

University of Girona. Spain

fernando.camas@udg.edu

<https://doi.org/10.18543/djhr.2903>

Submission date: 31.05.2023

Approval date: 03.08.2023

E-published: December 2023

Citation / Cómo citar: Camas, Fernando. 2023. «Non-discrimination of immigrants in Spain: contributions of new Spanish legislation on equal treatment and non-discrimination to the European and international sphere.» *Deusto Journal of Human Rights*, No. 12: 37-67. <https://doi.org/10.18543/djhr.2903>

Summary: Introduction. 1. Keys to the new Spanish law on equal treatment and non-discrimination. 2. Breaches of the right to equal treatment and non-discrimination: typology of cases of discrimination. 3. Sectors covered by the new equal treatment and non-discrimination legislation. 4. On the right to non-discrimination of migrants under Spanish aliens' law. 4.1. The recognition of equal treatment and non-discrimination by the 2000 legislation on aliens. 4.2. An important area for experiencing situations of discrimination: employment relations. 4.3. Legal proposals for the solution of immigrant discrimination issues. Conclusions. Bibliography.

Abstract: The purpose of this paper is to carry out an analysis of Law 15/2022, of 12 July, on equal treatment and non-discrimination, approved in Spain in 2022, especially with regard to those of its precepts that affect migrants, and the contributions that this Spanish law can make to international and European legislation. In this sense, a comparison is made with the current Organic Law 4/2002, of 11 January, on the rights and freedoms of foreigners in Spain and their social integration, which also

recognises anti-discrimination rights for migrants. In any case, the basic field of study in the application of the anti-discrimination principle for foreigners who are third-country nationals is the labour market. It is precisely in the field of employment that this paper makes proposals for a more effective application of the principle of anti-discrimination to foreigners.

Keywords: Non-discrimination, equal treatment, migrants workers, employment, labour market, multiple discrimination, intersectional discrimination.

Resumen: El objeto del presente artículo es llevar a cabo un análisis de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, aprobada en España en 2022, en especial respecto de aquellos de sus preceptos que afectan a las personas migrantes, y las aportaciones que esta ley española puede suponer para la legislación internacional y europea. En este sentido, se hace una comparativa con la vigente Ley Orgánica 4/2002, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en la que también se reconocen derechos anti-discriminación a las personas migrantes. En todo caso, el campo básico de estudio en la aplicación del principio antidiscriminatorio para extranjeros nacionales de terceros países es el mercado de trabajo. Es justamente en el ámbito del empleo donde este trabajo se hacen propuestas para aplicar con más eficacia el principio de antidiscriminación a las personas extranjeras.

Palabras clave: No discriminación, igualdad de trato, trabajadores migrantes, empleo, mercado de trabajo, discriminación múltiple, discriminación interseccional.

Introduction

In 2023, Deusto Journal of Human Rights has had the fortunate idea of proposing a monographic issue on “Equality, discrimination and immigration”, since analysing this issue is a real challenge for researchers, especially when the field of analysis is law. Although we may assume that migrants are discriminated against in various social spheres, it is truly difficult to go deeper into this issue to find the corresponding solution. First, the cause (or causes in the plural) for which an immigrant may experience discrimination must be found. These may be based on their migratory status or other factors, such as sex, beliefs, ethnicity, etc. Besides, this search for the grounds of discrimination against migrants must be based on the legislation in force, as we may find, for example, that the “immigration” factor is not recognised as a cause of discrimination.

The call launched by the Deusto Journal of Human Rights for research on the subject of “equality, discrimination and immigration” actually links three notions that are not connected from a legal point of view. If I simplify the notion of equality and discrimination in the call for papers on equal treatment and non-discrimination on the one hand, and I take the notion of immigration on the other, the result is that neither in the European nor in the Spanish sphere is there a right to non-discrimination of immigrants. However, as will be developed below, Spanish law prohibits acts of discrimination against “foreign citizens”, and also, the International Labour Organisation and the United Nations prohibit discriminatory treatment of “migrant workers” and members of their families. But as a general rule, the recognition of a principle of non-discrimination with respect to the “immigrant” (and I insist, as a broader notion than that of “migrant worker”) is not included in either European or Spanish legislation.

Therefore, in order to carry out a study on equal treatment and non-discrimination in relation to immigration, the first step is to approach the latter concept as closely as possible from the element of foreignness that it presupposes, i.e. that immigrants have a nationality other than that of the country of destination. However, not only nationality should be taken as a factor that constitutes discrimination, but in order to understand whether immigrants experience discrimination, it is necessary to analyse the way in which they may experience it based on other grounds, such as racial or ethnic origin.

Finally, this paper will address the grounds for discrimination that a migrant person may face under Spanish law. This is not a natural choice in relation to the nationality of this writer, but I believe that the

adoption of legislation in 2022 with many new developments in the field of equal treatment and non-discrimination is worth disseminating through research work, as well as raising awareness of its limits, particularly with regard to foreign citizens who are third-country nationals of the European Union.

1. **Keys to the new Spanish law on equal treatment and non-discrimination**

Law 15/2022 of 12 July 2022 on equal treatment and non-discrimination was published in the Official State Gazette on 13 July 2022, and provided for the entry into force of most of its contents on the following day, 14 July 2022.

Already from the outset, the approval of the law must be positively assessed, since its very title makes its purpose clear. I wish to emphasise this point because until the adoption of Law 15/2022, the applicable legislation in relation to the principle of non-discrimination on grounds of racial or ethnic origin, religion or beliefs, disability, age or sexual orientation was *Law 62/2003, of 30 December, on fiscal, administrative and social order measures*, a law which, as can be seen from a first reading of its title, does not reveal the important anti-discrimination content it contains, and this has contributed to the fact that it has been, and continues to be, largely unknown among legal operators and society.

The new Law 15/2022 is expected to fill this gap in the citizens' knowledge of specific legislation on rights and duties of equal treatment and non-discrimination. It did not start off well, since it came into force in the middle of the summer holiday period for many citizens and, apparently, also for some of the public administrations with responsibilities in this area, due to the lack of publicity it was given. Nevertheless, in its legal course, it will be necessary for the public authorities to make a major effort to disseminate the law, especially among people who may be victims of discrimination, but also among the many public and private actors (companies, health services, internet media, etc.), who have specific anti-discrimination duties under the law.

It is also necessary to have a good knowledge of the new law because it is a kind of benchmark for the rest of the anti-discrimination regulations included in our legal system. Law 15/2022 does not repeal these, but as it states in its preamble, "is destined to become the common minimum standards that contain the fundamental definitions

of Spanish anti-discrimination law and, at the same time, include its basic guarantees, aware that, in its current state, the difficulty in the fight against discrimination lies not so much in the recognition of the problem as in the real and effective protection of the victims". The objective stated in the explanatory memorandum is to include the basic concepts of non-discrimination from which the rest of the specific laws, albeit previously approved, build on according to their peculiarities. Thus, it seeks to ensure that the configuration of an anti-discriminatory system, regardless of the factor of discrimination or the field to which it applies, is consistent without leaving any gaps in the legislation.

The explanatory memorandum of Law 15/2022 goes on to say that its text has three main features: that it is "a law of guarantees, a general law and a comprehensive law". All three categorisations are given a meaning in the law: with regard to the first, because it is intended as a norm that seeks to guarantee anti-discrimination rights that are already recognised by various laws and yet still have problems in terms of due compliance. I consider that on this point, the legal proposals contained in the Law on the infringement and sanctioning regime in matters of non-discrimination or the actions of the Independent Authority should be carefully followed.

In addition, the explanatory memorandum states that it is a general law, "as opposed to sectoral laws, which operates as general legislation to protect against any discrimination". Its function would be to act as an umbrella legislation or to cover the existence of other sectoral laws, such as, for example, those relating to equality between men and women, which it respects in their validity. It is important to be vigilant with regard to the frictions between these sectoral regulations and the general law that Law 15/2022 is intended to become, especially with regard to Law 62/2003 referred to above, which initially transposed the European Non-Discrimination Directives, 2000/43/EC and 2000/78/EC. In fact, the preamble of Law 15/2022 states that one of its objectives is to transpose those European standards "in a more appropriate manner" (as Law 62/2003 did, it should be understood). This more appropriate, or rather necessary, transposition is intended to cover several fronts: on the one hand, the regulation of a sanction regime for breaching the principle of non-discrimination, which has been lacking in many areas, but also, the creation of new equality bodies that extend competences to those that have existed until now. Thus, under the new Law 15/2022, the Independent Authority for Equal Treatment and Non-Discrimination is established. This is a state administration body, which means that it is configured as a public law

entity that acts for the fulfilment of its purposes with full independence and functional autonomy from the public administrations; it is responsible for protecting and promoting equal treatment and non-discrimination of persons on the grounds of the causes and in the areas of state competence provided for under this Law, both in the public and private sectors. Consequently, the Independent Authority for Equal Treatment and Non-Discrimination is set up as an Equality body with responsibility for the promotion of equal treatment of all persons (Morondo and Camas 2022).

Finally, Law 15/2022 defines itself as a comprehensive law. In its explanatory memorandum, the law is described as being comprehensive “with regard to the grounds of discrimination”, and later adds that the same idea presides over the political, economic, cultural and social spheres of life to which it applies, as well as, it should also be added, cases of non-compliance with the principle of equal treatment and non-discrimination, thus including concepts hitherto unknown in the Spanish legal system (such as intersectional discrimination or discrimination by error, for example).

The subjective scope of application of the law is set out in Art. 2 of Law 15/2022. On the one hand, it recognises the right of all persons to equal treatment and non-discrimination irrespective of their nationality, whether they are minors or adults, or whether they are legally resident or not. This is an expansive clause on the holders of this right, as it would initially include immigrants in an irregular situation (without authorisation for legal residence) to be protected by the right to equal treatment and non-discrimination, although this will need to be qualified by subsequent comments.

Following this recognition, the first paragraph of Art. 2 establishes that “no one may be discriminated against on the grounds of birth, racial or ethnic origin, sex, religion, beliefs or opinion, age, disability, sexual orientation or identity, gender expression, illness or health condition, serological status and/or genetic predisposition to suffer pathologies and disorders, language, socio-economic situation, or any other personal or social condition or circumstance”. As can be seen from the reading of the provision in Art. 2.1 of Law 15/2022, the grounds of “illness or health condition”, “serological status and/or genetic predisposition to suffer pathologies and disorders”, “sexual identity”, “gender expression”, “language” and “socio-economic situation” are now added to grounds of discrimination prohibited by Art. 14 of the Spanish Constitution.

Expanding discrimination factors is in line with the comprehensive perspective sought by Law 15/2022. The regulation of this set of

discrimination factors suggests a common element that characterises many of them, namely that these grounds arise in a context of structural discrimination against certain social groups (such as women, or people of other ethnicities, or people with other religious beliefs), leading them to persistently experience situations of discrimination. The law's own explanatory memorandum actually states that "it is important to bear in mind that discriminatory acts are committed in a context of structural discrimination which explains historical inequalities resulting from a situation of social exclusion and systematic subjugation through social practices, beliefs, prejudices and stereotypes". This reference to "structural discrimination" is of interest: on the one hand, because in the law there is an underlying spirit of protection of groups or collectives that have historically suffered discrimination; on the other hand, although the notion of structural discrimination is not used in the articles of Law 15/2022 (except one reference on its article 40K which gives to the Independent Authority for Equal Treatment and Non-Discrimination the function to promote studies on historical forms of structural discrimination), it justifies the specific motivations that can give rise to situations of discrimination that do appear in Art. 2.1, and which affect groups of people, whether they are visible (women, the elderly, etc.) or not (for example, LGBTBI people or people with mental illnesses)¹. In conclusion, structural discrimination is not defined or introduced in the law but underlies the inclusion of grounds of discrimination targeted by the law.

2. Breaches of the right to equal treatment and non-discrimination: typology of cases of discrimination

One of the most important issues addressed by Law 15/2022, and set out in Art. 1, is the regulation of the definition of types of discrimination that imply a breach of the right to equal treatment and non-discrimination. The discriminatory modes or attitudes, listed in Art. 6, do not constitute discrimination in the proper sense when the conduct or acts to which they correspond can be objectively justified by a legitimate aim and as an appropriate, necessary and proportionate

¹ Of interest are the references made by the European Commission to groups that are potentially victims of discrimination, some of them visible (women, elderly people, people with certain disabilities, young people, ethnic minorities), and others not visible (LGTBI people or people with mental illnesses or certain disabilities or religious minorities). See European Commission (2022)

means of achieving that aim. Therefore, in order to be considered acts of discrimination, they must all be filtered by the parameters on the purpose and the means to achieve them established by jurisprudence.

In addition, in order to properly understand the modalities of discrimination, attention should be paid to Art. 4.4 of Law 15/2022, according to which "anti-discrimination policies shall take into account the gender perspective and pay special attention to its impact on women and girls as an obstacle to access to rights such as education, employment, health, access to justice and the right to a life free of violence, among others". The provision is aimed at anti-discrimination policies, and it is precisely the definition of some of the discriminatory modalities that will be discussed here that respond to the development of these policies in favour of equality between men and women. Here, I consider the gender perspective to be inherent in the perception of types of discriminatory behaviour, in particular those of a multiple nature. It should not be forgotten that point 14 of *Council Directive 2000/43 of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin* states that the implementation of this principle "should aim to eliminate inequalities and to promote equality between men and women, especially since women are often the victims of multiple discrimination".

The law includes as modalities or types of discrimination, and therefore as breaches of the right to equal treatment and non-discrimination, the customary "direct discrimination", which is a situation in which a person or group in which he/she forms part is, has been or could be treated less favourably than others in a similar or comparable situation for the reasons set out in Art. 2.1 of the Law. Interestingly, a legislative innovation in the area of direct discrimination is to consider the denial of reasonable accommodations to persons with disabilities as, if you'll forgive the repetition, an act of direct discrimination. While until now the refusal to provide reasonable accommodation to persons with disabilities was not automatically considered as discrimination, but had to be proven, with the new legislation the inaction, for example in the field of business, to adapt the working environment to the disabled person can now be regarded as direct discrimination.

On the other hand, indirect discrimination is also included, understood as when an apparently neutral provision, criterion or practice causes or may cause one or more individuals a particular disadvantage with respect to others due to the causes foreseen in Art. 2.1 of Law 15/2022. I consider that this discrimination constitutes a key element in determining situations of discrimination, both with regard

to a person and to a group, even if the decision from which it stems has no discriminatory intent. Moreover, in the labour sphere, the definition of this modality is particularly interesting because it actually implies that the business sector has to drive business policies in terms of the effects they entail. In fact, the importance I attach to this modality contrasts with the schematic nature of the definition, which can be explained by the very consideration of the law as a common minimum standard applicable to other sectors where the definition has been more developed.

Thirdly, Law 15/2022 includes so-called discrimination by association. In fact, the law introduces new types of violations of the right to equal treatment and non-discrimination, such as the prohibition of discrimination by association and by error, as well as multiple and intersectoral discrimination.

The Law defines discrimination by association as “when a person or group of which he or she is a member, due to his or her relationship with another person or group of which any of the grounds set out in the first paragraph of Article 2 of this law applies, is subjected to discriminatory treatment”. This new regulation on discrimination by association is to be welcomed, although its recognition, albeit not expressly provided for in the past, could find its way into the legal interpretation of sectoral laws, as for example in the area of discrimination on racial grounds. In this respect, Law 62/2003 prohibits direct discrimination on grounds of race in general, i.e. it does not link it to the fact that the recognition of a discriminatory attitude on racial grounds must be proven towards a person because of ‘his’ or ‘her’ race. This could also be interpreted as covering a specific form of discrimination by association (Camas 2021). In this regard, the CJEU Judgment of 16 July 2015 (Case C-83-14, *Chez v. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*), which dealt with non-discrimination on grounds of racial or ethnic origin, showed that a person who was not of Roma origin could benefit from the corresponding anti-discrimination action on racial or ethnic grounds, since, despite not identifying with the Roma ethnic group, he or she suffered less favourable treatment or a particular disadvantage in the same way as the Roma. As the European Commission noted, discrimination does not depend on the existence of an intimate or close relationship between the alleged victim and the group with which he or she is associated².

² Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the application of Council Directive 2000/43/EC implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin (“the Racial Equality

In addition, Law 15/2022 defines discrimination by error (or what is known in doctrinal circles mainly as discrimination by misperception or assumption) as “that which is based on an incorrect assessment of the characteristics of the person or persons discriminated against”. Article 4.1 states that “multiple or intersectional discrimination” is considered a violation of the right to equal treatment and non-discrimination.

It is at the definition level that the differences in both modalities emerge: multiple discrimination is defined as that which occurs “when a person is discriminated against simultaneously or consecutively for two or more of the causes foreseen in this law”; while intersectional discrimination is when “several of the causes foreseen in this law concur or interact, generating a specific form of discrimination”. The law differentiates at the level of “definition” between multiple and intersectional discrimination; the main difference between the two being that in the latter it is decisive that the sum of different motivations or discriminatory factors generate a specific form of discrimination.

Nevertheless, I consider that both modalities (multiple and intersectional) are manifestations of the same type of discrimination, or rather, that intersectional discrimination is a specific expression of multiple discrimination. In fact, Law 15/2022 has a homogeneous approach to the effects of both types of discrimination. Only on one very notable occasion does it establish the exclusive consideration of multiple discrimination, namely when Art. 47 establishes that conduct constituting multiple discrimination (thus failing to include intersectional discrimination) shall be considered a very serious offence. The failure to regulate the “specific form of discrimination” giving rise to intersectional discrimination as a very serious offence could lead to a flaw in the principle of criminalisation of offences. However, I also consider intersectional discrimination to be sanctionable from the moment that the interaction of the causes of discrimination that give rise to it is accredited, although it will not be sanctionable as such, but as multiple discrimination.

It is in this type of multiple and intersectional discrimination that the situation of women comes into play, and hence, as I said before, my argument for a gender perspective in the identification of these discriminatory modalities. In this regard, it should be noted that the

Directive”) and Council Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation (“the Employment Equality Directive”, Brussels, 19.3.2021, Document COM(2021) 139 final: See at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0139&from=EN>

explanatory memorandum of Law 15/2022 states on the one hand that it contains “instruments to address the serious consequences that occur when two or more grounds of discrimination interact in the same person, especially in women”, while on the other, and specifically when talking about multiple and intersectional discrimination, the preamble justifies its adoption by stating its importance for the development of equality policies aimed at women, who are “especially vulnerable to this type of discrimination when to the ground of discrimination on grounds of sex is added any other ground provided for in the law”.

In addition to the importance of the “sex” factor as a key motive in multiple or intersectional discrimination, it is worth reflecting on when it is combined with discrimination against immigrants for their status as such, even though it is not stated in the law. As seen above, Law 15/2022 includes racial or ethnic origin, sex or religion as grounds for discrimination. This means, in principle, that a Spanish citizen, a woman, a person of another ethnicity, for example, from the Roma or Gypsy community, and with a different belief or religion from the mainstream ones, can be subject to multiple discrimination if a situation of discrimination on the basis of the three grounds (sex, ethnicity and religion or belief) occurs simultaneously or consecutively. In the event that this person is an immigrant (whether she has migrated in search of work or for any other reason), in any of the areas in which the law applies (employment, housing, education, etc.), it could be thought of as multiple discrimination, since in addition to discrimination based on her sex, ethnicity and religion or beliefs, as provided for in the law, there could also be that derived from the fact that she is a migrant or from her personal status as a migrant.

Although it is not expressly specified, the person’s status as a migrant could be included within the general clause of Spanish law prohibiting discrimination against any individual on the basis of his or her personal or social circumstances. Nevertheless, such a consideration still fails to address the discrimination that actually exists against migrants in their country of destination simply because of the fact that they are migrants. In my opinion, this historical factor of structural discrimination is curiously not addressed by European or international legislation (disregarding the recognised right of “documented migrant workers” to equal treatment and non-discrimination in their working conditions), nor indeed is it addressed by the Spanish legislation. This lack of specific legal provision for discrimination based on the person’s migratory status leads me to support the greater relevance of considering as intersectional discrimination the proof that a situation of

specific discrimination has occurred when the three causes of discrimination expressed by the law in the cited case (sex, ethnicity and religion) are combined with the victim's migratory status (i.e. in their specific status as migrants, even if they are properly documented). I consider that intersectional discrimination, in cases involving migrants, may be a useful category in which to include cases of discrimination against migrants in conjunction with what may be other factors of discrimination expressly provided for in the law.

However, multiple and intersectional discrimination also have points in common, such as the fact that when reasons are given for differences in treatment in order to avoid a charge of discrimination, these reasons must be given in relation to each of the grounds of discrimination. Likewise, in cases of multiple and intersectional discrimination, the affirmative action measures promoted by the law must also consider the concurrence of the different causes of discrimination. Hence, considering a migrant's status as a factor of discrimination may also lead to the adoption of affirmative action measures.

Also, in the area of aspects shared by both modalities, it should be remembered that in accordance with Art. 34, regulating the State Strategy for Equal Treatment and Non-Discrimination, special attention should be paid to intersectional or multiple discriminations which, by their very nature, represent a more serious attack on the right to equal treatment and non-discrimination.

3. Sectors covered by the new equal treatment and non-discrimination legislation

Regarding the objective scope of application of the above prohibition of discrimination, it should be noted that Art. 3 lays down that the Law applies to the following areas: employment and self-employment, access to employment, working conditions, including pay and dismissal, professional promotion and training for employment; access, promotion, working conditions and training in public employment; membership and participation in political, trade union, business, professional and social or economic interest organisations; education; health; transport; culture; public safety; administration of justice; social protection, benefits and social services; access, offer and supply of goods and services available to the public, including housing, which are offered outside the sphere of private and family life; access and stay in establishments or spaces open to the public, as well as the

use of public streets and permanence therein; advertising, media and services of the information society; Internet, social networks and mobile applications; sports activities, in accordance with Law 19/2007, of 11 July, against violence, racism, xenophobia and intolerance in sport. Finally, it also applies to Artificial Intelligence and big data management.

Title I of Law 15/2022 lays down provisions of interest to companies, trade unions and employers' organisations or public administrations in all these areas, and I would like to focus on those in which the law refers, albeit indirectly, to foreign citizens. In particular, one of the areas mentioned in the law is where the presence of the immigrant as a possible victim of discrimination can be found most implicitly, that of health care. Specifically, Law 15/2022 states that the health administrations will promote actions aimed at those population groups with specific health needs, such as "the elderly, minors, people with disabilities, people belonging to the LGTBI collective, people suffering from mental, chronic, rare, degenerative or terminal diseases, incapacitating syndromes, virus carriers, victims of abuse, homeless people, people with drug addiction problems, ethnic minorities, among others, and, in general, people belonging to groups at risk of exclusion and homelessness in order to ensure effective access and enjoyment of health services in accordance with their needs". The law does not mention foreigners or immigrants in an irregular or undocumented situation among the groups, although a nuance included in Art. 15.6 of Law 15/2022 should be noted: according to this provision, no one may be excluded or suspended from basic or specialised health care under equal conditions, nor be denied health treatment "due to a lack of documentary accreditation or a demonstrable minimum length of stay". This lack of "documentary accreditation" would imply a reference to undocumented foreigners, and therefore, they are entitled to full health treatment.

If we go back over what has been said so far with regard to foreign citizens, firstly, the principle of equal treatment and non-discrimination applies to all persons regardless of their nationality or whether or not they are legally resident in Spain, which would suggest that it also applies unconditionally to an undocumented foreigner, i.e. without a legal residence or work permit. Moreover, we have seen that lack of authorisation to reside or work is not an obstacle to full access to the right to health care either.

These advances with respect to immigrants must be qualified in any case by a provision included in Law 15/2022, specifically its fourth additional provision entitled "Non-affectation of legislation on aliens".

According to this precept, “the provisions of this law [Law 15/2022] are without prejudice to the regulation established in Organic Law 4/2000, of 11 January, on the rights and freedoms of foreigners in Spain and their social integration and in its implementing regulations”. In other words, what Law 15/2022 says on the recognition of the principle of equal treatment and non-discrimination of all persons regardless of their nationality or legal residence is subject to what other legislation, specifically legislation dating from 2000 (Organic Law 4/2000) concerning the rights and duties of foreigners, establishes on this matter. As will be seen, the focus of Organic Law 4/2000 is more restrictive than that of Law 15/2022 in anti-discrimination matters, especially with regard to undocumented immigrants.

4. On the right to non-discrimination of migrants under Spanish aliens’ law

The starting point in relation to the rights and responsibilities of non-EU Community citizens in Spain is Article 13.1 of the Spanish Constitution, which stipulates that aliens shall enjoy the fundamental rights and liberties protected by the Constitution ‘under the terms to be laid down by treaties and the law’. A first reading of the supreme Spanish law implies that rights such as equal treatment and non-discrimination are not accorded directly to aliens, but only insofar as those rights are recognised under the law that serves to regulate their situation. The first ruling of the Constitutional Court that addressed the issue of equal treatment between foreign citizens and Spanish nationals in the exercise of rights (in the case in question, in relation to the right to work of an undocumented foreigner residing in Spain) was Ruling 107/1984 of 23 November 1984. In its decision, the Constitutional Court stated that the text of the Constitution makes no mention of a general principle of equality between Spanish nationals and aliens and, therefore, “equality or inequality in the entitlement to and exercise of rights will depend, as laid down in the Constitution itself, on the free will of the Treaty or the law” (Foundation 3). In basic and general terms, the enjoyment of most of the fundamental rights enshrined in the Constitution corresponds to foreigners in the manner directly established by the Spanish law on the rights and duties of foreigners, which, as we have seen above, is Law 4/2000. Thus, for example, in relation to access to employment, this law (as was the case in 1984, the date of the aforementioned Constitutional Court ruling), the right to work corresponds to foreigners residing in Spain, i.e. once

they have obtained authorisation to reside and work in the country. For this reason, in the particular case brought before it, the Constitutional Court concluded that there was not a constitutional right to equal treatment for aliens in access to employment, since the right to work is only recognised for Spanish nationals. This means that a non-EU migrant worker not yet in Spain cannot demand equal treatment with a Spanish national to enter Spain and gain access to employment. To do so, the non-EU worker would previously need to have obtained authorisation from the state to live and work in Spain.

In fact, Law 4/2000 regulates the list of rights that correspond to foreigners (the right to documentation, the right to work and social security, the right to health care, the right to access to justice, etc.), recognising these rights mainly for foreign citizens legally residing in Spain; only those rights listed in Organic Law 4/2000 that are linked to human dignity also correspond to undocumented foreigners. This was established in Constitutional Court Rulings No. 236/2007 of 7 November 2007 and No. 257/2007 of 19 December of the same year. In these rulings, the Constitutional Court admitted that it may be constitutional for the legislator to differentiate between resident aliens and undocumented aliens in order to shape the legal status of foreigners as long as doing so does not violate precepts or principles of the Constitution. However, the threshold imposed by the Constitution when excluding certain rights for foreigners in an irregular situation was found by the Constitutional Court to be dignity. According to the constitutional interpretation, “the dignity of the person, as the “foundation of the political order and social peace” (Art. 10.1 SC), obliges us to grant any person, regardless of their situation, those rights or their content which are essential to guarantee it, thus establishing dignity as an invulnerable baseline which, by constitutional imperative, is imposed on all powers, including the legislator”. For this reason, the Constitutional Court admits the ownership and full exercise of certain fundamental rights also for undocumented foreigners, such as the right to assembly, association, education, health care, freedom of association and strike or free legal aid.

4.1. *The recognition of equal treatment and non-discrimination by the 2000 legislation on aliens*

In the area of equal treatment and non-discrimination of foreigners in Spain, there is a series of articles, from the most general to the most specific, which will be briefly described below. Starting with the first of

these, Article 3 of Organic Law 4/2000 recalls, in the same way as the Spanish Constitution, that foreign citizens enjoy fundamental rights and duties in the terms established in international treaties and in Law 4/2000 itself (which means that this Law must be reviewed to see how these rights are regulated. As we have seen, these rights are generally granted to documented foreigners, with the exception of those rights most closely linked to human dignity, which are also recognised for undocumented foreigners). In addition, as a general interpretative criterion, foreigners shall be understood to exercise the rights recognised by this Law (whether they are documented or undocumented) on an equal footing with Spanish nationals.

On the other hand, Art. 2bis of Organic Law 4/2000 regulates the immigration policy to be carried out by each public administration involved in this field in accordance with its competences. This provision establishes two principles that must guide the actions of these public authorities in the exercise of their powers in the area of immigration, the first relating to the "effectiveness of the principle of non-discrimination", and the second consisting of "equal treatment in employment and social security conditions". It should be noted that in the first principle, the predicate effectiveness of the principle of non-discrimination has as a consequence, as stated literally in the provision, "the recognition of equal rights and obligations for all those who live or work legally in Spain, under the terms provided by law", i.e., the Public Administrations must act to give effect to the principle of non-discrimination with respect to documented foreigners insofar as they live or work "legally" in Spain. Curiously, however, the second principle governing the actions of the public authorities is that of "equal treatment in working conditions and social security". From the outset, this principle applies without a doubt to documented foreigners. However, as this principle of action by the public authorities does not make any reference to the legal residence status of foreigners in Spain, it should also be applicable to undocumented foreigners when they are working, while respecting the specific limits for illegally employing them or for the purposes of Social Security. In labour matters, if the migrant worker, despite being undocumented, and therefore without the right to access employment, is working, his or her minimum working conditions must be respected, as recognised in Article 36 of Organic Law 4/2000. In other words, based on this recognition of their labour rights as if they had a valid employment contract, the need to maintain the equality of their conditions with respect to the rest of the workers who do have one can be inferred.

Articles 23 et seq. of Organic Law 4/2000 define acts of discrimination as follows. In principle, discrimination is understood to be any act which “directly or indirectly involves a distinction, exclusion, restriction or preference against a foreigner based on race, colour, ancestry, national or ethnic origin, religious convictions and practices, and which has the purpose or effect of destroying or limiting the recognition or exercise, under conditions of equality, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social or cultural spheres”. This provision considers discrimination to be one of the actions generally described in the international sphere (exclusion, restriction or preference) that is directed against a foreigner, which must be understood in a general sense (i.e. including undocumented foreigners), but with several caveats. Firstly, as mentioned above, only those rights and fundamental freedoms that the Constitutional Court links to human dignity are applicable to them.

Secondly, notwithstanding the recognition of the principle of non-discrimination of foreigners in the exercise of their human rights, this recognition does not affect their compliance with the legal requirements for entry into Spain, residence in or expulsion from Spanish territory. That is, from the outset, the principle of non-discrimination of foreigners on the basis of race, colour, ancestry or national or ethnic origin, religious convictions and practices does not intervene in the authorisation procedures for entry and stay in Spain. It must be noted that the entry, stay and exit procedures are formulated precisely because the foreigner does not have Spanish nationality. He or she cannot request the same treatment as a Spanish citizen to enter, stay or leave given this shortcoming. In fact, on grounds such as race or ethnic origin, but also on grounds of religion or belief, disability, age or sexual orientation specifically in the field of employment and occupation, the European Directives governing these grounds exclude themselves from their application in relation to State provisions and conditions regulating the entry and residence of third-country nationals and stateless persons in the territory of the Member States and from any treatment arising from the legal status of third-country nationals and stateless persons. This European regulation has been transposed into Spanish law by Law 62/2003, which in its seventh additional provision, under the title “Non-applicability to the legislation on aliens”, establishes that the articles transposing the anti-discrimination directives do not affect the rules provided for “on the entry, stay, work and establishment of foreigners in Spain under Organic Law 4/2000”.

Apart from the general concept of discriminatory acts discussed above, Organic Law 4/2000 also defines specific acts of discrimination.

I consider it interesting to distinguish between these specific discriminatory acts, in particular those that may affect resident or documented foreigners, and those that may also be subject to prohibition for undocumented foreigners.

Firstly, there are certain prohibited acts of discrimination which, in my opinion, would apply to both documented and undocumented foreigners, albeit in this case with the caveats expressed above, i.e. they would be recognised as forbidden acts of discrimination but would not affect the enforcement by state authorities of the relevant decisions on entry and stay (the basis of which is the foreigner having a different nationality from Spanish nationals). According to Organic Law 4/2000, these prohibited acts of discrimination include those carried out by the authority or public official or personnel in charge of a public service, who in the exercise of their functions, by action or omission, carry out any act of discrimination prohibited by law against foreign citizens only "because of their condition as such" or because they belong to a certain race, religion, ethnic group or nationality. As can be seen, the active subject of this discriminatory act is an employee of the sector and the passive subject is a foreigner, which must be understood in general terms, whether he/she is legally resident in Spain or whether he/she is in an irregular situation or undocumented. However, the prohibition of the discriminatory act depends on whether it is prohibited by law and whether it is motivated by the victim's status as a foreigner or for other reasons such as race, religion, ethnicity or nationality.

I believe that despite the fact that these acts of discrimination, from the outset, do not have a bearing on the fulfilment of state requirements on entry and stay in Spain by foreigners, a discriminatory action based on specific grounds such as race or ethnicity or religion or nationality or, as the law states, on the status of foreigner, could be subject to activating prohibition and appropriate anti-discrimination measures if it were to violate the foreigner's human rights in the framework of the procedure authorising entry or stay. However, I insist, these procedures are not directly egalitarian with respect to foreigners in general due to the fact that they fail to have Spanish nationality.

I would also include under this recognition as discrimination any foreigner, whether documented or undocumented, with respect to those acts that impose more onerous conditions than on Spanish nationals, or that imply resistance to providing a foreign citizen with "goods or services" offered to the public, "solely because of their condition as such" or because they belong to a certain race, religion,

ethnicity or nationality. With regard to undocumented foreigners, I consider that they should be recognised in the provision of these goods or services offered to the public, unless an objective cause or the connection of these goods or services with rights to stay in Spain prevents it, provided that this does not violate their human rights.

The law includes as prohibited acts of discrimination "for foreigners who regularly reside in Spain" all actions that illegitimately impose more burdensome conditions than those imposed on Spanish nationals or restrict or limit access to work, housing, education, vocational training and social and social welfare services, as well as any other right recognised under Organic Law 4/2000 itself, such as the exercise of an economic activity, solely because of their status as such or because they belong to a certain race, religion, ethnic group or nationality.

As can be seen, the causes or grounds of discrimination that are common denominators in all the acts described are race, religion, ethnicity, nationality and discrimination on the basis of their status as foreigners (the law repeatedly refers to discrimination "on the basis of their status as such").

Two issues are worth highlighting in the way these grounds are framed. Firstly, the problems of the relationship between nationality as a ground of discrimination and race or ethnic origin. To this end, reference should be made to the UN Human Rights Committee (UNHRC) in an opinion published in 2009. This opinion found a violation of the International Covenant on Civil and Political Rights by Spain in the case of Rosalind Williams. Ms. Williams, an African-American from the United States, acquired Spanish nationality in 1969. In 1992, a National Police officer asked her for her national identity card. The complainant asked the officer to explain the reasons for the identity check; the officer replied that he was obliged to check the identity of persons "like her", as many people like her were undocumented foreigners. The Spanish Constitutional Court, in its ruling of 29 January 2001, justified the police action because it "applied the racial criterion as a mere indication of a greater probability that the person in question was not a Spanish national", and because "what could have been discriminatory would have been the use of a criterion [in this case racial] unrelated to the identification of the persons for whom the law provides this administrative measure, in this case foreign citizens". Ms. Williams filed a complaint with the UNHRC. The Committee recalled its jurisprudence that not every differentiation of treatment constitutes discrimination, if the criteria for such differentiation are reasonable and objective and if the aim is to

achieve a legitimate purpose under the Covenant, but in this case “the criteria of reasonableness and objectivity were not met”. Consequently, the UNHRC declared that Article 2 of the Convention had been violated. The UNHRC’s opinion is very significant because it questions the doctrine established by the Spanish Constitutional Court in 2001, legitimising the use of the racial criterion as a valid indicator of nationality and as a reason to assume that a foreigner’s presence in Spain is more likely to be irregular.

Secondly, it is also of interest to focus on two other grounds that appear as separate in the legislation under review: discrimination against a foreigner “in his or her capacity as such” and discrimination based on nationality. A first reading leads one to consider that both grounds are separated in the law and are therefore of different content: one could think that discrimination on the grounds of being a foreigner has a general scope (i.e. one is discriminated against without taking into account the specific nationality held, only for not having Spanish nationality), while in discrimination on the grounds of nationality one is discriminated against on the grounds of having a specific or determined nationality that does not correspond to the Spanish one. Or put another way, the law considers that an act of discrimination on grounds of nationality occurs when a certain nationality is taken as a reference to make its citizens of worse status than others and Spanish nationals. And discrimination on grounds of a foreigner’s status as such would occur when, regardless of the foreigner’s nationality, he or she is treated worse solely because he or she does not have Spanish nationality.

However, I consider that the root cause of both grounds (discrimination on grounds of nationality and discrimination on grounds of being a foreigner) are equivalent in nature. In fact, according to Art. 1 of Organic Law 4/2000, those who lack Spanish nationality are considered foreigners, and discrimination on grounds of nationality in Spain is based precisely on not having Spanish nationality.

Focusing now exclusively on the area of foreigners as victims of discrimination, either because of their status as foreign citizens or because of their nationality, it should be recalled as a preliminary basis that Spanish law provides for a fundamental division between nationals of a European Union state and EU third-country nationals. The former are guaranteed freedom of movement of persons and workers by the founding Treaties and their derived regulations, and specifically the general prohibition of any type of discrimination on grounds of nationality with respect to Spanish nationals. As we have seen, EU third-country nationals do not enjoy the rights granted to the latter by

law on an equal footing with Spanish nationals, but according to the way in which these rights are regulated by law. However, as mentioned before, once these rights have been granted to documented foreign citizens, they cannot be discriminated against on grounds of their nationality in access to work, housing, education, vocational training and social and welfare services, for example.

The data suggest that EU third-country nationals are particularly affected by discrimination in relation to the labour market (discrimination in access to employment; in maintaining their contracts or completing them, and their unemployment situation; or also in terms of working conditions)³.

4.2. *An important area for experiencing situations of discrimination: employment relations*

In labour matters, the legal provisions regulating the right to employment and social security for aliens are contained in Organic Law 4/2000, Art. 10 of which lays down that “foreign nationals who possess all the necessary requirements specified in this Organic Law, and in measures implementing it, shall have the right to engage in remunerated activities, on the basis of self-employment or otherwise, as well as access to the social security system, in conformity with applicable legislation”. As a result, only foreigners who have been authorised to come to Spain to work can enjoy the right to take up employment, whether in the public or private sector – as employees, never as civil servants – on equal terms with Spanish nationals.

In relation to non-discrimination in the field of employment, due consideration must be given to the provisions of the 2015 Workers’ Statute Act (*Ley del Estatuto de los Trabajadores*). Art. 17 of this Law establishes as null and void any work-related regulatory standards, collective bargaining clauses, individual agreements and unilateral employer actions regarding pay, working hours and other labour-related conditions that lead directly or indirectly to unfavourable treatment or discrimination towards workers on the grounds of age, disability, sex, “origin, including racial or ethnic origin”, marital status, social status, religion or beliefs, political ideas, sexual orientation and identity, gender expression, sexual characteristics, trade union

³ For a study on the working conditions of migrant workers and the situations of discrimination they face, see: Gätcher (2022).

membership or adherence to union agreements, kinship ties with persons belonging to or related to the company, and language spoken within the Spanish State (to this precept must be added the commitments derived from Spain's ratification of the International Labour Organisation's Convention 111 of 1958 on discrimination in employment and occupation, which includes national descent and social origin as a factor of discrimination) (Camas 2023).

It is clear that this amalgam of grounds of discrimination in the workplace does not include those relating to the fact that a worker is a "foreign citizen" or on his or her nationality. Different grounds such as origin, including racial or ethnic origin, are included in the provision, but the notion that a foreign worker is discriminated against "because of his or her status as such" or because of his or her nationality is literally not included. In order to put this question into perspective, i.e. to uphold the impossibility for a documented foreign worker or one with a residence permit to be discriminated against in the workplace for any reason (including his or her non-national status), we must start from the premise that Article 2 of Organic Law 4/2000 provides that Public Administrations shall base the exercise of their powers related to immigration on respect for the principle of "equality of treatment in labour and social security conditions". This means that any action taken by the public administration with regard to immigrants must be focused on respecting their equality in working conditions, and therefore no discrimination on any grounds whatsoever can occur in the case of documented immigrants.

On the other hand, it could also be argued, although this should be a matter for judicial interpretation, that the notion of "origin", including racial or ethnic origin, is applied both to Spanish nationals and to foreign workers who are not nationals of an EU Member State. Not only that, but the notion of origin could also be interpreted as national origin or nationality. In other words, the prohibition of national origin discrimination also includes foreigners who have obtained the relevant authorisation to reside and work (Camas and López Roca 2010). It must be noted that the mentioned precept of the Workers' Statute Act stems from Law 62/2003⁴, which transposed EU Directive 2000/43 concerning the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin. This Directive states in its preamble that it "does not cover differences of treatment based on nationality and is without prejudice to provisions governing the entry

⁴ Law 62/2003 on fiscal, administrative and social measures.

and residence of third-country nationals and their access to employment and to occupation". In other words, depending on the Member State, nationality cannot be claimed by the foreigner as grounds for discrimination when gaining access to employment, or in the exercise of their work. As we have seen, third-country nationals wishing to enter Spain to work do not benefit from the principle of equality with Spanish nationals (at least, not until they have obtained authorisation to reside and work). If they fail to obtain authorisation, yet continue to work in Spain, they are unable to claim national origin discrimination in their workplace (since they are *de facto* not entitled to work). As we will see later, they can claim equal working conditions to Spanish national workers, but by other legal means. Nonetheless, as I see it, foreigners who are legally authorised to reside and work can defend themselves from any discrimination on the grounds of national origin under the concept of "origin", provided for under the Workers' Statute Act, which assumes that Spanish Law will not only respect Directive 2000/43, but enhance it in this particular point.

In order to achieve equal treatment and the prohibition of discrimination against immigrants, certain actions should be taken under Law 62/2003. These include corporate equality plans, promoting equality in collective bargaining between employers and union representatives, as well as adopting corporate diversity plans. These actions should always be conducted from the perspective of social dialogue between employers and workers.

4.3. *Legal proposals for the solution of immigrant discrimination issues*

However, this regulation is not preventing situations of discrimination against foreign citizens, either in their access to work, or with regard to the working conditions they may face, or in any of the areas in which they may be discriminated against.

One solution would be to reform the current legal regulation and expressly include discrimination on the basis of "migrant status". This means not to establish the reasoning that discrimination should be prohibited on the basis of anyone's nationality, but expressly on the grounds of being an "immigrant" or, in other words, of having the status of a "migrant person".

This specific mention would promote the visibility of migrant personnel in society, and especially of migrant workers, beyond them being cornered in concepts common to Spanish nationals and immigrants, such as origin, including ethnic origin, as well as their lack

of visibility if they are only considered as not having Spanish nationality. The term migrant includes, *per se*, an element of foreignness, but goes beyond this in terms of the characteristics that can identify a migrant, whatever the reason for arriving in the country of destination, but who decide to settle in a country other than their own with a view to stability if they can earn a living or improve on the life they had in their country of origin.

It is indeed noteworthy that the employment legislation passed in 2023, in particular Law 3/2023 of 28 February on Employment, establishes a regulation of interest. Article 50 sets out what is considered to be a group of priority attention for employment policy; these are groups of people who, due to their special difficulties in accessing and remaining in the labour market, require specific programmes aimed at promoting their employment and their permanence in the labour market. This includes, literally, “migrant persons”. What the law states is that foreign citizens who have come to Spain to work have significant difficulties in obtaining an employment contract or in avoiding dismissal, and therefore these migrant workers should be granted specific measures to combat these difficulties.

In this context, it is worth mentioning the statements made by the State Attorney General’s Office in the 2023 Annual Report presented by the Attorney General Mr. Álvaro García, indicating that in our society, the immigration factor constitutes a potential element of restriction, limitation or even elimination of the enjoyment of fundamental rights. For the Attorney General, the alien factor delimiting this lack of recognition of rights is often associated with non-nationals whose common denominator is their poverty and vulnerability. The report goes on to state that vulnerable foreigners, and in particular migrants whose problems reach the Attorney General’s Office, often share the common feature that, in addition to being foreigners, they are poor, and in many cases, they are poor precisely because they are foreigners (i.e. because their status as foreigners makes it extremely difficult for them to access the labour market or any economic activity). The Attorney General concludes that “therefore, on this sociological level, it is perfectly possible to separate the status of foreigner from that of migrant, and from that of poor migrant foreigner, when examining the cases that this Office deals with. The first is a sector of the population which, without further details, is not substantially different in the field of constitutional litigation from the rest of the population, but the other two – and especially the third – are clear examples of a vulnerable population”

(Fiscalía General del Estado 2023). As I have argued in this paper, beyond a purely sociological perspective, and as indicated in the aforementioned Report, the person's status as a migrant should be transposed to the field of prohibition of discrimination, especially when the distance between this and that of a poor (and therefore vulnerable) migrant foreigner is so small.

Clearly, the difficulty of this proposal lies in the definition of migrant person (not contained either in Spanish or international or European legislation), beyond the concept of "migrant worker", which does appear in Convention No. 97 of 1949 of the International Labour Organisation on migrant workers and in Convention No. 143 of 1975, with the same purpose (or also the definition of migrant workers in the 1990 UN International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families). Incidentally, for the purposes of protection measures, the first of these refers not only to migrant workers but also to "immigrants", who, if they are lawfully within the territory of a State, must be accorded a series of rights listed in the Convention without discrimination on grounds of nationality, race, religion or sex, and must receive no less favourable treatment than that which is accorded to the state's own nationals. It could be understood that the very notion of immigrants goes beyond the concept of migrant workers to also include their family environment (Camas 2016, 55 et seq.).

However, I believe that the actual characteristics of a migrant in a broad sense, beyond being considered as a worker, could play a more important role in the fight against discrimination that the latter may experience as a foreign citizen. And also, any person with migrant status regardless of the reason for which they have moved to another country (including asylum-seeking, for studies, etc.).

Finally, I would like to make one last reference to an issue that is of interest insofar as a difference (which may not be objective and reasonable) is established in the legislative sphere, not between Spanish nationals and migrant workers, but among migrant workers themselves, and in particular, on the basis of their qualifications.

To begin with, the European Commission's Communication concerning the *New Pact on Migration and Asylum* published in September 2020 envisages revising *Directive 2011/98/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on a single application procedure for a single permit for third-country nationals to reside and work in the territory of a Member State and on a common set of rights for third-country workers legally residing in a Member State* (better known as the Single Permit Directive). It should be

recalled that the transposition of this Directive is mainly reflected in Articles 36, 38 and 40 of Organic Law 4/2000, as well as in Royal Decree 557/2011, of 20 April (Articles 62 to 70), which establish in general terms the system of work permits for employed persons and the requirements for obtaining them, as well as the procedure for granting initial work permits when this competence is assumed by the Autonomous Communities. As stated in Art. 68 of Royal Decree 55/2011, any procedure relating to an initial authorisation for temporary residence and work as an employed person shall involve the submission of a single application and shall end with a single administrative decision.

In the view of the European Commission in its Communication on the *New Deal on Migration and Asylum*, Directive 2011/98 has failed to fully achieve its objective of simplifying admission procedures for all third-country workers. The aim would be to explore ways of simplifying and clarifying the scope of the legislation, including the conditions of admission and residence for “low- and medium-skilled” workers.

This initiative should be put into context. First, it should be recalled that European Union legislation deals with legal labour migration in a sectoral and dispersed manner. That is, since the adoption of the 2005 Legal Migration Plan, the EU has not opted for a model of horizontal legislation generally applicable to all migrant workers, but for the adoption of sectoral directives applicable to specific categories of labour migrants (Rojo 2006; Rodríguez Copé 2011); mainly concerning foreign workers for highly qualified jobs (Directive 2009/50/EC, also known as the Blue Card Directive); seasonal workers (Directive 2014/36/EU); or workers posted to the territory of the Union in the framework of an intra-corporate transfer (Directive 2014/66/EU). And beyond these labour migrants, but with an impact on this issue, Directive 2016/801 on entry for the purpose of study, training, volunteering or au-pair work.

It could be said that a nuance to this strategy is provided by Directive 2011/98/EC. Unlike the others, this directive does not apply to a specific group of migrants, so it cannot be strictly qualified as an exception to the sectoral directives mentioned above, but it is also true that Directive 2011/98 has a transversal character with respect to the rest of the specific directives on migrant workers and homogenises in certain aspects the rights that correspond to all of them. Specifically, one of the key features of this regulation is that it establishes a “simplified common procedure” for citizens applying to reside and work in the territory of a Member State, as well as guaranteeing a right to equal treatment for third-country nationals working in an EU Member State in relation to certain matters of a social nature (working

conditions or social security, among others), and, may I say, regardless of their qualifications.

To focus the subjective scope of such equal treatment of non-EU foreign workers, it actually defines a “third-country worker” as “any third-country national who has been admitted to the territory of a Member State, who is legally resident there and who is authorised, in the context of a paid employment relationship, to work in that Member State in accordance with national law or practice”. Although this definition of a “third-country worker” is limited to the effects of this Directive, which, as we have seen, grants a common right to equal treatment to foreign workers, the fact is that it is also very relevant for the rest of the workers covered by the other Directives mentioned above, since from the moment their application follows the procedural path of Directive 2011/98/EC, they become entitled to equal treatment (Camas 2019).

However, Directive 2011/98/EU is not a Directive that “specifically” regulates the conditions of entry and residence of third-country nationals with “medium or low qualifications”. Naturally, medium and low-skilled foreign workers can, like other migrant workers, benefit from the block of rights to equal treatment and procedural guarantees under that Directive, but their rights are not established under a specific EU entry scheme. In other words, there is no specific harmonised EU instrument for the admission of medium and low-skilled workers (European Commission 2018, 84), as is the case, for example, with the highly skilled migrant regime.

Against this background, the first voices from EU bodies such as the European Commission concluded that the consequences of the lack of harmonised rules on admission and residence in the EU for attracting low- and medium-skilled third-country nationals were difficult to assess in the light of the different needs faced by Member States with regard to these groups of third-country nationals (European Commission 2018, 84). However, a number of emerging factors should lead to a more open-minded approach to facilitating entry of low or medium-skilled foreigners, i.e. to favouring the reception of regular labour migration.

What actually underlies the call for legislation on entry channels for low- and medium-skilled workers is the lack of regular and legal entry routes for a significant number of migrant workers, an issue that is beginning to be seen as urgent given various social and labour-related factors that have come to the fore.

However, the trend towards creating legal channels to attract low- and medium-skilled foreign workers is gradually opening up in EU

policies. This is what I understand from the initiatives launched by the European Commission in its Communication to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions of 27 April 2022 entitled: *Attracting Skills and Talent to the EU*⁵.

This Communication sets out a number of objectives of importance for the future of migration policy in relation to EU labour markets. In my opinion, one of them is the promotion of labour migration through legal channels, since the basic objective of the set of measures to be promoted is to encourage migrants who are nationals of third countries to come to Europe to work. Another is, as the title of the Communication itself indicates, to attract skills and talent to the EU. If one were to retain only the title of the document, it could be assumed that the main thrust is for the proposed measures to seek to enhance the reception of skilled migrant workers (understood as those with higher qualifications), when in fact the Community objective is to broaden the promotion of labour migration towards low- and medium-skilled workers. In fact, when the Communication speaks of fostering legal migration in a critical demographic context, it states that the EU must address labour shortages in specific sectors and in specific regions, especially derived from the difference in levels of development between them, covering "all types of skill levels". The reference to broadening the legal avenues for receiving migrants beyond the highly skilled is again highlighted in the Communication calls for the EU to become more attractive to "talent from all over the world". This is clarified in the Communication by warning that the quest for greater attractiveness for migrant workers cannot only stem from the objectives pursued by the amendment of the Highly Skilled Workers Directive, but that all those aspects that seek to do so "should also be strengthened for other categories of migrants, together with measures to combat labour exploitation and discrimination". Incidentally, one of the sectors where the issue of attracting all types of skilled workers needs to be made more concrete, according to the European Commission, is in the area of long-term care. With regard to this sector, the Communication points out that consideration should be given to how best to attract the "low- and medium-skilled workers" needed by the EU labour market.

⁵ Brussels, 27.4.2022. COM(2022) 657 final: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022DC0657>

Conclusions

The adoption of Law 15/2022 in Spain should be seen in a very positive way. Among the reasons for this positive assessment are the increase in the number of prohibited factors of discrimination; the regulation of different types of discrimination, such as multiple and intersectional discrimination, which can be very important in preventing discrimination against migrants; the establishment of a system of sanctions and, finally, the creation of a public authority with special competence to combat discrimination in Spanish society. However, the downside of this positive assessment is that, precisely with regard to foreigners in Spain, the contributions of the law are subordinated or subject to what is already regulated by the Organic Law 4/2000, of 11 January, on the rights and freedoms of foreigners in Spain. This means that in terms of discrimination against foreigners, instruments dating back to the year 2000 still have to be used, which may be obsolete or simply do not respond to the ever-increasing presence of immigrants in Spain and the situations of discrimination to which they may be subjected.

In the field of employment, this paper analyses the arsenal of rights and duties relating to anti-discrimination at work according to factors such as racial or ethnic origin, sex, religion, beliefs or opinion, age, disability, sexual orientation or identity, gender expression, etc. As can be seen, these factors affect any person, whether a Spanish national or a foreigner. In fact, from an overview of the legislation with respect to other sectors (education, public sector, etc.), it can be said that the prohibited grounds of discrimination are broadly the same. The Organic Law 4/2000 also includes the same grounds for discrimination, but adds the prohibition of discrimination against foreigners on the basis of their status as foreigners, i.e. their nationality.

In any case, this regulation makes discrimination against “migrant persons” invisible, and therefore this paper calls for a reform that literally states that this status of persons is a ground for discrimination. In my view, despite the difficulties of this proposal I am making, a ground for discrimination on the grounds of being a “migrant person” should be included in the law. This specific mention would promote the visibility of migrant persons in society, and especially of migrant workers, beyond them being cornered in concepts common to Spanish nationals and immigrants such as origin, including ethnic origin. The term migrant personnel as a subject of discrimination includes, *per se*, an element of foreignness, but goes beyond this in terms of the characteristics that can identify a migrant, whatever the reason for

arriving in the country of destination, including the need to work in order to earn a living survive or improve on the life they had in their country of origin.

Bibliography


- Camas, Fernando. 2023. «Wanderer, the road is made by walking: The long, hard road towards equality for migrants in employment in Spain», in *Migrant Labour and the Reshaping of Employment Law*, edited by Bernard Ryan and Rebecca Zahn, 113-132, London: Hart Publishing.
- Camas, Fernando. 2021. «La no discriminación por motivos raciales o de origen étnico en la normativa española derivada de la adoptada por la Unión Europea», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* 9 (3): 88-119.
- Camas, Fernando and Cristina López Roca. 2010. «La influencia en el ámbito jurídico español de la prohibición de discriminación por motivos de nacionalidad, raza u origen étnico regulada en el ordenamiento europeo e internacional», en *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, coordinado por Amparo Ballester, 261-283. Valencia: Tirant lo Blanc.
- Camas, Fernando. 2016. *Trabajo decente e inmigrantes en España. Un estudio sobre los derechos laborales de los trabajadores migrantes y del objetivo internacional del trabajo decente*. Barcelona: Huygens.
- Camas, Fernando. 2019. «El tratamiento por la Unión Europea de la inmigración económica por motivos laborales (con las aportaciones de Naciones Unidas adoptadas desde 2016)», in *Medidas legales y fiscales para la creación de empresas*, edited by Ana M^a Delgado, 431-446. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi.
- European Commission. 2022. *Mapping PES Responses against labor market discrimination*. European Network of Public Employment Services.
- European Commission. 2018. *Legal Migration Fitness Check Final Evaluation Report. Supporting study*. Accessed May 2, 2023 https://home-affairs.ec.europa.eu/system/files/2019-03/main-evaluation-report-supporting-study-icf_201806.pdf
- Fiscalía General del Estado. 2023. *Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. Don Álvaro García Ortiz*. Madrid Accessed August 1, 2023, <https://www.fiscal.es/documents/20142/0/MEMORIA+FGE+2023+%281%29.pdf>
- Gätcher, August. (2022). «Migrant Workers and discrimination: realities, threats, and remedies», *Revista Tecnológica – Espol* 34 (1): 92-112. Accessed May 15, 2023 <http://www.rte.espol.edu.ec/index.php/tecnologica/article/view/907>
- Morondo, Dolores and Ferran Camas. 2022. *Flash Report for the European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-Discrimination:*

Comprehensive law for equal treatment and nondiscrimination approved.
Accessed February 1, 2023 <https://www.equalitylaw.eu/downloads/5710-spain-comprehensive-law-for-equal-treatment-and-non-discrimination-approved-109-kb>

- Rodríguez Copé, M^a Luisa. 2011. «La política comunitaria de inmigración. Los extranjeros en el marco de la legislación laboral europea», in *Manual de Derecho Social de la Unión Europea*, coordinated by Antonio Costa, 161-193, Madrid: Tecnos.
- Rojo, Eduardo. 2006. *Inmigración y mercado de trabajo en la era de la globalización*. Madrid: Lex Nova.

Policy coherence for vulnerability in migration. The crossroads of migrant integration governance

Políticas de coherencia para la vulnerabilidad en la migración.
La encrucijada en la gobernanza de la integración de los
migrantes

Sergio Moldes-Anaya 

University of Granada. Spain / University of Luxembourg. Luxembourg
smoldes@ugr.es, sergio.moldes@ext.uni.lu

Adolfo Sommarribas 

European Migration Network / University of Luxembourg. Luxembourg
adolfo.sommarribas@uni.lu

<https://doi.org/10.18543/djhr.2904>

Submission date: 30.05.2023

Approval date: 12.11.2023

E-published: December 2023

Citation / Cómo citar: Moldes-Anaya, Sergio and Adolfo Sommarribas. 2023. «Policy coherence for vulnerability in migration. The crossroads of migrant integration governance.» *Deusto Journal of Human Rights*, No. 12: 69-104. <https://doi.org/10.18543/djhr.2904>

Summary: Introduction. 1. Literature review. 1.1. Understanding vulnerability in Migration and the lack of Governance Action for Migrant Integration. 1.2. Policy coherence for vulnerability in migration. 2. Method. 2.1. Analytical procedure. 3. Findings. 3.1. Qualitative review: Integration of migrants through MIPEX and EMN Research. 3.2. Migrant integration in France. 3.3. Migrant integration in Italy. 3.4. Migrant integration in the Netherlands. 3.5. Migrant integration in Portugal. 3.6. Migrant integration in Germany. 3.7. Migrant integration in Spain. 3.8. Migrant integration in Sweden. 3.9. Quantitative review: Perceived discrimination of migrants through ESS. 3.10. Differences in means of the 7-EU Case Countries. Conclusion. References.

Abstract: International migration is a multidimensional reality of great relevance for the development of countries of origin, transit, and destination, which requires coherent and comprehensive responses from governments. The objectives of this work are threefold. The first objective is to provide an overview of the levels of integration in the European context through

reviewing policy indicators related to the vulnerabilities to which migrants are exposed. This objective draws on the Migration Policy Index for Integration (MIPEX) and a review of reports of the European Migration Network Luxembourg. The second objective, identifying differences in the levels of protection perceived by racial minority groups in the selected case countries, is achieved by using data from the European Social Survey. Finally, the need for a policy coherence approach to vulnerability in migration will be addressed as a proposal for a trade-off between sectoral dimensions and a strategy for mitigating the vulnerabilities identified.

Keywords: International migration, migrant integration, perceived protection, racialized minorities, policy coherence.

Resumen: La migración internacional es una realidad multidimensional de gran relevancia para el desarrollo de los países de origen, tránsito y destino, que necesita de respuestas coherentes e integrales por parte de los gobiernos. El presente estudio tiene por objeto realizar una revisión de indicadores políticos relacionados con la vulnerabilidad a la que están expuestos los migrantes a través del Índice de Políticas para la Integración (MIPEX, en sus siglas en inglés) junto a una revisión de informes de la Red Europea de Migraciones de Luxemburgo a fin de ofrecer una panorámica de los niveles de integración en el contexto europeo. Para complementar esta exploración, se realizará un estudio a través de los datos de la Encuesta Social Europea a objeto de identificar diferencias en los niveles de protección que perciben grupos pertenecientes a minorías racializadas sobre los países caso seleccionados. Finalmente, se abordarán la necesidad de un enfoque de coherencia de políticas públicas para la vulnerabilidad en la migración como propuesta para la compensación entre dimensiones sectoriales y estrategia para la mitigación de las vulnerabilidades detectadas.

Palabras clave: Integración de migrantes, migración internacional, minorías racializadas, políticas de coherencia, protección percibida.

Introduction¹

In times of uncertainty, coherence is a fundamental aspect to moderate the potentially pernicious effects of inadequate management of phenomena such as migration. International migration is a multidimensional reality of great relevance for the development of countries of origin, transit, and destination, which requires coherent and comprehensive responses from governments (OECD 2018). The current global estimate is that there were around 281 million international migrants in the world in 2020, which equates to 3.6 per cent of the global population. Europe is currently the largest destination for international migrants, with 87 million migrants (30.9% of the international migrant population) (McAuliffe and Triandafyllidou 2021). The rights of migrants are fundamental here, firstly for the migrants themselves and secondly to ensure that they can contribute to the development of their communities of origin and destination (De Hass 2010). The UN's 2030 Agenda for Sustainable Development urges all States to ensure "safe, orderly and regular migration involving full respect for human rights and the humane treatment of migrants regardless of migration status" (UN 2015, 8). This is also echoed in the central commitment and guiding principle of the Global Migration Compact (Cachón 2023).

Migration policies and incentives to promote the integration of migrants in countries of destination are paramount for coherent migration and development policies (Koff 2017). In the New York Declaration (UN 2016), for instance, states commit addressing xenophobia, racism and discrimination against refugees and migrants and taking action to improve their integration, with particular emphasis on inclusiveness and access to key areas such as education, health care, justice, and work. Among the 23 objectives and commitments in the Global Compact for Migration (2018), which is based on the New York Declaration, is the principle of providing access to basic services for migrants. More specifically, the Compact states the opportunities that need to be provided to migrants and societies in order for them to achieve full inclusion and social cohesion. It further aims to eliminate all forms of discrimination, facilitate return and readmission, and promote an evidence-based public discourse to shape perceptions of migration (Cachón 2023).

¹ This publication derives from the project "Policy Coherence for Development and Migration and Its Reflection in Public Opinion: Towards an Integrative Model of Public Policy Analysis through Comparative Sociology". Funding obtained through the Margarita Salas Grant, Ministry of Universities, Government of Spain, Next-Generation EU Funds of the European Union.

Tools and studies, such as MIPEX, which proposes an index of integration policies (MIPEX 2019), or related publications by the European Migration Network (EMN) (European Commission 2023), are crucial for monitoring the reality of migrant integration and for evaluating the progress made in achieving demands and objectives stated in agreements such as the Compact (Gobierno de España 2020). Several studies, for example in the Spanish context by the *Observatorio Español para el Racismo y la Xenofobia*, in France developed by *Délégation Interministérielle à la Lutte Contre le Racisme, l'Antisémitisme et la Haine anti-LGBT* or at the European level by the *European Union Agency for Fundamental Rights* shall be highlighted here.

This study addresses three key questions:

1. How do integration strategies differ amongst the seven case countries in Europe?
2. How do racialized minorities perceive their protection in these states?
3. Is there a relationship between integration strategies and the perceptions of racialized minority groups?

To answer these questions, this study reviews policy indicators related to the vulnerability faced by migrants through the Migration Integration Policy Index (MIPEX) and several technical reports conducted by the European Migration Network of Luxembourg (EMN) to provide an overview of the strategies for and levels of integration in the European context. In addition, a mapping of the European Social Survey (ESS) data will be carried out to identify patterns in the perception of the perceived minority groups protection among racial minority groups in each of the case countries (France, Italy, Netherlands, Portugal, Germany, Spain, and Sweden). As a strategy for trade-offs between integration policies in sectoral dimensions, an extension of the OECD Policy Coherence for Migration and Development approach (OECD 2019; Koff 2017) will be proposed in order to mitigate vulnerabilities and enhance resilience.

1. Literature Review

1.1. *Understanding vulnerability in migration and the lack of governance action for migrant integration*

One of the basic analytical foundations of this research is the premise that vulnerability is socially constructed. The same holds true

of institutions, which have it in their power to be guarantors of well-being. This, however, is not always the case, as in many cases institutions tend to reproduce inequalities (Moldes-Anaya et al. 2022). In fact, vulnerability has become a dominant social characteristic as theoretical and empirical models currently in operation demonstrate (Birkmann 2006; Heidenreich and Wunder 2008; Busetta et al. 2019) as well as an analytical concept (Gilodi et al. 2022).

The concept of social vulnerability emerged from the field of Disaster Sociology in the 1960s, but it is also rooted in the Sociology of Risk (Beck 1998). This concept entails two explanatory components: (i) the insecurity and defenselessness experienced by communities and individuals in their living conditions as a result of the impact caused by traumatic events (e.g. economic, social or climatic) and (ii) the management and access to resources and strategies by communities and individuals to cope with adverse events. In this context, social vulnerability can be defined as the result of the current development pattern, while it also expresses the inability of most vulnerable groups to cope with, neutralize or benefit from such event. According to this conceptualization, vulnerability assessments in the Sociology of Risk (Lidskog and Sundvist 2012) focus on understanding and determining the scope and intensity of a humanitarian situation and the capacity of individuals and communities to cope with the harmful effects (Alwang et al. 2001).

In this sense, social vulnerability is considered a multidimensional phenomenon which continues to also affect the modern post-industrial societies of Western Europe as a result of the emerging of social risks (Luhmann 1993; van Asselt and Renn 2011; Roeser et al. 2012; Acik et al. 2022) such as the flexibilization of the labor market and income insecurity; the polarization of the housing market and the resulting shortage of affordable housing; the health system and the increase of dependencies resulting from aging populations together with partially negative population growth as well as other related social risk exposures (Ranci 2010). These vulnerabilities have been aggravated by a combination of production and consumption modes and incoherent political decision-making (Koff 2020), which have favored the development of an unequal, inefficient, and unsustainable development model (Trinidad et al. 2019). The resulting vicious cycle can lead to devastating consequences and has served as the basis for a new sustainability paradigm. This paradigm aims to harmonize existing interregional inequalities by promoting new patterns of governance based on trade-offs between policies in which the Sustainable Development Goals are inserted (Koff 2022).

The relationship between social vulnerability and migration is inherently complex and multifaceted. As mentioned above, social vulnerability refers to the susceptibility of individuals, groups or communities to harm or negative impacts due to several factors. Broadly speaking, migration refers to the movement of people from one place to another, usually across strongly securitized national or regional borders that control migratory flows and determine different thresholds of vulnerability (Castles 2010). As the literature notes, people may migrate for a variety of reasons, such as economic opportunities, the influence of transnational communities operating at origin and destination, because of political instability, due to environmental factors or the search for refuge caused by conflicts and ethnic persecution (Barros et al. 2023). Social vulnerability can therefore significantly influence migrants' decision to migrate and experiences (Stewart 2005).

In the migration context, social vulnerabilities can often be understood as (a variety of) pull factors (Lee 1966), reaching from socioeconomic, over societal, to environmental and political issues. When people or communities facing poverty, lack of job opportunities, limited access to healthcare, education or basic services may feel compelled to move in search of better conditions elsewhere. Conversely, more favorable socioeconomic conditions in other countries can act as pull factors (Benson and O'Reilly 2009).

Push factors can however also extend beyond socioeconomic issues for example when marginalized and discriminated social groups, such as ethnic or religious minorities or refugees, might see migration towards more inclusive societies with broader social, economic, and political rights (Fiddian-Qasmiyeh et al. 2014) as the only way to escape limited opportunities.

Vulnerability to environmental risks is another determining factor, as natural catastrophes, the effects of climate change or ecological degradation can impact migration in a decisive way. Communities living in areas, which are (or have become) for example prone to flooding or extreme drought may be forced to move to safer regions. Climate (-induced) migration is becoming increasingly relevant as climate change accelerates (McLeman and Smit 2006; Nash 2019).

Social vulnerability is also closely related to conflicts and political instability, which can trigger migration as the recent refugee crisis due to the war in Syria or in Afghanistan demonstrate. People subjected to constant human rights violations, living in areas of armed conflict, and/or victims of persecution, may be forced to flee their homes and seek safety in other parts of the world (İçduygu and Karadag 2018; Seven 2020).

Migration could be seen as a means of potential migrants to reach safety as well as their access to human rights and economic security. However, at the same time, it could potentially increase social vulnerabilities in destination countries (Gilodi et al. 2022). The latter depends on the circumstances and opportunities available to migrants in receiving countries, which in turn is directly related to whether public institutions contribute to the generation of vulnerabilities or whether they seek to counter them. Here lies the emphasis of the theoretical framework presented here, which centers on the exposure of migrants to vulnerabilities in the receiving countries and focuses on integration strategies for the inclusion of migrants. To this end, the institutional management of vulnerabilities faced by migrants in receiving countries and how these hinder or promote opportunities in the processes of social inclusion and resilience (Butler et al., 2016) is to be highlighted. Governmental institutions play a central role here as they design and implement the relevant policies (Koff 2017). The vulnerabilities migrants may experience in receiving countries are related to their degree of integration into the labor market, access to education, political participation, access to citizenship rights and family reunification, access to the national health care system, and also to any (potentially) existing anti-discrimination strategies, which are crucial to support inclusion processes (Gonda et al. 2020).

In the definition of migrant integration policies and regardless of partisanship, political strategies for migration integration are based on ambiguity predominate. Such strategies allow policymakers to placate multiple political actors in a political controversy over a highly complex issue such as migrant integration. In this regard, Dekker (2017) shows that ambiguity fosters the dominance of incomplete and inconsistent frameworks.

Additional studies assess migrant integration levels by focusing on how different political perspectives impact decision-making. Solano and De Coninck (2023) identify three main streams: evidence-based, institutionalist, and partisan. The evidence-based perspective prioritizes policy decisions based on objective factors (e.g., number of migrants or gross domestic product). The institutionalist perspective emphasizes institutional conditions (labor market or welfare institutions in general). The partisan perspective prioritizes ideologies and the modulation of public opinion on the issue. Clearly, there are gaps in policy action on addressing the integration of migrants. For increasing policy coherence, governance of migrant integration must move away from ambiguity in policy treatment, design and implementation. The challenge of

governance of migrant integration requires a transformational change as this issue should be addressed by moving towards more systemic and efficient models that involve greater functionality of social systems and institutions.

1.2. *Policy coherence for vulnerability in migration*

Policy Coherence for Development (PCD) was first proposed by the European Union (EU) and the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) in the 1990s (Moldes-Anaya et al. 2022). Since then, it has been used by international organizations and their member states as a means to promote sustainable development. PCD is included in Target 17.14 of the 2030 Agenda, which focuses on sustainability partnerships to achieve the Sustainable Development Goals (SDGs). In global discussions, this concept has been re coined as Policy Coherence for Sustainable Development (PCSD) to emphasize the relevance of “whole-of-government approaches” to addressing sustainability (Larsson 2018).

Policy Coherence for Migration and Development (PCMD) is a recent related approach that brings together PCD and PCSD to ensure that migration and development policies are coherent, mutually reinforcing, and aligned with each other by trying to find trade-offs between sectoral policies that affect migration and development (Koff 2017). More precisely, PCD starts from the existing interconnection between migration and development and aims to maximize the positive impacts of migration for the migrants as well as for the residents in the countries of origin, in those of transit, and in those of destination. The Thematic Working Group on Policy and Institutional Coherence of the Global Knowledge Partnership on Migration and Development (KNOMAD) designed two comprehensive dashboards of indicators to measure policy coherence on migration and development (PCMD) that are operational and that could form the basis of a future methodological analysis tool to map coherence in migration and development policy (KNOMAD 2020).

On that basis, this research proposes synthesizing PCD, PCSD, and PCMD to generate a framework of Policy Coherence for Vulnerability in Migration (PCVM). This inclusive framework uses migrants’ self-perceived vulnerabilities as a tool to test for policy coherence in integration policies, which is why it is capable of ensuring that policies address the migrants’ vulnerabilities migrants in a comprehensive and integrated manner. Thus, PCVM focuses on promoting policies that

effectively respond to the specific needs and challenges of migrants as vulnerable groups, taking into account in particular the social, economic and legal vulnerabilities they face. The employment of the PCVM strategy would focus on understanding vulnerability in each of its dimensions (Gilodi et al. 2022) and determining the risk factors to which they are exposed. This requires the consideration of the inherent intersectionality of vulnerabilities as risk factors such as socioeconomic status, legal status, gender, age, ethnicity, disability, often occur in parallel and are interlinked (Kuran et al. 2020).

PCVM requires that the policy response to vulnerability be well managed and coordinated. The manifold sectors and levels and bodies of government involved need to respond in a cooperative and comprehensive way to holistically balance different sectoral policies (OECD 2018). PCVM stresses the importance of comprehensively addressing the root causes of vulnerabilities; including all dimensions that encompass poverty; the search for the main reasons for inequalities and discrimination; for the lack of access to resources as a cause of social exclusion and economic inequalities. In short, all vulnerability risk factors need to be addressed to foster inclusive development as Human Rights (Rush 2010). Therefore, the provision of migrants' welfare is a priority, that involves providing access to essential services, the necessary social protection including non-discrimination, including health care, education, work, and legal support in all areas, especially those concerning protection at work or the acquisition of permanent residence and citizenship rights (Wallace 2014).

PCVM as a framework for policy engagement prioritizes the participation and awareness of the most vulnerable migrants, creating the basis for their demands to be taken into account in decision making. To this end, PCVM encourages the development of associations among migrants themselves (Taylor 2015). Further, it underlines that civil society needs to be made aware of the significance of coherent migration policies and that this is always to be done through transparent communication of the positive aspects of integration and its benefits for the citizenry as a whole (Gobierno de España 2014). It is also important to reach out to other stakeholders to ensure that policies are truly responsive to the needs within the framework of orderly and sustainable migration. The PCVM framework has the capability to tackle vulnerabilities in a comprehensive and integrated manner. Its coherent approach targets trade-offs in policy design and policymakers can strategically work to reduce vulnerabilities, to promote the well-being of migrants, and to encourage inclusive and sustainable development (Acik et al. 2022; Triandafyllidou and Yeoh 2023).

2. Method

2.1. Analytical procedure

The study uses a mixed methods research approach that combines the bottom-up perspective of qualitative policy analysis research, with the top down perspective of quantitative survey analysis. Accordingly, in this study we follow a sequential explanatory approach divided into two structurally different but related phases (Creswell 2014).

The first part analyzes a set of qualitative data from the MIPEX and ENM Reports. In the second phase, data from the 10th Round of the European Social Survey will be used for a quantitative analysis to identify signs of perceived protection of resident racialized minorities in receiving countries. For both approaches the case countries selected are France, Italy, the Netherlands, Portugal, Germany, Spain, and Sweden. The selection of the countries is based on the structural characteristics, their geographical location, and their representativeness, which facilitate the interregional (e.g. south/central/north Europe) hypotheses testing.

3. Findings

3.1. Qualitative review: Integration of migrants through MIPEX and EMN Research

The Migrant Integration Policy Index (MIPEX) is a globally available tool that measures immigrant integration policies in 56 countries on six continents, including all EU Member States. MIPEX allows assessing and comparing what governments are actually doing to improve the integration of immigrants. The MIPEX project informs and involves key policy actors by using these indicators to advance governance for inclusiveness and policy effectiveness. Countries are ranked according to their adherence to certain integration policies in different sectoral dimensions. Scores range from 0 (critically unfavorable) to 100 (favorable). The ranking scale is as follows:

Table 1
Degrees of migrant integration in 7-EU Case Countries

Ranking scale	
80 to 100	Favorable
60 to 69	Slightly favorable
41 to 59	Halfway favorable
21 to 40	Slightly unfavorable
1 to 20	Unfavorable
0	Critically unfavorable

Source: MIPEX 2019.

The order of the following sections on the findings on migrant integration in the seven case countries is in ascending order of their migration scores. Below in Table 2, an overview of their overall migration score is provided.

Table 2
Overview of overall migration scores (with health) in case countries and EU28, MIPEX 65, and OECD-countries (2019)

Country	Value
France	56
Italy	58
Netherlands	57
Portugal	81
Germany	58
Spain	60
Sweden	86
EU28	49
MIPEX56	49
OECD	56

Source: MIPEX 2019.

3.2. *Migrant integration in France*

According to EMN research, France employs a personalized integration pathway, the “Republican Integration Contract”², which every migrant (including refugees and beneficiaries of subsidiary protection) who is legally residing in France, must sign. This 4-year contract between the French state and the migrant has four main objectives, namely migrants’ (1) comprehension of the values and principles of the French Republic; (2) acquisition of the French language; (3) social and professional integration; and (4) self-sufficiency.

The reception process of migrants includes an individual interview focusing on their personal, family, social, and professional situation to guide them towards any potentially required services (public or run by associations). In addition, the applicant benefits from language training (if needed), receives an obligatory civic education and professional orientation course through the public employment services (EMN 2015).

Table 3
Summary of policy indicator scores in France (2019).

FRANCE		
MIPEX Score (with health)		
56		
Dimension/Score	Individual Score	Position in Ranking
Labor Market Mobility	52	25
Family Reunion	43	46
Education	36	31
Health	65	20
Political Participation	45	19
Permanent Residence	58	28
Access to nationality	70	13
Anti-discrimination	79	25

Source: MIPEX 2019.

² Law no. 2016-274 of 7 March 2016 relating to the rights of foreigners in France (Loi no. 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France): <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000032164264>.

According to the MIPEX assessment, France is slightly below (52) Western European/OECD (57) average as the country delays and discourages labor market mobility of non-EU immigrants to a greater extent than most Western European/OECD countries. While permanent residents and families joining from outside the EU can access the general labor market, training, and skills validation services, they are denied legal access to more regulated occupations than in all other countries. More specifically, third country nationals are not eligible for formal procedures, scholarships, or formal recognition of their non-EU qualifications. Policies for family reunification for non-EU families are more restrictive than in most Western European/OECD countries. For example, the financial and accommodation requirements for family reunification are quite demanding and the process can be arbitrary and lengthy. Once reunited, however, families can benefit from French integration support. After this process, spouses and children receive the same socio-economic rights and a path to individual residence (MIPEX 2019).

France has been slow to respond to the needs of and to provide opportunities for its significant number of first- and second-generation of school-aged children. Even though all pupils, regardless of their legal residence status, have the same right to compulsory and non-compulsory education and general educational support for pupils from deprived areas of France.

In addition, citizenship education lacks an appreciation of diversity. It should be noted, however, that France's relatively weak targeted support has improved slightly over the last decade.

As in most Western European countries, France provides inclusive and accessible health services to most migrant patients but it invests relatively little effort in addressing their specific health needs. It also provides information and guidance to health services. In general, migrants enjoy the same rights as legal residents and citizens in France (MIPEX 2019).

Even though France tends to facilitate both access to nationality and political rights for foreign residents, newcomers and foreign citizens are not regularly informed about how to participate in political and public life. France is also one of the few major destination countries for immigrants that has not taken political initiatives to extend local voting rights. After 3 to 5 years, temporary resident migrants must meet language, integration and, in some cases, economic requirements in order to obtain secure immigration status. While these requirements can become highly restrictive, it should be noted that this status is more egalitarian and secure than in most other countries (MIPEX 2019).

In France, immigrants embark on a path to citizenship similar to North American and most Western European countries: naturalization after five years, citizenship rights for children and dual nationality. However, over the last decade, access to nationality has become quite politicized. This has increasingly undermined citizenship as a tool for integration. For example, becoming a French citizen is conditional on employment and sufficient financial means. In addition, immigrants must also demonstrate one of the highest standards of language fluency in Europe (B1) and pass a screening 'assimilation interview'. As in the rest of Western Europe, French laws and policies to promote equality remain the country's most effective means for integration. France's anti-discrimination legislation and body (Défenseur des Droits/Ombudsman) is quite powerful and efficient. As in many other European countries, anti-discrimination policies have had long-term effects in shaping public attitudes towards discrimination awareness and democratic values (MIPEx 2019).

3.3. *Migrant integration in Italy*

Italy based its integration program on its Integration Agreement, the *Accordo d'Integrazione*, which is signed when migrants obtain their first temporary residence permit. The *Accordo* is concluded for a period of two years and includes language courses, civic education, and vocational training. The level of success of this program is measured by a credit system, which is based on the evaluation of the levels of acquisition of the Italian language (at least A.2 level), of knowledge of the constitution, civic life and institutions. A certain minimum score is a condition sine qua non for a renewal of the residence permit (EMN 2015).

Table 4
Summary of policy indicator scores in Italy (2019)

ITALY		
MIPEX Score (with health) 58		
Dimension/Score	Individual Score	Position in Ranking
Labor Market Mobility	67	11
Family Reunion	64	17
Education	43	24
Health	79	7
Political Participation	25	28
Permanent Residence	67	21
Access to nationality	40	33
Anti-discrimination	78	26

Source: MIPEX 2019.

According to MIPEX, Italy's immigration policies are slightly more favorable than those of France. For instance, non-EU citizens have access to (basic) employment as well as self-employment. However, the lack of targeted support makes it less likely that non-EU residents will find secure jobs in line with their qualifications and skills. Non-EU families have relatively favorable family reunification opportunities. On the one hand, immediate family members can quickly apply for reunification and secure a stable status with nearly equal rights. On the other hand, however, restrictions related to language and economic requirements may increase the family reunification threshold. Families could remain separated as the current local and economic realities in Italy add to existing difficulties in the struggle for economic stability of individuals, in particular migrants (MIPEX 2019).

Although immigrants under the age of 18 have access to education in Italy, newly arrived students (above the age of 18 years) receive little support with accessing all types of schools (e.g., higher education). Italy's level of investments in education do not fully match the growing diversity of its student population as for instance equal access and intercultural education in schools across the country are not fully available yet. In addition, teachers lack support, which could create additional barriers for immigrant students.

In general, health services are accessible to immigrants mainly due to a combination of national and regional policies. All legally residing immigrants and asylum seekers have access to health care and must register with the National Health Service (SSN). However, the documentation required for accessing medical care becomes increasingly complex for this group (MIPEX 2019).

Immigrants in Italy continue to face serious obstacles to their political participation, as they are not permitted to vote or supported to participate in political life. Furthermore, they are only consulted through advisory bodies with lack of capacity throughout Italy. In Italy a 5-year residence is required, and certain additional requirements must be met (e.g. limited time abroad) to be eligible to vote in elections. Long-term residents have a relatively secure status in Italy. Nevertheless, they can still lose their status for various reasons, such as committing a serious crime or being absent from the EU for more than one year (MIPEX 2019).

The procedure for acquiring Italian citizenship is long and entails a severe screening. Applicants continue to face one of the most arbitrary and bureaucratic procedures of all EU-countries for obtaining citizenship. Children of immigrants born in Italy are treated as foreigners throughout their childhood.

In Italy, victims of ethnic, racial, religious and nationality discrimination benefit from multidimensional/multilevel protection. Yet, despite robust enforcement mechanisms, equality bodies are weak, which can be disadvantageous for victims of discrimination (MIPEX 2019).

3.4. *Migrant integration in the Netherlands*

The Netherlands “New Civic Integration Act” (Government of the Netherlands 2021) requires any incoming third country national between 18 and 65 years of age to take a civic integration test. This civic integration path does not require that the foreigner is already on the territory. In recognition of the differences between migrants, the new act offers three integration paths: 1) the B1 route: acquisition of B1-level in Dutch within three years during which migrants can seize opportunities for contact with society and employment and voluntary work; 2) the educational route: applicable to individuals who are in the formal education system to obtain a diploma; 3) the self-reliance route: applicable to individuals who do not fit in any of the two previous routes. Language classes have to be paid by migrants (EMN 2015).

Table 5
Summary of policy indicator scores in the Netherlands (2019)

THE NETHERLANDS		
MIPEX Score (with health) 57		
Dimension/Score	Individual Score	Position in Ranking
Labor Market Mobility	65	14
Family Reunion	31	54
Education	57	14
Health	65	17
Political Participation	50	17
Permanent Residence	52	37
Access to nationality	55	19
Anti-discrimination	85	20

Source: MIPEX 2019.

Newcomers from outside the EU can work in all public and private sector jobs. Long-term residents and families enjoy equal access to education, training, and scholarships. Recently, a national program was launched to support the labor market positioning of young migrants. However, immigrants in the Netherlands still face some obstacles when it comes to receiving targeted support. They also continue to encounter obstacles when attempting to reunite with their families, mainly due to relatively unfavorable policies that have persisted over the years. Thus, generally speaking, despite meeting legal integration requirements, the future of migrant families in the country might remain uncertain (MIPEX 2019).

Immigrants have access to compulsory and non-compulsory education in the Netherlands, regardless of their legal status. Schools continue to receive basic funding and training to address the specific learning needs of immigrant pupils, although standards vary between schools and cities. Immigrants enjoy relatively inclusive rights to health care. Access of legal immigrants and asylum seekers to basic information about their rights is mostly satisfactory. However, sometimes relevant information does not reach all patients or health

service staff, especially regarding undocumented immigrants' rights (MIPEX 2019).

Non-EU citizens legally residing in the Netherlands can vote and run for local elections. With little or no support from consultative bodies, conditions for immigrants' political participation are however unfavorable. As a result, immigrants have little opportunity improve the policies that affect them most.

After five years, immigrants can apply for long-term residence. It should be noted that several categories of temporary residents, such as seasonal workers and those with health care licenses, study/exchange visas and certain family allowances, are ineligible for long-term residence. Migrants who become long-term residents have a half-assured future in the Netherlands. However, with some difficulties, which makes the process daunting. (MIPEX 2019).

Migrants looking to become Dutch citizens have a relatively clear path to citizenship similar to that in most other receiving EU-countries. Unlike in most other EU-countries, dual citizenship is allowed as an exception. Language and integration requirements may dissuade immigrants from naturalizing rather than encourage them to learn the language and fundamental civic values of the country.

Every Dutch resident is protected against ethnic, racial, religious and nationality discrimination in all areas of life, except for social protection, where Dutch law has loopholes. In addition, the mechanisms in place to enforce the Immigration Law are among the strongest among developed democracies (MIPEX 2019).

3.5. *Migrant integration in Portugal*

Different from Italy and the Netherlands, governmental bodies in Portugal offer free voluntary introductory integration courses (Government of Portugal 2015) on language acquisition and civic instruction, but not on vocational training. The Plan contains five different axes (immigrant integration policies, policies to promote the integration of new nationals, coordination policies of migration flows, policies strengthening the migratory legality and quality of migration services, and policies to foster the monitoring and support of the return of national emigrant citizens). The first axis is highlighted as it focusses on anti-discrimination of immigrants and ethnic groups. To obtain a permanent residence permit, command of the Portuguese language at at least A2-level or obtaining a certificate of basic Portuguese language proficiency is required (EMN 2015).

Table 6
Summary of policy indicator scores in Portugal (2019)

PORTUGAL		
MIPEX Score (with health) 81		
Dimension/Score	Individual Score	Position in Ranking
Labor Market Mobility	94	1
Family Reunion	87	3
Education	69	10
Health	65	20
Political Participation	80	7
Permanent Residence	71	17
Access to nationality	86	6
Anti-discrimination	100	6

Source: MIPEX 2019.

According to MIPEX, Portugal, along with Germany and the Nordic countries, is leading in the area of legislation on migrant labor market integration. Portugal's labor market policies ensure equal treatment and targeted support for both Portuguese and non-EU citizens. In the long run, these policies are associated with more sustainable labor market outcomes, as immigrants benefit from better jobs, skills, and thus greater public acceptance.

Portugal enjoys some of the most favorable family reunification policies in the developed world, ranking third in this integration policy with Canada and Brazil. Family reunification is open to many non-EU families who receive the same treatment as Portuguese families.

Based on the results reported by MIPEX, Portugal's strategy towards intercultural education is improving, but still lags behind the leading Nordic countries and traditional destination countries. Since 2016, cultural diversity receives more attention in schools and pupils benefit from the equal opportunities stemming from the realization of this commitment to intercultural education. However, a greater focus on quality and diversity is needed in higher education, the teaching profession and ultimately the entire curriculum (MIPEX 2019).

Similarly, to half of the MIPEX countries, Portugal has been gradually improving access to health care and related information since 2019. However, MIPEX suggests that Portugal could still improve its health regulations by incorporating COVID-related practices into legislation and by incorporating migrant health into all aspects of health, departments and services.

Portugal is, on the one hand, leading in Europe in the political participation of non-EU immigrants and it supports immigrant civil society and consultative bodies. On the other hand, voting rights for immigrants in Portugal remain unequal and limited.

While the pathway to permanent residency is relatively clear for non-EU migrants, most prefer to become Portuguese citizens. In 2018, Portugal improved its world-class Citizenship Model and developed a clearer path for the first immigrant generation after 5 years and for the second immigrant generation born in Portugal. These policies increase immigrant naturalization rates, improve integration outcomes and sense of belonging as well as increase levels of trust.

With relatively recent policies and few resources compared to traditional destination countries, Portugal's strong anti-discrimination laws and enforcement mechanisms are slowly raising levels of public awareness and rates of reported discrimination (MIPEX 2019).

3.6. *Migrant integration in Germany*

As a federal state, Germany's complex integration process includes decisions at the federal, state, and local levels. In 2012, the country has introduced the National Action Plan on Integration (*Nationaler Aktionsplan Integration, NAP*).³The NAP focused on various support options and created instruments to measure integration policy. This action plan aims to: 1) optimize individual support for young migrants; 2) facilitate the recognition of foreign diplomas; 3) increase access of migrants to civil service at federal and state levels; 4) provide access to health care. The National Action Plan is based on the involvement of the entire German society and is developed jointly by the federal, state and local authorities as well as migrant organizations. German integration policy is based on the two-way principle: offering support,

³ Since the last MIPEX-results, Germany has introduced a new National Action Plan on Integration (Bundesregierung 2020) which is not discussed here, as its results are not reflected in the 2019-MIPEX-results. Hence the following discussion talks about the 2012 National Action Plan on Integration (*Nationaler Aktionsplan Integration, NAP*).

training, and job opportunities to foreigners and at the same time stating their duties and requesting integration efforts from them (Presse und Informationsamt der Bundesregierung. 2016).

Table 7
Summary of policy indicator scores in Germany (2019)

GERMANY		
MIPEX Score (With Health) 58		
Dimension/Score	Individual Score	Position in Ranking
Labor Market Mobility	81	5
Family Reunion	42	48
Education	55	15
Health	63	21
Political Participation	60	13
Permanent Residence	54	36
Access to nationality	42	31
Anti-discrimination	70	28

Source: MIPEX 2019.

Germany, which ranks fifth in the MIPEX Ranking, reinforced its support for equal opportunities for immigrants from third countries to progress towards stable, quality employment. However, not all temporary residents enjoy immediate access to the labor market, vocational training, or public sector jobs.

Germany's family reunification policies are among the most restrictive in most Western European/OECD countries in terms of delays, sponsor eligibility restrictions, and language testing abroad. The remaining requirements are mostly similar to the ones in most other EU-countries and reunited families from third countries enjoy only a slightly secure status.

Over the past years, the integrational aspects of educational policies have slightly improved, moving them to slightly above the average for Western European/OECD countries. Through increased federal and state standards and guidance, Germany has gone halfway to addressing the specific needs and opportunities of immigrant

students at all school levels. The efforts of German states (as the Länder have the competencies for educational matters) for addressing the needs of migrant pupils through comprehensive guidance, language support and teacher training and to require schools to ensure equal access to levels of the education system are slightly below those of the Nordic and traditional destination countries. Nevertheless, these policies still have the potential to close achievement gaps for vulnerable groups in different educational pathways (MIPEX 2019).

According to MIPEX, Germany's approach to migrant health changed little from 2014 to 2019 and remains average for Western European/OECD countries. While Germany's public health care services continue to improve their ability to respond to the specific needs of migrant patients, state and federal policies still lack a comprehensive approach to determine the rights and access of undocumented migrants and asylum seekers.

Similar in approach to most Western European countries, Germany's policies to encourage and support participation of immigrants in civil society may not be sufficient to close the existing political participation gaps. As with several other Western European/OECD countries, Germany's facilitation of the path to permanent residence and guaranteeing socio-economic rights could still improve. More specifically, Germany and other EU-countries have implemented the relevant EU-Directives on long term residency, however, Germany requires all third country nationals to have a relatively high command of the German language and to achieve high levels of economic self-sufficiency (MIPEX 2019).

The path to German citizenship for permanent residents has been neutral but demanding since 1999. Citizenship-applicants receive support through affordable courses and various explanatory material. It should be noted that Germany is the last major destination country that still applies a blanket ban on dual citizenship (with very few exceptions). Like half of the MIPEX countries, Germany also makes citizenship conditional on the applicant's income and economic situation. These basic requirements are important factors behind Germany's below-average naturalization rates.

According to MIPEX, Germany's anti-discrimination policies are slightly weaker than the European average. While the relevant legal framework has continued to improve across the EU over time, German laws could potentially remain ineffective against discrimination due to insufficient support of potential victims. Stronger policies, however, could help improve public attitudes, awareness of discrimination, reporting and trust in institutions, society

and democracy (MIPEX 2019). For example, the EU-MIDIS 2016 survey (FRA 2017) found that immigrants discriminated against in Germany were less likely to know how to report their case to authorities than immigrants discriminated against in other EU countries with stronger anti-discrimination policies.

3.7. *Migrant integration in Spain*

The immigrant integration policy is carried out by the Secretary of State for Migration, through the Directorate General for Humanitarian Attention and Social Inclusion of Immigrants. The Forum for the Social Integration of Immigrants (FISI) is the Spanish Government's advisory, information and consultation agency for the integration of immigrants. The objective of the Forum is to promote the participation and integration of immigrants in Spanish society by proposing and informing about and channeling actions. The Forum is regulated in Article 70 of Organic Law 4/2000, of January 11, on the rights and freedoms of foreigners in Spain and their social integration and in Royal Decree 3/2006, of January 19. In Spain the state level has the responsibility for migration and asylum policies while regional and municipal levels are assigned social services, health services, education, housing and employment to support social integration. The basis for understanding integration processes in Spain is reflected in the Strategic Plan for Citizenship and Integration (Gobierno de España 2014).

According to MIPEX, non-EU immigrants legally residing in Spain have equal access to employment, self-employment, and general employment support. They do, however, not receive specific support in this area of integration.

Spain's migrant inclusion policy allows many immigrants to reunite with their children and spouse after one year of residence, although strict economic conditions are applied. It should be noted that reunited family members receive a secure residence status.

MIPEX notes that while an increasing number of immigrant pupils can legally access all schools, regardless of academic level, there is limited support for language learning and adequate curricular adaptation for migrants in academic terms (MIPEX 2019).

Since 2018, there have been no legislative or economic obstacles to healthcare for migrants in Spain. Migrants benefit from responsive services and are appropriately advised of their health care rights, but some administrative barriers still persist.

Table 8
Summary of policy indicator scores in Spain (2019)

SPAIN		
MIPEX Score (With Health) 60		
Dimension/Score	Individual Score	Position in Ranking
Labour Market Mobility	67	10
Family Reunion	69	11
Education	43	23
Health	81	5
Political Participation	55	15
Permanent Residence	75	12
Access to nationality	30	41
Anti-discrimination	59	38

Source: MIPEX 2019.

According to MIPEX, immigrants are more likely to participate politically by evading official channels in Spain as electoral politics are inconsistent and funding for information campaigns is limited.

Most third country nationals in Spain can engage in an inclusive process for long-term residency and can apply for it after five years. Permanent residents have access to social security and social assistance (MIPEX 2019).

The naturalization process is Spain's main weakness in the area of integration. Immigrants can become citizens only after having resided in Spain for 10 years and dual citizenship is only granted to citizens from specific countries. In 2015, naturalization requirements were relaxed slightly, which benefited those with economic resources and language skills, but room for improvement still exists.

Victims of racial, ethnic and religious discrimination are protected by law in Spain. Immigrants who are discriminated against benefit from strong enforcement mechanisms.

Spain's equality body has been significantly strengthened over the past 4 years, but it remains weak (MIPEX 2019).

3.8. *Migrant integration in Sweden*

Based on an EMN Luxembourg-report (2015), integration in Sweden is regulated by the Establishment Programme (*Etableringsprogrammet*) which is run by the Swedish Public Employment Service. Since 2018, this program is obligatory and ask from migrants to learn Swedish, to find a job, and to become self-sufficient. The program is targeted to immigrants between 20 and 65 years and to those who have been granted refugee status, who are resettled refugees, or who have humanitarian protection status. According to MIPEX, Sweden ranks second in the area of labor market mobility, together with Finland. Non-EU citizens in Sweden receive equal access to the labor market and to the country's social security system with one limitation: for the first two years in the country as a labor migrant, a work authorization is only available if linked to a specific employer and occupation.

Access of non-EU citizens to education and work-related training is relatively good. Legal residents can invest in their education and skills through equal access to both general and additional targeted support.

The financial thresholds in Sweden for family reunification are high. Since 2016, every immigrant, with the exception of refugees, must have obtained a job with sufficient income and benefits to cover their needs and those of their family. In addition, only under particular circumstances may parents or adult children be reunited in Sweden. However, once reunited, families have the prospects to a relatively secure future in Sweden.

In terms of education, Sweden's specific policies work well with immigrant pupils and address many of their basic needs and opportunities. Immigrant pupils, regardless of their status, are guaranteed equal access to preschool, compulsory and vocational education in the country. In addition, they benefit from initiatives that address their specific learning needs, help them learn their mother tongue and encourage them to appreciate cultural diversity. After compulsory education, immigrant students can also benefit from ad hoc measures that facilitate their access to higher education. These educational policies not only serve to reduce the performance gaps of vulnerable groups in the various educational pathways, but also to foster a common sense of pride, security and belonging to the school.

Swedish healthcare policies dropped slightly on the MIPEX scale due to the 2016/381 law. Rejected asylum seekers lose their so-called LMA card, making it harder for them to follow up on previous care, such as maternal care. Yet, together with those of Switzerland and

New Zealand, Sweden's healthcare policies still offer almost the same healthcare level to legal immigrants, undocumented immigrants, and Swedish citizens. Immigrants with access to the healthcare system are regularly informed about their rights and receive other forms of support in Sweden, such as interpretation support.

Table 9
Summary of policy indicator scores in Sweden (2019)

SWEDEN		
MIPEX Score (With Health) 86		
Dimension/Score	Individual Score	Position in Ranking
Labor Market Mobility	91	2
Family Reunion	71	9
Education	93	1
Health	83	4
Political Participation	80	5
Permanent Residence	90	4
Access to nationality	83	7
Anti-discrimination	100	1

Source: MIPEX 2019.

Regarding political participation third country nationals can vote and run in local elections after three years of legal residence in Sweden. Immigrants receive relevant information and support for their participation in civil society. Nevertheless, unlike in other countries, Sweden does not provide an official structure for dialogue between immigrant associations and state authorities or politicians but Swedish government funds immigrant associations.

Ranked among the top five countries for permanent residency, Sweden offers a clear and stable path to long-term security and socio-economic opportunities for non-EU residents. Temporary residents who meet basic economic and housing requirements can become permanent residents after four years. Permanent residents benefit from a secure and equitable status while living in Sweden.

To be eligible for citizenship in Sweden, applicants must have lived there for five years. The application process is fairly straightforward and the status of new citizens is the same as Swedish-born citizens.

Ranked first in anti-discrimination, Sweden's laws protect everyone against ethnic, racial, religious and nationality discrimination in all aspects of life. Victims benefit from relatively strong law enforcement mechanisms, receive information about their rights, and can initiate legal proceedings against perpetrators of all types of discrimination. Sweden has a strong single equality authority and can initiate effective state actions. The EU-MIDIS 2016 survey found that immigrants who are discriminated against in Sweden are more likely to know their rights and report the incident to the authorities than in most other EU countries (FRA 2017).

3.9. *Quantitative review: Perceived discrimination of migrants through ESS*

The quantitative analysis is based on the 10th edition of the European Social Survey. This database contains $n= 446$ cases corresponding to the applied criteria of self-perception as discriminated race group in the case countries France, Italy, Netherlands, Portugal, Germany, Spain, and Sweden. Post-stratified design weighting has been applied for cross-country comparisons. The scores obtained by each country for the dependent variable were treated as differential factor and analyzed through statistical software to detect and examine significant differences in the level of the perceived protection of minority groups across racialized minorities of migrant's backgrounds.

A first descriptive analysis was conducted to identify patterns and to provide general information of each case country. In a second phase, an analysis of variance (ANOVA) was conducted to identify whether there are contrasts in the equality of means with respect to the level of perceived protection of minority groups in each geographic region (Agresti 2017).

The tested hypothesis asked if the population means are equal. If the population means are equal, then groups do not differ in the dependent variable. The categorical variable that defines the groups that have been compared in this analysis is "EU Case Countries." This variable has been constructed to classify each of the seven countries. The variable is categorical and consists of seven categories of nominal response. The quantitative variable (interval or ratio) in which the countries have been compared is "In country the rights of minority

groups are protected” which has been included in the study to estimate the difference in the index toward perceived minority groups protection in each of the countries. This variable consists of a 0 to 10 ratio categories of interval response.

3.10. Differences in means of the 7-EU Case Countries

An ANOVA test was performed, to assess whether there were differences between the levels of perceived of minority discrimination in each of the seven case countries. These countries were taken as fixed factors and the “perceived protection of minority groups” was taken as the independent variable. The Fisher–Snedecor *F* statistic was used to test the hypothesis of equality of means and to check whether there were statistically significant differences in the dependent variable. The ANOVA analysis showed statistically significant differences between each of the case countries. Table 10 presents the mean scores for the tested variables, the standard deviations, the standard errors, the test of contrast of the equality hypothesis and the corresponding p-value.

Table 10
Differences in means of respect to the level of perceived protection of minority groups

EU case countries	<i>N</i>	<i>M</i>	<i>S. D</i>	<i>E. E</i>	<i>F</i>	<i>p-value</i>
France	90	5.83	2.413	.254		
Italy	23	4.69	2.709	.569		
Netherlands	55	6.48	2.215	.299		
Portugal	24	3.91	3.017	.615	5.939	.000*
Germany	146	6.61	2.562	.212		
Spain	36	5.63	2.633	.441		
Sweden	62	6.55	2.743	.347		
Total	436	6.10	2.644	.127		

Source: Authors through ESS 10th Round.

Table 11
Multiple comparisons of the 7-EU case countries.

<i>i-Country</i>	<i>j-Country</i>	Mean difference	Standard Error	<i>p-value</i>
France	Italy	1.136	.601	.489
	Netherlands	-.647	.439	.760
	Portugal	1.917	.587	.020*
	Germany	-.783	.343	.254
	Spain	.203	.506	1.000
	Sweden	-.723	.421	.606
Italy	France	-1.136	.601	.489
	Netherlands	-1.783	.639	.080
	Portugal	.781	.749	.944
	Germany	-1.919	.578	.017*
	Spain	-.933	.688	.824
	Sweden	-1.859	.628	.050*
Netherlands	France	.647	.439	.760
	Italy	1.783	.639	.080
	Portugal	2.564	.626	.001**
	Germany	-.137	.406	1.000
	Spain	.850	.551	.719
	Sweden	-.077	.474	1.000
Portugal	France	-1.917	.587	.020*
	Italy	-.781	.749	.944
	Netherlands	-2.564	.626	.001**
	Germany	-2.700	.563	.000***
	Spain	-1.714	.675	.148
	Sweden	-2.641	.614	.000***
Germany	France	.783	.343	.254
	Italy	1.919	.578	.017*
	Netherlands	.137	.406	1.000
	Portugal	2.700	.563	.000***
	Spain	.986	.478	.378
	Sweden	.060	.387	1.000
Spain	France	-.203	.506	1.000
	Italy	.933	.688	.824
	Netherlands	-.850	.551	.719
	Portugal	1.714	.675	.148
	Germany	-.986	.478	.378
	Sweden	-.926	.538	.601
Sweden	France	.723	.421	.606
	Italy	1.859	.628	.050*
	Netherlands	.077	.474	1.000
	Portugal	2.641	.614	.000***
	Germany	-.060	.387	1.000
	Spain	.926	.538	.601

Source: Authors through ESS 10th Round.

A Tukey-method post hoc analysis showed the differences in the perceived protection of minority groups among the reporting racial minorities. Table 11 shows multiple comparisons of minority perceived discrimination in the seven case countries. It becomes visible that there are statistically significant differences between France and Portugal. Italy's statistically significant differences exist only when compared against Germany. In the case of Netherlands, differences are observed in relation to Portugal. For Portugal, the multiple comparison analysis revealed significant differences with all countries, except for Spain and Italy. No significant differences were found between Spain and any of the countries studied. Finally, for Sweden statistically significant differences could only be found with Portugal.

Conclusion

This article sought to answer three questions:

1. How do integration strategies differ amongst the seven case countries in Europe?
2. How do racialized minorities perceive their protection in these states?
3. Is there a relationship between integration strategies and the perceptions of racialized minority groups?

To answer these questions, this paper reviewed integration strategies and integration levels in the European context by reviewing policy indicators related to vulnerabilities faced by immigrants from the Migration Integration Policy Index (MIPEX), as well as several technical reports conducted by the European Migration Network (EMN) Luxembourg. A complementary analysis of European Social Survey (ESS) data was conducted to identify patterns in the perception of minority group protection among racial minorities in each of the seven countries.

In response to the first question, we found that there are notable differences in the integration strategies of each of the countries for each dimension. France, for example, allocates special importance to anti-discrimination policies, access to nationality and access to the health system but still has deficits with respect to other issues such as adaptation of the educational system, family reunification, political participation, labor market policies and access to permanent residence.

Italy shows greater attention to health care access and anti-discrimination policies along with those related to labor market access and family reunification. However, political participation and access to

the education system do not seem to be strategic areas, as is the case with the adaptation of the education system.

In the Netherlands, integration strategies are mainly focused on anti-discrimination policies, access to the health system, and inclusion in the labor market, as opposed to other dimensions such as family reunification, political participation, permanent residence, the right to citizenship and adaptation of the educational system.

Germany emphasizes access to the labor market, anti-discrimination policies, access to health care, and political participation. In contrast, dimensions such as family reunification, access to citizenship, permanent residence, and adaptation of the education system feature less prominently in its integration plan.

Spain mainly centers its migrant integration strategy largely on guaranteeing access to health care, facilitating permanent residence, and family reunification in conjunction with access to the labor market. However, less emphasis is given to issues such as access to nationality, adaptation of the educational system, political participation, and anti-discrimination policies.

In contrast, Portugal and Sweden have developed integration strategies that present a very evident trade-off between each of the sectoral dimensions. Sweden seems to have the most coherent integration strategy. Specifically, Portugal shows a lower level of intersectoral trade-off than Sweden, focusing mainly on labor market access, anti-discrimination policies, political participation, access to nationality, and family reunification. However, in terms of adaptation of the educational system, access to the health system and access to permanent residence, they play a less prominent role.

For the second question, some contradictory findings were observed. In contrast to the data reported by MIPEX on integration strategies of migrants in Portugal, the racial minorities residing in the country report that they feel significantly less protected than the migrants in the other six case countries.; Portugal is followed by Italy, where minorities have similar auto-perceptions. In Spain and France, minorities perceptions are mid-range. This could be an indication of ambivalence, since although there is a tendency towards the positive pole, they do so in a weightless way. Sweden presents a fairly evident trade-off in sectoral policies for the integration of migrants, which is, however, not reflected in the self-perception of its racial minorities. In fact, together with Germany and the Netherlands, it is the country where racial minorities feel that they are protected the most. More specifically, in Germany, self-perceived vulnerabilities are the lowest, followed by Sweden and the Netherlands.

To address the final question, we conducted a review of the existing literature, information on migrant integration indicators and empirical evidence, this study explored the extent to which migrant integration policies and policy coherence influence the vulnerability of migrants in receiving countries, while examining how social minorities evaluate the protection they receive from states.

In line with the PCVM framework, our findings suggest that there is a relationship between immigrant integration and policy coherence, which in turn may affect how minorities perceive their vulnerability. As a general rule, when countries adopt comprehensive and inclusive integration policies that focus on social, economic and cultural aspects, migrants are more likely to experience better outcomes, lower vulnerability, and have a greater self-perception of state protection. These policies generally involve access to education, health care, employment opportunities, language training, and social support networks. However, this is not always the case, as this study has shown that the perception of racialized minorities does not always correspond to the political strategies of integration, as in the case of Portugal.

By bringing together PCD, PCSD, and PCMD to generate a framework of Policy Coherence for Vulnerability in Migration (PCVM), this research demonstrated that policy coherence, both within the migration sector and in other policy areas, plays a crucial role in impacting migrants' vulnerabilities. When there is alignment and coordination between different policy areas, such as immigration, labor, education and social welfare, the overall effectiveness and impact of integration measures increases. Legal migration contributes to development at both destination and origin. Conversely, fragmented and contradictory policies can generate gaps, inconsistencies and barriers that aggravate the vulnerability of immigrants and, consequently, increase deficits in the levels of social sustainability, hence the importance of seeking trade-offs.

Overall, this study underscores the importance of adopting inclusive, comprehensive, and coordinated policies that prioritize migrant integration, and as such are coherent, to address vulnerabilities. Policymakers should aim for a holistic and inclusive approach that considers the diverse needs and challenges faced by migrants, while ensuring that integration measures are supported by coherent policies across various sectors. Therein lies the relevance of a PCVM as a strategy to optimize the design, development and decision making in the management of the migrant integration processes. Additionally, future research should continue to examine the nuanced

dynamics between migrant integration, policy coherence, and vulnerability, while taking into account contextual factors, local dynamics, and the perspectives of migrants themselves. Such knowledge will contribute to evidence-based policymaking and ultimately foster more inclusive, equitable and sustainable societies for both migrants and host communities. In short and as noted above, governance of immigrant integration requires transformational change. Immigrant integration needs to be understood as an influential factor in human development. To this end, this process needs to move towards more systemic and efficient models and include improved functionality of social systems and institutions.

References

- Acik, Ahmet C., Paul Trott, and Emre Cinar. 2022. «Risk governance approach to migration: a viable alternative to precautionary management.» *Journal of Risk Research* 25, no. 4: 468-487. DOI: 10.1080/13669877.2021.1957984.
- Agresti, Alan. 2017. *Statistical Methods for the Social Sciences*. Florida: Pearson.
- Alwang, Jeffrey, Paul B. Siegel, and Steen Jorgensen. 2001. «Vulnerability: A view from different disciplines.» *Discussion Paper Series No. 0115*. Washington, DC: Social Protection Unit, World Bank.
- Barros-Rodríguez, Francisco, Rita Sobczyk, and Sergio Moldes-Anaya. «De la movilidad empresarial a la movilidad de los trabajadores: la segmentación de oportunidades migratorias en la empresa transnacional». In *La economía global localizada: entre los lugares de producción y consumo*, edited by Antonio Trinidad, Rosa M^a Soriano-Miras, and Francisco Barros-Rodríguez. Madrid: CIS. (forthcoming).
- Beck, Ulrich. 1998. *World Risk Society*, Cambridge: Polity Press.
- Benson, Michaela and Karen O'Reilly. 2009. *Lifestyle migration: expectations, aspirations and experiences*. Burlington: Ashgate.
- Birkmann, Jörn. 2006. «Indicators and criteria for measuring vulnerability: Theoretical bases and requirements.» In *Measuring vulnerability to natural hazards: Towards disaster resilient societies*, edited by Jörn Birkmann, 55–77. New Delhi: UN and Teri Press.
- Bundesregierung. 2020. *National Action Plan on Integration Abridged press version*. Berlin: Government of Germany.
- Busetta, Annalisa, Daria Mendola, Ben Wilson, and Valeria Cetorelli. 2019. «Measuring vulnerability of asylum seekers and refugees in Italy», *Journal of Ethnic and Migration Studies* 47, no. 3. 1-19. DOI: 10.1080/1369183X.2019.1610368.
- Butler, Judith, Zeynep Gambetti, and Leticia Sabsay (Eds.). 2016. *Vulnerability in resistance*. Durham: Duke University Press.

- Cachón, Lorenzo. 2023. «El Pacto Mundial para la migración segura, ordenada y regular cuatro años después». *Revista Española de Desarrollo y Cooperación* 50, no. 1: 31-41, doi.org/10.5209/redc.85015
- Castles, Stephen. 2010. «Understanding Global Migration: A Social Transformation Perspective». *Journal of Ethnic and Migration Studies* 36, no. 10: 1564-1586. <http://dx.doi.org/10.1080/1369183X.2010.489381>.
- Creswell, John W. (2014). *Research design: Qualitative, quantitative and mixed methods approaches*. Thousand Oaks: Sage.
- De Haas, Hein 2010. «Migration and development: A theoretical perspective.» *International Migration Review* 44, no. 1: 227–64.
- Dekker, Rianne. 2017. «Frame ambiguity in policy controversies: critical frame analysis of migrant integration policies in Antwerp and Rotterdam.» *Critical Policy Studies* 11, no. 2: 127-145. <https://doi.org/10.1080/19460171.2016.1147365>.
- Die Bundesregierung. 2020. *Fragen und Antworten zum Nationalen Aktionsplan. Zuwanderern die Integration erleichtern*. Accessed May 25 <https://www.bundesregierung.de/breg-de/service/archiv/aktionsplan-integration-1772030>
- EMN. 2015. *Integration of beneficiaries of international/humanitarian protection into the labour market: policies and good practices*. Synthesis Report for the EMN Focused Study. Luxembourg: European Commission.
- EMN. 2023. *EMN Publications*. Accessed May 25, 2023. https://home-affairs.ec.europa.eu/networks/european-migration-network-emn/emn-publications_en.
- Fiddian-Qasmiyeh, Elena, Katy L. Gil Loescher, and Nando Sigona. (eds). 2014. *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies*. Online edition, Oxford Academic. doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199652433.001.0001.
- FRA. 2017. *Second European Union Minorities and Discrimination Survey EU-MIDIS II. Main Results*. Luxembourg: Bietlot.
- Gilodi Amalia, Albert Isabelle and Nienaber Birte. 2022. «Vulnerability in the context of migration: a critical overview and a new conceptual model», *Human Arenas* 5, no. 1: 1-21.
- Gobierno de España. 2014. *Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración*. Madrid: Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones.
- Gobierno de España. 2020. *Implementation of the global compact for safe, orderly and regular migration. Regional review. Spain*, Madrid: Gobierno de España.
- Gonda, Marcin, Marta Pachoka, and Karolina Podgórska. 2020. «Measuring the cultural dimension of migrant integration and integration policy in the European context: dilemmas and discussions». *International Migration* 59, 1: 241-262.
- Government of Portugal. 2015. *Plan Estratégico para as Migrações 2015-2020*. Lisbon: Alto Comissariado para as Migrações. Accessed May 25, 2023. https://www.acm.gov.pt/documents/10181/222357/PEM_net.pdf/.
- Government of the Netherlands. 2021. «New civic integration Act» (*Wet inburgering*). Accessed May 25, 2023. <https://www.government.nl/topics/>

- integration-in-the-netherlands/civic-integrationact#:~:text=Aim%3A%20active%20participation%20in%20Dutch,This%20includes%20finding%20work.
- Heidenreich, Martin and Christoph Wunder. 2008. «Patterns of regional inequality in the enlarged Europe», *European Sociological Review* 24, no. 1: 19–36.
- İçduygu, Ahmet and Sibel Karadağ. 2018. «Afghan migration through Turkey to Europe: seeking refuge, forming diaspora, and becoming citizens.» *Turkish Studies* 19, no. 3: 1-20. DOI: 10.1080/14683849.2018.1454317.
- IOM. 2018. *Global compact for safe, orderly and regular migration*. Geneva: IOM.
- KNOMAD. 2020. *Measuring policy coherence for migration and development. A new set of tested tools*. Washington: World Bank.
- Koff, Harlan. 2017. «Policy coherence for development and migration» *Regions and Cohesion* 7, no. 2: 5-33. DOI: 10.3167/reco.2017.070202.
- Koff, Harlan. 2022. «Poverty and sustainable governance», In *Handbook on the Governance of Sustainable Development*, edited by Russel Dundan and Nick K. Taylor, 79-94, UK: Edward Elgar.
- Kuran, Christian, Claudia Morsut, Bjørn Ivar Kruke, and Marco Krüger. 2020. «Vulnerability and vulnerable groups from an intersectionality perspective.» *International Journal of Disaster Risk Reduction* 50, no. 1: 1-8. doi.org/10.1016/j.ijdr.2020.101826.
- Larsson, Martin. 2018. «Navigating through contradictory rationalities. Experiences of development in Mexico». *Regions and Cohesion* 8, no. 3: 70-93. DOI: 10.3167/reco.2016.060201.
- Lee, Everett S. 1966. «A Theory of Migration». *Demography* 3, no. 1: 47-57. <https://doi.org/10.2307/2060063>.
- Lidskog, Rolf, and Göran Sundqvist. 2012. «Sociology of risk», In *Handbook of risk theory, epistemology, decision theory, ethics and social implications of risk*, edited by Sabine Roeser, Rafaella Hillerbrand, Per Sandin and Martin Peterson, 1001-1008. New York: Springer.
- Luhmann, Niklas. 1993. *Risk. A sociological theory*, Berlin: Walter de Gruyter.
- McAuliffe, Marie and Anna Triandafyllidou. 2021. *World Migration Report*. Geneva: IOM.
- McLeman, Robert, and Barry B. Smit. 2006. «Migration as an adaptation to climate change.» *Climatic Change* 76, no. 1-2: 31-53.
- MIPEX. 2019. *Measuring policies to integrate migrants across six continents*. Accessed March 5, 2023: <https://www.mipex.eu/>.
- Moldes-Anaya, Sergio, Harlan Koff, Angelica Da Porto and Tara Lipovina. 2022. «Addressing COVID through PCD: policy coherence for vulnerability in development and its relationship to the coronavirus pandemic». *Equality, Diversity and Inclusion* 41, no. 1: 129-155. doi.org/10.1108/EDI-08-2020-0253.
- Nash, Sarah. 2019. *Negotiating migration in the context of climate change*. Bristol: Bristol University Press.
- OECD. 2018. *Policy coherence for sustainable development 2018*. Paris: OECD.

- OECD. 2019. *Recommendation of the Council on policy coherence for sustainable development*. Paris: OECD.
- Presse- und Informationsamt der Bundesregierung. 2016. *Meseberger Erklärung zur Integration*. Press release. Accessed May 25, 2023: <https://www.bundesregierung.de/breg-de/service/archiv/alt-inhalte/meseberger-erklaerung-zur-integration-396024>.
- Ranci, Constanzo. 2010. *Social vulnerability in Europe. The new configuration of social risk*. Hampshire: Palgrave MacMillan.
- Roeser, Sabine, Rafaela Hillerbrad, Per Sandin, and Martin Peterson. 2012. *Handbook of risk theory, epistemology, decision theory, ethics and social implications of risk*, New York: Springer.
- Ruhs, Martin. 2010. «Migrant rights, immigration policy and human development.» *Journal of Human Development and Capabilities* 11, no. 2: 259–79.
- Seven, Ümit. 2020. «Armed conflict, violence, and the decision to migrate: explaining the determinants of displacement in Syria.» *Migration and Development* 11, no. 3: 1-17. DOI: 10.1080/21632324.2020.1859177.
- Solano, Giacomo, and David De Conink. 2023. «Explaining migrant integration policies: A comparative study across 56 countries.» *Migration Studies* 11, no. 1: 75-102. doi.org/10.1093/migration/mnac032.
- Stewart, Emma. 2005. «Exploring the Vulnerability of Asylum Seekers in the UK.» *Population, Space and Place* 11, no. 6: 499–512. DOI: 10.1002/psp.394.
- Taylor, Sara R. 2015. «The role of migrant networks in global migration governance and development.» *Migration and Development* 5, no. 3: 1-10. DOI: 10.1080/21632324.2015.1068504.
- Triandafyllidou, Anna, and Brenda S.A. Yeoh. 2023. «Sustainability and Resilience in Migration Governance for a Post-pandemic World.» *Journal of Immigrant and Refugee Studies* 21, no. 1: 1-14. DOI: 10.1080/15562948.2022.2122649.
- Trinidad, Antonio; Rosa Soriano-Miras, Marlene Solís, and Kathryn Kopinak. 2019. *Localized global economies on the Northern borderlands of Mexico and Morocco*. London: Palgrave Macmillan.
- UN. 2015. *Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015, A/RES/70/1*, New York: UN.
- UN. 2016. *The New York Declaration for Refugees and Migrants*. Accessed May 26, 2023: <https://www.ohchr.org/en/migration/new-york-declaration-refugees-and-migrants>.
- Van Asselt, Marjolein, and Ortwin Renn. 2011. «Risk governance.» *Journal of Risk Research* 14, no. 4: 431-449. DOI: 10.1080/13669877.2011.553730.
- Wallace, Sarah. 2014. *Immigration and Membership Politics in Western Europe*. Cambridge: Cambridge UP.

Equality bodies in the European Union: The Spanish independent authority for equal treatment

Organismos de igualdad en la Unión Europea: La autoridad independiente española para la igualdad de trato

Ángeles Solanes Corella 

IDH. Universitat de València. Spain

angeles.solanesh@uv.es

<https://doi.org/10.18543/djhr.2905>

Submission date: 15.05.2023

Approval date: 06.11.2023

E-published: December 2023

Citation / Cómo citar: Solanes, Ángeles. 2023. «Equality bodies in the European Union: The Spanish independent authority for equal treatment.» *Deusto Journal of Human Rights*, No. 12: 105-135. <https://doi.org/10.18543/djhr.2905>

Summary: 1. Introduction: the origin of equality bodies. 2. Multiple paces of implementation among the different European Union Member States. 3. Proposal for modification of the rules governing equality bodies. 4. The Independent Authority for Equal Treatment and Non-Discrimination in Spain. Conclusion: challenges and pending tasks. References.

Abstract: The preceding two decades have been characterized by the evolution of equality bodies at the domestic level. Recently, several propositions have been advanced with the aim of instituting minimal prerequisites for the functioning of equality entities, aimed at enhancing their efficacy and ensuring their independence, thus fortifying the enforcement of the principle of equal treatment. In Spain, Law 15/2022 has provided for the creation of the Independent Authority for Equal Treatment and Non-Discrimination, but after the six months established for its configuration, it has not been set up. This work critically examines the proposed reforms within the Equality Directives concerning these bodies and their implementation in the case of Spain. At the same time, it assesses, from a proactive perspective, how to develop European standards in line with the proposal, so that equality bodies can deploy their full potential.

Keywords: Equality, equality bodies, European standards, Spain

Resumen: Las dos últimas décadas han estado marcadas por el desarrollo de los organismos de igualdad a nivel nacional. Recientemente se han presentado varias propuestas que tienen por objeto establecer unos requisitos mínimos para el funcionamiento de los organismos de igualdad que mejoren su eficacia y garanticen su independencia, a fin de reforzar la aplicación del principio de igualdad de trato. En España, la Ley 15/2022, ha previsto la creación de la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, pero transcurridos los seis meses establecidos para su configuración, esta no se ha producido. Este trabajo revisa de manera crítica la reformas que se proponen en las directivas de igualdad en relación con estos organismos y su concreción en el caso de España. Al mismo tiempo valora, desde una perspectiva proactiva, la forma de desarrollar los estándares europeos, en la línea de la propuesta, para que los organismos de igualdad puedan desplegar todo su potencial.

Palabras clave: Igualdad, organismos de igualdad, estándares europeos, España.

1. Introduction: the origin of equality bodies¹

Since their inception, equality bodies, broadly denominated as such by the European Commission, have been characterized by their diversity, both in terms of the forms of discrimination they address and their operational frameworks. Member States of the European Union are required to establish national entities to combat discrimination; however, the scope of their mandates and competencies varies from one State to another. It is precisely this variation that highlights the imperative to articulate European standards, the gradual implementation of which has engendered doubts and debates.

This work critically examines the implementation of these standards and the reform currently proposed in various Equality Directives, with special emphasis on Directive 2000/43 concerning equality bodies. Within this context, a section is dedicated to the Spanish case to analyze the impending establishment of the Independent Authority for Equal Treatment and Non-Discrimination, ensuring its alignment with European proposals. In doing so, from a proactive standpoint, it provides a necessary scientific analysis for the development of these common European guidelines, facilitating the continued consolidation of equality bodies.

Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000, implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, established the creation of equal treatment bodies as a tool to promote, analyze and monitor the effective application of the principle of equal treatment among all persons, that is, as a mechanism of protection against discrimination based on racial or ethnic origin. This provision arises in application of Article 13 of the Treaty establishing the European Economic Community, which is now Article 19 of the Treaty on the Functioning of the European Union, which allows the Council, unanimously, on a proposal from the Commission and after consulting the European Parliament, to adopt appropriate measures to combat discrimination based on sex, racial or ethnic origin, religion or beliefs, disability, age or sexual orientation.

These bodies are independent and specialized entities in each Member State, with competences to analyze existing problems, study possible solutions and provide specific assistance to victims. They are regulated by Article 13 of the Directive, which states that their powers

¹ This work has been carried out within the framework of the R&D&I project PID2019-105018RB-100/ AEI/10.13039/501100011033, "Racismo y Discriminación: los Derechos Humanos bajo amenaza", funded by the Ministry of Science and Innovation.

include carrying out studies and publishing independent reports on discrimination, and the formulation of recommendations on any issue related to this type of discrimination. This provision expressly imposes an obligation on the Member States when it states that they must designate one or more bodies responsible for promoting equal treatment among all persons without discrimination based on their racial or ethnic origin. Under this provision, different equal treatment bodies have proliferated in the various Member States, as a phenomenon that evidences the importance of combating discrimination and the central role of equal treatment (Kádár 2018).

This article aligns with other provisions of European anti-discrimination law that advocate for the establishment of equality bodies as a permanent or systematic element of the European framework of guarantees in the fight against discrimination, operating with respect to the six features mentioned (Rey 2019) especially protected by EU law². In transposing European legislation, as will be discussed further below, some Member States have chosen to establish equality bodies with competence for these six traits, while others, such as Spain, have initially created specific bodies for the fight against racial and ethnic discrimination, and another for discrimination based on sex, and only recently has their modification been proposed.

The aforementioned Directive 2000/43 includes a section dedicated to the establishment of an equality body, which is influenced by precedents that had already highlighted the significance of these entities. These include, first of all, the so-called Paris Principles relating to the status and functioning of national institutions for the protection and promotion of human rights, adopted on 20 December 1993, by the United Nations General Assembly, and the General Comments for their interpretation and implementation, as well as the general recommendations of the United Nations Committee on the Elimination of Racial Discrimination, which have provided important additional work in this field³.

² The Employment Equality Directive (2000/78/EC) and the Directive on Gender Equality in Social Security (79/7/EEC) do not include provisions on equality bodies. However, such bodies are provided for in the Directive on Gender Equality in the Access to and Supply of Goods and Services (2004/113/EC), the Directive on Gender Equality in Employment (2006/54/EC) and the Directive on Gender Equality in Self-Employment (2010/41/EU). In any case, some Member States have chosen to entrust the equality bodies with the grounds of discrimination covered by those two Directives that do not include them.

³ Among these, General Recommendation No. 36 (2020) on preventing and combating racial profiling by law enforcement officials, 17 December 2020, CERD/C/

On the other hand, General Policy Recommendation No. 2 of the Council of Europe's Commission against Racism and Intolerance (ECRI)⁴ establishes several fundamental ideas and conclusions on these bodies. These include the need for these bodies to have broad and clear competencies in the fight against discrimination; to be provided with adequate resources to implement their functions; to work closely with other relevant actors, such as civil society and the media; to raise awareness of discrimination and its detrimental effects on society as a whole; and to work closely with the courts and law enforcement agencies to ensure an effective response to acts of discrimination.

Among the recommendations made in this document, three are particularly noteworthy: independence, accessibility and quality. Firstly, the document emphasizes the need to organize these bodies with full independence, adopting the necessary guarantees to ensure that they operate without interference from the State, for example, in such basic matters as the administration of their own resources (which must be sufficient to ensure their proper organization) or the selection of their staff. The body must be accessible to the people whose rights it must defend, and in this sense, it is essential to establish local agencies to facilitate access and increase the effectiveness of its educational and training functions. Lastly, it is required that the investigations and opinions carried out by these bodies be of high quality, to reinforce their credibility both with the groups whose rights they are supposed to defend and with the national authorities.

The same line is insisted on in the revision made to the aforementioned Recommendation in 2017⁵, which in addition to highlighting the need for independence, effectiveness, accessibility and oversight, urges the strengthening of competencies such as those of advocacy and prevention, decision-making, support and litigation, and the powers to obtain evidence and information.

GC/36; General Recommendation No. 35 (2013) on combating racist hate speech; 26 September 2013, CERD/C/GC/35; General Recommendation No. 34 (2011) on racial discrimination against people of African descent, 03 October 2011, CERD/C/GC/34; and General Recommendation No. 33 on follow-up to the Durban Review Conference, 29 September 2009 CERD/C/GC/33.

⁴ General Policy Recommendation No. 2 of the Council of Europe Commission against Racism and Intolerance (ECRI) of 13 June 1997 entitled "Equality Bodies to Combat Racism and Intolerance at National Level".

⁵ General Policy Recommendation No. 2 of the Council of Europe Commission against Racism and Intolerance (ECRI) of 13 June 1997 entitled "Equality Bodies to Combat Racism and Intolerance at National Level".

Taken together, these provisions therefore make clear the importance of having national equality bodies to combat racism and intolerance, with a clear mandate and sufficient budget to carry out their tasks; the need for such national equality bodies to work in coordination with other national, regional and local bodies and authorities to combat discrimination and promote equality; the centrality of the independence and impartiality of national equality bodies, which must be protected from any political or economic influence; the importance of these national bodies having the support and cooperation of civil society and organizations representing vulnerable groups; and the importance of ongoing training and capacity building for the staff of national equality bodies, as well as data collection and research on discrimination and intolerance.

Equality bodies have played a fundamental role in the protection of rights and the fight against discrimination in relation to certain groups, including, significantly in terms of the number of cases, Romani people and immigrants. Thus, as an example, an emblematic case is worth mentioning that demonstrates the role that these bodies can play in guaranteeing equal treatment and opportunities. Indeed, among the emblematic decisions of the Court of Justice of the European Union in this area, the *Feryn*⁶ case concerning an employer's public declaration of its intention to discriminate is worth highlighting. This case concerns proceedings brought by the Belgian Center for Equal Opportunities and Opposition to Racism against *Feryn*, a company specializing in the installation of garage doors. The director of this company made a public statement that he wanted to hire installers but not employees of a particular ethnic origin, namely "immigrants", as the company's customers were reluctant to give these people access to their homes during installation work. In accordance with Belgian law, the Belgian Center brought discrimination proceedings, even in the absence of an identifiable complainant. The Belgian Center for Equal Opportunity and Opposition to Racism alleged in the national proceedings that *Feryn*'s recruitment policy was discriminatory.

The Court held that the fact that an employer publicly declares that it will not hire employees of a certain ethnic or racial origin constitutes

⁶ CJEU of 10 July 2008, *Feryn*, C-54/07, ECLI:EU:C:2008. It cannot be overlooked that the case law of the CJEU has traditionally contributed to creating a hierarchy of grounds of discrimination such that protection against discrimination on some grounds is stronger than on others. By acting in this way, it has missed some great opportunities to contribute to a coherent and sustainable equality regime in the European Union (Howard 2018).

direct discrimination within the meaning of Directive 2000/43/EC. Moreover, it stressed that such statements may strongly discourage certain candidates from applying and thus hinder their access to the labor market. In line with the aim of the Directive, the Court understood that the absence of an identifiable complainant is not an obstacle to a finding of direct discrimination (Solanes 2022, 41-42).

In order to ensure that equality bodies can develop their full potential, contribute effectively to compliance with all the Equality Directives and help victims of discrimination to access justice, the Commission adopted the 2018 Recommendation on standards for equality bodies⁷. This Recommendation lists measures to achieve optimal implementation of the provisions of the Equality Directives to ensure that equality bodies can effectively execute their functions. To this end, it focuses on the mandate of these bodies and identifies two important issues: the grounds for protection and the minimum standards for these bodies in European law. Regarding the first issue, it reiterates that the Community framework considers racial or ethnic origin, gender, religion or belief, disability, age or sexual orientation as protected grounds. Regarding the second aspect, it establishes what are to be considered ideal standards: independence, effectiveness, accessibility, and coordination and cooperation between equality bodies (and other entities) throughout the European Union. It is noteworthy that this Recommendation enables Member States in which equality bodies hold legal competence to identify discrimination based on due process standards and issue remedies in the form of suitable, effective, and proportionate sanctions, thereby allowing them to render binding decisions. However, it must be emphasized that conferring quasi-judicial powers upon national equality bodies extends beyond the mandatory functions outlined in the Directives (Iordache and Ionescu 2022, 74).

The fundamental purpose of the 2018 Recommendation was to remedy the problems arising from the lack of clarity and the shortcomings of the provisions relating to equality bodies contained in the various Directives, but it has not succeeded in doing so, among other reasons because it is not a binding instrument that would make it possible to establish a mandatory minimum standard.

The European Commission published in 2021 a report on the implementation of Directive 2000/43 and Directive 2000/78⁸ that

⁷ European Commission, Commission Recommendation (EU) 2018/951 on standards for equality, Brussels, 22.6.2018.

⁸ European Commission, Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the application of Council Directive 2000/43/EC implementing the

recognizes the importance of equal treatment bodies in the promotion of equality and the fight against discrimination, but at the same time emphasizes the need to strengthen their resources and competences so that they can adequately fulfill their functions. This paper follows up on the aforementioned 2018 Recommendation, which finds that equality bodies have become necessary and valuable institutions at the individual, institutional and broader societal levels, but many of the issues that the Recommendation set out to address remain unresolved. As will be discussed below, the uneven status of such bodies in different States prevents some of them from being able to play their role effectively. The Recommendation has been found to be insufficient, among other things, because of the non-binding nature mentioned above, which leaves a wide margin of action to individual States. As a result, protection against discrimination, compliance with the Directives, promotion of equality and awareness-raising among the public and in national institutions continue to be unequal. With this document, a commitment is made that the Commission will consider proposing alternatives to existing legislation with the aim to reinforce the role of national equality bodies.

The adoption of new rules to strengthen equality bodies is presented as an essential strategy to enable these entities to reach their full potential and is supported by the Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee. Thus, in 2021, on the one hand, the Parliament asked the Commission to propose legislation on the rules applicable to equality bodies, providing them with a stronger mandate and adequate resources⁹. On the other hand, in 2022, the Council called on the Member States to support strong equality bodies and to adopt a legislative framework enabling them to carry out their tasks independently, and to allocate adequate resources to implement their tasks effectively¹⁰. Finally, the European Economic and Social Committee insisted on the need to support these bodies, especially in terms of improving their independence and increasing their staffing and financial resources¹¹.

principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin (“the Racial Equality Directive”) and of Council Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation (“the Employment Equality Directive”) COM (2021) 139 final, Brussels, 19.3.2021.

⁹ European Parliament resolution of 10 March 2021 on the implementation of Council Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation in light of the UNCRPD (2020/2086(INI)).

¹⁰ Conclusions of the Council of the European Union on combating racism and antisemitism - 6406/1/22 REV 1., 2.3.2022.

¹¹ Own-initiative opinion of the European Economic and Social Committee on Improving equality in the EU, SOC/724-EESC-2022, adopted on 26.10.2022.

This marks the beginning of a phase that has not yet been completed to propose binding rules to strengthen the role and independence of equal treatment bodies, among other issues. The aim is to correct many of the weaknesses detected to date.

2. Multiple paces of implementation among the different European Union Member States

After the deadline for transposition of Directive 2000/43 on 19 July 2003, the reality in the different States was very diverse. This was evidenced by Holtmaat (2006, 20-25) who, in her report for the European Commission, already pointed out the great disparity that existed from the outset among equality bodies. For example, in some countries there was only one body and in others more than one; in the grounds of discrimination covered and the fields of application, some of these bodies were dedicated only to anti-discrimination law, while others worked in the field of all human rights in general; and in some, such as Spain (together with Denmark, Finland and Italy), reference was made only to racial or ethnic discrimination. There were also substantial differences in material terms: the budget varied in different cases, in some cases the bodies lacked financial autonomy, the number of staff was strikingly uneven, and several of them were not transparent in terms of their organization and functioning. Particularly remarkable was the fact that of the three functions assigned to the bodies by the Directives (assisting victims, conducting surveys, and issuing recommendations and reports), some did not fulfill the mandate to assist victims of discrimination, although two-thirds of all bodies had some power to investigate and resolve complaints, and a minority even functioned as “quasi-judicial” agencies. Such assistance is essential and, in some cases, has yielded excellent results (Van de Graaf 2020).

The operation at different speeds (in all respects) of the national equal treatment bodies in the various Member States remains, in my view, the hallmark of these institutions today, as will be seen from the ongoing regulatory reform. It is understandable that the landscape of equality bodies varies according to the differences in the transposition of Equality Directives by Member States. This variation is largely a result of political contexts, national legal cultures, and societal involvement, which lead to the adoption of legal solutions. The objective is not to encourage the mirroring of equality bodies across different States, as this is incompatible with the distinctive features of their legal systems. On the contrary, the necessary development of European standards to

coordinate equality bodies should not entail the elimination of the various possibilities, tailored to national frameworks, that already exist —many of which have yielded highly positive results. With the aim of advancing the struggle for equality and against all forms of discrimination, these European guidelines delve deeper into best practices, drawing from the shared vision established by the Equality Directives and the potential for further growth that these bodies can achieve through them (Iordache and Ionescu 2022, 120).

From the first studies analyzing the operations of equality bodies (Holtmaat 2006, among others), allusions were made to the imperative requirement for further research and monitoring of these entities to be able to clearly assess the question of whether the Member States had correctly implemented Article 13 of Directive 2000/43 and whether the equality bodies that were officially designated to carry out the functions mentioned in this article were doing so in an independent and effective manner. Several weaknesses that have accompanied the equality bodies since their creation and which persist to a large extent to the present day, are already apparent at this point. Terms such as “assistance”, “surveys” and “reports” are not defined, just as it is not clear what exactly “independent” means in this context, nor are there any rules on what can be considered effective functioning. Regarding the variety of competencies and powers of equality bodies, it is recommended that a clearer distinction be made between various competencies to know which ones can be combined in an equality body and which ones should be assigned to separate institutions. Regarding independence, the list of indicators developed in the framework of this study can serve as a tool. In terms of effective functioning, it is proposed that guidelines be developed on the minimum amount of money and staff that should be made available to equality bodies; and to reach an agreement on a common format for the assessment of the actual performance of the core competencies of Article 13.

From this study, it emerges that there are two types of bodies. Those that want to concentrate on legal “assistance”, which could be classified as having a “reactive role” insofar as they act in the face of discrimination that has already occurred; and those bodies that want to concentrate on their “proactive role”, to prevent discrimination in the future, so that they prioritize surveys, reports, recommendations, and go so far as to draft codes of good practice and play a role in monitoring the implementation of positive non-discrimination duties (Holtmaat 2006, 57). It is clear that the second group is more in line with European minimum standards and more protective, but equality bodies with this profile have not proliferated.

A good part of the warnings made in this study were later confirmed in Crowley's report (2018, 7), which gives a good account of the great variety of equality bodies and the persistence of the weaknesses pointed out which, added to others, can constitute real threats to the performance of the functions assigned to these entities. It should be noted that this study examined a total of 43 equality bodies in 31 countries (EU Member States and EFTA countries). It is essential, to understand the context and the relevance of the proposed regulatory reform, to show concisely that the differences between equality bodies in the different States are due to three variables that I consider particularly relevant: the configuration (mandate and functions), the political context and independence.

Regarding their mandates, a significant diversity exists among these bodies, with their functions not being mutually exclusive. A part of these bodies investigates and adjudicates claims of discrimination, while a second group focuses on providing legal counsel to victims, and a third group allocates most of their resources towards promotional and awareness-raising activities. Concerning the protected grounds by these bodies, the reality has surpassed, at the national level, the mandates stipulated in the Directives. In most Member States, one or more equality bodies cover a broader range of grounds and operate in more domains than those envisioned in the Directives, except for Spain. As we shall see, Spain adhered strictly to the Directives' provisions until the enactment of the Equal Treatment Act (Solá 2023).

This great diversity among the different bodies with respect to the protected features of discrimination and the fact that some entities do not conform to EU law that calls for them to deal with all or most of the grounds, has been from the beginning, and continues to be, one of the main friction points. This issue connects with particularly sensitive issues such as, for example, whether a different equality body than the general one is necessary for gender equality. Spain, for example, will have to take a position on this issue when setting up the Authority, which is discussed in the next section. Moreover, the development of these bodies has seen a merging of mandates of the various equality bodies and national human rights institutions as a growing trend (Crowley 2016).

In terms of the political context that has obviously marked the evolution of these bodies, the report groups States from the most adverse to the most favorable contexts. The political hostility that has marked the impossibility of full development of these bodies is evident in eight countries (Bulgaria, Croatia, Cyprus, Italy, Poland, Romania,

Sweden and the UK [Britain]), lack of political interest and indifference in twelve States (Austria, Belgium, Estonia, Finland, Greece, Hungary, Liechtenstein, Luxembourg, Lithuania, Slovakia, Slovenia and Spain) and there is an evident political context of support in seven countries (France, Germany, Iceland, Ireland, Latvia, Netherlands and Portugal).

Regarding the independence of equality bodies, as one of the four ideal standards, Crowley (2018, 10-11) notes that thirty-one out of the forty-three bodies examined have their own legal personality, which is considered, rightly in my opinion, the best practice. Spain, for example, so far, is at the other extreme with respect to some of its equality bodies, since, as will be seen, its Council for the Elimination of Racial or Ethnic Discrimination (CEDRE) has no legal personality of its own and is not accountable. Advocating for the legal recognition of national equality bodies is not only related to the vulnerability of the victims of discrimination (which should also be considered). Rather, it also facilitates the enforcement and efficacy of equality laws. Simultaneously, this legal status may be regarded as a natural consequence of the mandate to provide independent assistance to victims of discrimination, as outlined in the Equality Directives (Kádár 2019).

In general, while European norms concerning the independence of these bodies are relevant and comprehensive, as noted by Crowley (2021, 13), there exists a deficiency in the inclusion, within the European Commission's standard, of the decision-making function of an equality body as part of its competencies in independent assistance, a matter that could be addressed in the Commission's formulation of indicators for this standard. Though it may not be straightforward to delineate this set of indicators, EQUINET (2023) has made significant contributions that could serve as a starting point in this regard. Nonetheless, given that this is a work in progress, special consideration should also be given to indicators such as the active management of multiple mandates, measures taken to address tensions between functions, and the active management of cross-sector mandates.

The aforementioned 2021 report on the implementation of Directive 2000/43 and Directive 2000/78 and the working documents it incorporates, already highlights that, in this first stage, the creation and progressive strengthening of equality bodies has been promoted. There is currently a long list of these bodies according to the EQUINET directory¹².

Within the complex landscape of national bodies that the Directive seeks to structure, it is undeniable that progress has been made. Some

¹² <https://equineteurope.org/european-directory-of-equality-bodies/>

of these advances can be deemed notably innovative, particularly in terms of the multi-sector and cross-domain approach adopted to address discrimination in a significant number of Member States. Such a perspective solidifies the interconnection of human rights and highlights the transversal nature of the fight against discrimination. In the same vein, considerable advances have been taken in the treatment accorded to victims (who often cannot bear the expenses associated with the litigation of their cases), taking into account pertinent aspects such as fee exemptions and the establishment of specific funds for legal proceedings. Equally noteworthy, on the national dimension, are the substantive regulations transposing the Equality Directives, which often go beyond the strict requirements of the European Union *acquis*, for example, by contemplating mechanisms for collective redress or by establishing the possibility of initiating strategic litigation, either on their own behalf or on behalf of victims of discrimination, by national equality bodies to address structural and systematic discrimination (lordache and Ionescu 2022, 120).

Despite acknowledging these advancements, it cannot be denied that there is room for improvement in the implementation of the 2018 Recommendation for all equality bodies to be able to fully fulfill their role. Ensuring the implementation and enforcement of EU law on combating unequal treatment and discrimination is yet to be completely achieved as some equality bodies are not adequately equipped in terms of powers and resources to effectively assist victims. Underreporting remains a major problem, and at the same time, public awareness and knowledge of discrimination is very limited. In addition, it is essential to increase prevention, as levels of discrimination remain high and there is room for improvement in raising victims' awareness of their rights¹³.

3. **Proposal for modification of the rules governing equality bodies**

As noted above, the Commission is working with the support of the Parliament, the Council and the European Economic and Social

¹³ Cf. European Agency for Fundamental Rights (FRA) 2017. Europeans believe that discrimination is widespread in their countries, in the following percentages: 59% discrimination related to ethnic origin, 53% discrimination related to sexual orientation, 47% discrimination based on belief or religion, 44% discrimination related to disability, and 40% discrimination related to age. European Commission, *Standing up for victims of discrimination. Commission proposal on binding standards for equality bodies*. December 2022.

Committee, from 2022, to develop binding rules to strengthen the role and independence of equality bodies. This proposal is part of the Commission's policy orientations for 2019-2024¹⁴. After analyzing the development of equality bodies from 2000 to 2021, a second phase for these entities can be considered to begin in 2022.

In this regard, the proposal for a Council Directive¹⁵ expressly states that the aim of the proposal is to establish binding rules for equality bodies in the field of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin; equal treatment between persons in matters of employment and occupation irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation; and equal treatment between women and men in matters of social security and in the access to and supply of goods and services. The Commission presents another parallel proposal to establish binding rules for equality bodies in the field of equal treatment and equal opportunities for women and men in matters of employment and occupation, including self-employment¹⁶.

As Solá (2023) aptly emphasizes, it is noteworthy that two Directives of similar content are proposed. The explanation for this lies in the distinct legal basis upon which the various Directives in the field of equal treatment are promulgated. Concerning the Directive related to equality bodies in the field of equal treatment and equal opportunities between women and men in matters of employment and occupation, it is suggested in line with the provisions of Article 157.3, while the proposal concerning equality bodies in the domain of equal treatment regardless of racial or ethnic origin, equal treatment

¹⁴ The regulatory amendment to articulate mandatory provisions is intended to correct the merely partial compliance with the 2018 Recommendation, but in any case, it is articulated in parallel to other non-legislative interventions that will continue, such as the active network of equality bodies funded by the Commission (Equinet); exchanges of good practices; and direct funding through the Citizens, Equality, Rights and Values programme.

¹⁵ European Commission, Proposal for a Council Directive on standards for equality bodies in the field of equal treatment between persons irrespective of their racial or ethnic origin, equal treatment in the field of employment and occupation between persons irrespective of their religion or belief, disability, age or sexual orientation, equal treatment between women and men in matters of social security and in the access to and supply of goods and services, and deleting Article 13 of Directive 2000/43/EC and Article 12 of Directive 2004/113/EC, COM (2022) 689 final, Brussels, 7.12.2022.

¹⁶ European Commission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on standards for equality bodies in the field of equal treatment and equal opportunities between women and men in matters of employment and occupation and deleting Article 20 of Directive 2006/54/EC and Article 11 of Directive 2010/41/EU, COM (2022) 688 final, Brussels, 7.12.2022.

regardless of religion or beliefs, disability, age, or sexual orientation in matters of employment and occupation, and equal treatment between women and men in matters of social security and access to goods and services and their provision is made on the basis of Article 19.1 of the Treaty on the Functioning of the European Union. For the purposes relevant to our analysis, and given the overlaps, the point of reference, as has been consistently indicated, is the first of these provisions on this matter, namely, Directive 2000/43.

The retrospective analysis presented in the analytical document accompanying the aforementioned proposed amendment to the Directive 2000/43¹⁷ shows some substantial negative and positive aspects. First, the effectiveness of the EU regulatory framework can be considered limited for various reasons, including the fact that, as noted above, this regulation is too general and, at the same time, limited in scope to provide for the establishment of equality bodies. Moreover, the 2018 Recommendation has had a limited impact¹⁸, since less than half of the Member States reported having taken measures to comply with the Recommendation and only four Member States reported to be working on legislative reforms¹⁹. Similarly, the efficiency of the different entities is difficult to delineate in terms of costs and benefits as there is little data on this that can be compared. Furthermore, with

¹⁷ European Commission, Commission staff working document, Analytical document, Accompanying the documents, Proposal for a Council Directive on standards for equality bodies in the field of equal treatment between persons irrespective of their racial or ethnic origin, equal treatment in the field of employment and occupation between persons irrespective of their religion or belief, disability, age or sexual orientation, equal treatment between women and men in matters of social security and in the access to and supply of goods and services, and deleting Article 13 of Directive 2000/43/EC and Article 12 of Directive 2004/113/EC and Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on standards for equality bodies in the field of equal treatment and equal opportunities between women and men in matters of employment and occupation, and deleting Article 20 of Directive 2006/54/EC and Article 11 of Directive 2010/41/EU, SWD (2022) 386 final, Brussels, 7.12.2022.

¹⁸ Vid. European Commission, Commission Staff Working Document, Equality bodies and the implementation of the Commission Recommendation on standards for equality bodies, Accompanying the document, Report from the Commission to the European Parliament and Council on the application of Council Directive 2000/43/EC implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin ("the Racial Equality Directive") and of Council Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation ("the Employment Equality Directive"), COM (2021)139 final, SWD (2021) 63 final, Brussels, 19.3.2021.

¹⁹ Among them, Portugal, Malta, Lithuania and Spain, in the latter case, the aforementioned Law 15/2022 of July 12, 2022, has been approved.

markedly different and often insufficient resources to perform their functions, efficiency cannot be adequately assessed either.

Secondly, it is necessary to highlight in a more positive dimension the coherence that exists between the Treaties of the European Union and the Charter of Fundamental Rights of the European Union to improve equality and non-discrimination, which is also aligned with the aforementioned Paris Principles and ECRI Recommendation No. 2. The added value of the European Union is also considered to be positive, since the retrospective analysis shows that its intervention has been fundamental in encouraging the different States to promote this type of organization. In this regard, it cannot be forgotten that at the time of the adoption of Directive 2000/43, only half of the Member States of the then EU-15 had an equality body with a limited mandate.

In the current scenario, there is no doubt about the need for regulatory reform moving forward. It is important to remember that the choice of a binding initiative, after more than two decades of Directive 2000/43, responds to the political will to ensure that sufficient progress is made in all Member States to mitigate the significant differences that have been seen to exist in the level of protection against discrimination in the European Union. In any case, it cannot be overlooked that the minimum standards set out in the proposal consider the legal traditions of the Member States, with their singularities, and respect their institutional autonomy. Therefore, these rules are a standard that allows the different States to establish stricter provisions; and they leave a margin of discretion to decide on how to implement the proposed measures (with the primacy of the procedural autonomy of each State) and to establish more favorable rules regarding the functioning of the equality bodies. In other words, this initiative insists on respect for the principles of subsidiarity and proportionality.

Given the diversity of equality bodies, the impact of the new regulation will vary depending on the current situation in each Member State as regards the characteristics of their equality bodies²⁰.

Regarding the designation of these bodies, Article 2 of the Directive proposal outlines the possibility, as previously stipulated, of designating one or more equality bodies, with the potential for these bodies to be part of entities at the national level responsible for safeguarding human rights or individual rights. It is noteworthy that

²⁰ Vid. European Commission, Annex 4: Overview of the structure and functioning of equality bodies in Member States, SWD (2022) 386 final, Brussels, 7.12.2022.

the Commission does not exhibit a clear preference for a particular organizational model to consolidate existing bodies; rather, it provides a degree of discretion to Member States when transposing the Directive. Consequently, Member States may choose to establish one or several equality bodies or integrate them within their National Human Rights Institutions.

Significantly, the Directive explicitly states in its recital number 17 that, in pursuit of independence, it is preferable for equality bodies not to be subject to external influence, such that they “should not be set up as part of a ministry or body taking instructions directly from the government.” However, the compromise agreement reached by the Swedish presidency deviates from this assertion, expressly acknowledging the possibility that these bodies may be part of a ministry or another organizational entity, provided that their independence (including in relation to resources and personnel) is guaranteed, free from any external, direct or indirect influence, and refraining from seeking or receiving instructions from any party. Furthermore, this agreement also alludes to the option for Member States to designate one or more equality bodies not only based on the protected grounds of discrimination but also on the types of functions they assume. The competencies ascribed in the Directive are emphasized as being recognized without prejudice to those held by labor inspections or other enforcement bodies, as well as the role played by social partners.

The Directive proposal addresses the vagueness of the current rules and examines aspects of particular importance. Among them, I would like to focus on four issues which, without being the only relevant novelties, may represent a turning point in this second regulatory phase of the reform: independence (Article 3), assistance to victims of discrimination (Articles 6 to 9), opinions and recommendations (Articles 8, 13 and 14) and cooperation (Article 12).

Without wishing to be exhaustive, as far as independence is concerned, until now the various equality Directives have only required bodies to act independently in the exercise of their competences, but the proposal establishes a general obligation of independence for such bodies. It expressly mentions the requirements that may foster independence, including those that have been shown to undermine it²¹, such as the absence of accountability, a budget and adequate staffing.

²¹ Cf. European Commission, SWD (2021) 63 final, Brussels, 19.3.2021 y SWD (2022) 386 final, Brussels, 7.12.2022.

Special attention to guaranteeing their independence is required for equality bodies that are part of national human rights institutions or ombudsmen. The proposal itself warns that in these cases there may be conflict between these different mandates, for example, when ombudsmen are required to act impartially, and this is not always compatible with victim assistance. The alternative proposed here should be considered in the Spanish case with respect to the articulation of the Independent Authority, since, to avoid this possible collision, the adoption of an appropriate structure for the body is proposed, in which these competencies or mandates are exercised by different departments or specialized employees, i.e., creating structural “firewalls”.

Assistance to victims is one of the core powers of the bodies, and it is understood to cover the whole process of accompaniment from the filing of their complaints (including information on the legal framework), the available means of recourse, the services offered by the equality body, the applicable confidentiality rules, the protection of personal data and psychological support, although the latter is not provided directly by the equality bodies.

From my point of view, it is essential, and an issue eternally pending in States such as Spain, to connect this assistance to victims with the provision now contemplated in Article 9 (litigation) of the proposed Directive for States to ensure that equality bodies have the right to act before the courts in administrative and civil law matters related to the enforcement of the principle of equal treatment. In other words, to guarantee the right of the equality body to appear in the proceedings, to submit observations to the court in the form of *amicus curiae*; and to initiate proceedings or participate in them on behalf of or in support of one or more victims (with their approval). It seems to me that this could be a great step forward in cases such as the Spanish case, in which up to now it has not been possible to act before the courts, leaving the victims unaccompanied in the worst of times. Furthermore, I understand that there are many possibilities in this area and that those organizations in Spain, for example, should not rule out possibilities of great value such as collaboration with the public defender's offices of the Bar Associations and university legal clinics in the exercise of some of these rights.

The proposal for a Directive clarifies the competence that the bodies have had so far for recommendations on any issue related to discrimination. The strategic recommendations under Articles 13, 14 and 15 are retained, but for individual cases, non-legally binding opinions are used. These bodies can thus investigate possible cases of

discrimination and issue reasoned opinions (non-binding) or decisions (binding), following a complaint or on their own initiative. Differences here are unavoidable since national law applies to the issuing of decisions. What the Directive adds in these cases is an attempt to ensure compliance with binding decisions, thus requiring the States to establish mechanisms for the follow-up of these opinions, such as the obligation to submit information in this regard, and for compliance with the decisions. In addition, equality bodies are required to include preventive measures in their rulings and decisions, in addition to specific measures to remedy the situation.

As for cooperation, the proposed Directive articulates it with public and private entities, because it understands that both dimensions are essential to promote equal treatment and non-discrimination and insists on coordinating their actions.

This initiative already has the opinion of the European Data Protection Supervisor, who was consulted in accordance with Article 42(1) of Regulation (EU) 2018/1725, which gives its opinion on its Article 18. In its conclusions, it insists that the guarantees provided for in the rule in the that provision regarding the processing of personal data should apply not only to the collection but also to the further processing of such data²².

4. The Independent Authority for Equal Treatment and Non-Discrimination in Spain

In Spain, Article 33 of Law 62/2003²³ established the creation of a body for equal treatment and non-discrimination of persons based on racial or ethnic origin (transposing Directive 2000/43), thus giving rise to the Council for the Promotion of Equal Treatment and Non-Discrimination of Persons Based on Racial or Ethnic Origin. Two subsequent regulations specified its composition, competences and operating regime²⁴. The name of the Council changed with the reform

²² European Data Protection Supervisor, Summary of the Opinion of the European Data Protection Supervisor on the Proposals for Directives on standards for equality bodies in the field of equal treatment (2023/C 64/13), C 64/46, Official Journal of the European Union, 21.2.2023

²³ Law 62/2003, of December 30, 2003, on fiscal, administrative and social measures, BOE n. 313, 31.12.2003, pp. 46874 to 46992.

²⁴ Royal Decree 1262/2007, of September 21, 2007, regulating the composition, competences and operating regime of the Council for the Promotion of Equal Treatment and Non-Discrimination of Persons on the Basis of Racial or Ethnic Origin

operated through Law 15/2014, of September 16, on the rationalization of the Public Sector and other measures of administrative reform²⁵, becoming designated as it is currently known: CEDRE. The main purpose of this amendment, as expressly stated, is to adapt the Council to the reality of the new administrative organization, to simplify its name in order to promote better and easier access to its services by citizens in general, and by potential victims of discrimination in particular, to clarify its areas of action and to expressly include independence in the exercise of its functions, an essential requirement in the actions of the equality bodies provided for in the aforementioned Article 13 of Directive 2000/43. Within the Council, the role played by the Service for Assistance and Guidance to Victims of Racial or Ethnic Discrimination is particularly relevant²⁶. Several of the recommendations made by ECRI to Spain are precisely related to this body²⁷.

In line with the similar entities that exist in the European Union, to which reference has been made above, CEDRE has been criticized since its creation for its lack of independence to become a strong institution and for its limited effectiveness. Both aspects have been partially questioned, for example, in the case of Spain, in contrast to other States such as France or the United Kingdom (Hamman and Frank 2015). In articulating the Council for the Elimination of Racial or Ethnic Discrimination, it was considered that it would have been necessary to encourage more decisively (since, it is mentioned, but it seems a mere rhetorical insistence) the independence of public and political power

(BOE no. 237, 3.10.2007) and Royal Decree 1044/2009, of June 29, amending Royal Decree 1262/2007, of September 21, which regulates the composition, competences and operating regime of the Council for the Promotion of Equal Treatment and Non-Discrimination of Persons based on Racial or Ethnic Origin (BOE no. 177, 23.7.2009).

²⁵ BOE no. 226, 17.9.2014.

²⁶ This CEDRE Service is state-run and free of charge and assists and guides victims of racial or ethnic discrimination. It is a collegiate body currently attached to the Directorate General for Equal Treatment and Ethnic-Racial Diversity, Ministry of Equality, created in 2009 in compliance with Article 13.1 of Directive 2000/43/EC. Since March 15, 2013, the Fundación Secretariado Gitano (FSG) manages this service, developing it together with seven other social entities specialized in the fight against discrimination: CEAR, Acceem, Spanish Red Cross, Cepaim Foundation, Movimiento por la Paz, Red Acoge and Asociación Rumiñahui. Vid. 2021 Annual Report on the results of the service of assistance and guidance to victims of CEDRE. https://igualdadynodiscriminacion.igualdad.gob.es/novedades/novedades/2022/pdf/22_07_Memoria_anual_de_resultados_2021.pdf, accessed on 2.4.2023.

²⁷ ECRI, ECRI Report on Spain (fifth monitoring cycle), adopted on 5.12.2017 and published on 27.2.2018.

and to specify an annual budget allocation that would appear in the General State Budget (Esteve 2013, 52-53).

In general, the transposition that was carried out in the Spanish legal system can be considered very deficient, meeting even the minimum requirements in a precarious manner, in such a way that, as Cachón (2004) rightly points out, the opportunity to set up a strong equal treatment body with competence in all fields and for all reasons was already missed at that time.

From my perspective, of the different external conditions necessary for equality bodies to be independent and effective, three that I consider particularly noteworthy had not been sufficiently developed until the 2022 regulation in the Spanish case. Firstly, the introduction of provisions for discrimination that would jointly contemplate, at least, the six features specially protected by EU law to address matters from that approach and achieve greater effectiveness. Second, there was a need for a transparent, competency-based, and participatory procedure and a restructuring of the accountability required of the equality body so that it would keep the Parliament informed through its annual report, but with a sole responsibility limited to the relevant state audit. Finally, adequate funding was essential to enable it to carry out its functions, with powers to make legally binding decisions and impose sanctions, have legal standing before the courts, and promote standards for good fairness and diversity in practice.

For these and other issues, the need for a reform of CEDRE was repeatedly pointed out. Finally, Law 15/2022, of July 12, 2022, on Equal Treatment and Non-Discrimination²⁸, created the Independent Authority for Equal Treatment and Non-Discrimination, which is regulated in Articles 40 to 45. This provision attempts to respond to two demands that have been reiterated over time, on the one hand, the need for a comprehensive equality law and, on the other, the need for an independent authority to combat discrimination (Cachón 2011).

Article 40 of this regulation establishes this body as an independent authority responsible for protecting and promoting equal treatment and non-discrimination of persons on the grounds of the causes and in the areas of competence of the State provided for by law, both in the public and private sectors. Precisely, the extension of the protected features, from this integral perspective from which this regulation is articulated, is one of the notable novelties contained in Article 2. It prohibits discrimination based on birth, racial or ethnic

²⁸ BOE no. 167, 13.7.2022.

origin, sex, religion, conviction or opinion, age, disability, sexual orientation or identity, gender expression, disease or health condition, serological status and/or genetic predisposition to suffer pathologies and disorders, language, socioeconomic situation, or any other personal or social condition or circumstance. In this way, the categories protected by European Community law were expanded.

In any case, in conjunction with Articles 2.2 and 4.2, discrimination is not considered to establish differences in treatment when the criteria for such differentiation are reasonable and objective and when what is pursued is to achieve a legitimate purpose or is so authorized by law, or when they result from regulatory provisions or general decisions of public administrations aimed at protecting individuals or population groups in need of specific actions to improve their living conditions or promote their incorporation into the workplace or various essential goods and services and ensure the exercise of their rights and freedoms on equal terms.

From this provision, it follows that once again any difference arising from immigration law may be, a priori, covered by that difference in treatment justified based on the aforementioned arguments, unless it is shown that in the case in question such reasonableness, objectivity and purpose do not concur.

As expressly stated in Article 41, this agency is a public law entity²⁹, with its own legal personality and full public and private capacity, which acts for the fulfillment of its purposes with full independence and functional autonomy with respect to the public administrations.

Regarding the personnel and economic resources available to the Authority, they are mentioned in Article 42, referring, among others, to the allocations established annually from the General State Budget, the subsidies and contributions granted in its favor, the assets and rights that constitute its patrimony, as well as its products and income, the considerations derived from the collaboration agreements entered into, and any others that may be legally attributed to it. This economic solvency, as mentioned above, may be a good starting point for achieving the desired independence.

The law also clears up the mystery of the relationship between the Authority and the Ombudsman, maintaining the distinction between the two. Part of the jurists' doctrine considers that this body should form part of the Ombudsman, thus conceptualizing the Authority as an

²⁹ In accordance with the provisions of Article 109 of Law 40/2015 of October 1, on the Legal Regime of the Public Sector), BOE no. 236, 2.10. 2015.

ombudsman specialized in the matter. In this sense, as it will be analyzed below, it is true that taking advantage of the Ombudsman's Office to locate the Authority within it would make it possible to comply with a several of the standards of EU law, both the current one and the initiatives already proposed, which are presented in the following section.

The Ombudsman meets the historical requirement of independence that has been demanded of national equality bodies since their creation and would certainly make it possible to converge the different areas to be protected. This would not be a novel option since it already exists at the European level. Furthermore, it is obvious that, if this option were chosen, the infrastructure that the Ombudsman already has at both the national and regional levels could be used, which would facilitate a greater presence throughout the territory. At the same time, advantage could be taken of the knowledge that citizens already have of the Ombudsman to bring the Authority closer to society and to highlight the important work that it is called upon to do in the fight against discrimination, thus overcoming the great lack of knowledge of these entities that, as we have seen, is often held even by the victims themselves. There is no doubt from my personal standpoint that, with respect to resources, both material and personal, it would be essential to have a markedly different set of resources that would allow the Authority to fulfill its functions and, at the same time, be efficient and effective.

To articulate this proposal, there is a problem of a legal nature that has to do with the legal regulation that Article 54 of the Constitution specifies in relation to the Ombudsman. This provision states that "he may supervise the activity of the Administration, reporting to the Cortes Generales", therefore, it is outside the private sphere, unlike what is required by EU law. The question is whether it would be necessary to reform the article in order for the Authority to be able to perform all of its functions. In my opinion, the answer is affirmative and the possibility of articulating it is feasible. In this sense, Rey (2021, 341) is in favor of converting the Ombudsman into the equality body required by European legislation, in such a way that the regional ombudsmen's offices could assume, following an agreement with the state ombudsman's office, the functions of the equality body at the regional and local level (with regard to the administrations) and to the possible harm to equality between individuals in the territory of the respective Autonomous Community, reserving the defense of equality against the state administration and the institutional administration for the state ombudsman's office. This would be, as the author points out,

a more sustainable and powerful model of transposition of the European regulations in this field, but not the only one, since it is also possible that the Authority could be configured as a body outside the Ombudsman, although necessarily, in my view, as a stronger, more active and dynamic entity than the CEDRE.

Law 15/2022, in Article 45, has chosen this second possibility and therefore specifies the relationship between the Authority and the Ombudsman. In this sense, it states that the Authority has a duty to collaborate with the Parliament, the judicial bodies, the Public Prosecutor's Office, the Ombudsman and the Public Administrations. Specifically, with respect to the Ombudsman, it is expressly stated that the Authority will exercise the functions attributed to it by law without prejudice to the powers of the Ombudsman or similar bodies of the Autonomous Communities. The law makes it possible for this body to enter into collaboration agreements with the Ombudsman or similar bodies of the Autonomous Communities to establish the cooperation mechanisms deemed appropriate. In my view, such agreements will be necessary since there are overlapping areas of action in which joint action will be essential for efficiency.

At present, the other equality body in Spain is the *Instituto de las Mujeres* (Women's Institute). In this case, as such an entity in line with Directives 2006/54/EC, 2010/41/EU and 2004/113/EC, there was the designation of an already existing body through Organic Law 3/2007, of March 22, for the effective equality of women and men³⁰. The name *Instituto de las Mujeres* has replaced, in accordance with the provisions of the fourth final provision of Law 11/2020³¹, the previous name *Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades* (Woman's Institute and for Equal Opportunities) which replaced, in turn, the traditional name *Instituto de la Mujer* (Woman's Institute), in accordance with the provisions of Article 17 of the aforementioned Law 15/2014.

This Institute deals with gender equality policies. Its main purpose is to promote and foster the conditions that make possible freedom, real

³⁰ Vid. Law 16/1983, of October 24, 1983, on the creation of the Women's Institute Autonomous Organization, BOE no. 256, 26.10.1983, and eighteenth additional provision of Organic Law 3/2007, of March 22, 2007, for the effective equality of women and men, which designates the Women's Institute as an equal treatment body for the purposes of the provisions of Directives 2006/54/EC and 2004/113/EC, BOE no. 71, 23.3.2007.

³¹ Law 11/2020, of December 30, on the General State Budget for the year 2021, BOE no. 341, 31.12.2020.

and effective equality between women and men and the participation of women in political, civil, labor, economic, social and cultural life, as well as the prevention and elimination of all types of gender discrimination. Unlike CEDRE, it has its own legal personality, its own treasury and assets, and autonomy in its management, although it is subject to the strategic direction, control and evaluation of the ministerial department to which it is attached. The Institute also has its own staff, assets and resources.

Conclusion: challenges and pending tasks

The second phase, which begins at the end of 2022 with the proposal for a Directive on the rules on equality bodies in the field of equal treatment and in which we are immersed, is, the way I see it, very positive. As has been shown in this analysis, after the first stage that has strategically promoted the creation and proliferation of equality bodies in the different Member States, the next step requires new legislation to ensure the strengthening of these entities. The proposal therefore focuses on crucial issues for bodies such as mandate, competences, access, cooperation, surveys, data collection, monitoring, compliance, independence, resources and structure.

With this amendment, I believe that the three objectives that expressly underlie the European Union's intervention in the fight against discrimination can be met, namely, to contribute to compliance with EU law in this area (of the six equality Directives); to help victims of discrimination effectively to access justice; and to promote equal treatment and prevent discrimination.

As highlighted above, the aim of the reform is for equality bodies to be free from external influence, which has not happened in all cases so far, so that they can carry out their functions independently; that they have the necessary resources to fulfill their tasks; and that if an equality body is part of an entity with a multiple mandate, an internal structure (referred to as a "firewall") is in place to ensure independence and sufficient resources for the equality mandate.

The analytical document accompanying the proposal gives a good account of the impact that the modification may have on the criteria that are understood to be relevant. I believe that in terms of effectiveness, the proposed measure contributes to progress, as well as efficiency, and can help build a better relationship between the resources used and the changes it is expected to generate. It is also essential to deepen the coherence with other international, national

and European Union instruments and the added value of regulatory action from the Union, since, from my point of view, the proposed measure can generate changes that cannot be expected from the interested parties alone if they do not act in any way. All this from the strict respect of the principles of subsidiarity and proportionality that underlie the field of EU law.

Particularly relevant to me is the fact that the proposal expressly refers to the importance of the system for assessing its real impact. In this connection, it is envisaged that Member States will report on its implementation every five years to evaluate the effectiveness with which this initiative achieves its objectives. The Commission shall adopt an implementation report based on information provided by Member States and data collected by FRA³² and EIGE³³ based on a list of indicators to be drawn up by the Commission in cooperation with these bodies and EQUINET. The Commission intends to set up an expert group to consult Member States on these indicators, including Member States, FRA and EIGE. The results of these reports can be compared with the work that has already been implemented, for example, in relation to some indicators on the mandate and independence of equality bodies (Farkas 2022).

In any case, the proposal for a Directive can be improved in terms of its interpretation in specific aspects which, moreover, are largely mentioned in its recitals. In this sense, EQUINET (2023) makes some points regarding this initiative for a Directive that are particularly interesting. Among them I share and believe that those that refer to independence are essential when it is specified that the provisions of Article 3.1 must be interpreted including the clarifications of recital 17, which requires that equality bodies not be created as part of a ministry or body that receives instructions from the government. In relation to Article 3.3, it is essential to define and interpret in more detail this idea of firewalls or adequate safeguards to avoid a kind of strict and unnecessary firewall between different competences. Likewise, it is positively valued that the Directive contains provisions for bodies with multiple mandates, to ensure the resources and visibility necessary for the equality function, but the meaning of the "autonomous exercise of the equality mandate" of article 3.4 should also be defined and

³² Article 4 of Council Regulation (EC) No 168/2007 of 15 February 2007 establishing a European Union Agency for Fundamental Rights, OJ L 53, p.1.

³³ Article 3 of Regulation (EC) No 1922/2006 of the European Parliament and of the Council of 20 December 2006 on establishing a European Institute for Gender Equality, OJ L 403 p. 9.

interpreted to ensure that it does not require a hermetic separation between different mandates where they can be used to strengthen and complement each other, especially since this can be of benefit both to the people who come to these agencies and to the efficient spending of public funds.

In general, the recitals of the Directive pay attention to sensitive issues that cannot be ignored in the interpretation of its articles. It would be advantageous for this proposal to succeed, even if some minor nuances are introduced during negotiations and the Directive is approved. This would demonstrate the leadership of the European Union and its Member States in the fight against discrimination, without regression in existing standards and with the willingness to adopt, transpose, and enforce the regulation with strict provisions.

Nonetheless, there exists a risk that must be acknowledged. I am referring to the possibility of regression or backsliding in the work carried out by these bodies. While the potential for growth and synergy-seeking among various national equality bodies is desirable to facilitate collaboration for the progressive implementation of non-discrimination norms, it cannot be ruled out that, in certain instances, regression may occur. This has already transpired in the case of the Hungarian Authority for Equality, which commenced its work with high expectations but lost momentum when unprecedented democratic setbacks adversely impacted its mandate, resources, and public standing (Iordache and Ionescu 2022, 121). Hence, the significance of continually solidifying both European and national legislative frameworks, alongside strengthening institutional agreements that prioritize equality and non-discrimination as an ongoing process.

With regard to Spain, the first additional provision of Law 15/2022 establishes that within six months from the entry into force of this law, the Independent Authority for Equal Treatment and Non-Discrimination will proceed with the integration of functions, entities, bodies, and administrative services assigned to the General State Administration that are determined by Royal Decree, approved with the authorization of the Ministries of Economic Affairs and Digital Transformation and of Treasury and Public Function, with the prior approval of the Ministry of Presidency, Relations with the Courts and Democratic Memory. Likewise, within the same period, the Statute of the Authority provided for in Article 41.3 of the law will be approved by Royal Decree. Finally, within one year from the establishment of the Authority, the department responsible for equal treatment will submit a proposal for the establishment of a Documentation and Memory Center on Discrimination, Hate and Intolerance.

The law was approved on July 12, 2022, published in the BOE on July 13, and according to its tenth final provision, it came into force the day after its publication in the aforementioned BOE, that is, on July 14. Therefore, on January 14, 2023, the initial six-month deadline had elapsed, after which compliance with the mandate has not been fulfilled. Two months after the expiration of the deadline granted to the government for the creation of the Authority, the entities that make up the Alliance for the Equality Law recalled that without an entity that ensures compliance, it is practically impossible to effectively apply the regulation. In addition, the Alliance rightly insisted that the obligations established in Law 15/2022 apply to the entire public sector. Therefore, the competent Public Administrations have the duty to promote the right to equal treatment and attend to victims of discrimination³⁴.

Undoubtedly, the establishment of the Authority in Spain represents a significant opportunity to advance in the fight against discrimination that cannot be delayed, as it would enable the overcoming of the deficient model consolidated by the CEDRE. From my perspective, the most positive aspect of this Council, which should be valued and incorporated into the future Authority's activities, is the aforementioned service of assistance and guidance to victims of racial or ethnic discrimination. To achieve this, the service could be included within the scope of participation referred to in Article 43 of Law 15/2022. However, it would be essential to include entities that combat all types of discrimination, not just racial or ethnic. This would leverage the excellent experience and solvency of the service, which has a significant presence throughout the national territory. Additionally, within the participation contemplated in Article 43 of the law, I believe that the Authority should collaborate closely with the third sector, i.e., legally constituted national associations and organizations whose activity is related to the promotion or defense of equal treatment and non-discrimination, which the regulation expressly refers to, and that have been covering the significant deficiencies of public institutions in this area thus far.

³⁴ The Alliance for the Equality of Treatment Law (*Alianza por la Ley de Igualdad de Trato*) demands the government to establish the independent authority for equality of treatment and non-discrimination, March 14th, 2023. Signatories (the Alliance is currently made up of): Accem, Asociación Rumiñahui, CERMI, CESIDA, Comisión Española de Ayuda al Refugiado, Cruz Roja, Fundación Cepaim, FELGTB, Fundación Secretariado Gitano, HOGAR SÍ, Movimiento por la Paz-MPDL, Provivienda, Red Acoge y Save The Children.

From the existing regulation, it is evident that this new body would have functions related to victim support and promotion, leaving aside decision-making competencies, except for its establishment as a mediation and conciliation body. The exception to the possibility of making decisions and imposing sanctions has been a subject of debate among legal scholars, as it has been in various working documents preceding legislative reforms.

On the one hand, some authors argue for the necessity of granting this body sanctioning powers, as is already the case in certain instances within the European context, to ensure its effectiveness and provide it with greater institutional strength. Indeed, one could argue that educational, labor, and other types of inspections already exist, yet instances of discrimination persist. Thus, the power to impose sanctions would constitute a significant innovation, endowing this entity with greater visibility among the public. It should also be noted that differences in opinions may arise in certain cases between the Commissioner and the sanctioning body in question, and in such cases, the latter's will shall always prevail, thereby manifestly weakening the Commissioner's institutional position (Rey 2021, 338).

On the other hand, some believe that, due to both the immaturity of the system and the associated risks, it may not be appropriate to grant sanctioning authority. In fact, this danger has been highlighted by the European Commission itself, which has noted that when equality bodies combine this function with victim support, their impartiality can be seriously affected, leading to internal issues and budgetary resource allocation challenges between the two functions. A serious exercise of sanctioning authority in this context requires substantial resources. Additionally, this option entails difficulties from the perspective of the territorial application of the infringement and sanction regime within the Spanish administrative framework (Solá 2023).

In my view, the maximalist approach advocated by the first position (possibly necessary in the long term) could lead to delays and serious practical challenges in establishing this body. Therefore, to expedite the establishment of the Authority, and thereby align it with European standards for equality bodies, I believe it is more appropriate to obviate this sanctioning capacity and instead strengthen the rest of the functions mentioned.

The establishment of the Authority in Spain is essential to realize the intention that the law explicitly states as the desire to shape a specific anti-discrimination right that covers existing and future discrimination and the challenges of equality that change with society.

If this national equality body is implemented without concessions, in line with European standards, it could contribute to positioning Spain (as intended by the law) among the states in our environment with the most effective and advanced institutions, instruments, and legal techniques for equal treatment and non-discrimination.

Undoubtedly, the opportunity to establish this Authority in Spain aligns perfectly with the second phase of strengthening equality bodies in the European Union, which, in my opinion, represents an undeniable, necessary, and pressing advance in the respect and guarantee of equality as a principle, value, and norm.

References

- Cachón, Lorenzo. 2004. «España y la Directiva 2000/43 de la “ocasión perdida” a una legislación general sobre igualdad de trato». *Tiempo de paz* 73: 13-22.
- Cachón, Lorenzo. 2011. «Policies against discrimination in Europe and Spain: laying the foundations of a just policy for social cohesion», *Documentacion Social* 162: 17-30.
- Crowley, Niall. 2016. «Merging mandates of equality bodies and national human rights institutions- a growing trend», *European Equality Law Review* 2: 34-45.
- Crowley, Niall. 2018. *Equality Bodies Making a Difference*. Brussels: European Network of Legal Experts in Gender, Equality and Non-Discrimination and European Commission.
- Crowley, Niall. 2021. «Setting and achieving standards: Independent assistance competences of the equality body», *European Equality Law Review* 1: 1-14.
- EQUINET. 2023. *Moving forward the European Commission’s proposals for Directives strengthening Equality Bodies, An Equinet position paper*, Brussels: Equinet.
- Esteve, Francina. 2013. «La normativa europea contra la discriminación y el racismo: su desarrollo y aplicación en España, Italia y Francia». En *Discriminación racial y étnica: balance de la aplicación y eficacia de las garantías normativas*, coordinador por José García-Añón y Mario Ruiz-Sanz, 25-56. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Farkas, Lilla. 2022. *Learnings from the piloting of indicators for the mandate and independence of equality bodies*, Brussels: Equinet.
- FRA. 2017. *Second European Union Minorities and Discrimination Survey. Main results, EU-Midis II*, Belgium: Bietlot.
- Hamman, Philippe, and Cécile Frank. 2015. «The EU’s Racial Equality Directive and the Evolution of Discourse in the Field of the Fight against Discrimination. a Comparison between France, the UK and Spain». *Sociological Research Online* 20(2): 71-90.

- Holtmaat, Rikki. 2006. *Catalyst for Change? Equality bodies according to Directive 2000/43/EC- existence, independence and effectiveness*. Brussels: European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Unit G.2.
- Howard, Erica. 2018. «EU anti-discrimination law: has the CJEU stopped moving forward?», *International Journal of Discrimination and the Law* 18 (2-3): 60-81.
- lordache, Romanița, and Iustina Ionescu. 2022. *Effectively enforcing the right to non-discrimination. Promising practices implementing and going beyond the requirements of the Racial Equality and Employment Equality Directives*, Luxembourg: EU.
- Kádár, Tamás. 2018. «Equality bodies: A European phenomenon», *International Journal of Discrimination and the Law*, 18 (2-3): 144-162.
- Kádár, Tamás. 2019. «The legal standing of equality bodies», *European Equality Law Review* 1: 1-16.
- Rey, Fernando. 2019. *Derecho antidiscriminatorio*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters.
- Rey, Fernando. 2021. «El organismo español para la igualdad: claves para su convergencia con el modelo europeo», *REGAP* 61: 311-342.
- Solá, Ignacio. 2023. «La Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato: su encaje en la legislación de la Unión Europea. Riesgos y oportunidades de su puesta en marcha», unpublished, courtesy of the author.
- Solanes, Ángeles. 2022. «Racismo, xenofobia y formas conexas de intolerancia: Cuestiones pendientes en la Unión Europea». En *Dinámicas racistas y prácticas discriminatorias: La realidad en España, Francia, Italia, Dinamarca y Finlandia*, dirigido por Ángeles Solanes, 23-62. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters.
- Van de Graaf, Cathérine. 2020. «Procedural justice perceptions in the mediation of discrimination reports by a national equality body», *International Journal of Discrimination and the Law* 20 (1): 45-61.

The Court of Justice of the European Union on Ethnic and Racial Discrimination: An Analysis of the Application of Directive 2000/43/EC

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito de la discriminación étnica y racial: un análisis sobre la aplicación de la Directiva 2000/43/CE

Nacho Hernández Moreno 

Universitat de València. Spain

nacho.hernandez@uv.es

<https://doi.org/10.18543/djhr.2906>

Submission date: 22.05.2023

Approval date: 18.11.2023

E-published: December 2023

Citation / Cómo citar: Hernández Moreno, Nacho. 2023. «The Court of Justice of the European Union on Ethnic and Racial Discrimination: An analysis of the application of Directive 2000/43/EC.» *Deusto Journal of Human Rights*, No. 12: 137-166. <https://doi.org/10.18543/djhr.2906>

Sumario: Introduction. 1. Discrimination. 1.1 Direct discrimination. 1.2 Indirect discrimination. 2. Scope of application. 2.1. Employment and working conditions, including dismissals and pay. 2.2. Education. 2.3. Access to and supply of goods and services which are available to the general public, including housing. 2.4. Nationality. 2.4.1. The concept of nationality 2.4.2. Ethnicity, race and nationality: inherently intertwined. 2.4.3. The CJEU and nationality under the Directive. 3. Burden of proof . 4. Sanctions. Conclusions. References

Abstract: Xenophobia, racism, and the resulting discrimination in practice hinder the path towards achieving regulated equality and the prohibition of discrimination, aiming for a society where all individuals can enjoy substantial equality. Specifically, Directive 2000/43/EC was developed within the framework of the European Community to protect migrants and individuals belonging to ethnic minorities who are more likely to be victims of such discriminatory acts and may find themselves in a situation of greater vulnerability due to structural circumstances. This study examines the various areas of application of the Directive that have been addressed judicially by the Court of Justice of the European Union. To accomplish this, a critical analysis is conducted of the limited number of pronouncements despite more than two decades having passed since the Directive's entry into force.

Keywords: human rights, racial discrimination, ethnic discrimination, Directive 2000/43/EC, nationality

Resumen: La xenofobia, el racismo y la consecuente discriminación en la práctica dificultan el camino hacia la consecución de la igualdad y la prohibición de la discriminación reguladas normativamente; es decir, hacia una sociedad en la que todas las personas puedan gozar de una igualdad sustancial. En concreto, la Directiva 2000/43/CE fue desarrollada en el marco comunitario con el objetivo de proteger a personas migrantes o pertenecientes a minorías étnicas que tienen una mayor probabilidad de ser víctimas de ese tipo de actos discriminatorios y que, por circunstancias estructurales, pueden hallarse en una situación de mayor vulnerabilidad. El presente trabajo examina los diversos ámbitos de aplicación de la norma que han sido abordados jurisprudencialmente por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Para ello, se realiza un análisis crítico de los escasos pronunciamientos existentes a pesar de haber pasado más de dos décadas desde la entrada en vigor de la normativa.

Palabras clave: derechos humanos, discriminación racial, discriminación étnica, Directiva 2000/43/CE, nacionalidad

Introduction

Directive 2000/43/EC serves as the embodiment of the European Union's (EU) commitment to combat racial and ethnic discrimination, establishing the principle of equal treatment for all individuals regardless of their racial or ethnic background.

und. Commonly referred to as the Racial Equality Directive (RED), it was adopted by the European Parliament and the Council of the European Union shortly after the Treaty of Amsterdam came into effect. The RED aims to promote equality across various domains, including employment, education, social protection, and access to goods and services.

Article 19 of the Treaty on the Functioning of the European Union serves as the legal foundation for the adoption of anti-discrimination legislation by the EU. It empowers both the Council of the EU and the European Parliament to take appropriate measures to combat discrimination based on various grounds, such as sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age, or sexual orientation. Consequently, RED and Directive 2000/78/CE, also known as the Employment Equality Directive (EED), were established. While sharing some similarities, the EED addresses discrimination related to religion or belief, disability, age, or sexual orientation, whereas RED specifically focuses on race and ethnicity. Both represent significant advancements in the EU's efforts to combat discrimination by providing a legal framework for the protection of individuals and groups. They also afford the highest level of protection in comparative anti-discrimination law (Belavusau and Henrard 2019, 635-636). However, it is worth noting that neither cover discrimination based on nationality.

The prohibition of racial discrimination stands as a foundational principle within the realm of human rights, enshrined in all major universal human rights treaties. One such treaty, the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, notably focuses on this issue. It is regarded as a peremptory norm of international law (*jus cogens*) (McDougall 2021, 6),¹ thereby underscoring its paramount significance. Paradoxically, racial or ethnic discrimination persists in our societies, often disregarded, normalized, forgotten, and at times, erroneously deemed resolved.

¹ Also stated by the International Law Commission in Report of the International Law Commission (2019). Seventy-first session, Chapter V. Peremptory norms of general international law (*jus cogens*), A/74/10, pages 146-147.

Nevertheless, the extant structural racial or ethnic discrimination within the European Union, coupled with contemporary populist narratives on immigration and asylum that scapegoat racialized migrants for the social and economic challenges faced by Member States, needs a meticulous examination of the existing tools within the EU legal framework to combat discrimination and preempt the latent animosity that underlies its various manifestations.

A remarkable observation in the field of EU non-discrimination law is the discrepancy in the number of cases addressed under RED compared to EED. While the latter has been the subject of over a hundred cases brought before the Court of Justice of the European Union (CJEU), as of May 2023, only a limited number of eleven cases have been resolved under RED. Additionally, a search on the Court's database reveals four cases in which RED was mentioned but not applied to provide a preliminary ruling.

The Fundamental Rights Agency (FRA) has identified several factors contributing to this disparity, raising concerns about the effective achievement of the objectives outlined in RED. The first points to a lack of awareness of equality legislation, which is deemed to be the one of the reasons why 82% of victims fail to report incidents of discrimination. Denial of discrimination and resignation further contribute to such underreporting. Moreover, the high legal costs work as a significant deterrent for victims to seek legal remedy in some Member States. Social partners complain about the difficulties to effectively implement the Directive and criticism has been raised against its focus on punishing discriminatory behavior rather than addressing prejudicial attitudes through awareness-raising and education, which were seen as more effective approaches to promoting equality. Furthermore, RED was deemed inadequate in effectively addressing discrimination against entire groups (FRA 2012, 19-22). Additionally, certain countries, particularly those in Central and Eastern Europe, have encountered difficulties in the application and enforcement of EU antidiscrimination law. The transposition of the RED in these countries occurred late and with minimal effort, resulting in unsatisfactory application and enforcement (Havelkova 2016, 629). As will be discussed the following pages, several other factors serve as substantial impediments to the implementation of the Directive. Notably, the exclusion of nationality-based discrimination and the requirement that it must be exclusively targeted at a particular ethnic group restricts the ability of the CJEU to examine cases of racial discrimination in situations where the contentious measure is directed, for instance, at third-country nationals or multiple ethnic groups.

Given these challenges, it is crucial to examine CJEU's case law on racial discrimination. This text aims to scrutinize the diverse judgments delivered by the CJEU within the framework of the RED. It seeks to conduct an in-depth exploration of the interpretations accorded by the CJEU to the RED, as delineated within its sections. To this end, a comprehensive analysis will be undertaken of all cases that have been brought before the CJEU and have culminated in a preliminary ruling. This examination will encompass an exploration of the distinct elements of the Directive that have been subject to judicial review. Such elements include the concepts of direct and indirect discrimination, its scope of application with a more intricate examination of nationality as an exclusionary clause and the challenges inherent in its definition and delimitation as well as the lack of coherence in its application by the CJEU, the burden of proof, and the sanctions applicable in cases of non-compliance.

1. Discrimination

According to Article 2(1) of RED, equal treatment is related to the absence of "direct or indirect discrimination based on racial or ethnic origin". Article 2(2) states that whereas direct discrimination takes place when a person, in a comparable situation, receives a less favorable treatment than other based on their racial or ethnic origin, a situation may constitute indirect discrimination when an apparently neutral provision, criterion or practice places people of a racial and ethnic origin at a particular disadvantage compared to others, unless it is duly justified by adopting adequate and necessary means to achieve a legitimate aim. Protection from harassment related to racial or ethnic origin is then regulated under Article 2(3).

The CJEU is yet to rule on the latter, although the case of *Afari* which will be later reviewed presented a case in which a former employee of the European Central Bank (ECB) was allegedly harassed by a coworker on grounds of her race. However, here the Court was not asked to decide on whether there was harassment but only if the ECB violated Articles 7, 8 and 9 of the Directive as it will be seen. What follows is an analysis of the interpretation and arguments made by the Court when it dealt with either direct or indirect discrimination.

1.1. *Direct discrimination*

As Article 2(2)(a) sets out, direct discrimination must occur in a comparable situation where less favorable treatment is attributed to the ethnic or racial origin of the victim. This type of discrimination is based on objective factors and cannot be justified unless expressly and exceptionally permitted (Esteve 2013, 35).

The CJEU was faced with allegations of direct discrimination in *Feryn*, *Finans* and *CHEZ*. In the first case, the director of Firma Feryn, a company specializing in the sale and installation of doors made public statements expressing the company's reluctance to hire non-nationals due to customer preferences regarding access to their private homes during work execution. In particular, he manifested in a newspaper interview that they were recruiting but that they were not "looking for Moroccans," the only ones that according to him had applied for the job offered. He later appeared on national television stating that their customers would not want "these people" to enter their homes to install their products, so he had to "do it the way the customer wants it done."² The Centre for Equal Opportunities and Opposition to Racism in Belgium, an organization established to promote equal treatment under Article 13 of the Directive, filed a claim to declare the company's hiring policy discriminatory.

Initially, the Brussels Social Court of First Instance dismissed the claim, stating that there was no evidence or presumption of racial or ethnic discrimination in relation to job applications and hiring decisions. However, the Belgian equality body appealed to the Brussels Social Court of Appeal, seeking clarification from the CJEU on whether public expression by an employer of the intention not to hire foreign individuals constitutes direct discrimination, even in the absence of a directly affected or identifiable complainant.

According to the CJEU, direct discrimination can be established in such circumstances. In the specific case of Firma Feryn, the employer openly stated in a newspaper interview that they were not seeking to hire Moroccans, the very individuals who had applied for the job. The employer further appeared on national television, asserting that their customers would not want individuals of a particular ethnic origin entering their homes for installation purposes. The CJEU concluded that such public expressions of the intention not to hire individuals of a

² Opinion of Advocate General Poiares Maduro (12 March 2008), *Feryn*, Case C-54/07, paragraphs 3-4.

specific ethnic or racial origin amount to direct discrimination, regardless of the absence of an identifiable complainant or directly affected victim.

The Court emphasized that such conduct strongly discourages potential candidates from participating in the recruitment process and hinders their effective inclusion in the labor market.³ Although the Court did not dispute the first instance court's finding that no individual had personally been rejected by Firma Feryn, the employer's statements conveyed a different message, suggesting discriminatory practices.

Therefore, the CJEU's ruling establishes that public expressions by employers indicating an intention not to hire individuals based on their ethnic or racial origin constitute direct discrimination, irrespective of the lack of an identifiable complainant or directly affected victim. This decision recognizes the harmful impact of such statements on potential candidates and the need to foster equal treatment and inclusion in the labor market.

In *Finans* the Court followed a different approach as it used the nationality exclusion clause. In this case, a Bosnian-born Danish citizen and his Danish partner purchased a used car financed in part by a loan from Jyske Finans, a credit institution specializing in car financing. During the loan application process, the company requested additional proof of identity from the Bosnian-born individual based on his country of birth, while no such requirement was imposed on his Danish partner. The individual argued that this request amounted to discrimination and filed a complaint, which resulted in compensation for indirect discrimination. The Viborg District Court upheld the decision but ruled that direct discrimination had occurred.

Jyske Finans defended its request by citing obligations under anti-money laundering regulations. The referring court sought clarification from the CJEU on whether the Directive prohibited a bank from requiring additional identification documents, such as a passport or residence permit, from non-nationals of the European Economic Area (EEA) with driving licenses issued in non-EEA countries. The court also inquired whether such a practice constituted direct discrimination when the country of birth is not directly linked to a particular ethnic origin. The Court responded negatively, stating that unfavorable treatment based solely on nationality does not amount to racial or ethnic discrimination.

³ Judgement of 10 July 2008, *Feryn*, Case C-54/07, EU:C:2008:397, paragraph 28.

The Court's ruling emphasized that the country of birth alone cannot be considered as a basis for presuming a particular ethnic or racial origin. In this specific case, where the requirement was applied to all individuals born outside the EU and the EEA solely based on their country of birth, the Court concluded that it did not constitute direct discrimination. The ruling underlines the importance of considering the specific circumstances and factors involved to determine whether a practice or requirement qualifies as discriminatory, focusing on the connection between the treatment and the protected characteristics of race or ethnicity.⁴ The requirement that a measure must be directed towards or linked to a specific ethnic origin implies that if a behavior or act affects various ethnic minorities or groups of diverse ethnic backgrounds, there would be no discrimination. In other words, if it negatively impacts more than one group—for instance, as it was the case in *Finans*, all non-nationals of the EEA—, such a measure would be deemed in compliance with anti-discrimination standards. This poses a significant hurdle in the efforts to combat racial or ethnic discrimination and also hampers the application of the Directive with the same objective.

As for *CHEZ*, the case involved a complaint by a Bulgarian shop owner, Ms. Nikolova, who alleged that the electricity company CHEZ RB had installed her electricity meter at a height of six to seven meters, while meters in other areas were installed at a height of 1.70 meters. Ms. Nikolova argued that this differential treatment was discriminatory, as her shop was located in a neighborhood primarily inhabited by people of Roma origin. She claimed that the higher placement of the meter hindered her ability to monitor her electricity consumption accurately and resulted in overpriced bills.

Initially, the Commission for Protection Against Discrimination (CPD) found that CHEZ RB had violated the prohibition on indirect discrimination under Bulgarian antidiscrimination law. However, this decision was later overturned by the Supreme Administrative Court, which argued that the CPD had not specified the nationality of the individuals in relation to whom Ms. Nikolova had been discriminated against.

The CPD subsequently issued a new decision, this time finding that Ms. Nikolova had been subjected to direct discrimination by CHEZ RB, in violation of the relevant national regulation. CHEZ RB appealed this

⁴ Judgement of 6 April 2017, *Finans*, Case C-668/15, EU:C:2017:278, paragraphs 20-23 and 39.

decision, and the case was referred to the CJEU by the Sofia Administrative Court.

The CJEU was asked whether the installation of electricity meters at a height of six to seven meters in neighborhoods primarily inhabited by people of Roma origin constituted discrimination based on ethnic origin under EU law. In response, the CJEU referred to its previous ruling in the case of *Belov*⁵ and stated that this situation could potentially amount to both direct and indirect discrimination based on racial or ethnic origin.

In contrast to *Finans*, the CJEU's interpretation in *CHEZ* recognized that the complainant in the case did not belong to a particular ethnic origin. Importantly, the fact that ethnicities other than Roma could have been affected did not deter the court from arriving at such a determination (Atrey 2018, 10). However, it emphasized that the discriminatory treatment was based on the Roma origin of the neighborhood and the stereotypical assumptions and prejudices held towards the Roma community by the electricity companies deemed as a "faceless, 'othered' group" (Farkas 2017, 89). The Court recognized that all end consumers of electricity who receive their supply from the same company within the same urban area should be considered in a comparable situation, regardless of their shared ethnicity. The significant difficulty or impossibility faced by residents in those areas to monitor their electricity meters and control their consumption was deemed as unfavorable treatment. Ultimately, the CJEU concluded that direct discrimination existed in the case, irrespective of whether the situation affected individuals of a specific ethnic origin. The criterion for differential treatment was based on ethnic or racial origin, and such origin influenced the decision to establish disparate treatment, thereby establishing the presence of discrimination.⁶

CHEZ identifies the presence of discrimination by association within the realms of race and ethnicity, extending beyond the initial concept elucidated by the CJEU in *Coleman*,⁷ wherein the complainant was required to have a personal connection with the individual possessing

⁵ In *Belov*, an analogous situation was brought to the CJEU. However, the Court never analyzed the merits of the case as it declared its incompetence to rule as it pointed out that the referring body (CPD), although created according to Article 13 of Directive 2000/43/EC as an equality body, was not acting in this instance with the judicial character needed for a body to ask the CJEU for a preliminary ruling. Vid. Judgement of 31 January 2013, *Belov*, C-394/11, EU:C:2013:48, paragraphs 51 and 54.

⁶ Judgement of 16 July 2015, *CHEZ*, Case C-83/14, EU:C:2015:480, paragraphs 59-60, 84 and 87.

⁷ Judgement of 17 July 2008, *Coleman*, Case C-303/06, EU:C:2008:415.

the protected characteristic. Notably, *CHEZ* introduces a novel dimension by recognizing discrimination by association not only in cases of direct discrimination but also in cases of indirect discrimination (Benedi 2016, 811). In that regard, McCrudden (2016, 5) observes that Member States mandating that an individual must belong to a discriminated group to claim racial or ethnic discrimination would be in contravention of the Union *acquis*. As interpreted by the CJEU in this context, these regulations do not require that the victim is a part of the group targeted by the discriminatory conduct; rather, they only demand that the individual is adversely affected by a measure intentionally directed at that particular community rooted in racial or ethnic considerations. However, as Cahn (2016, 123-124) contends, the CJEU in this instance dangerously approaches incorporating back intent into anti-discrimination law by introducing a criterion where a measure is deemed directly discriminatory if it is introduced or maintained for reasons related to ethnic origin while intent "is explicitly not a matter for evaluation" in the context of anti-discrimination law.

The issue of structural discrimination remains unaddressed within the national legislations of European Union Member States and is only sporadically acknowledged in their jurisprudence (Crowley 2022, 90). Similarly, the CJEU has dealt with individual cases of racial discrimination. However, *CHEZ* presents a distinct dynamic in this regard and can be deemed the seminal case that may pave the way for recognizing structural and collective discrimination against ethnic minorities in the future. In fact, the same author points out that the RED provides an opportunity to address structural racial discrimination, albeit without specific reference, as its focus primarily centers on evaluating the individual dimension through a framework of individual rights and complaints (Crowley 2022, 44). As previously mentioned, *CHEZ* addresses structural racism, particularly the discrimination experienced by the Roma population in Bulgaria. By doing so, it underscores the importance of considering the structural nature of cases of racial or ethnic discrimination. If the Court had not addressed the long-standing issues met by the Roma community, it would have been faced with serious difficulty in determining whether the non-Roma complainant was indeed discriminated against on grounds of race or ethnicity.

As seen from above, the CJEU had only ruled on the existence of direct discrimination when either there was no identifiable victim or when they were not of a particular ethnic group but were affected by a decision which was taken based on the criterion of ethnicity. The other case, *Finans*, allows for a more in-depth analysis regarding the

nationality exclusion clause that will be later discussed when dealing with the scope of application of the Directive.

1.2. *Indirect discrimination*

According to Article 2(2)(b), indirect discrimination includes three elements that must be met. First, there should be an “apparently neutral provision, criterion or practice”; that is, a situation which does not seem to discriminate. Second, its result should place people from a certain racial or ethnic origin “at a particular disadvantage compared to other persons.” Lastly, that consequence cannot be justified by a legitimate aim which is been pursued by adequate and necessary means. As Esteve (2013, 35-36) points out, it is for national courts to ascertain if a measure that indirectly discriminates people based on their race or ethnicity can be justified, but the different interpretations given by each create legal insecurity in terms of knowing precisely which type of reasonings are allowed. Following De Vos (2020, 71), justification further depends on the protected characteristic, the parties involved and the disputed measures.

Regarding the first of the aforementioned elements, the CJEU was asked in *CHEZ* whether the phrase “apparently neutral practice” had to be understood as if the practice must be “obviously neutral” or is it enough that it seems “neutral at first glance”, in other words, “ostensibly neutral”. The Court favored the second interpretation following the Advocate General’s opinion. She expressed that the term “apparently” in Article 2(2)(b) should be understood as referring to a provision, criterion, or practice that seems “neutral at first glance”. However, it shouldn’t be interpreted to mean that the provision, criterion, or practice must be “obviously” neutral. That would lead to the strange situation where no finding of indirect discrimination could be made if the provision, criterion, or practice is found to be less neutral than it initially appeared. This interpretation would create a gap in protection against discrimination, which is clearly not the intention of the provision.⁸

The second element can be divided into two components: individuals of “a racial or ethnic origin” and the “particular disadvantage” they experience in comparison to others. In the case of *CHEZ*, it was determined that the “particular disadvantage” cannot solely stem from a

⁸ Opinion of Advocate General Kokott (12 March 2015), *CHEZ*, Case C-83/14, paragraph 92.

“serious, obvious, and significantly particular case of inequality.” According to the Court’s doctrine, the burden to establish indirect discrimination follows the principle that such discrimination can be found when a neutrally formulated measure “works to the disadvantage of far more persons possessing the protected characteristic than persons not possessing it,” an interpretation which aligns better with the aim and objective of the Directive. In the specific case of *CHEZ*, the “particular disadvantage” arose from the offensive and stigmatizing nature of the measure to install meters at a height of six to seven meters. This made it extremely difficult for individuals in a neighborhood primarily inhabited by Roma people to monitor their electricity consumption.⁹

CHEZ offers a view on the second component, but other decisions have also provided an in-depth analysis of the racial or ethnic origin of the victims such as in *Maniero*, *Finans*, and *Land Oberösterreich*. The measure must affect a specific ethnic group and for that matter the Court held that there was indirect discrimination in *CHEZ* as the practice targeted an area primarily inhabited by persons of Roma origin. However, the same principle was applied in *Maniero*, *Finans* and *Land Oberösterreich* with a different outcome. In neither of those found the Court that a specific ethnic group had been discriminated against.

In *Maniero*, a German foundation required applicants for a scholarship to have passed a German law exam. An Italian national who held a law degree from a university in Armenia sued the foundation after being deemed ineligible for the scholarship due to not passing the required exam. He argued that this requirement constituted indirect discrimination, making it harder for individuals with ethnic or social origins outside Germany to be eligible for the scholarship. Nevertheless, the Court held that such a requirement did not affect a particular group as it was meant for everyone. Indeed, the measure posed an obstacle to those who had not passed the exam, but the Court concluded that this situation could impair the intention of obtaining the scholarship of people from different backgrounds and ethnicities, not just one in particular.¹⁰

In *Finans*, the Court reached the same conclusion when it was asked whether requesting additional proof of identity to people not born in the EU or in the EEA amounted to racial or ethnic discrimination. As the measure was applied irrespective of a particular

⁹ Judgement of 16 July 2015, *CHEZ*, Case C-83/14, EU:C:2015:480, paragraphs 99, 101-102 and 108.

¹⁰ Judgement of 15 November 2018, *Maniero*, Case C-457/17, EU:C:2018:912, paragraph 50.

ethnic origin but to all people born abroad, even if they had later acquired Danish nationality, the conduct did not constitute indirect discrimination based on racial or ethnic origin.

More recently, in *Land Obersösterreich*, the CJEU further added that indirect discrimination requires that the disputed provision, criterion or practice generate a particular disadvantage for people of a particular ethnic group. In this case, a Turkish national had been residing in Austria with his family since 1997 and had previously received a housing subsidy until the end of 2017. However, a new requirement was introduced stating that third-country nationals must demonstrate basic knowledge of the German language to qualify for the subsidy. The individual failed to provide the necessary certificates, resulting in the denial of his housing subsidy. While acknowledging that the requirement imposed a condition on the individual's eligibility for the housing subsidy, the CJEU determined that it did not constitute discrimination based on ethnic origin, as this requirement did not specifically target any particular ethnic group. Moreover, the nationality exclusion clause played a significant role in shaping the court's decision in this case.¹¹

As mentioned in the beginning of this subsection and as stated in Article 2(2)(b) an apparently neutral measure placing a certain ethnic or racial group at a particular disadvantage constitutes indirect discrimination, unless it can be objectively justified by a legitimate aim and the adequacy and necessity of the practice to achieve that purpose. Again, *CHEZ* provides with some insight into this issue. The electricity company argued that the installation of meters at six to seven meters high in neighborhoods inhabited by a majority of persons of Roma origin was carried out to fight against the damages and manipulations of the meters and the illegal connections that had been made previously in those areas. On whether there was a legitimate aim, the Court responded following the Advocate General's conclusions that preventing those damages and the manipulation of the electricity meters amounts to an objective accepted by EU law. However, even if the measure could be deemed adequate for the purpose of pursuing that aim, it may not be necessary if, as in the case at hand, there are less onerous alternatives, and it may lack the required proportionality as it may harm in excess the legitimate interest of the final consumers.¹²

¹¹ Judgement of 10 June 2021, *Land Oberösterreich*, Case C-94/20, EU:C:2021:477, paragraphs 51, 55 and 57.

¹² Judgement of 16 July 2015, *CHEZ*, Case C-83/14, EU:C:2015:480, paragraphs 121 and 128.

2. Scope of application

Article 3(1) of the Directive delineates the scope of its provisions, encompassing various domains such as employment, working conditions, vocational training, participation in workers' or employers' organizations, social protection, social benefits, education, and access to goods and services, including housing. It applies to "all persons" in both the private and public sectors, including public administration. Recital 16 explicitly emphasizes the importance of safeguarding the rights of "all natural persons," indicating that the Directive extends its coverage to third-country nationals residing lawfully or unlawfully in any of the EU Member States, albeit with certain limitations imposed by their legal status (Bell 2002, 19).

However, Article 3(2) of RED restricts its applicability by excluding discrimination based on nationality and disparities in treatment towards third-country nationals or stateless persons due to their legal status. This section will first elaborate on the enumerated areas covered by the Directive and subsequently delve into the provision that excludes nationality-based discrimination.

2.1. *Employment and working conditions, including dismissals and pay*

Agafiței and Others is a case in which the CJEU was referred to preliminary rule on the alleged discrimination suffered by some magistrates who claimed they had been wronged by a difference in treatment regarding their salaries due to their professional status. The referring court used Article 3(1)(c) of RED, among others, to substantiate its questions for the Court.

However, it never reached a decision on whether their situation fell within the scope of "employment and working conditions, including dismissals and pay" as it held that the discrimination was not based on race or ethnicity, but on their professional category to which they belonged.¹³ If their ethnic origin had been the deciding factor, this provision would have allowed the Court to rule on the merits of the case.

¹³ Judgement of 7 July 2011, *Agafiței and Others*, Case C-310/10, EU:C:2011:467, paragraph 32.

2.2. Education

In *Maniero*, the CJEU interpreted whether a scholarship awarded by a registered association with the intention to promote research projects and studies abroad was covered by the concept of “education” as stated in Article 3(1)(g). In particular, it analyzed whether that term, within the meaning of that provision, included access to education and whether the scholarship in question fell under that concept. Applying the plain meaning rule, the Court held that the term “education” has the meaning conveyed in everyday language in the sense that it refers to “acts or processes by which is transmitted or acquired, inter alia, information, knowledge, understanding, attitudes, values, skills, competences and behaviors,” but does not include, *prima facie*, access to education or financial aid. However, Article 3(1)(g) read jointly with recital 16 and 12 of the Directive which state the aim of the regulation to protect all natural persons from ethnic and racial discrimination and to ensure the development of democratic and tolerant societies, allowed the Court to make teleological interpretation that made it to conclude that the disputed measure fell within the concept of “education” if “there is a sufficiently close link between the assigned financial payments and participation in those research projects or studies which, themselves, fall within the concept of ‘education’.”¹⁴

2.3. Access to and supply of goods and services which are available to the general public, including housing

The CJEU made an extensive interpretation of Article 3(1)(h) of the Directive in *Runevič-Vardyn and Wardyn*, but it still concluded that the disputed measure did not fall within its scope of application. A Lithuanian woman belonging to the Polish minority sought to have her name and surname spelled according to Polish rules (*Małgorzata Runiewicz*). However, her Lithuanian birth certificate and passport displayed her name and surname in Lithuanian script (*Malgožata Runevič*). She later received a Polish birth certificate from the Warsaw Civil Registry, which reflected her name and surname according to Polish spelling rules. Upon marrying a Polish citizen by the surname of Wardyn, their marriage certificate issued by the Vilnius Civil Registry

¹⁴ Judgement of 15 November 2018, *Maniero*, Case C-457/17, EU:C:2018:912, paragraphs 31-36 and 44.

utilized Lithuanian spelling rules for her name and surname (*Runevič-Vardyn*), while Wardyn's name was transcribed without Polish diacritics. The complainants argued that the national law in Lithuania which prevented them from having their names spelled according to the rules of their language amounted to a difference in treatment based on their Polish ethnicity which in turn denied them the effective enjoyment of their rights to access to services.

However, the Court held that national laws regulating the language used in civil status documents cannot be considered a "service" and thus are not included within the scope of the relevant provision. The Court based its decision on the fact that during the preparatory work of RED, the Council of the European Union explicitly rejected an amendment proposed by the European Parliament to include the exercise of functions by any public body, including police, immigration, criminal and civil justice authorities, within Article 3(1). Such an inclusion could have potentially encompassed laws similar to the one in question.¹⁵

2.4. Nationality

The Charter of Fundamental Rights of the European Union prohibits "any discrimination based on any ground such as sex, race, color, ethnic or social origin, genetic features, language, religion, belief, political or any other opinion, membership of a national minority, property, birth, disability, age or sexual orientation", as stated in its Article 21(1). It does not mention nationality, although its second paragraph declares nationality-based discrimination as illegal "within the scope of application of the Treaties and without prejudice to any of their specific provisions." This must be read in conjunction with Article 18 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) which bans discrimination based on nationality. However, this set of prohibitions related to a difference in treatment due to the nationality of the person is linked to the free movement of workers as one of the most important rights provided to individuals in the EU, which is regulated in Article 45 of the TFEU and in Article 45 of the Charter.

EU law does not address nationality-based discrimination except for EU citizens, which means that all nationals EU Member States must be

¹⁵ Judgement of 12 May 2011, *Runevič-Vardyn and Wardyn*, Case C-391/09, EU:C:2011:291, paragraphs 38-46.

treated equally, while third-country nationals are not protected against unfavorable treatment based on their nationality under any of the non-discrimination Directives (RED and EED) in relation to conditions of entry and residence, access to employment or to any related to their legal status, although their protection is equaled in broadly the same areas if they are long-term residents. The lack of coverage in the Directive regarding the treatment stemming from the legal status of third-country nationals and stateless persons, as mentioned in Article 3(2), is particularly concerning. If this provision is interpreted and applied broadly, it could result in the exclusion of vulnerable individuals from the Directive's protection against racial discrimination in different areas of life. This expansive interpretation would fundamentally question the Directive's applicability to third-country nationals, explicitly acknowledged in recital 13 (Fennelly and Murphy 2021, 319).

2.4.1. THE CONCEPT OF NATIONALITY

The term "nationality" refers to the legal and political bond between an individual and a sovereign state, where the individual demonstrates allegiance while the state accepts and acknowledges their membership in the political and administrative community. This connection entails specific rights and obligations (Hernández Moreno 2022a, 39). "Nationality" primarily encompasses the civic or political aspect, representing an objective and verifiable link between the individual and the state. In contrast, when "nationality" is used ethnically, it signifies an individual's association with a community or nation sharing linguistic, religious, or other commonalities (Hernández Moreno 2022b, 65-66).

In regions where "nationality" denotes ethnicity, the term "citizenship" is employed to express the political relationship with the state. However, using "nationality" in an ethnic sense could pose challenges in the application of Article 3(2) of the Directive, blurring the distinction between nationality and ethnicity to the extent that it would entail excluding ethnic discrimination from its scope. Nevertheless, even if referring to nationality in its political or civic nature, its distinction from race and ethnicity is still problematic.

2.4.2. ETHNICITY, RACE AND NATIONALITY: INHERENTLY INTERTWINED

Ethnicity and race are dynamic and to some extent indeterminate concepts because they are social constructs that do not correspond to

an objective reality independent of an individual's personal identification or external categorization by others (De Shutter 2016, 34-35). In fact, just as Anderson (2006, 46) describes a nation as an imagined community made possible by the convergence of capitalism and the printing press, which allowed large groups to imagine a community among strangers through a common language, Bulmer and Solomos (1998, 822) applies the same notion to assert that race and ethnicity are also imagined communities defined by the groups themselves or externally. They are therefore artifacts, fictional and subjective elements that serve to identify, provide a sense of belonging, and categorize, making them prone to being used as a tool of exclusion.

The Directive does not provide any specific definitions for these concepts, and their categorization will depend on the different realities of each Member State, resulting in diverse and controversial outcomes (European Commission 2008, 10). However, De Schutter (2016, 36) states that the term "race" is primarily used to refer to situations of discrimination based on observable physical characteristics. On the other hand, "ethnicity" refers to membership in a group that shares common characteristics such as language, shared history or tradition, or geographical origin, which are externally manifested through practices or lifestyles that its members identify with.

These public acts, such as language or the external manifestation of traditions, are also related as possible defining characteristics of nations in nation-states, which is why the concept of nationality, under certain circumstances, can overlap with race or ethnicity (FRA and CoE 2018, 197). The United Nations Committee on the Elimination of Racial Discrimination also expressed this when it concluded that there is a close relationship between racial or ethnic discrimination and discrimination based on nationality, stating that in some cases the latter can serve as a proxy for discrimination based on race.¹⁶

2.4.3. THE CJEU AND NATIONALITY UNDER THE DIRECTIVE

The clause excluding the application of the Directive in relation to nationality-based discrimination has been employed by the CJEU on three occasions. However, in this analysis, those three cases are

¹⁶ Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *Ziad Ben Ahmed Habassi v. Denmark*, Communication No. 10/1997, CERD/C/54/D/10/1997, paragraphs 9.3 and 9.4.

presented alongside the case of *Feryn*, which is particularly relevant for examining a situation where the nationality of the affected individuals was not taken into account as an excluding criterion for protection.

The *Feryn* case involved an employer who, in a newspaper interview, stated that only Moroccans had responded to their job offer, but they were not looking for Moroccans because their customers did not want them. Subsequently, the employer reiterated this position in a television interview, without explicitly mentioning Moroccans, but referring to immigrants as people whom their customers would not want to open the door for to install the doors sold by the company.¹⁷ As previously seen in the section on direct discrimination, the CJEU concluded that such public statements constituted discriminatory practices based on racial or ethnic grounds, even though the employer initially referred to a specific nationality (Moroccan) and later to the non-national collective (immigrants) in their second public statement.

In the following cases presented before the CJEU, where nationality was a relevant factor for differential treatment, the outcomes were completely different. In all these cases, it was concluded that the disputed situation did not fall within the scope of the Directive or that the contested measure did not constitute racial or ethnic discrimination.

In the *Kamberaj* case, the issue at hand pertained to housing, which is explicitly covered under Article 3(2)(h) of RED. However, the CJEU rejected the claim on different grounds. In this case, an Albanian national with an indefinite residence permit in Italy had received housing assistance in the autonomous province of Bolzano from 1998 to 2008. However, his request for an extension of the assistance was denied in 2009 due to the depletion of the budget allocated for aid to third-country nationals. For that reason, he argued that the denial constituted discriminatory treatment contrary to Directives 2000/43/EC and 2003/109/EC, as non-EU nationals received less favorable treatment in terms of housing assistance compared to EU citizens. The autonomous province of Bolzano justified the allocation of assistance based on linguistic groups present in the province, aiming to maintain social harmony among applicants for social assistance. According to provincial regulations, the population was divided into two categories: EU citizens, regardless of their nationality, who needed to declare their affiliation with one of the three linguistic groups to access aid, and third-country nationals who were exempt from this requirement.

¹⁷ Vid. Note 2.

Regarding the budget, over 90 million euros were allocated in 2009 for assistance to EU citizens, while approximately 11 million euros were allocated for third-country nationals, including long-term residents. The referring court sought clarification from the CJEU on whether a national provision that attributes relevance to nationality in the context of housing assistance, resulting in unfavorable treatment for long-term resident non-EU nationals or stateless individuals compared to EU citizens, is contrary to the Directive. The CJEU responded by stating that this type of nationality-based discrimination falls outside the scope of RED due to the nationality clause that serves as an exception under Article 3(2) of the Directive. However, the CJEU concluded that such unfavorable treatment was contrary to Directive 2003/109/EC. This directive prohibits limiting equal treatment for third-country nationals with long-term residence permits in the field of housing assistance, without the State in question being able to invoke the application of the exclusion provided for in Article 11(4) of that Directive.¹⁸

The *Land Oberösterreich* case bears similarities to the previous one, as the CJEU also considered that it did not fall within the scope of the Directive when it deemed the requirement imposed by the administration to demonstrate a basic level of German language proficiency in order to obtain housing subsidies for third-country nationals as a nationality-based differential treatment excluded from the protection of the Directive.¹⁹

In *Finans*, the CJEU understood that the requirement imposed by the financial institution on individuals born outside the EU or the EEA to provide additional proof of identity did not constitute racial or ethnic discrimination because such differential treatment was based on the country of birth. It used this category as a key element to determine that the Directive does not apply to situations where the differential treatment is based on nationality, linking nationality with country of birth. This is erroneous since nationality is not always acquired by birth in the territory of a state under *jus soli*, and it may happen that a person is born in one state, has the nationality of another, and is identified with an ethnicity of a third.

To justify its position, the CJEU referred to *CHEZ* to determine that the concept of 'ethnicity' is rooted in the notion of societal groups

¹⁸ Judgement of 25 April 2012, *Kamberaj*, Case C-571/10, EU:C:2012:233, paragraphs 90 and 93.

¹⁹ Judgement of 10 June 2021, *Land Oberösterreich*, Case C-94/20, EU:C:2021:477, paragraphs 56-57.

characterized, in particular, by common nationality, religious faith, language, cultural, and traditional origins. It further emphasized that although a person's country of birth is not explicitly listed as a criterion, the phrase "in particular" indicates that the list is not exhaustive, leaving open the possibility that a person's country of birth could be considered among these criteria. Nevertheless, even if that were the case, it is important to note that country of birth is just one of several factors that may be considered when determining membership in an ethnic group, and it is not decisive in this regard. Additionally, the CJEU stated that it cannot be presumed that each sovereign state has one and only one ethnic origin. Therefore, it cannot be concluded that the requirement for additional identification in the main proceedings, even if classified as "unfavorable treatment," was directly based on ethnic origin, as it applied to all individuals born outside the territory of an EU Member State without distinction.²⁰ However, in this case, it is worth noting that the affected person was indeed born in a country outside the EU, specifically Bosnia and Herzegovina, but he had subsequently acquired Danish nationality and was, therefore, a EU citizen. It could be argued that there could be a possible discrimination in this case, not based on ethnicity or race, but rather on differential treatment between EU citizens, which is prohibited by the TFEU and the Charter, as mentioned earlier.

This case does not align well with the CJEU's decision in the *Feryn* case, where the Court identified direct discrimination on racial or ethnic grounds due to the exclusion of Moroccans and immigrants from the recruitment process of a company. Neither in Morocco is there only one ethnic group, nor does the collective of immigrants or non-nationals refer to a specific ethnic group. Furthermore, as discussed above, it also does not properly correspond with the court's stance in *CHEZ*, wherein, it is worth recalling, the court identified discrimination despite the victim's non-Roma ethnicity, emphasizing that the victim could have belonged to any other ethnic group, not exclusively a specific one.

Both the nationality exclusion clause and the requirement that a measure must specifically target individuals of a racial or ethnic origin, as stated in Article 2(2)(b), reinforce one another in significantly hindering the application of the Directive in numerous cases of discrimination in which the measure is directed at third country

²⁰ Judgement of 6 April 2017, *Finans*, Case C-668/15, EU:C:2017:278, paragraphs 21, 25, 29 and 39.

nationals in general or certain ethnic minorities. This impedes effective efforts to combat racial or ethnic discrimination as intended by the Directive itself.

3. Burden of proof

Article 8(1) of the Directive establishes a system that is sometimes referred to as a reversal of the burden of proof,²¹ but in reality, it imposes a shared burden on both parties.²² The defendant is responsible for demonstrating that the principle of equal treatment has not been violated, while the plaintiff must initially provide evidence of facts that give rise to a presumption of direct or indirect discrimination. This requirement is outlined in the provision, which mandates Member States to implement measures enabling individuals who believe they have been treated unfairly in violation of the principle of equal treatment to present facts that support such an assumption. Subsequently, it is the defendant's responsibility to demonstrate the absence of discrimination in the given case.

The first case in which CJEU addressed the issue of burden of proof was also the first case related to the Directive that it handled. That was the case of *Afari*, in which a former employee of the European Central Bank (ECB) claimed to have experienced racial discrimination by a coworker and reported this to her superiors. She initially complained about the treatment to her head of division and superiors, but an amicable resolution could not be reached. This led to an external investigation by a consultant. She further claimed that the bank's management had intimidated and pressured her to withdraw her accusations, accusing them of fostering xenophobia and racist behavior in the workplace. In response to the ECB's request for evidence, she sent a memorandum intending to substantiate her claims. However, the external consultant's report concluded that no harassment or discrimination was found in the colleague's behavior, attributing the

²¹ Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the application of Council Directive 2000/43/EC implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin ('the Racial Equality Directive') and of Council Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation ('the Employment Equality Directive'). COM/2021/139 final, p. 8.

²² Although the CJEU considers it is indeed a reversal of the burden of proof (*vid. Afari*, paragraph 157; *Feryn*, paragraphs 20 and 29; *CHEZ*, paragraph 91), other authors state that it is shared (Esteve 2013, 39; FRA 2008, 22).

tensions between them to personal and professional disagreements unrelated to race or ethnicity. In response to the report, the ECB initiated disciplinary proceedings against her, accusing her of making unfounded racism allegations against her coworker and the bank's management. The ECB argued that its standards prohibited unprofessional and disrespectful behavior towards colleagues, necessitating the disciplinary action against her.

Dissatisfied with the burden of proof placed on her during the ECB's investigation, she alleged that she had provided evidence of the discrimination. However, according to the CJEU, upon examination, her documentation did not meet the criteria of specific and objective evidence required to establish the existence of discrimination under legal standards. Consequently, the Court determined that she failed to produce any evidence demonstrating or even raising a reasonable suspicion that her accusations against her colleague were well-founded. Therefore, there was no breach of Article 8. The Court also dismissed the lawsuit considering the alleged violations under Articles 7 and 9 of the Directive. With regards to Article 7, which obligates providing administrative or judicial remedies to individuals claiming discriminatory treatment, the Court determined that the ECB had not remained inactive but had initiated an investigation in response to Afari's complaints. Finally, concerning Article 9, which safeguards complainants from further victimization, the Court found that Afari's disciplinary action was not motivated by her complaints but rather by her unsubstantiated accusations of racism against her colleague and superiors at the ECB.²³

Feryn provides an explanation regarding the types of elements that can serve as evidence to trigger the presumption of discrimination, which the defendant must then demonstrate as not being an unfavorable act based on racial or ethnic grounds. As mentioned earlier, in this case, an employer openly expressed a desire not to hire individuals of Moroccan origin, claiming it was to appease clients who supposedly would not welcome immigrant workers into their homes. The Court noted that such a recruitment policy was discriminatory under Article 2(2)(a). However, the Court was also asked whether these public statements by an employer, stating their refusal to hire individuals from a specific ethnic group, were sufficient to presume the existence of a discriminatory recruitment policy under Article 8(1).

²³ Judgement of 16 March 2004, *Afari*, Case T-11/03, EU:T:2004:77, paragraphs 18, 135, 142, 149, 170, 174 and 175.

Indeed, the CJEU answered affirmatively, stating that these public statements in themselves serve as evidence to activate the presumption, and it would be up to the company to demonstrate that the hiring policy is non-discriminatory. For instance, it could rebut the presumption by showing that their actual hiring practices do not align with their statements, such as by employing individuals of Moroccan origin.²⁴

The Court was once again questioned about the burden of proof in *Meister*, a case dealing with a woman of Russian origin residing in Germany who held an engineering degree from Russia recognized in Germany who responded to a job advertisement from a company but was unsuccessful, and she was not provided with a reason for the rejection of her application. The company subsequently reposted a similar job advertisement, and she applied again, with the same result. Believing that she met the qualifications for the job, she claimed that she had received less favorable treatment than another person in a similar situation based on age, gender, and ethnic origin. For this reason, she sued the company, seeking compensation and requesting access to the file of the selected candidate to demonstrate that she was more qualified than the chosen person.

The CJEU received two questions, both related to Article 8(1). The first question asked whether this article, along with Article 19(1) of Directive 2006/54/EC (on gender equality) and Article 10(1) of Directive 2000/78/EC (on equal treatment in employment), both drafted in identical terms, granted the right to an applicant who meets the job requirements to receive information from the employer regarding whether another candidate has been selected and, if so, the criteria for that selection. The answer was negative. However, the referring court posed another question: if the employer fails to provide such information, can it be presumed that there is discrimination against the job applicant? In this case, the CJEU stated that a complete denial of access to requested information by the employer can indeed constitute a presumption of unfavorable treatment. Likewise, the fact that the employer does not deny that the candidate was qualified and yet was not invited for either of the two interviews can also serve as a presumption of discriminatory treatment.²⁵ This position is based on the argument put forth by the Advocate General, which states that in the context of hiring, the employer is the sole possessor of all the

²⁴ Judgement of 10 July 2008, *Feryn*, Case C-54/07, EU:C:2008:397, paragraph 34.

²⁵ Judgement of 19 April 2012, *Meister*, Case C-415/10, EU:C:2012:217, paragraph 49.

information. Therefore, the complete lack of access to this information would place the candidate in a more challenging position to provide evidence that could trigger the presumption of discriminatory treatment, compared to a worker seeking to demonstrate more unfavorable treatment in terms of working conditions or salary.²⁶

In the *CHEZ* case, the CJEU also established a series of elements constituting a presumption of discrimination. According to the Court, installing electricity consumption meters at a height of six or seven meters only in specific areas predominantly inhabited by people of Romani origin constitutes differential treatment compared to residents in other areas who can monitor their consumption more easily and effectively. This difference in treatment is sufficient to presume discriminatory conduct based on racial or ethnic grounds. Similarly, it is also significant that the electricity company states its opinion that the majority of damages and illegal connections through meter manipulation are caused by Bulgarian individuals of Romani origin. Furthermore, the fact that the company asserts this without providing objective data and solely referring to these facts as “common knowledge” can also serve as a factor triggering the presumption. To rebut the presumption, it would be incumbent upon the company to demonstrate that this practice is not based on the fact that these areas are predominantly populated by individuals of Romani origin, but on objective factors.²⁷ However, the arguments presented by the company clearly indicate that the motivation is indeed ethnic.

4. Sanctions

The sanctions provided for in the Directive must be effective, proportionate, and dissuasive, as stipulated in Article 15. However, in line with this provision, in the absence of specific measures imposed by the Directive, it is the Member States who must decide which measures are appropriate to achieve their non-discrimination objectives. In practice, this has resulted in difficulties in implementing the Directive in this regard, such as setting maximum limits for compensation or dealing with cases where there is no identifiable victim. Furthermore, some national courts opt for non-pecuniary compensation or tend to

²⁶ Opinion of Advocate General Mengozzi (12 January 2012), *Meister*, Case C-415/10, paragraph 32.

²⁷ Judgement of 16 July 2015, *CHEZ*, Case C-83/14, EU:C:2015:480, paragraphs 81-83 and 85.

award moderate damages, which can have a dissuasive effect on victims when it comes to pursuing legal action against discriminatory acts.²⁸

The effectiveness, dissuasiveness, and compensatory nature of sanctions were at issue in the *Braathens* case. A Chilean passenger residing in Sweden was subjected to additional security checks during a domestic flight operated by Braathens based on the assumption that he was of Arab descent. Consequently, the Equality Ombudsman sought compensation of 10,000 Swedish kronor (about €1,000) for the affected individual, alleging that he had received unfavorable treatment based on his ethnicity and physical appearance. Braathens agreed to pay the requested amount but did not admit to any discrimination. According to Swedish national law, if the defendant agrees to pay compensation, the court must order them to do so. However, in this case, the defendant can agree to pay without admitting to the alleged discrimination, and the court must issue a judgment solely based on the defendant's agreement to pay. This prevents the court from ruling on the reality of the discrimination alleged, which forms the basis of the compensation claim. The Equality Ombudsman appealed the decision, arguing that the court should have examined the merits of the discrimination claim. The Svea Court of Appeals and the Stockholm District Court both rejected the appeal. The equality body then filed a cassation appeal with the Supreme Court of Sweden, arguing that the lower courts had erred in not examining the merits of the case.

The CJEU established that such a provision contradicts EU legislation as it hinders the effective enforcement of non-discrimination rules. In accordance with Article 15 of the Directive, the mere payment of compensation does not guarantee the effective judicial protection of an individual seeking a determination of a violation of their right to equal treatment, particularly when their main interest is not financial but rather the establishment of the facts and their legal qualification. Moreover, this provision clashes with the compensatory and dissuasive function of the Directive. Monetary payment alone is insufficient to satisfy the demands of the affected person who primarily seeks

²⁸ Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the application of Council Directive 2000/43/EC implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin ('the Racial Equality Directive') and of Council Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation ('the Employment Equality Directive'). COM/2021/139 final, p. 10.

recognition, as a form of redress, that they have been a victim of discrimination. It also lacks a deterrent effect when, as in this case, the company disputes the existence of discrimination but deems it more advantageous in terms of cost and reputation to pay the requested compensation, thereby avoiding a declaration of discrimination by the national court.²⁹

The CJEU appears to have altered its stance regarding economic and moral sanctions as observed in *Braathens*. While in other instances, the CJEU had based its criteria on the premise that an economic compensation would serve as a deterrent against discriminatory behaviors, in this case, it appears to perceive precisely the opposite, namely that those capable of paying a fine may continue to act in a similar manner. Consequently, it acknowledges that moral compensation, which carries reputational consequences, may be more effective in preventing future harm (Wallerman 2022, 167).

Conclusions

The CJEU has had few opportunities to apply RED during its 23 years of existence. When it has done so, it has only been able to identify instances of discrimination in two cases, namely *Feryn* and *CHEZ*. This is mainly due to the fact that the other cases presented to the court involved differential treatment based on the nationality status of third-country victims. Although some authors argue that the CJEU's interpretation of RED has been dynamic in protecting human dignity and providing effective judicial remedies, its work has been limited. Furthermore, the future does not appear promising as there is still a lack of clear guidance on the scope and limits of Article 3(2), particularly regarding the extension of protection to non-nationals residing in the European Union (Fennelly and Murphy 2021, 321).

The CJEU's engagement in addressing discrimination against immigrants and the Roma, two of the most pressing issues in the EU, has been facilitated by the activism of equality bodies in bringing relevant cases before the Court (Farkas 2017, 98). The CJEU's decision in *CHEZ* highlighted racial stereotypes, stigmatization, and structural discrimination that had persisted for a significant period. The case involved a non-Roma individual challenging these discriminatory

²⁹ Judgement of 15 April 2021, *Braathens*, Case C-30/19, EU:C:2021:269, paragraphs 47 and 49.

practices by virtue of her business in a segregated Roma settlement. While the Court's focus on the form of discrimination and the associative grounds for protection were important, a deeper analysis of the historical and contextual disadvantages faced by the Roma could have resulted in a more robust stance on direct discrimination. It is crucial for the CJEU to move beyond an emphasis on individual harm and delve into the broader realm of group-based harm and long-standing structural issues, which can only be effectively addressed within a framework of substantive equality (Farkas 2017, 91).

The nationality exclusion clause within the Directive poses a significant obstacle to its potential application and the effective protection of victims of racial and ethnic discrimination. Moreover, the Court has not been coherent. In *Kamberaj*, *Land Oberösterreich*, and *Finans* it found that nationality could not be linked to a specific ethnic group, while in *Feryn* it considered discriminatory the fact that an employer did not want to hire Moroccans and immigrants. The latter was the first among the four, suggesting that the Court initially adopted a more inclusive approach to protection. However, over time, the Court's perspective shifted, accommodating a narrower interpretation of the scope of application. This shift distinguished nationality and ethnicity or race as distinct concepts, thereby dismissing claims of discrimination solely based on nationality as lacking any foundation in racial or ethnic traits. The reality is that the distinction between race, ethnicity and nationality is rather blurry and that, coupled with the explicit justification for nationality-based discrimination, creates a loophole that may allow hidden racial or ethnic-based discrimination to go unnoticed or unprotected. This is evident from the low number of cases utilizing RED in preliminary rulings, with a considerable portion of them being dismissed by the Court due to the nationality exclusion clause. The undermining effect of this clause calls for careful consideration and potential reform to ensure comprehensive protection against all forms of racial and ethnic discrimination.

Addressing the question of multiple affected groups, the CJEU's interpretation currently focuses on the impact on a particular ethnic group as a criterion for discrimination. However, it is essential to acknowledge that discrimination can also occur when one group is favored at the expense of others. Such a perspective broadens the understanding of discrimination to encompass situations where positive treatment of one group results in the unfavorable treatment of others. This interpretation should be cautious, as it may include instances of affirmative action, which seek to address historical

disadvantages. A balanced approach is needed to promote equality while avoiding undue harm to any group.

Lastly, the emphasis on dissuading perpetrators rather than solely protecting victims is crucial. Sanctions play a significant role in deterring discriminatory behavior and promoting a culture of equality and respect. Efforts should be directed toward holding perpetrators accountable and creating an environment where discrimination is actively discouraged. By adopting a strong stance against discrimination and imposing appropriate sanctions, the CJEU can contribute to combating discriminatory practices effectively.

In conclusion, there remains a need for further clarity on the scope and limits of RED, particularly regarding the protection of non-nationals. Revisiting the nationality exclusion clause is essential to prevent hidden forms of racial and ethnic-based discrimination from going unnoticed. The CJEU should consider a more comprehensive analysis of structural discrimination and group-based harm to ensure substantive equality. Additionally, a nuanced understanding of discrimination should encompass both negative and positive differential treatment of groups, with careful consideration given to affirmative action measures. Finally, a focus on dissuading perpetrators and imposing effective sanctions can contribute to preventing discriminatory behavior and fostering a culture of equality within the EU.

References

- Anderson, Benedict. 2006. *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*. Edinburgh: Verso.
- Arey, Shreya. 2018. «Race Discrimination in EU Law.» *Common Market Law Review* 55(2): 625-642.
- Cahn, Claude. 2016. «Court of Justice of the EU Rules Collective and Inaccessible Electrical Metres Discriminate against Roma: CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD v. Komisija za zashtita ot diskriminatsia (C-83/14).» *European Journal of Migration and Law* 18(1): 112-125.
- Crowley, Niall. 2022. *To name and address the underlying problem: Structural discrimination on the ground of racial or ethnic origin*. Luxembourg: EU Publications Office.
- Belavusau, Uladzislau, and Kristin Henrard. 2019. «A Bird's Eye View on EU Anti-Discrimination Law: The Impact of the 2000 Equality Directives.» *German Law Journal* 20(5): 614-636.
- Bell, Mark. 2002. «Combatting racism through European laws: A comparison of the Racial Equality Directive and Protocol 12.» In *Combatting Racial and Ethnic Discrimination: Taking the European Legislative Agenda Further*,


- edited by Isabelle Chopin and Jan Niessen, 7-34. Brussels: Commission for Racial Equality and Migration Policy Group.
- Benedi, Sara. 2016. «Ethnic discrimination, discrimination by association and the Roma community: CHEZ.» *Common Market Law Review* 53(3): 797-818.
- Bulmer, Martin, and John Solomos. 1998. «Introduction: Re-Thinking Ethnic and Racial Studies.» *Ethnic and Racial Studies* 21: 819-837.
- De Shutter, Olivier. 2016. *Links between migration and discrimination*. Brussels: EU Publications Office.
- De Vos, Marc. 2020. «The European Court of Justice and the march towards substantive equality in European Union anti-discrimination law.» *International Journal of Discrimination and the Law* 20(1): 62-87.
- Esteve, Francina. 2013. «La protección frente a la discriminación racial y étnica en Europa.» In *Discriminación racial y étnica. Balance de la aplicación y eficacia de las garantías normativas*, edited by José García Añón, and Mario Ruiz Sanz, 25-56. Valencia: Tirant lo Blanch.
- European Commission. 2008. *The fight against discrimination and the promotion of equality – How to measure progress done*. Luxembourg: EU Publications Office.
- FRA. 2012. *The Racial Equality Directive: application and challenges*. Vienna: EU Publications Office.
- FRA and CoE. 2018. *Handbook on European non-discrimination law*. Luxembourg: EU Publications Office.
- Farkas, Lilla. 2017. *The meaning of racial or ethnic origin in EU law: between stereotypes and identities*. Brussels: EU Publications Office.
- Fennelly, David, and Clíodhna Murphy. 2021. «Racial Discrimination and Nationality and Migration Exceptions.» *Netherlands Quarterly of Human Rights* 39(4): 308-328.
- Havelkova, Barbara. 2016. «Resistance to Anti-Discrimination Law in Central and Eastern Europe—a Post-Communist Legacy?» *German Law Journal* 17(4): 627-656.
- Hernández Moreno, Nacho. 2022a. «La nacionalidad como llave para el ejercicio de los derechos humanos.» *Anuario de Filosofía del Derecho* 38: 37-58.
- Hernández Moreno, Nacho. 2022b. *Apatridia en España. Estatuto jurídico y mecanismos para su prevención*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- McCrudden, Christopher. 2016. «The New Architecture of EU Equality Law after CHEZ: Did the Court of Justice reconceptualise direct and indirect discrimination?» *European Equality Law Review* 1: 1-10.
- McDougall, Gay. 2021. *The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*. United Nations, 1-9.
- Wallerman, Anna. 2022. «Remedies for non-material damages: Striking out in a new direction?» *Common Market Law Review* 59(1): 151-170.

La futura Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación: diseño institucional para una prestación de asistencia independiente y efectiva


The future Independent Authority for Equal Treatment and Non-Discrimination: Institutional Design for Independent and Effective Assistance

Laura García-Juan 

Universidad Pontificia Bolivariana. Colombia
laura.garciaj@upb.edu.co

Sara Benedí-Lahuerta 

University College Dublin. Irlanda
sara.benedilahuerta@ucd.ie

Xavier Alonso-Calderón 

Generalitat de Catalunya. España
xalonsocalderon@hotmail.com

<https://doi.org/10.18543/djhr.2907>

Fecha de recepción: 25.09.2023

Fecha de aceptación: 14.11.2023

Fecha de publicación en línea: diciembre de 2023

Cómo citar / Citation: García-Juan, Laura, Benedí-Lahuerta y Xavier Alonso-Calderón. 2023. «La futura Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación: diseño institucional para una prestación de asistencia independiente y efectiva». *Deusto Journal of Human Rights*, No. 12: 167-198. <https://doi.org/10.18543/djhr.2907>

Sumario: Introducción. 1. La transposición de la Directiva 2000/43/CE en España y la evolución del organismo de igualdad estatal. 2. La Propuesta de Directiva sobre organismos de igualdad en el contexto español. 2.1. Independencia. 2.2. Motivos cubiertos y alcance del mandato de los OI. 2.3. La función asistencial y otras funciones relacionadas. 2.4. Recursos. 2.5. Accesibilidad, vías de acceso y confidencialidad. 3. Conclusión: La asistencia a víctimas de discriminación a través de un diseño institucional descentralizado, eficiente y accesible. 3.1. El punto de partida: independencia *de iure* y *de facto*. 3.2. El ámbito de actuación de la Autoridad: potencialmente ilimitado. 3.3. El ejercicio de la función asistencial: posibilidad de

coexistencia de prestadores públicos y privados 3.4. La necesidad de recursos humanos y económicos adecuados para garantizar la efectividad, accesibilidad y confidencialidad en la asistencia a víctimas. Bibliografía.

Resumen: El derecho de la Unión Europea ha impulsado la implantación de Organismos de Igualdad, pero muchos de ellos tienen dificultades prácticas para ejercer sus competencias eficazmente. En España, el Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica (CEDRE) presta la función clave de asistir jurídicamente a las víctimas de discriminación, pero con considerables obstáculos debidos a su falta de independencia jurídica y de recursos. Dos recientes iniciativas normativas españolas y europeas deberían actuar como revulsivos para mejorar el diseño institucional del CEDRE y el desempeño de su función asistencial. Este trabajo analiza dichas iniciativas y su relevancia en el contexto español. Proponemos un nuevo diseño institucional para el futuro Organismo de Igualdad español utilizando la experiencia del CEDRE y aprovechando la descentralización de la Administración española que garantizaría la prestación de asistencia jurídica a víctimas de forma independiente y efectiva.

Palabras clave: Ley de Igualdad, legislación antidiscriminación, organismos de igualdad, origen étnico, Directiva sobre igualdad racial, asistencia jurídica.

Abstract: European Union law has encouraged the establishment of Equality Bodies, but many of them have practical difficulties to exercise their competences effectively. In Spain, the *Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica* performs the key function of providing legal assistance to victims of discrimination, but with considerable obstacles due to its lack of legal independence and resources. Two recent Spanish and European legal initiatives should act as a catalyst for improving CEDRE's institutional design and the performance of its assistance function. This paper analyses these initiatives and their relevance in the Spanish context. We suggest a new institutional design for the future Spanish Equality Body using the experience of CEDRE and taking advantage of the decentralisation of the Spanish Administration which would guarantee the independent and effective provision of legal assistance to victims.

Keywords: equality law; anti-discrimination law; equality bodies; ethnic origin; Racial Equality Directive; legal assistance.

Introducción

En los últimos 20 años, el desarrollo del derecho anti-discriminatorio de la Unión Europea (UE) ha supuesto, entre otras cosas, la introducción y expansión de los Organismos de Igualdad (OI) en todos los Estados Miembros, así como en la mayoría de los países candidatos y en los que pertenecen a la Asociación de Libre Comercio Europea, sumando un total de 43 organismos en 31 países (Crowley 2018, 9). Los OI son organismos públicos independientes que promueven el principio de igualdad de trato y de no discriminación para los motivos discriminatorios prohibidos legalmente (Equinet. National Equality Bodies 2023, 1).

La legislación de la UE establece que los OI deben desarrollar, al menos, dos tipos de funciones: (1) dar asistencia independiente a las víctimas de discriminación, y (2) supervisar la evolución de la discriminación, elaborar informes independientes y promover el principio de igualdad. Estas dos funciones se pueden resumir, respectivamente, como (1) la función de asistencia y apoyo a víctimas, y (2) la función de promoción y prevención¹. Aunque la normativa europea no lo requiere expresamente, en algunos países los OI también tienen mandatos cuasi-judiciales, que les permiten conocer y decidir reclamaciones administrativas en casos de discriminación (Pérez y Muñoz 2016, 37).

En España existen dos OI a nivel estatal: el Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica (CEDRE)², competente en materia de discriminación racial o por origen étnico, y el Instituto de las Mujeres³ para el ámbito de la discriminación de género. Por su parte, varias Comunidades Autónomas (CCAA) han creado sus organismos u oficinas de igualdad con diversas funciones⁴. Pero la configuración

¹ Consejo de la Unión Europea. 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 (DOCE n. 180, de 19 de julio de 2000).

² Véase: <https://igualdadynodiscriminacion.igualdad.gob.es/home.do>

³ Véase: <https://www.inmujeres.gob.es/>

⁴ Por ejemplo, el Instituto de la Mujer de Extremadura, Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer, los servicios de apoyo a las víctimas de discriminación dependientes de la Xunta de Galicia, los servicios de protección integral contra la discriminación por razón de orientación sexual y expresión de identidad de género en la Comunidad Autónoma de Aragón, el SAI LGBTI+ de la Generalitat de Cataluña, el SAI LGBTI de Castilla-La Mancha, etc. Por su parte, Cataluña dispone de la Ley 19/2020, del 30 de diciembre, de igualdad de trato y no-discriminación, que abarca todos los tipos de discriminación. En el OI catalán trabajan seis personas, tramitan unas 200 denuncias al año y han impuesto ya una primera sanción de 20.000 € (en junio de 2023).

estatal tiene lagunas importantes ya que, por ejemplo, no hay ningún OI con competencias expresas en materia de discriminación por motivos religiosos o de creencias, orientación sexual, edad o discapacidad. Estas lagunas derivan, en parte, de la legislación de la UE, que solo requiere que existan OI para la discriminación por razón de género, raza o discriminación racial, y nacionalidad (para los trabajadores de la UE que se han desplazado a otro estado miembro y sus familias).

Sin embargo, la laguna más importante del marco normativo de la UE es la falta de precisión acerca de las funciones mínimas de los OI y del diseño institucional requerido para el desempeño de las mismas. Así, existen grandes diferencias entre los OI de los Estados Miembros a nivel de competencias, independencia y dotación presupuestaria, entre otros muchos aspectos⁵. Esta imprecisión también ha permitido una gran volatilidad en el diseño, financiación y estructura de los OI, que en muchos países han ido cambiando en función del ciclo económico y del color político del gobierno de turno⁶. A la larga, la falta de precisión en la normativa de la UE ha permitido a muchos Estados Miembros cumplir con la obligación de establecer OI nominalmente, pero sin que sean efectivos en la práctica (Benedí 2023).

Ante este panorama, la Comisión Europea lanzó en 2018 una Recomendación sobre normas relativas a los OI (en adelante, "la Recomendación")⁷, y más recientemente ha publicado dos propuestas de directivas que podrían llegar a establecer requisitos bastante más precisos para el diseño institucional de los OI⁸, si son adoptadas. Aunque ambas propuestas se pueden considerar "primas hermanas", este trabajo analiza las consecuencias que una de ellas podría tener en el contexto español, concretamente, la Propuesta de Directiva sobre las normas relativas a los organismos de igualdad en el ámbito de la igualdad de trato entre las personas con independencia de su origen racial o étnico, la igualdad de trato entre las personas en asuntos de empleo y ocupación con independencia de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y la igualdad de trato entre mujeres y hombres en materia de seguridad social y en el acceso a bienes y servicios y su suministro, y por la que se suprimen el artículo 13 de la Directiva 2000/43/CE y el artículo 12 de la Directiva 2004/113/CE⁹

⁵ Ver por ej. Ammer et al. (2010) y Crowley (2018).

⁶ Ver por ej. Equinet (2012), Givens y Evans (2014), Ammer et al. (2010).

⁷ Recomendación (UE) 2018/951 de la Comisión, de 22 de junio de 2018, sobre normas relativas a los organismos para la igualdad (DOUE n. 167, de 4 de julio de 2018).

⁸ Comisión Europea. 2022. COM(2022) 689 final y COM(2022) 688 final.

⁹ Comisión Europea. 2022. COM(2022) 689 final.

(en adelante, "Propuesta de Directiva"). Más específicamente, lo que nos interesa es el posible impacto de la Propuesta de Directiva en el diseño institucional del futuro OI español para garantizar una asistencia a víctimas que sea independiente y efectiva.

Este enfoque resulta interesante desde varios ángulos. Primero, la obligación de establecer un OI contra la discriminación racial, introducida por el artículo 13 de la Directiva 2000/43/CE, se cumplió en España con una transposición de mínimos. Para ello se creó el citado CEDRE como órgano colegiado adscrito al ministerio competente, aunque sin participar en su estructura jerárquica¹⁰. Fue una transposición bastante cuestionada por diversos motivos¹¹, por ejemplo, debido a que el CEDRE no es un organismo independiente, no tiene personalidad jurídica para iniciar acciones legales en defensa de víctimas de discriminación, tiene una composición marcadamente administrativa (Cachón 2004, 18) y, hasta hace poco, ha carecido de personal propio y ha estado dotado de un presupuesto que podría calificarse como "raquítico"¹². A esto se suma que el CEDRE nunca ha tenido una estructura ni medios propios para prestar asistencia a las víctimas de discriminación. Para desarrollar dicha función se creó el llamado 'Servicio de Asistencia a Víctimas de Discriminación' (en adelante, SAVD-CEDRE), que se implantó con la colaboración de varias organizaciones no gubernamentales¹³. El SAVD-CEDRE ha permitido a España tener un sistema de asistencia a víctimas con un presupuesto mínimo, pero no sin considerables problemas prácticos, algunos de los cuales aún están por resolver (Benedí 2021, 406).

¹⁰ Este organismo se configuró como uno de los previstos en el apartado 2 del artículo 22 de la entonces vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas. Este precepto y los siguientes de la ya derogada ley regulaban los denominados "órganos colegiados", integrados en la Administración Pública correspondiente, aunque sin participar en su estructura jerárquica.

¹¹ El que fuera presidente del CEDRE, Fernando Rey, entrevistado para este artículo, ha calificado el proceso de transposición de la Directiva de "trampantojo burocrático". Ver Rey (2021, 46 y 52).

¹² Ver apartado 2 y Benedí (2021).

¹³ La puesta en marcha del SAVD-CEDRE coincidió en el tiempo con la aprobación por el Consejo de Ministros, el 7 de enero de 2011, del anteproyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación. Convertida en Proyecto de Ley unos meses después (121/000130 Proyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación – Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados, de 10/06/2011), aprobada definitivamente en 2022. El anteproyecto original ya preveía la creación de la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación.

Segundo, la adopción de la Propuesta de Directiva introduciría la obligatoriedad de que un OI español tuviera competencias respecto a “todos” los motivos de discriminación prohibidos. Aunque esto ya se prevé en el marco español en la Ley 15/2022 relativa a Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, está por ver cómo se adaptará la actual estructura española de dos OI especializados en “solo algunos” motivos de discriminación para cubrir eficazmente “todo” el espectro de prácticas discriminatorias prohibidas legalmente.

Actualmente, la función de asistencia a víctimas constituye el grueso de la actividad del CEDRE, aunque solo en el ámbito de la discriminación racial o por origen étnico¹⁴. En el futuro, esta función será asumida por la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación (en adelante, “la Autoridad”) prevista en la Ley 15/2022, que entró en vigor en julio de 2022¹⁵, pero la futura estructura y diseño institucional de dicha Autoridad aún están por determinar. Un punto preliminar a considerar es si el CEDRE y la Autoridad coexistirán, o esta reemplazará al CEDRE. La Ley 15/2002 parece contradecirse cuando atribuye a la Autoridad la función de participar en el CEDRE y al mismo tiempo establece que la Autoridad será el OI en España a efectos de implementar el artículo 13 de la Directiva 2000/43/CE¹⁶.

Así pues, en el actual contexto normativo europeo y español, este trabajo busca resolver dos interrogantes: 1) cuál sería el mejor diseño institucional de la futura Autoridad para garantizar una asistencia a las víctimas independiente y efectiva; y 2) cómo lograr que ese diseño abarque todos los motivos de discriminación eficazmente y garantizando la accesibilidad de las potenciales víctimas. Para responder a estas preguntas, el análisis del contexto español se limita al actual funcionamiento del CEDRE, dado que solo este presta asistencia presencial a víctimas a través del SAVD-CEDRE¹⁷.

¹⁴ Esta función del CEDRE representaba el 74% de todo su presupuesto en el año 2014. Ver https://igualdadynodiscriminacion.igualdad.gob.es/elConsejo/actividades/pdf/Progr_anual_2014_aprobado_VF.pdf, y apartado 2.

¹⁵ Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOE n. 167, de 13/07/2022).

¹⁶ Artículo 40 q) y Disposición Adicional tercera.

¹⁷ Este no es el caso del Instituto de las Mujeres, que actualmente solo presta asistencia de carácter “general” (no asesoramiento jurídico “individualizado” para el caso concreto de cada denunciante), y solo lo hace en línea o por teléfono. Ver Instituto de las Mujeres, Servicio de información y Asesoramiento: <https://www.inmujeres.gob.es/servRecursos/servInformacion/home.htm>. No obstante, recibe quejas por correo postal,

Metodológicamente, el artículo se basa en el análisis socio-legal de fuentes primarias (legislación) y secundarias (doctrina, informes de diversos organismos o *grey literature*) y también en datos cualitativos recogidos a través de entrevistas semi-estructuradas realizadas en dos periodos. Las entrevistas del primer periodo (2011-13) permitieron recoger las opiniones de expertos en los años inmediatamente posteriores al establecimiento del CEDRE, y las del segundo (2023), han facilitado la incorporación de las opiniones de expertos tras años de funcionamiento del SAVD-CEDRE, y después de la publicación de la Ley 15/2022 y de la Propuesta de Directiva. Además, este trabajo también se basa en la 'experiencia vivida' (*lived experience*) de una de las co-autoras, Laura García Juan, que trabajó como co-coordinadora del SAVD-CEDRE entre mayo de 2022 y marzo de 2023. Esta experiencia aporta una perspectiva muy valiosa, casi de carácter etnográfico¹⁸, sobre la organización y cultura interna del SAVD-CEDRE, sus puntos fuertes y los obstáculos a los que se enfrenta en su funcionamiento diario.

Este trabajo se estructura como sigue. El apartado 1 analiza la transposición de la Directiva 2000/43/CE en España y la evolución del CEDRE a lo largo de los últimos 20 años. El apartado 2 presenta las principales novedades que la Propuesta de Directiva podría introducir si es adoptada, con especial atención a los aspectos de diseño institucional que más influencia tendrían en la prestación de asistencia efectiva a las víctimas. El apartado 3 concluye con recomendaciones para el diseño de la Autoridad teniendo en cuenta la distribución de competencias entre los diferentes niveles de gobierno en España y la realidad de los OI que ya existen en nuestro país y su previsible desarrollo.

1. La transposición de la Directiva 2000/43/CE en España y la evolución del organismo de igualdad estatal

El CEDRE es el OI designado en España a efectos del artículo 13.2 de la Directiva 2000/43/CE, y en el que se integra el SAVD-CEDRE. En este apartado analizamos la evolución que ha experimentado este organismo desde su creación.

correo electrónico o a través de un registro público: "¿Cómo puedes presentar tu queja?": <https://www.inmujeres.gob.es/servRecursos/servInformacion/denunciasDiscriminacion/home.htm>.

¹⁸ Sobre el uso de métodos etnográficos en investigaciones socio-legales, véase Ludlow (2015).

El CEDRE fue creado en 2004 mediante la Ley 62/2003¹⁹ (en adelante, "Ley de Transposición"), pero su organización y funcionamiento no fueron regulados hasta la publicación del Real Decreto 1262/2007²⁰. Esta norma le atribuye, entre otras, la competencia de "prestar asistencia 'independiente' a las víctimas de discriminación directa o indirecta por su origen racial o étnico, a la hora de tramitar sus reclamaciones". El Real Decreto de 2007 corrigió así, "sobre el papel", la omisión de la Ley de Transposición en cuanto a la característica de la independencia en el ejercicio de sus funciones, pero el Consejo siguió configurándose como un órgano colegiado dependiente del Ministerio competente en cada legislatura.

En cumplimiento de este mandato se puso en funcionamiento, en junio de 2010, el SAVD-CEDRE. En sus inicios, este servicio estuvo adscrito al Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, lo que le impedía tener la "independencia" que exigía la Directiva al quedar ligado orgánica, funcional y presupuestariamente al gobierno nacional (CEDRE 2011, 13). De hecho, la puesta en marcha del SAVD se hizo mediante la firma de ocho convenios de colaboración suscritos entre este Ministerio y determinadas entidades sociales (CEDRE 2011, 8). Con esta transposición de mínimos y no del todo conforme a las exigencias de la Directiva 2000/43/CE, España "salió del paso" de la transposición de dicha Directiva respecto a la función de asistencia a víctimas. No obstante, la carencia de un interés institucional real por la puesta en marcha de un OI efectivo se observa no solo en la falta de independencia del CEDRE, sino también en la ausencia de financiación específica para el SAVD-CEDRE durante sus dos primeros años de funcionamiento (2010-2011)²¹.

A pesar de estas dificultades, es posible encontrar un compendio bastante completo de sus actividades tanto en el Informe de Resultados 2010 como en los informes anuales de 2010 y 2011 sobre

¹⁹ Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE n. 313, de 31/12/2003).

²⁰ Real Decreto 1262/2007, de 21 de septiembre, por el que se regula la composición, competencias y régimen de funcionamiento del Consejo para la Promoción de la Igualdad de Trato y no Discriminación de las Personas por el Origen Racial o Étnico (BOE n. 237, de 03/10/2007), modificado por el RD 1044/2009, de 29 de junio (BOE n. 177, de 23 de julio de 2009), la Ley 15/2014, de 16 de septiembre (BOE n. 226, de 17 de septiembre de 2014), y el RD 455/2020, de 10 de marzo (BOE n. 63, de 12/03/2020).

²¹ Debido a la ausencia de información en los Informes de Resultados del SAVD-CEDRE, no nos ha sido posible determinar su dotación presupuestaria en aquel periodo (2010-2011), habiendo llegado a la conclusión de que no la hubo como tal.

la Situación de la Discriminación en España, publicados ambos por el Ministerio competente en igualdad.

Durante ese primer periodo formaron parte de la entonces denominada Red de Asistencia a Víctimas las siguientes entidades sociales activas en el campo de la discriminación racial o por origen étnico: Asociación Comisión Católica Española de Migraciones (ACCEM), Cruz Roja Española, Consorcio de Entidades para la Acción Integral con Migrantes (Fundación CEPAIM), Fundación Secretariado Gitano (FSG), Movimiento por la Paz, el Desarme y la Libertad (MPDL), Red Acoge, Movimiento contra la Intolerancia (MCI) y Unión Romani.

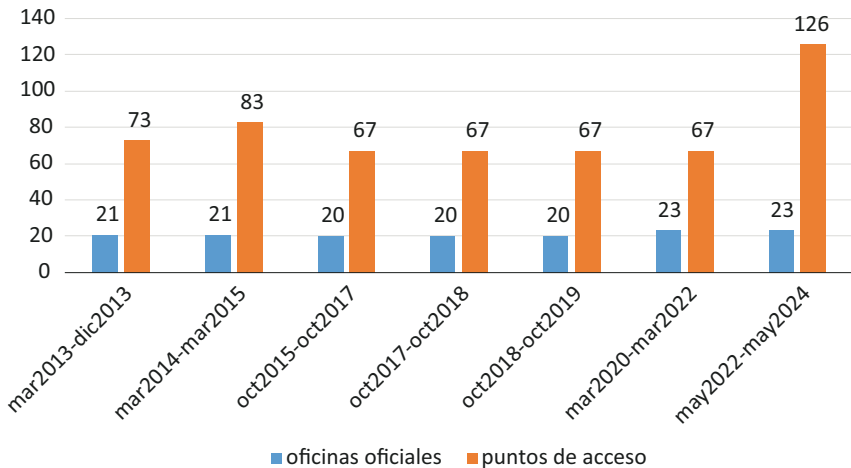
Estas organizaciones pusieron a disposición del organismo de igualdad 104 sedes territoriales para que potenciales víctimas de discriminación pudieran presentar sus denuncias (CEDRE 2011, 3)²². Estos puntos físicos de atención, que en 2011 aumentaron a 128, no eran sedes oficiales del servicio con dotación económica *ad hoc* (CEDRE 2012, 97), sino las propias oficinas de las entidades sociales cuyos equipos técnicos asumían -entre sus muchas otras tareas- la de atender *ad honorem* las denuncias que entraban en el ámbito del SAVD, tras recibir una formación básica (CEDRE 2012, 99). Algunas de las reivindicaciones que la Red de Centros del SAVD hacían en este primer periodo eran la posibilidad de litigar en nombre de las víctimas, la necesidad de mejorar los procedimientos de reclamación y sanción, así como mejorar la visibilidad y comunicación del Servicio (CEDRE 2012, 99 y CEDRE 2011, 26).

Por causas que no se explican en la Memoria de 2013, los servicios del SAVD quedaron interrumpidos en 2012 (CEDRE 2014, 4), pero a comienzos de 2013 la FSG ganó la licitación pública del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y asumió la gestión del SAVD-CEDRE mediante un contrato de servicios de dos años. Esto supuso un antes y un después en cuanto a la transparencia de sus actividades y la estabilidad de su presupuesto dentro del CEDRE. Para ello, la FSG contó con la colaboración de las mismas entidades originales (excepto Unión Romani), más la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) y, desde 2020, con la Asociación Rumiñahui. Estas mismas entidades son las que han actuado como subcontratistas del servicio en consorcio con la FSG hasta hoy, exceptuando a MCI, que en 2022 abandonó la red.

²² Estas oficinas, o puntos de información, no estaban dotadas presupuestariamente por el Ministerio al cual se encontraba vinculado el CEDRE, sino que eran las sedes territoriales propias de las respectivas ONG.

En esta segunda etapa, que se inicia en 2013 con la FSG al frente del SAVD, dicho servicio cuenta ya con un número estable de 20 oficinas oficiales dotadas con personal especializado y un presupuesto asignado por el Ministerio competente, sin prescindir de los puntos de información (también denominados “puntos de acceso”). El número de oficinas oficiales aumentó a 23 para el bienio 2022-2024, todas ellas sedes territoriales de las entidades mencionadas²³. La red cuenta hoy, además, con 126 puntos de acceso que las entidades colaboradoras ponen a disposición de las potenciales víctimas, pero sin contar con una asignación presupuestaria propia para personal.

Gráfico 1

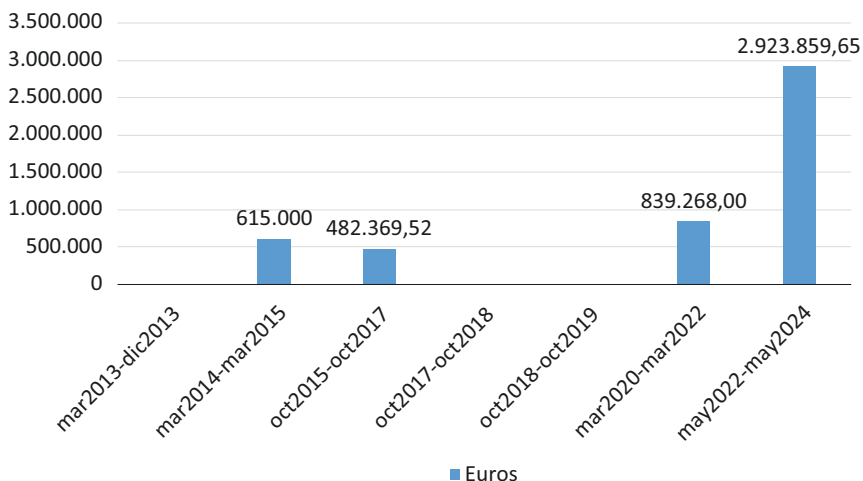
Evolución del número de oficinas del SAVD-CEDRE

Fuente: elaboración propia a partir de las memorias de resultados del SAVD-CEDRE.

A pesar de la relativa estabilidad en la red asistencial en los últimos diez años (Gráfico 1), la evolución del presupuesto de SAVD-CEDRE en este mismo periodo ha sido muy errática (Gráfico 2).

²³ Ver <https://igualdadynodiscriminacion.igualdad.gob.es/redOficinas/portada/home.htm>

Gráfico 2
Evolución del presupuesto del SAVD-CEDRE



Fuente: elaboración propia a partir de las memorias de resultados del SAVD-CEDRE y de la información obtenida de la Plataforma de Contratación del Sector Público²⁴.

El Gráfico 2 refleja los periodos de actividad del SAVD-CEDRE que coinciden con las fechas de inicio y fin de los sucesivos contratos de servicios firmados entre la Administración del Estado y la FSG tras las correspondientes licitaciones²⁵. Como se observa, en varios periodos el SAVD no funcionó bajo contrato público y, por tanto, no recibió financiación²⁶. Aunque la atención efectiva a las víctimas no se interrumpió durante los tramos sin contrato público, esta discontinuidad en la financiación del servicio repercutió directamente en su funcionamiento y en la rigurosidad de la información presentada en sus memorias e informes anuales. Justamente debido a estas carencias financieras y contractuales, entre otros motivos, el presidente del CEDRE dimitió en septiembre de 2015 y no fue reemplazado hasta octubre de

²⁴ Datos no disponibles para los tres periodos que aparecen en blanco.

²⁵ Entre octubre de 2017 y octubre de 2019 se prorrogó dos veces el contrato de octubre de 2015 sin que se produjera un aumento de la financiación.

²⁶ La contratación de este servicio con la Administración General del Estado quedó interrumpida en los periodos 01/01/2014 - 14/03/2014; 16/03/2015 - 11/10/2015; 13/12/2018 - 31/12/2018; 13/12/2019 - 25/03/2020; 24/03/2022 - 23/05/2022. Para evitar reflejar públicamente estas discontinuidades, la memoria del 2022, a diferencia de todas las demás, recoge los resultados y las actividades del año natural.

2018 (Rey 2021, 52)²⁷. Esto añadió un problema de ausencia de liderazgo en el seno del CEDRE y la consecuente falta de dirección estratégica en este organismo durante tres años. Todas estas complicaciones llevaron a una notable reducción de sus actividades, incluyendo un parón en la producción de informes y documentos científicos (Susó 2020, 9).

El 6 de octubre de 2020 el Ministerio de Igualdad dispuso el cese de la presidenta del CEDRE, la catedrática Solanes²⁸, y el mismo día nombró al historiador Antonio Pallás²⁹. Este hecho coincide prácticamente en el tiempo con la nueva licitación del SAVD, que volvió a ganar la FSG, con un presupuesto que superó los 800.000 euros para un contrato de dos años. Tal como refleja el Gráfico 2, este presupuesto se vio triplicado para el contrato 2022-2024.

Las sucesivas discontinuidades en la financiación, en el funcionamiento y en el liderazgo del CEDRE, cuyo origen parece radicar en el permanente desinterés político en este tipo de organismo, han provocado que el propio ente y sus funciones para con la ciudadanía hayan permanecido en un anonimato ciertamente enigmático. Anonimato que ni las ocho entidades que conforman el Servicio de Atención a Víctimas, ni la campaña mediática contra la discriminación racial que el Ministerio de Igualdad lanzó en noviembre de 2022 han logrado revertir hasta la fecha³⁰. En este sentido, es de destacar que tanto el CEDRE como el SAVD brillan por su ausencia en el debate público sobre el racismo en España.

2. La Propuesta de Directiva sobre organismos de igualdad en el contexto español

Del artículo 13 de la Directiva 2000/43/CE se desprende que, para poder cumplir con las funciones que les han sido asignadas, los OI deben ser órganos ejecutivos y de gestión, y no únicamente espacios de participación, representación, o consulta de las administraciones. Dado que el CEDRE es más bien esto último, hasta ahora, esta faceta se ha suplido en España con la puesta en marcha y continuidad funcional del SAVD-CEDRE

²⁷ La incorporación de la siguiente presidenta del CEDRE se produjo en octubre de 2018 (Orden PCI/1025/2018, de 3 de octubre).

²⁸ Orden IGD/941/2020, de 6 de octubre (BOE n. 267, de 9 de octubre de 2020).

²⁹ Orden IGD/951/2020, de 6 de octubre (BOE n. 270, de 12 de octubre de 2020).

³⁰ Campaña "Sí, es racismo": <https://www.igualdad.gob.es/comunicacion/campanas/Paginas/campana-si-es-racismo.aspx>

(Rey 2021, 51). Sin embargo, en los últimos cinco años han empezado a surgir estándares mucho más detallados a nivel de la UE sobre los requisitos mínimos que deben cumplir los OI. Primero, con la Recomendación de 2018, aunque su naturaleza no vinculante hizo que haya tenido un alcance limitado (Benedí 2021, 390). Segundo, con la Propuesta de Directiva, que desarrolla aún más en detalle los requisitos mínimos de competencias y diseño institucional que deben cumplir los OI³¹.

Este apartado analiza las disposiciones de la Propuesta de Directiva que tienen mayor relevancia para una prestación de asistencia independiente y efectiva a las víctimas de discriminación, a saber, su independencia (3.1), los motivos cubiertos y alcance del mandato (3.2), y la función asistencial y otras funciones relacionadas (3.3). En esta parte del artículo se identifican los aspectos en los que el CEDRE y el SAVD, así como la futura Autoridad, cumplen con los requisitos de la Propuesta de Directiva.

2.1. *Independencia*

La independencia de los OI es un aspecto transversal de crucial importancia que afecta profundamente al desempeño de todas sus funciones, y debe existir tanto a nivel normativo *-de jure-* como en la práctica *-de facto-* (Benedí 2021, 394). Por ello, tanto la Recomendación como la Propuesta de Directiva hacen especial hincapié en este aspecto. Esta última establece que los OI “deben estar libres de influencia externa en el desempeño de sus funciones y ejercicio de sus competencias, en particular en lo que se refiere a su estructura jurídica, rendición de cuentas, presupuesto, personal y cuestiones organizativas”³². La Propuesta también hace referencia expresa a la necesidad de que la estructura interna de los OI garantice la prestación de asistencia independiente a las potenciales víctimas y a que se salvaguarde la independencia del personal y la dirección de los OI a través de normas transparentes sobre la selección, nombramiento, destitución del personal y los conflictos de interés³³.

Actualmente, el CEDRE no cumple con este requisito de independencia. Aunque puede considerarse que el SAVD-CEDRE permite la prestación de asistencia jurídica independiente a víctimas gracias a la externalización del servicio a ONGs, varios informes de la

³¹ Ver Propuesta de Directiva, pp. 9-16.

³² Art. 3(1).

³³ Art. 3(2).

Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) han alertado sobre la falta de independencia del CEDRE y recomiendan que se modifique su diseño institucional para que deje de depender de un ministerio y se rijan por las Recomendaciones Generales números 2 y 7 “en lo tocante a su independencia” (ECRI 2010, 18 y ECRI 2018, 18).

El artículo 41.1 de la Ley 15/2022 reconoce la independencia *de iure* de la Autoridad pues establece que actúa “con plena independencia y autonomía funcional respecto de las administraciones públicas”. Sin embargo, el artículo 41.4 prevé que el presidente de la Autoridad sea nombrado directamente por el gobierno y aprobado por mayoría absoluta en el Congreso, con lo que abre la puerta a posibles influencias políticas en dicho nombramiento que podrían afectar a la independencia *de facto* de este organismo. No obstante, el régimen de cese y conflicto de intereses podría contrarrestar esta influencia y por tanto garantizar suficientemente el ejercicio independiente de sus funciones, tal y como exige la Propuesta de Directiva.

2.2. *Motivos cubiertos y alcance del mandato de los OI*

Como ya se ha visto, hasta ahora la normativa vinculante de la UE no exigía que existiera un OI con competencias respecto a todos los motivos de discriminación protegidos³⁴. La Comisión Europea lleva años intentando ampliar dicha normativa -sin éxito- a través de la Propuesta de Directiva Horizontal (Benedí 2023). En línea con la Recomendación 2018/951, la Propuesta de Directiva incluiría por fin la obligación de que los OI tengan competencias respecto a “todos” los motivos y ámbitos de discriminación cubiertos en las Directivas 79/7/CEE, 2000/43/CE, 2000/78/CE y 2004/113/CE³⁵.

Aunque la normativa española abarca todos los motivos de discriminación de las citadas directivas, en la actualidad los OI estatales solo cubren dos motivos: el CEDRE es competente respecto a la discriminación por origen racial o étnico y el Instituto de las Mujeres respecto a la discriminación por razón de género³⁶. Sin embargo, la Ley

³⁴ Las Directivas 79/7/CEE y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación («Directiva de igualdad en el empleo») no incluyen dicha obligación.

³⁵ Cap. II, 1.1.1.1. y 1.1.1.2.

³⁶ En 2014 la Comisión Europea llamó la atención a España y otros cinco países (Dinamarca, Italia, Malta, Portugal y Finlandia) que carecían de un OI con competencias

15/2022 resuelve este problema en sus artículos 2, 3 y 40 con la creación de la Autoridad. Aunque será el estatuto de dicha Autoridad el que, en el futuro, desarrolle su diseño institucional, el Artículo 40 ya establece que tendrá competencia para todas “las causas [de discriminación] y en los ámbitos competencia del Estado previstos en esta ley, tanto en el sector público como en el privado”.

2.3. *La función asistencial y otras funciones relacionadas*

Según lo expuesto en la introducción, los OI deben tener dos funciones mínimas: (1) asistenciales y (2) de promoción de la igualdad. En algunos países también tienen funciones cuasi-judiciales, pero este no es el caso del CEDRE, ni de la futura Autoridad. Aunque todas las funciones de los OI son importantes y complementarias, aquí nos centramos en las novedades que introduciría la Propuesta de Directiva en el contexto español, dado que este es el foco de atención de este trabajo.

Las Directivas no aclaran qué se entiende por “*providing independent assistance to victims of discrimination in pursuing their complaints about discrimination*”, que en la versión española se traduce como “prestar asistencia independiente a las víctimas de discriminación a la hora de tramitar sus reclamaciones por discriminación”³⁷. Así, no queda claro si lo que las Directivas requieren es que los OI presten lo que en *common law* se denomina *legal assistance* (asistencia legal), que supone simplemente facilitar información “general” sobre la legislación y aspectos procedimentales, o si también es necesario prestar *legal advice* (asesoramiento jurídico), que supone, además, “aconsejar” a la víctima desde un punto de vista legal teniendo en cuenta los hechos que “específicamente” le incumben (Benedí 2021, 395). Como consecuencia de esta

respecto a todos los motivos de discriminación cubiertos por el Derecho de la UE. Véase el «Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo Informe conjunto sobre la aplicación de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de las personas independientemente de su origen racial o étnico («Directiva de igualdad racial») y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación («Directiva de igualdad en el empleo»». Consultado el 26 de septiembre de 2023.: [https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/com/com_com\(2014\)0002_com_com\(2014\)0002_es.pdf](https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/com/com_com(2014)0002_com_com(2014)0002_es.pdf).

³⁷ Directiva 43/2000/CE, Art. 13(2).

imprecisión, la variedad de funciones de asistencia que podemos encontrar en los OI de los Estados Miembros abarca un gran espectro entre estos dos extremos, llegando incluso a incluir la posibilidad de intervenir como parte en procedimientos, iniciarlos en apoyo a víctimas, o que los OI los inicien en su propio nombre (Chopin y Germain 2022, 107). En el caso español, el SAVD-CEDRE continúa asumiendo la función asistencial, que incluye tanto la asistencia legal como el asesoramiento jurídico a víctimas. Sin embargo, actualmente, el CEDRE no puede participar ni iniciar litigios debido a que carece de personalidad jurídica.

La Recomendación 2018/951 trató de precisar los aspectos que la función asistencial de los OI debía incluir: 1) recibir y tramitar denuncias individuales o colectivas; 2) proporcionar “asesoramiento jurídico” a las víctimas (también a la hora de tramitar sus denuncias); 3) participar en actividades de mediación y de conciliación; 4) representar a los denunciadores ante los tribunales; 5) actuar en calidad de *amicus curiae* o de experto donde fuera necesario³⁸. La Propuesta de Directiva recoge el guante sobre estas sugerencias y las desarrolla en varios de sus artículos. En concreto, el artículo 6.1 precisa que la “asistencia a las víctimas” supone que los OI reciban “denuncias de discriminación, oralmente, por escrito y en línea”. También señala que la asistencia debe incluir las dos facetas previamente mencionadas: información “general” del marco legal y asesoramiento “específico” para su caso, así como información sobre aspectos procesales, vías de recurso y acciones judiciales, y sobre los servicios del OI y de otro tipo de apoyo³⁹. En España, el SAVD-CEDRE ya desempeña todas estas funciones, y la Ley 15/2022 prevé que la Autoridad sustituya a este último en la recepción y tramitación de las quejas o reclamaciones⁴⁰, y que el asesoramiento que preste se adapte a la situación personal de la víctima y a “su contexto, necesidades y capacidades”⁴¹.

Además, el Artículo 7 de la Propuesta de Directiva establece la posibilidad de que los OI tengan una función mediadora, es decir, que ofrezcan “soluciones amistosas” a las quejas de discriminación recibidas

³⁸ Recomendación (UE) 2018/951 de la Comisión, de 22 de junio de 2018, sobre normas relativas a los organismos para la igualdad (DOUE n. 167, de 4 de julio de 2018), Cap. II, 1.1.2.1.

³⁹ Propuesta de Directiva, Art. 6.2-3.

⁴⁰ Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOE n. 167, de 13/07/2022). Art. 40.a.

⁴¹ Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOE n. 167, de 13/07/2022). Art. 5.2.

a través de sistemas alternativos de resolución de conflictos, como la mediación o la conciliación. El SAVD-CEDRE ya ofrece informalmente este tipo de servicio (CEDRE 2015, 42), que es particularmente útil en los estadios iniciales de las quejas por discriminación⁴² y puede ayudar a reducir los costes materiales y psicológicos de procesos de queja o litigios prolongados (Hunter y Leonard 1997, 302). Está expresamente previsto que la futura Autoridad continúe ejerciendo esta función mediadora. Para ello, ambas partes deberán consentir expresamente someterse a mediación o conciliación, y deberán acatar la decisión de la Autoridad, que tendrá carácter vinculante⁴³.

La Propuesta de Directiva también desarrolla por primera vez otras tres funciones ligadas y derivadas de la función asistencial: la función evaluadora, la función investigadora y la función procesal. La función evaluadora conlleva la emisión de una "evaluación preliminar" obligatoria de todas las quejas que reciban los OI, en la que se facilite al denunciante una valoración jurídica de la situación y del posible seguimiento⁴⁴. Esto puede aportar claridad a muchas víctimas, que a menudo se encuentran confusas e indecisas sobre los pasos a seguir.

En cuanto a la función investigadora, lo interesante de la Propuesta de Directiva es no solo que los OI deberán tener potestades para investigar posibles situaciones de discriminación⁴⁵ (tras una denuncia o de oficio)⁴⁶, sino también que deberán tener derecho de acceso a la información necesaria y la legislación nacional podrá obligar al presunto autor y a cualquier tercero a que faciliten la información y documentación solicitada⁴⁷. Además, cuando los OI decidan llevar a cabo una investigación, deberán explicar sus conclusiones por escrito mediante un dictamen "no vinculante"⁴⁸.

Respecto a las funciones evaluadoras e investigadoras, según la información disponible en las memorias anuales, el SAVD-CEDRE las ha

⁴² Entrevista con la Coordinación del SAVD-CEDRE (23 Abril 2013).

⁴³ Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOE n. 167, de 13/07/2022). Art.40.b.

⁴⁴ Propuesta de Directiva, Art. 6.4 y p.21.

⁴⁵ Esta facultad también se mencionaba brevemente en la Recomendación, Cap. II, 1.1.2.4.

⁴⁶ Las pruebas que los OI obtengan en el ejercicio de esa potestad no podrán ser utilizadas en procedimientos judiciales en los que los OI actúen en nombre o en apoyo de la víctima (Propuesta de Directiva, Art. 9.4).

⁴⁷ No obstante, esto se deja abierto a cómo se implemente a nivel nacional, Art. 8.3.

⁴⁸ En el caso de los OI con competencias cuasi-judiciales, estas conclusiones podrán constituir decisiones "vinculantes", si así se establece en la legislación nacional, ver Art. 8.4 y p. 21.

ejercido mínimamente y más bien de manera informal. En cuanto a la futura Autoridad, la función evaluadora de las denuncias recibidas no está expresamente mencionada en la Ley 15/2022, por lo que deberá desarrollarse en el Estatuto de la misma. En cambio, la función investigadora sí que está prevista en dicha Ley, que también establece el deber de colaboración de las Administraciones Públicas y los particulares⁴⁹. Sin embargo, la Ley 15/2022 no especifica el formato que deberán tener las conclusiones de las investigaciones⁵⁰. Lo lógico sería que la Autoridad emitiera sus conclusiones como dictámenes “no vinculantes” dado que se concibe como un OI para la “promoción” de la igualdad de trato, “sin funciones cuasi-judiciales”⁵¹.

En línea con la Recomendación de 2018⁵², la Propuesta de Directiva también amplía las “funciones procesales” de los OI en relación no solo a denuncias recibidas sino también respecto a cualquier situación de “discriminación estructural o sistemática”⁵³. La Propuesta prevé que los OI puedan personarse en procedimientos relativos a sus propias decisiones vinculantes, que puedan intervenir en litigios como *amicus curiae* y que tengan legitimación activa para iniciar procedimientos administrativos o judiciales (en apoyo de víctimas, con su consentimiento) o en incluso en nombre propio⁵⁴. Esta última facultad -también conocida como *actio popularis*- supondría un notable avance dado que permitiría a los OI actuar en defensa del interés público en casos de “discriminación estructural o sistemática”⁵⁵, incluso en la ausencia de víctimas identificables, algo que todavía no es posible ni en España ni en muchos otros Estados Miembros (Chopin y Germain 2022, 92).

Aunque el SAVD-CEDRE nunca ha tenido funciones procesales, la Ley 15/2022 prevé que la futura Autoridad pueda participar o asistir a las víctimas en acciones judiciales, con el consentimiento de estas.⁵⁶

⁴⁹ Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOE n. 167, de 13/07/2022). Arts. 44.3 y 44.4.

⁵⁰ Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOE n. 167, de 13/07/2022). Art. 40.c.

⁵¹ De hecho, el Art. 40.c establece que en las investigaciones donde la discriminación revista carácter de infracción penal, la Autoridad deberá “cesar en la investigación y remitir el tanto de la culpa al Ministerio Fiscal o a la autoridad judicial”.

⁵² Recomendación (UE) 2018/951 de la Comisión, de 22 de junio de 2018, sobre normas relativas a los organismos para la igualdad (DOUE n. 167, de 4 de julio de 2018), Cap. II, 1.1.2.1, 1.1.2.2.

⁵³ Propuesta de Directiva, Art. 9.3.

⁵⁴ Propuesta de Directiva, Art. 9.2 y 9.3.

⁵⁵ Propuesta de Directiva, Art. 9.3.

⁵⁶ Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOE n. 167, de 13/07/2022). Art. 40.d.

También se faculta a la Autoridad para que pueda iniciar *actio popularis*, esto es, procedimientos en nombre propio para la defensa del interés público “cuando las personas afectadas sean una pluralidad indeterminada o de difícil determinación”⁵⁷. La Ley 15/2022 no menciona expresamente la posibilidad de que la Autoridad intervenga en litigios que versen sobre normativa antidiscriminatoria como *amicus curiae* a iniciativa propia, pero al menos permite que tanto órganos judiciales como el Ministerio Fiscal soliciten un informe de la Autoridad⁵⁸.

2.4. Recursos

En línea con la Recomendación de 2018⁵⁹, la Propuesta de Directiva requiere que los Estados Miembros se aseguren de que los OI disponen de “recursos humanos, técnicos y financieros necesarios” para desempeñar todas sus funciones y competencias eficazmente, respecto a todos los motivos de discriminación⁶⁰, incluso cuando su mandato también abarque otros ámbitos (como los derechos humanos)⁶¹. La dificultad práctica de esta norma sería determinar, para cada OI, cuál sería un nivel suficiente de recursos para asegurar la efectividad de sus funciones. No obstante, la Propuesta de Directiva prevé que la Comisión establezca indicadores para supervisar la efectividad práctica de la futura Directiva, que abarcarían, entre otros aspectos, los recursos y eficacia de los OI⁶².

A pesar de una ligera mejoría en los últimos años, la falta de recursos adecuados para ejercer sus funciones efectivamente ha sido una de las grandes flaquezas tanto del CEDRE como del SAVD-CEDRE desde su constitución⁶³. La Ley 15/2022 hace referencia expresa al personal, recursos económicos y presupuesto de la futura Autoridad,

⁵⁷ Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOE n. 167, de 13/07/2022), Disp. Fin. 2ª, Apartado 1, Disp. Fin. 3ª, Apartado 1.

⁵⁸ Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOE n. 167, de 13/07/2022), Art. 40.m.

⁵⁹ Recomendación (UE) 2018/951 de la Comisión, de 22 de junio de 2018, sobre normas relativas a los organismos para la igualdad (DOUE n. 167, de 4 de julio de 2018), Cap. II, 1.1.1.3, 1.2.2, 1.2.3.5.

⁶⁰ Propuesta de Directiva, Art. 4.1.

⁶¹ Propuesta de Directiva, Art. 4.2. Este no es el caso del CEDRE, ni lo será para la futura Autoridad, pero si se da en otros países como en Holanda o Irlanda.

⁶² Propuesta de Directiva, Art. 16(1).

⁶³ Ver apartado 2.

así como al control económico y financiero de dicho presupuesto⁶⁴. Sin embargo, dicha ley no se adentra en el problema de cómo asegurar que los recursos sean suficientes para que la Autoridad pueda desempeñar sus funciones con eficacia. La citada ley tampoco menciona los locales y/o las infraestructuras a los que la Autoridad debería tener acceso. De hecho, la referencia en el Artículo 40.a) a que “se contará” con la colaboración de organizaciones especializadas en la promoción de la igualdad de trato parece sugerir que “se deberá” seguir contando con las ONG para prestar asistencia a víctimas. De hecho, la puerta queda abierta a que incluso sean estas las que continúen siendo las principales prestadoras del servicio y sigan aportando sus recursos y locales, como ocurre actualmente⁶⁵.

2.5. *Accesibilidad, vías de acceso y confidencialidad*

La Propuesta de Directiva recoge dos obligaciones para facilitar la accesibilidad de las potenciales víctimas al OI⁶⁶, y que ya contemplaba la Recomendación de 2018: la gratuidad del servicio de asistencia y que existan tres vías para presentar denuncias (oralmente, por escrito, y en línea) en la lengua de elección del demandante que sea común en el Estado Miembro⁶⁷. En la actualidad, el SAVD-CEDRE ya cumple con el requisito de gratuidad, y la Ley 15/2022 lo contempla en su artículo 5.4. Las tres vías de presentación de denuncias no se mencionan expresamente en la Ley 15/2022, pero dado que el SAVD-CEDRE ya las ofrece, es de esperar que la Autoridad continúe haciéndolo.

Dado que la baja tasa de denuncias de casos de discriminación suele, en parte, deberse al miedo a las represalias, la Propuesta de Directiva también requiere que los OI aseguren la confidencialidad para los denunciadores, testigos e informantes⁶⁸. Nada dice la Ley 15/2022 de esta obligación, pudiendo representar esta omisión un problema, toda vez que este no se encuentra resuelto en la estructura actual del

⁶⁴ Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOE n. 167, de 13/07/2022), Art. 42.

⁶⁵ Ver apartado 2 y 4.

⁶⁶ Propuesta de Directiva, Art. 6.2 y 11.2, y Considerando 23.

⁶⁷ Recomendación (UE) 2018/951 de la Comisión, de 22 de junio de 2018, sobre normas relativas a los organismos para la igualdad (DOUE n. 167, de 4 de julio de 2018), Cap. II, 1.2.3.1 y 1.2.3.2.

⁶⁸ Propuesta de Directiva, Art. 10; véase también la Recomendación (UE) 2018/951 de la Comisión, de 22 de junio de 2018, sobre normas relativas a los organismos para la igualdad (DOUE n. 167, de 4 de julio de 2018), Cap. II, 1.2.3.3.

SAVD-CEDRE, al carecer todavía de protocolos claros de actuación en este sentido.

Finalmente, la Propuesta de Directiva requiere que se garantice la accesibilidad a las publicaciones y servicios de los OI y que “no existan obstáculos para la presentación de denuncias”⁶⁹. Esto supondría, por ejemplo, facilitar la accesibilidad telemática a publicaciones en distintos formatos para personas con dificultad de visión, y otros ajustes razonables para que personas con discapacidad puedan acceder a los servicios del OI sin ningún tipo de barreras. Además, la Propuesta de Directiva menciona expresamente la necesidad de prestar servicios “en todo el territorio, incluidas las zonas rurales y remotas”⁷⁰.

El SAVD-CEDRE todavía está lejos de facilitar la plena accesibilidad a sus servicios para personas con discapacidad. Para que esto se cumpliera mínimamente, todas las ONG subcontratadas deberían adaptar sus sedes físicas y electrónicas a todo tipo de discapacidad, lo cual no es tarea fácil, más aún con el riesgo de que en una futura licitación se quedaran fuera del SAVD-CEDRE. No obstante, la Ley 15/2022 sí que menciona expresamente el “acceso integral” de todas las víctimas, “especialmente aquellas con discapacidad”, a información y asesoramiento⁷¹, por lo que el futuro diseño institucional de la Autoridad debería facilitararlo.

Sin embargo, dicha ley no hace alusión a asegurar la presencia de la Autoridad en todo el territorio español. A diferencia de lo que ocurre con otros OI, como el francés (*Défenseur des droits*), que pone a disposición del público 550 delegados (voluntarios) y más de 800 puntos de acceso⁷², el SAVD-CEDRE solo cuenta con 23 oficinas territoriales, 126 puntos de acceso y una central que ofrece atención telemática. Claramente, esta estructura es insuficiente para absorber la demanda y ofrecer una atención personalizada y de calidad en todo el territorio⁷³.

⁶⁹ Propuesta de Directiva, Art. 11.1.

⁷⁰ Propuesta de Directiva, Art. 11.3; ver también Recomendación (UE) 2018/951 de la Comisión, de 22 de junio de 2018, sobre normas relativas a los organismos para la igualdad (DOUE n. 167, de 4 de julio de 2018), Capítulo II.

⁷¹ Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOE n. 167, de 13/07/2022), Art. 5.3.

⁷² Défenseur des Droits, ‘Les Délégués – Des représentants du Défenseur des Droits dans les territoires’, <https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/institution/les-delegues>

⁷³ La Ley 15/2022 cierra la posibilidad de que el OI español se integre en la estructura del Defensor del Pueblo, tal como proponen autores como Fernando Rey (Rey, 2021) y como seguía manteniendo en la entrevista para este artículo. Ver artículo 45 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (“Relación con el Defensor del Pueblo”).

Así pues, la Ley 15/2022 ha avanzado sustancialmente en la línea del diseño institucional que la Recomendación y la Propuesta de Directiva sugieren como el más apropiado y eficaz respecto a la función asistencial de los OI. Sin embargo, como se ha visto en este apartado, varios aspectos de ese diseño institucional ideal no quedan resueltos por la Ley española, y deberán ser expresamente determinados en el Estatuto de la futura Autoridad.

En el siguiente apartado presentamos una propuesta de diseño institucional que, a nuestro juicio, sería la que mejor cumpliría con las exigencias de la normativa de la UE, permitiendo también una gestión eficiente de recursos gracias a la utilización de las estructuras administrativas multinivel ya existentes en España.

3. Conclusión: La asistencia a víctimas de discriminación a través de un diseño institucional descentralizado, eficiente y accesible

En la Introducción planteábamos dos preguntas: 1) cuál sería el mejor diseño institucional de la Autoridad para garantizar una asistencia a las víctimas independiente y efectiva, y 2) cómo lograr que ese diseño abarque todos los motivos de discriminación eficazmente y garantizando la accesibilidad de las potenciales víctimas. Tras haber analizado el funcionamiento actual del CEDRE (apartado 2) y el diseño institucional que se sugiere a nivel de la UE (apartado 3), este bloque pretende responder dichas preguntas en base al análisis previo y aprovechando la descentralización que caracteriza a la Administración española. Teniendo en cuenta todos estos aspectos, las tres principales opciones para el diseño de la Autoridad serían las siguientes:

1. Opción "continuista": externalizar la asistencia a otras entidades (por ejemplo, ONG, como es el caso actual), y que estas sean las principales prestadoras de asistencia;
2. Opción "centralizadora": integrar plenamente la función asistencial en la estructura de la Autoridad, y que esta sea la única prestadora de asistencia;
3. Opción "descentralizadora-integradora": asignar la función asistencial a las estructuras administrativas ya existentes a nivel regional y/o local a través de las CCAA y entidades locales, así como las ONG, y fomentar la colaboración y complementariedad entre todos estos entes.

Partiendo del análisis del apartado anterior, queda claro que la opción 1 es problemática, entre otros motivos, porque las ONG pueden

carecer de recursos para garantizar la accesibilidad del servicio y suelen estar especializadas en prestar asistencia respecto a uno o dos motivos de discriminación. La opción 2 también tendría importantes inconvenientes: garantizar una presencia en todo el territorio *ex novo* sería muy costoso pues requeriría una gran nueva infraestructura repartida a nivel local. Por tanto, sugerimos como la mejor estrategia optar por la solución 3.

Un punto preliminar a considerar es si el CEDRE y la Autoridad deben o no coexistir, pues la Ley 15/2022 parece contradecirse a este respecto⁷⁴. En nuestra opinión, la Autoridad deberá sustituir a todos los efectos al CEDRE, lo que implicará derogar su régimen jurídico⁷⁵. Aclarado esto, explicamos a continuación por qué consideramos que la opción “descentralizadora-integradora” es la más acertada.

3.1. *El punto de partida: Independencia de iure y de facto*

La garantía del funcionamiento independiente y efectivo del SAVD estatal depende de dos actos jurídicos que aún no se han dado: el nombramiento de la persona que haya de presidir la Autoridad (una personalidad “de reconocido prestigio en la defensa y promoción de la igualdad de trato y la lucha contra la discriminación”)⁷⁶, y la asignación de personal y recursos (provenientes en un primer momento de la integración de algunas “funciones, entidades, organismos y servicios administrativos adscritos a la Administración General del Estado”)⁷⁷. Ambas cosas, nombramiento e integración de medios, están pendientes, a día de hoy. Si se opta por la opción descentralizadora-integradora,

⁷⁴ Ver Introducción.

⁷⁵ Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOE n. 167, de 13/07/2022), Artículos 35 y 43.

⁷⁶ Ver la definición y régimen jurídico de la Autoridad en los artículos 109 y 110 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

⁷⁷ Artículo 41.4 y Disposición adicional primera de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOE n. 167, de 13/07/2022). En cuanto a la “personalidad de reconocido prestigio”, sería deseable poder disponer del mejor perfil humano y el más idóneo. Según el preámbulo de la Ley, la fuerza de este perfil se basará “fundamentalmente en la *auctoritas* de su titular”. Será necesario, además, nombrarlo con el consenso necesario, es decir, alcanzar una mayoría absoluta en la comisión competente del Congreso, una mayoría plausible, no tan rígida como por ejemplo la necesaria para ciertas vocalías del Consejo General del Poder Judicial, que lo mantienen bloqueado hace años (cf. artículos 122.3 de la Constitución y 41.4 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación) (BOE n. 167, de 13/07/2022).

deberá también tenerse en cuenta a las CCAA, entidades locales y ONG en la asignación de recursos, pero la existencia de una estructura administrativa previa (con incluso OI autonómicos y locales) debería generar economías de escala y, por tanto, un ahorro sustancial de recursos. No obstante, un aspecto crucial será garantizar que el personal que preste asistencia en el seno de las CCAA y de las entidades locales actúe de forma independiente, de modo que, si se presentan denuncias contra las propias CCAA o entidades locales, no se produzcan conflictos de interés. Todos los OI de España, estatal, autonómicos y locales, deberán transponer la Directiva y devenir OI independientes.

3.2. *El ámbito de actuación de la Autoridad: potencialmente ilimitado*

La Autoridad es competente para abordar todo tipo de discriminaciones pues el artículo 2.1 de la Ley 15/2022 no solo se limita a enumerar catorce motivos de discriminación, sino que además contiene una lista abierta que incluye “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” no expresamente mencionada en el ámbito de aplicación de la norma. Como resaltamos en el siguiente punto, un ámbito de aplicación tan extenso -potencialmente, ilimitado- complica considerablemente la prestación de asistencia a víctimas puesto que las organizaciones y personas implicadas en ejercer dicha función deben contar, entre otras cosas, con los recursos y la formación adecuados.

3.3. *El ejercicio de la función asistencial: posibilidad de coexistencia de prestadores públicos y privados*

Para reforzar la independencia de la Autoridad, el artículo 42 de la Ley 15/2022 prevé que las funciones que impliquen su participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas sean desempeñadas por funcionarios, entendemos que de cualquier Administración española. El futuro Estatuto de la Autoridad debería fijar cuáles de sus funciones son potestades públicas. Pero la Propuesta de Directiva no determina que los servicios de atención a las víctimas de los OI deban ser públicos. En la misma línea, los apartados a) b) y e) del artículo 40 de la Ley 15/2022 aclaran en qué funciones podrán colaborar las entidades sociales “especializadas en la promoción de la igualdad de trato y el trabajo con grupos de población tradicionalmente afectados por la discriminación”, bajo la supervisión de funcionarios:

1. la prestación del servicio de asistencia a las víctimas,
2. la mediación y conciliación, salvo en algunos casos,
3. interesar la actuación de la Administración del Estado para sancionar las acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción administrativa⁷⁸.

El mismo artículo también aclara que las entidades sociales “deben participar” en la prestación de funciones de asistencia de la Autoridad⁷⁹ pero no tienen por qué desempeñar dicha función en exclusiva. En definitiva, la Ley 15/2022 deja la puerta abierta a que la propia Autoridad, así como otras Administraciones ejerzan también la función asistencial. Por ello, un diseño institucional que integre la colaboración entre la Autoridad, CCAA y entidades locales, y ONG permitiría aprovechar la experiencia previa del SAVD y los recursos administrativos existentes, dando máxima cobertura territorial para todos los motivos de discriminación.

3.4. *La necesidad de recursos humanos y económicos adecuados para garantizar la efectividad, accesibilidad y confidencialidad en la asistencia a víctimas*

Como ya se ha comentado, algo que resulta esencial para que la función asistencial de los OI funcione correctamente es una buena dotación de personal y recursos. Hoy, el SAVD cuenta con casi 3 millones de presupuesto de gasto y con 149 oficinas (entre oficinas oficiales y puntos de acceso)⁸⁰, pero ha habido periodos en los que ha carecido de dotación económica alguna. Aparte de que el servicio deba ser financiado, como es lógico, sin interrupción, una “buena” dotación implica que los recursos de los que disponga el SAVD sean suficientes para una prestación efectiva de asistencia a víctimas de discriminación. En efecto, según un reciente informe del Parlamento Europeo la plena efectividad de los OI depende de dedicarles recursos, tanto humanos como financieros (Collová et al 2022).⁸¹

⁷⁸ Al contrario, interpretamos que no podrán desempeñar ninguna otra función.

⁷⁹ El Artículo 40.a) de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOE n. 167, de 13/07/2022) dice “se contará con la colaboración de (...)”.

⁸⁰ Gráficos 1 y 2.

⁸¹ La encuesta se envió a 36 miembros de Equinet y se obtuvieron 23 respuestas de 19 Estados miembros de la UE más Albania. Además, se analizaron 107 documentos institucionales.

Actualmente, no existe ningún parámetro objetivo nacional ni europeo que indique cuál sería una “buena” dotación presupuestaria para un OI⁸². No obstante, comparar el presupuesto per cápita del SAVD-CEDRE con el de otros OI europeos puede dar una idea de qué cifras se podrían manejar. Como se observa en la Tabla 1, el presupuesto per cápita del SAVD-CEDRE es muy inferior al de los otros tres OI establecidos en Bélgica, Francia e Irlanda. Hay que tener en cuenta que estos países tienen una renta per cápita superior a la española y, a diferencia del CEDRE, sus OI son competentes respecto a cualquier motivo de discriminación. No obstante, dado que la Autoridad va a ser competente para prestar asistencia respecto a cualquier motivo de discriminación, consideramos que sería razonable que su presupuesto per cápita aumente para acercarse a niveles cercanos a aquellos.

Tabla 1

Comparación del presupuesto del CEDRE con el de otros OI europeos

Miembro de la UE	Nombre del OI	Presupuesto total asignado OI (€)	Presupuesto per capita del OI (€)
Bélgica	Interfederal Centre for Equal Opportunities (UNIA)*	9.811.000 (2020)	0,85
España	SAVD-CEDRE***	2.923.860 (2022)	0,061
Irlanda	Irish Human Rights and Equality Commission (IHREC)**	6.814.000 (2020)	1,31
Francia	Defenseur des Droits (DD)*	212.878.000 (2019)	3,16

Fuentes: Elaboración propia con datos de Equinet; Central Statistics Office (Irlanda); INSEE (Francia); Statbel (Bélgica); INE (España).

Notas: *OI que cubren todos los motivos de discriminación y prestan asistencia presencial. El DD también tiene competencias en materia de derechos humanos. **OI que cubre todos los motivos de discriminación y derechos humanos y presta asistencia telefónica (no presencial). ***El presupuesto total del CEDRE y el del SAVD-CEDRE son prácticamente equivalentes (ver apartado 2).

En cuanto al número de oficinas, el citado Informe europeo concluye que la presencia “territorializada” de los OI, es decir, distribuida por todo

⁸² Ver apartado 3.4 sobre la posibilidad de establecer indicadores europeos en esta materia.

el territorio no solo en las capitales nacionales, contribuye a sensibilizar sobre la realidad de las discriminaciones, tanto a la ciudadanía en general como a las comunidades vulnerables, en zonas aisladas y rurales. La territorialización suele facilitar, además, la accesibilidad⁸³. La existencia de oficinas a lo largo y ancho de los territorios nacionales no prejuzga el sistema de distribución de competencias en cada Estado miembro ni si las oficinas han de ser públicas o de entidades sociales. De hecho, en toda Europa ya existe esta territorialización a través de diferentes formatos que implican la cooperación de los OI con otras instituciones públicas y entidades sociales o voluntarios⁸⁴.

Además, si la accesibilidad supone que la asistencia se preste territorialmente cerca de las potenciales víctimas, también requiere que la entidad que preste asistencia en cada territorio lo haga para todos los motivos de discriminación para los que la Autoridad es competente. A este respecto, la Propuesta de Directiva establece que:

El servicio de atención a las víctimas debe estar al alcance de todas las víctimas potenciales, por ejemplo, a través del establecimiento de oficinas locales, incluyendo las móviles, el uso de herramientas de comunicación, organización de campañas locales, colaboración con delegados locales [otras administraciones o la propia administración de forma descentrada], organizaciones de la sociedad civil o proveedores de servicios [entidades sociales, agentes sociales, etc.]⁸⁵.

¿Cuáles son las ventajas de que las entidades sociales, así como otras Administraciones, colaboren con la Autoridad en la prestación de asistencia a lo largo del territorio español? Por un lado, las entidades sociales están en contacto más directo y permanente con las comunidades vulnerables y, por ello, conocen bien su realidad –mejor que la Administración–, lo que genera confianza y puede facilitar la identificación de situaciones de discriminación y la denuncia (Benedí 2021, 404). Por otro lado, la Administración tiene una red territorial de varios niveles que llega a todos los municipios españoles a través, por ejemplo, de las entidades locales y los ayuntamientos⁸⁶. Por su parte, la

⁸³ Entendida como vías para presentar denuncias (diversidad de “canales” de denuncia y lenguas) (ver apartado 3.5).

⁸⁴ “Los OI de 10 Estados miembros tienen delegaciones propias, (...), mientras que, al menos, en cuatro Estados miembros, son las regiones o los municipios los que han creado OI subnacionales”, (Collová et al. 2022, 1).

⁸⁵ Propuesta de Directiva, Considerando 37.

⁸⁶ Además, ciertos grupos de víctimas, como los migrantes, pueden ser reacios a contactar directamente a la Administración si carecen de permiso de residencia.

Administración puede estar mejor situada para prestar asistencia respecto a cualquier motivo de discriminación en comparación con una entidad social especializada en un motivo concreto. Además, si la Administración delegase la prestación de asistencia a entidades sociales debería ejercer en plenitud su capacidad de inspección, control, y evaluación.

Así, puede plantearse la pregunta: ¿Puede una entidad local (como un ayuntamiento) o una entidad social (como una ONG) cubrir todo el territorio y todos los motivos de discriminación eficazmente? Lo ideal sería que las distintas entidades locales y sociales trabajen complementándose, con el horizonte de una cobertura total del servicio, tanto respecto a motivos de discriminación como a territorio.

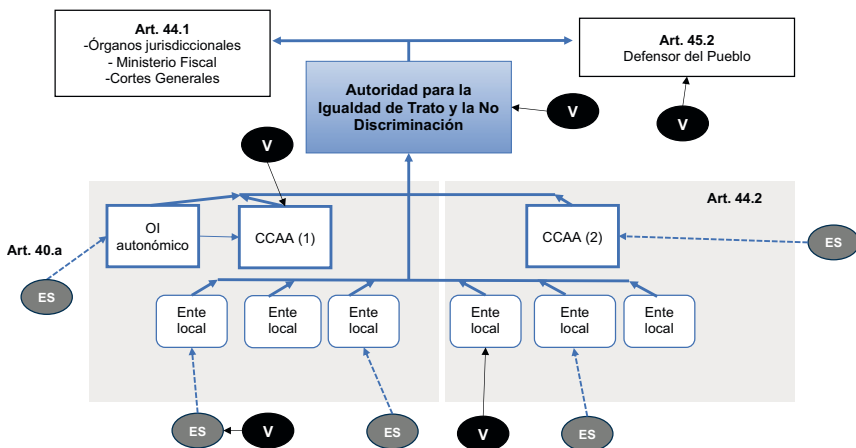
Como ya se ha avanzado, diversas CCAA y ayuntamientos disponen de servicios de asistencia a potenciales víctimas de discriminación para uno o varios de los motivos protegidos. En España, la competencia en la prestación de servicios públicos en materia anti-discriminación no es exclusiva del Estado. La Ley 15/2022 utiliza dos técnicas para articular la competencia estatal con las de otras administraciones y los entes sociales. Primero, indicando qué partes de la Ley son básicas y que, por tanto, han de ser tenidas en cuenta por todas las administraciones. Y segundo, previendo la colaboración entre las administraciones (con sus respectivos OI) y también externamente con las entidades sociales y agentes sociales. Partiendo de esa base, y según lo establecido en los artículos 40.a), 44.1, 44.2 y 45.2 de dicha ley, sugerimos el diseño institucional de colaboración entre la Autoridad, otros órganos administrativos/entes públicos y las entidades sociales que presentamos en el Gráfico 3.

Esta estructura descentralizada permitiría contar con las entidades sociales en la prestación de asistencia (con supervisión de la Autoridad), como requiere el artículo 40.a) de la Ley 15/2022, pero sin que estas fueran quien prestaran asistencia de modo exclusivo. Esto permitiría que víctimas espacialmente cercanas a las sedes de las entidades se dirigieran a ellas para potenciales denuncias, pero también que pudieran dirigirse a ayuntamientos, diputaciones, CCAA o a los diferentes OI para denunciar en caso de que les resultara más cómodo geográficamente o también por motivos de discapacidad.

En efecto, el deber de colaboración entre la Autoridad y otros organismos públicos "que por razón de sus funciones, participen en la defensa de los derechos" de colectivos vulnerables se prevé en el artículo 44.2. Esta colaboración debería traducirse, entre otras cosas, en que los entes públicos receptores de denuncias transmitieran sus datos a la Autoridad según protocolos establecidos, y especialmente, aquellos que la Autoridad pudiera utilizar para iniciar o personarse en litigios estratégicos.

Gráfico 3

Interpretación de la Ley 15/2022 respecto a posibles relaciones de colaboración entre la Autoridad, otros órganos administrativos y las entidades sociales en la función de asistencia a víctimas



Fuente: Elaboración propia.

Legenda: ES: Entidad Social; V: Víctima.

Este diseño *bottom-up* permitiría tanto la cercanía a las potenciales víctimas como que la Autoridad tuviera la visión de conjunto de lo que ocurre en todo el territorio español, facilitando también la colaboración y transmisión de información entre la Autoridad y las Cortes Generales, los órganos jurisdiccionales y el Ministerio Fiscal (artículo 44.1), y entre la Autoridad y el Defensor del Pueblo (artículo 44.1 y 45.2). Como también se proponía anteriormente, el Defensor del Pueblo podría incluso establecerse como el principal órgano competente para recibir denuncias contra las administraciones, en colaboración con la Autoridad, para evitar posibles conflictos de interés.

Para impulsar eficazmente esta estructura compleja, la Ley 15/2022 prevé instrumentos como la Estrategia Estatal y la Conferencia Sectorial de Igualdad, y se refiere también expresamente al principio general de cooperación interadministrativa, el mandato de coordinación de subvenciones públicas y contratación, el mandato de diálogo con ONG, el de participación de los representantes de las comunidades vulnerables, y sobre todo, al deber de colaboración⁸⁷.

⁸⁷ Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, Disposición adicional octava y artículos 34, 35, 39, 43 y 44.

Este artículo ha abordado aspectos organizativos y competenciales del OI Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, de la Administración del Estado, y que pueden contribuir a desarrollar todo su potencial y a la postre, promover mejor la igualdad de trato. No obstante, para que esta eficacia sea posible y para que este puzle institucional funcione en la práctica y no languidezca con conflictos competenciales, también será necesario un decidido impulso político. Esa es la pieza clave que aún está por llegar.

Bibliografía

- Ammer, Margit, Niall Cowley, Barbara Liegl, Elisabeth Holzleithner, Katrin Wladasch, Katrin y Kutsal Yesilkagit, 2010. *Study on Equality Bodies set up under Directives 2000/43/EC, 2004/113/EC and 2006/54/EC*. Human European Consultancy. Acceso el 26 de septiembre de 2023. <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/815d7d06-c009-4208-89d7-c6edcdc0cc5b>
- Benedí, Sara. 2023. «Equality bodies in the EU: origins, challenges and future prospects» en *Research Handbook on European Anti-Discrimination Law*, editado por Colm O'Conneide, Julie Ringelheim y Iyiola Solanke. En prensa. Cheltenham: Edward Elgar.
- Benedi, Sara. 2021. «Equality Bodies: advancing towards more responsive designs?». *International Journal of Law in Context* 17: 390-412. doi. [org/10.1017/S1744552321000240](https://doi.org/10.1017/S1744552321000240)
- Cachón, Lorenzo 2004. «España y la Directiva 2000/43: de la 'ocasión perdida' a una legislación general sobre igualdad de trato». *Tiempo de Paz* 73: 13-22.
- CEDRE. 2015. *Servicio de asistencia a víctimas de discriminación racial o étnica. Memoria Anual de resultados 2014* Servicio de Asistencia a Víctimas de Discriminación Racial o Étnica. Acceso el 26 de septiembre de 2023. <https://www.cear.es/wp-content/uploads/2016/03/MEMORIA-2014-SAVDRE.pdf>
- CEDRE. 2014. *Servicio de asistencia a víctimas de discriminación racial o étnico. Memoria Anual de resultados 2013*. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Acceso el 26 de septiembre de 2023. <https://www.cear.es/wp-content/uploads/2016/03/MEMORIA-2013-SAVDRE.pdf>
- CEDRE. 2012. *Informe anual sobre la situación de la discriminación y la aplicación del principio de igualdad de trato por origen racial o étnico en España 2011*. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Acceso el 26 de septiembre de 2023. https://igualdadynodiscriminacion.igualdad.gob.es/recursos/publicaciones/2012/documentos/2012_12_IA.pdf
- CEDRE. 2011. «Informe anual sobre la situación de la discriminación y la aplicación del principio de igualdad de trato por origen racial o étnico en

- España». Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad. Acceso el 26 de septiembre de 2023. <https://igualdadynodiscriminacion.igualdad.gob.es/recursos/publicaciones/2011/pdf/informeAnual2010.pdf>
- Chopin, Isabelle y Catharina Germain. 2022. «A comparative analysis of non-discrimination law in Europe». Comisión Europea. Dirección General de Justicia y Consumidores. Acceso el 26 de septiembre de 2023. <https://www.equalitylaw.eu/downloads/5812-a-comparative-analysis-of-non-discrimination-law-in-europe-in-2022>
- Collovà, Claudio, Fernandes Meenakshi y Maria Tanouand Friedrich Hipp. 2022. «Strengthening equality bodies through the EU». European Parliamentary Research Service. Acceso el 26 de septiembre de 2023: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/739239/EPRS_BRI\(2022\)739239_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/739239/EPRS_BRI(2022)739239_EN.pdf)
- Crowley, Niall. 2018. «Equality bodies making a difference». Comisión Europea. Dirección General de Justicia y Consumidores. Acceso el 26 de septiembre de 2023. <https://data.europa.eu/doi/10.2838/151984>
- ECRI. 2018. *Informe sobre España de 2018 (quinto ciclo de supervisión). CRI (2018)2*. Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia. Acceso el 26 de septiembre de 2023: <https://rm.coe.int/fifth-report-on-spain-spanish-translation-/16808b56cb>
- ECRI. 2010. *Informe sobre España de 2010 (cuarto ciclo de supervisión). CRI (2011)4*. Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia. Acceso el 26 de septiembre de 2023: <https://rm.coe.int/fourth-report-on-spain-spanish-translation-/16808b56c8>
- Equinet. National Equality Bodies. 2023. «Champions of Equality and Non-Discrimination». Acceso el 26 de septiembre de 2023: <https://equineteurope.org/wp-content/uploads/2023/02/Equinet-Brochure-digital.pdf>
- Equinet. Working Group on Policy Formation. 2012. «Equality Bodies: Current Challenges». Acceso el 26 de septiembre de 2023: <https://equineteurope.org/publications/equinet-perspective-on-equality-bodies-current-challenges/>
- Givens, Terri E., y Rhonda Evans Case. 2014. *Legislating Equality: The Politics of Antidiscrimination Policy in Europe*. Oxford Academic. doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198709015.001.0001
- Hunter, Rosemary y Anne Leonard. 1997. «Sex Discrimination and Alternative Dispute Resolution: British Proposals in the Light of International Experience». *Public Law* 42: 298-314.
- Ludlow, Amy. 2015. «Using Ethnographic Methods to Explore Labour Law Questions». En *New Frontiers in Empirical Labour Research*, editado por Amy Ludlow y Alysia Ludlow, 94-106. Londres: Hart-Bloomsboory.
- Pérez, Jesús y César Muñoz. 2016. «Evaluación cualitativa de las directivas de igualdad racial y de igualdad en el empleo». *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales* 21: 37.

- Rey, Fernando. 2021. «O organismo español para a igualdade: claves para a súa converxencia co modelo europeo». *Revista Galega de Administración Pública* 61: 43-73. doi.org/10.36402/regap.v0i61.4747
- Suso, Anabel (dir.). 2020. «Percepción de la discriminación por origen racial o étnico por parte de sus potenciales víctimas en 2020». CEDRE. Ministerio de Igualdad. Acceso el 26 de septiembre de 2023. Acceso el 26 de septiembre 2023. <https://igualdadynodiscriminacion.igualdad.gob.es/destacados/estudiopercepcion.htm>

Diferencias de trato en los Estados miembros ante la afluencia masiva de personas desplazadas y solicitantes de protección internacional ¿Discriminación o aplicación justificada del Derecho de la Unión?

Member States in the face of the massive influx of displaced persons and applicants for international protection: Discrimination or justified application of EU law?

Francisco Javier Durán Ruiz 
Universidad de Granada. España
fduranr@ugr.es

<https://doi.org/10.18543/djhr.2908>

Fecha de recepción: 25.09.2023

Fecha de aceptación: 19.11.2023

Fecha de publicación en línea: diciembre de 2023

Cómo citar / Citation: Durán, Francisco J. 2023. «Diferencias de trato en los Estados miembros ante la afluencia masiva de personas desplazadas y solicitantes de protección internacional. ¿Discriminación o aplicación justificada del Derecho de la Unión?». *Deusto Journal of Human Rights*, No. 12: 199-227. <https://doi.org/10.18543/djhr.2908>

Sumario: Introducción. 1. Afluencia masiva de desplazados y solicitudes de protección internacional en la Unión Europea y trato diferenciado en función del origen nacional y del Estado miembro. 2. La protección temporal a los desplazados por la guerra en Ucrania. Reflexión sobre la existencia de discriminación frente a situaciones similares, en las exclusiones de la Decisión de aplicación y en la implementación por los Estados miembros. 2.1. La consideración de afluencia masiva de desplazados ante la guerra de Ucrania. Protección eficaz en la UE ¿y también discriminación respecto de otras situaciones? 2.2. Exclusión de colectivos necesitados de protección internacional en la aplicación e implementación Directiva de Protección Temporal. España como excepción. 3. El futuro de la protección internacional en situaciones de afluencia masiva en la UE. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen: El objetivo de esta investigación es analizar si las diferencias de trato en los distintos Estados miembros y las disfunciones e incumplimientos de las normas del Sistema Común Europeo de Asilo, así como las distintas soluciones adoptadas por la Unión Europea frente a personas solicitantes de

protección internacional en supuestos de afluencia masiva de personas desplazadas, suponen una discriminación contraria a la Convención de Ginebra, a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE o la Directiva 2000/43/CE, de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, o bien están justificadas por las normas de la UE. Para ello se analizan en primer lugar algunas diferencias de trato en el Sistema Común Europeo de Asilo en función del origen nacional de los solicitantes y el Estado miembro de solicitud; posteriormente profundizamos en la Decisión del Consejo de la aplicación de la Directiva de Protección Temporal a los nacionales ucranianos desplazados por la guerra, determinando si su inaplicación en situaciones similares como la crisis de Bielorrusia o la guerra de Siria constituye un trato discriminatorio, así como la exclusión de su ámbito de aplicación a ciertos grupos de personas extracomunitarias necesitadas de protección internacional. Finalmente, se analiza si el "Reglamento de crisis" propuesto en el Nuevo Pacto de Migración y Asilo de la UE, aporta soluciones frente a estos supuestos de diferencia de trato o discriminación.

Palabras clave: Derecho de la UE, Discriminación, desplazados, solicitantes de asilo, protección internacional.

Abstract: The aim of this research is to analyze whether the differences in treatment in the different Member States and the dysfunctions and breaches of the rules of the Common European Asylum System, as well as the different solutions adopted by the European Union in the face of applicants for international protection in cases of mass influxes of displaced persons, amount to discrimination contrary to the Geneva Convention, the EU Charter of Fundamental Rights or Directive 2000/43/EC on equal treatment of persons regardless of their racial or ethnic origin, or whether they are justified by EU rules. To this end, we first analyze some differences in treatment in the Common European Asylum System according to the national origin of applicants and the Member State of application; we then examine in depth the Council Decision on the application of the Temporary Protection Directive to Ukrainian nationals displaced by war, determining whether its non-application in similar situations such as the crisis in Belarus or the war in Syria constitutes discriminatory treatment, as well as the exclusion from its scope of application of certain groups of non-EU persons in need of international protection. Finally, it analyses whether the "Crisis Regulation" proposed in the EU's New Pact on Migration and Asylum provides solutions to these cases of differential treatment or discrimination.

Keywords: EU Law, discrimination, displaced persons, asylum seekers, international protection.

Introducción

La Unión Europea tiene entre sus fundamentos un trato diferenciado entre las personas que disfrutaban del régimen de ciudadanos y los nacionales de terceros estados. Asimismo, a nivel internacional y de la propia Unión, dentro de los nacionales de terceros estados se establecen también categorías con sus respectivos estatus jurídicos diferenciados, que separan entre migrantes (económicos) y refugiados. Tales estatutos para Meyer y Boll (2018) o Bakewell (2018) crean una clasificación nítida y dual: personas que merecen protección o asistencia concretas en otro Estado (los refugiados), por una parte, frente a otras que no son merecedoras de la misma o que incluso pueden considerarse un peligro o amenaza (los inmigrantes).

Sin embargo, también se producen diferencias en el seno de la UE en la aplicación de la normativa de protección internacional y protección temporal por parte de los Estados miembros, lo que nos lleva a analizarlas, centrándonos en el ámbito subjetivo, y cuestionarnos si constituyen una discriminación o una diferencia de trato justificada y razonable en aplicación del Derecho de la UE, a través de un análisis doctrinal y normativo con referencias jurisprudenciales de la legislación de la UE y su implementación por los Estados miembros desde un punto de vista comparado.

Partimos de recientes análisis que distinguen los conceptos de diferencia de trato y discriminación, como el de La Spina (2022) y cabe preguntarse si diferencias de trato por origen nacional respecto a casos precedentes, como la protección temporal a los nacionales ucranianos por la UE, que ha llamado la atención de la doctrina (Milios 2022, Garcés 2022, Tondo 2022, González-Páramo 2022), constituyen discriminación o incluso crean un sistema dual de asilo como considera Costello y Foster (2022).

En concreto, la novedosa aplicación de la Directiva de Protección Temporal¹ por la UE a los desplazados por la guerra de Ucrania nos sitúa ante una nueva realidad y nos hace cuestionarnos no sólo si su inaplicación previa a situaciones de afluencia masiva como las de Siria o Bielorrusia puede ser discriminatoria, sino también si puede serlo el

¹ Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida (DOCE n. 212, de 7.8.2021, 12-23).

hecho de que diversos colectivos de nacionales de terceros estados no ucranianos hayan quedado excluidos de dicha protección.

Nos preguntamos finalmente por estas cuestiones en el futuro de la política migratoria y de asilo de la UE, lo que nos llevará a analizar la Propuesta de Reglamento sobre situaciones de crisis y fuerza mayor en el ámbito de la migración y el asilo². Veremos si este Reglamento, llamado a sustituir a la Directiva de Protección Temporal e incluido en el paquete de propuestas legislativas del Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo³, presentado en 2020 por la Comisión Europea, aporta soluciones novedosas y efectivas para evitar diferencias de trato entre solicitantes de protección internacional o desplazados independientemente su origen nacional.

En la Unión Europea el derecho de asilo se encuentra formalmente garantizado, al más alto nivel, en el artículo 18 de la Carta de Derechos Fundamentales (CDFUE), que dispone: “Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea”. Recoge en definitiva el derecho de toda persona que sufre persecución a buscar asilo y a disfrutar de él en cualquier país, como expresa el artículo 14 DUDH.

Se completa esta previsión en el art. 19 CDFUE, titulado “Protección en caso de devolución, expulsión y extradición”, que prohíbe las expulsiones colectivas o que supongan grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes, asumiendo en el acervo de la UE el principio de *non refoulement* o “no devolución” del art. 33 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados.

Como afirma Cano (2016), su reconocimiento en instrumentos internacionales supone transformar configurar el asilo como un derecho humano, aunque sólo parcialmente, pues, incluso en la Unión Europea que trata de establecer una regulación común del asilo, la soberanía estatal sigue siendo determinante para otorgar protección internacional y determinar su alcance, dejando margen a prácticas que pueden ser discriminatorias por parte de los Estados miembros de la

² Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las situaciones de crisis y de fuerza mayor en el ámbito de la migración y el asilo, de 23.9.2020, COM (2020) 613 final.

³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa al Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo, de 23.9.2020, COM (2020) 609 final.

UE, aunque la autora considera que el reconocimiento de la condición de refugiado se trata de un acto debido.

El artículo 78 TFUE establece que la UE desarrollará una política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal para garantizar un estatuto apropiado (y acorde al Derecho Internacional de los Refugiados) y la no devolución a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional. La Unión Europea articula el Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) sobre estas bases, configurando una tutela multinivel de la protección internacional.

El asilo y la protección subsidiaria eran los únicos mecanismos de protección existentes en la práctica en la UE ante la afluencia masiva de personas desplazadas forzosamente, hasta la aplicación al conflicto ucraniano en marzo de 2022 de la Directiva 2001/55/CE de protección temporal (DPT), que había permanecido inaplicada desde su aprobación en 2001. Analicemos las diferencias de trato en el marco de estos instrumentos a los nacionales de terceros estados y si pueden estar justificadas o suponen una discriminación contraria al Derecho internacional o de la UE.

1. **Afluencia masiva de desplazados y solicitudes de protección internacional en la Unión Europea y trato diferenciado en función del origen nacional y del Estado miembro**

Comenzando con el asilo, más armonizado por las normas que conforman el SECA, en la práctica nos encontramos en la UE con no pocas divergencias entre los Estados miembros en sus estándares en materia de acogida, reconocimiento de protección internacional y protección a los refugiados. En el caso de la protección subsidiaria, la Unión Europea ni siquiera se ha armonizado el estatuto mínimo de derechos de las personas beneficiarias, lo que provoca que no se equiparen a los refugiados en el reconocimiento homogéneo en los Estados miembros de derechos tan importantes como la reagrupación familiar, como demuestra la base de datos sobre asilo de la UE (ECRE 2023)⁴.

Estas diferencias también se han producido en la aplicación de la DPT al caso de Ucrania, que ha dejado un amplio margen a los Estados

⁴ Según el informe de ECRE (2023), Chipre, Alemania Grecia y Malta no otorgan el derecho a reunificación familiar a los beneficiarios de protección subsidiaria y Austria, Hungría, Eslovenia y Checoslovaquia limitaban su contenido respecto al reconocido a los refugiados.

miembros en relación a su ámbito subjetivo (los beneficiarios concretos de la protección temporal), aunque esté más limitada la discrecionalidad en cuanto a los derechos otorgados a los reconocidos como desplazados. Por ello es necesario avanzar en estos aspectos para otorgar seguridad jurídica al SECA y contar con instrumentos para afrontar con garantías crisis migratorias y situaciones de emergencia que por su frecuencia casi se han convertido en un fenómeno estructural de la UE. Estas cuestiones forman parte del paquete legislativo que conforma el Nuevo Pacto Europeo sobre Migración y Asilo, presentado por la Comisión en 2020.

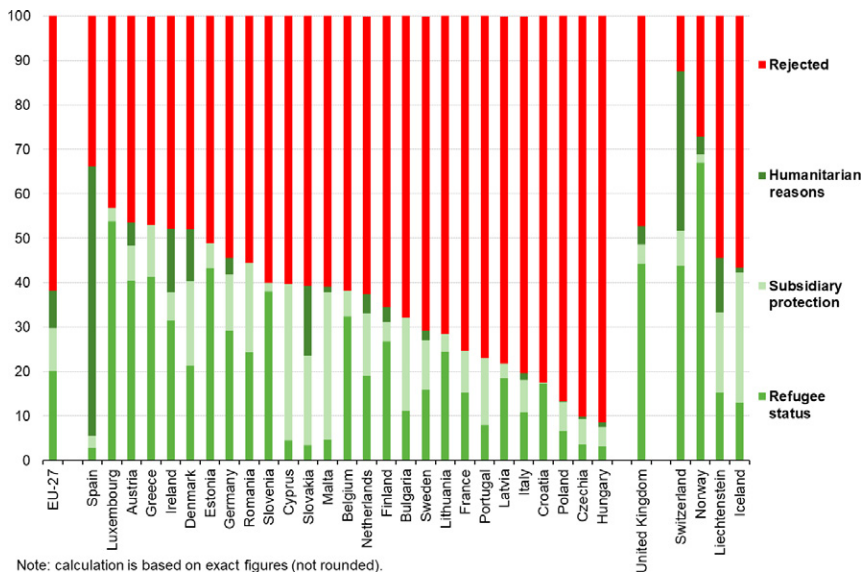
Sin embargo, los avances en la implementación del Pacto son lentos y complejos, debido a las posiciones contrapuestas existentes entre los Estados miembros en la materia. Es conocida la oposición a la cesión a la UE de nuevas competencias inmigración y asilo de los Países del denominado bloque del Visegrado⁵, condenados como veremos por el TJUE por incumplir la normativa de la UE sobre protección internacional o las decisiones de reubicación de solicitantes de asilo (especialmente Polonia y Hungría). Estos países han impedido además algunas de las últimas reformas del SECA como la Directiva 2013/32/UE de procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, defendiendo que la UE debe seguir un enfoque más restrictivo y cercano a sus estrictas políticas internas de migración y asilo.

En relación con la divergencia entre Estados miembros en la aplicación del SECA, en el gráfico siguiente vemos representadas, desde el punto de vista cuantitativo, las importantes diferencias entre los en los porcentajes de concesión de asilo en primera instancia. Usamos los datos de 2019, ya que el cierre de fronteras en la pandemia redujo artificialmente las solicitudes de asilo posteriores. Encontramos a Croacia y Polonia por encima del 80% de solicitudes rechazadas y República Checa o Hungría por encima del 90%, en claro contraste con la media de la UE, del 40%, que en 2017 alcanzó el 46,3% y fue del 38,9% en 2018 (ECRE, 2019).

⁵ Polonia, Hungría, República Checa y Eslovaquia conforman el Grupo de Visegrado o V4, una alianza política y cultural dentro de la UE opuesta en diversas ocasiones a mandatos de las instituciones europeas, especialmente en inmigración.

Gráfico 1

Distribución por Estado (de la UE y el EEE) y resultado de decisiones de asilo en primera instancia (solicitadas por no ciudadanos de la EU-27) en 2019 (%)



Fuente: Eurostat.

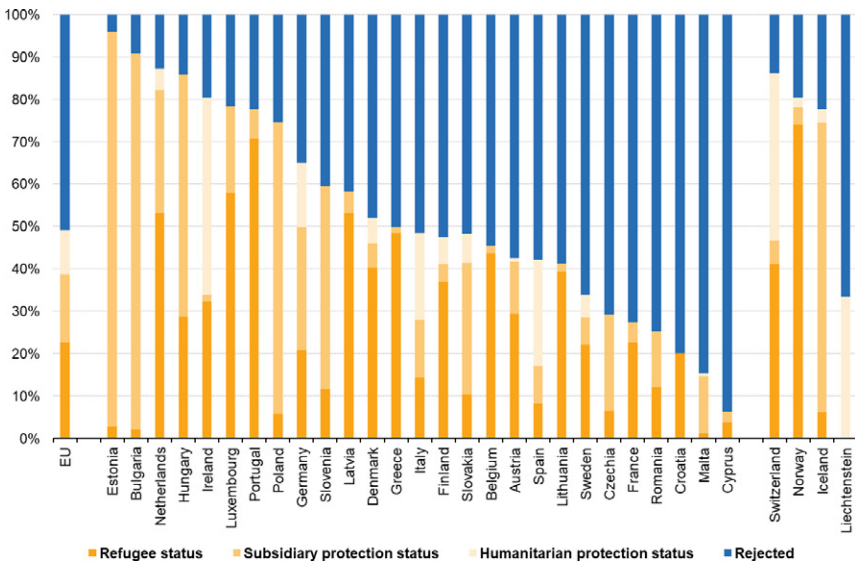
El ECRE subraya como un grave defecto del SECA el hecho de que las posibilidades de una persona de obtener protección varíen drásticamente dependiendo del Estado miembro en que realice su solicitud, constituyendo lo que califica como una "lotería de asilo". Esta situación debida a las deficiencias de los sistemas de decisión de determinados Estados miembros expone a los solicitantes al riesgo del vetado *refoulement* e impide su derecho a circular en territorio de la UE (ECRE, 2019).

Si nos centramos en dos de los países cuyos nacionales acusan las mayores diferencias en las tasas de reconocimiento en función del Estado miembro según Eurostat, Afganistán e Irak, observamos que las tasas de reconocimiento en primera instancia para los afganos en 2019 oscilaron entre el 93,8% en Italia y el 4,1% en Bulgaria (en ambos casos con gran número de solicitantes), pasando por un amplio espectro en el resto de Estados miembros: Países Bajos (24,6%),

Bélgica (32,2%), Suecia (37,7%), Alemania (44,4%) y Grecia 72,5%. En el caso de los iraquíes, las tasas de reconocimiento variaron del 66,8% en Francia y el 67,5% en Grecia, al 8,3% en Dinamarca, el 17,2% en Suecia y el 21,6% en Finlandia. Las amplias diferencias en la tasa de reconocimiento en primera instancia entre Estados miembros vemos que se mantienen en 2022 (Gráfico 2).

Gráfico 2

Distribución por Estado (de la UE y el EEE) y resultado de decisiones de asilo en primera instancia (solicitadas por no ciudadanos de la EU-27) en 2022 (%)



Fuente: Eurostat.

Aunque estas diferencias, como el uso del término “lotería de asilo” por parte del ECRE, pueden ser indicios de una diferencia de trato o discriminación para determinados solicitantes de asilo, no constituyen un fundamento jurídico válido para afirmar que exista una discriminación por origen nacional que vulnere el art. 3 de la Convención de Ginebra o el art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Para afirmar la existencia de discriminación deberíamos analizar los casos concretos y las causas de denegación en

los distintos Estados miembros a la luz de las Directivas 2011/95/CE (Directiva "cualificación") y 2013/32 (Directiva "procedimientos"), debiendo producirse resultados distintos en un mismo Estado miembro, ante situaciones equivalentes con la única diferencia del origen nacional del solicitante de asilo.

Por último, debemos señalar que en numerosos Estados miembros se está otorgando residencia o protección por razones humanitarias, como una solución para regularizar la situación de personas que solicitan protección internacional y cuyo retorno podría suponerles un peligro, evitando otorgarles los estatus de refugiado y protección subsidiaria. En cualquier caso, consideramos que debe analizarse cuidadosa e individualizadamente cada caso por los Estados miembros para determinar si procede conceder el estatus de refugiado o la protección subsidiaria -que son estatutos personales- y sólo si no se cumplen los requisitos, otorgar la residencia temporal por razones humanitarias, evitando cualquier generalización en función de la nacionalidad del solicitante o la preferencia interesada de los Estados miembros por otorgar estatutos de protección que les suponen menos obligaciones.

Esto es de gran importancia porque la obtención del estatuto de refugiado o protección subsidiaria determina el alcance de los derechos de los beneficiarios de la respectiva protección, recogidos y armonizados en sus estándares básicos para los Estados miembros en la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011⁶, al igual que ocurre con el estatus de protección temporal en aplicación de la Directiva 2001/55/CE. Por el contrario, los derechos que se otorgan al solicitante de protección por razones humanitarias dependen íntegramente de la regulación interna de cada Estado miembro.

Sirva como ejemplo España, que ha reconducido a la inmensa mayoría de solicitantes de asilo venezolanos (para los que el Defensor del Pueblo llegó a proponer sin éxito la aplicación del estatuto de desplazados temporales⁷) a una autorización de residencia temporal por razones humanitarias prevista en la legislación general de

⁶ Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (DOUE L 337/9 de 20.12.2011).

⁷ La Recomendación del Defensor del Pueblo de 2018 en respuesta a la Queja número 17025491 proponía al Consejo de ministros español una declaración general de protección temporal para los venezolanos mientras se encontrasen en España, en

extranjería⁸, garantizándoles residencia con autorización para trabajar pero sin el resto de beneficios que se otorgan a los beneficiarios de asilo o protección subsidiaria. Así, en 2021, sólo se concedió el estatuto de refugiado a 10 de los 15.836 venezolanos que solicitaron asilo en España, mientras que otras 2 personas obtuvieron protección subsidiaria, otorgándose a 12.850 personas residencia por razones humanitarias (OAR 2022).

Parece claro que no sólo queda mucho por hacer en relación con la armonización de los criterios para conceder protección internacional en los Estados miembros de la Unión Europea y el tipo de protección procedente en cada caso, sino que debe profundizarse en los motivos de que las posibilidades de obtener protección difieran tan ampliamente entre diferentes Estados miembros incluso para solicitantes de protección internacional de la misma nacionalidad, para saber si se está produciendo discriminación por origen nacional.

Analicemos ahora si estas divergencias entre los Estados miembros se han producido también a raíz de la Decisión del Consejo de aplicar la Directiva de Protección Temporal a los desplazados por la guerra en Ucrania, dejando desprotegidos a determinados nacionales de terceros estados no ucranianos, y si esto puede considerarse trato discriminatorio; y, previamente, si el hecho de no aplicarla en otros conflictos previos y de similares características puede constituir discriminación.

2. La protección temporal a los desplazados por la guerra en Ucrania. Reflexión sobre la existencia de discriminación frente a situaciones similares, en las exclusiones de la Decisión de aplicación y en la implementación por los Estados miembros

2.1. *La consideración de afluencia masiva de desplazados ante la guerra de Ucrania. Protección eficaz en la UE ¿y también discriminación respecto de otras situaciones?*

La Unión Europea decidió activar la Directiva 2001/55/CE de protección temporal, mediante la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382,

virtud del RD 1325/2003, de 24 de octubre, de Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas.

⁸ El art. 46.3 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, permite autorizar la permanencia de la persona solicitante de protección internacional en España en los términos previstos por la normativa de extranjería por razones humanitarias no recogidas en el estatuto de protección subsidiaria.

del Consejo, de 4 de marzo de 2022⁹, casi inmediatamente tras producirse la agresión por parte de Rusia a Ucrania y la invasión de su territorio. Y ello con la finalidad de dar protección a las personas desplazadas por la guerra de manera colectiva, al tratarse de potenciales solicitantes de asilo, lo que llevó a considerar preferible la protección temporal, que evitaba al mismo tiempo un grave peligro de colapso de los sistemas de asilo de muchos Estados miembros debido al enorme contingente de personas desplazadas por la guerra, que a finales de 2023 alcanzaba 5.831.200 personas sólo en territorio europeo¹⁰.

Se ha considerado positiva por parte de la doctrina esta aplicación de la DPT, principalmente por la inmediatez de la protección que ofrece, y porque su marco jurídico se considera capaz de garantizar al menos unos derechos básicos a los beneficiarios de la protección (Milios 2022). No obstante, surgió inmediatamente el interrogante, tras la Decisión del Consejo, de por qué nunca había recurrido la UE a este instrumento en situaciones similares previas, y de si esto supone una discriminación de las proscritas por la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (arts. 20 y 21) o 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, entre otras.

Y es que, desde el año 2001 en que se aprobó la DPT, se han sucedido en la UE abundantes y muy diversas situaciones de afluencia masiva que han implicado a un número importante de personas desplazadas buscando protección. Entre ellas podemos citar el estallido de la denominada Primavera Árabe, las guerras de Siria, Irak o Afganistán, llegadas masivas desde África Subsahariana cruzando el Mediterráneo, flujos mixtos muy elevados desde Venezuela y Centroamérica o, más recientemente, desde Bielorrusia.

Concretamente, la doctrina se ha preguntado por qué la respuesta ha sido tan rápida y efectiva en el caso de Ucrania con la aplicación de la DPT, y sin embargo fue mucho más lenta y para nada tan eficaz, con los desplazados que solicitaron o trataron de pedir protección

⁹ Decisión de Ejecución (UE) 2022/382, del Consejo, de 4 de marzo de 2022, por la que se constata la existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de Ucrania en el sentido del artículo 5 de la Directiva 2001/55 y con el efecto de que se inicie la protección temporal (DOUE núm. 71, de 4 de marzo de 2022, 1-6).

¹⁰ ACNUR. Portal de datos sobre refugiados por el conflicto de Ucrania (actualizado a 10-10-2023), disponible en: <https://data.unhcr.org/en/situations/ukraine>

internacional en la Unión Europea a raíz de la guerra de Siria, el caso reciente con mayor afluencia de personas desplazadas.

La pregunta es oportuna puesto que, en ambas situaciones, además de ser conflictos bélicos, se daban todos y cada uno de los requisitos que la Directiva de Protección Temporal exige para su aplicación, como han puesto de relieve, para el caso de Siria, entre otros, Villar (2017, 6), Ineli-Ciger (2016), Giordano (2018) o Milios (2022).

Por nuestra parte, consideramos también que, en ambos casos, Siria y Ucrania, se cumplen los requisitos para la aplicación de la DPT según la definición de protección temporal recogida en su el art. 2.a)¹¹: una situación excepcional de afluencia masiva, o inminencia de esta, de personas desplazadas con origen en terceros Estados que no pueden volver a su país de origen y que supondrían un riesgo para el buen funcionamiento del sistema de asilo si solicitan protección de manera individual.

En los dos supuestos mencionados nos encontramos ante desplazamientos masivos, procedentes de terceros estados, de tal volumen de personas que el sistema de asilo no puede gestionarlas con garantías, y de personas que necesitan protección porque no pueden volver a su país de origen. En la guerra de Siria se alcanzó el máximo histórico de solicitantes de asilo en la Unión Europea, llegando a 1.321.600 personas en 2015 y 1.259.955 en 2016, casi duplicando los 672.000 solicitantes del anterior máximo (producido en 1992 por la guerra de los Balcanes), siendo evidente el desbordamiento de los sistemas de asilo de los Estados miembros, que todavía tenían (España entre ellos) cientos de miles de solicitudes de asilo sin resolver cuando comenzó el conflicto en Ucrania¹². De hecho, Siria seguía siendo en 2022 el país con mayor número de solicitantes de asilo en territorio de la UE, con 117.000, según la Agencia de Asilo

¹¹ La Directiva 2001/55/CE de Protección Temporal, art. 2.a). define la protección temporal como “un procedimiento de carácter excepcional por el que, en caso de afluencia masiva o inminencia de afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de terceros países que no puedan volver a entrar en su país de origen, se garantiza a las mismas protección inmediata y de carácter temporal, en especial si el sistema de asilo también corre el riesgo de no poder gestionar este flujo de personas sin efectos contrarios a su buen funcionamiento, al interés de las personas afectadas y al de las otras personas que soliciten protección”.

¹² Poco antes de que estallara el conflicto, los datos completos de solicitudes de asilo pendientes de resolver en los 27 Estados miembros (sep. 2021) eran 177.935 solicitudes (Eurostat 2022), la mayoría en Alemania (83.455), España (19.530), Francia (15.695), Grecia (14.585) e Italia (12.225).

de la Unión Europea-EUAA. Considerando su situación geográfica y los millones de desplazados, es de suponer que, de no aplicarse la DPT a los potenciales solicitantes de asilo procedentes de Ucrania, se habrían marcado nuevos máximos históricos en los solicitantes de asilo en la UE.

La explicación de la inaplicación de la DPT en casos previos de afluencia masiva y repentina de personas desplazadas no es de carácter jurídico sino político y geoestratégico y se debe, como recuerda Porras (2017, 229), a la lamentable insolidaridad mostrada por determinados Estados miembros que han obstaculizado la adopción de las decisiones relativas a inmigración y asilo en la UE. Así, países como Hungría, Polonia o República Checa han dificultado de forma reiterada o impedido políticas migratorias y de asilo más abiertas, negándose incluso a la acogida de refugiados en cumplimiento de normas comunitarias en vigor y siendo condenados en varias ocasiones por este motivo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹³, así como por negar derechos reconocidos por la UE a los refugiados o criminalizar la asistencia prestada a los solicitantes de asilo e inmigrantes irregulares, tipificándola como delito (Pascual 2022, 171)¹⁴.

Desde el punto de vista jurídico, la imprecisión de la definición de "afluencia masiva" contenida en el artículo 2.d) de la Directiva 2001/55/CE de Protección Temporal¹⁵ fue deliberada, con la finalidad de otorgar un margen más amplio a los Estados miembros en la adopción de la decisión sobre su aplicación, si bien ha derivado en una

¹³ La STJUE (Sala Tercera) de 2 de abril de 2020, Comisión/Polonia, Hungría y República Checa (Mecanismo temporal de reubicación de solicitantes de protección internacional) (715/17, 718/17 y 719/17) estimó los recursos por incumplimiento del Derecho de la Unión interpuestos por la Comisión contra estos tres Estados miembros, que no habían ejecutado las obligaciones subsiguientes en materia de reubicación establecidas por las normas comunitarias.

¹⁴ La STJUE (Gran Sala) de 16 de noviembre de 2021, Comisión c. Hungría (821/19), declaró que Hungría había restringido injustificadamente la efectividad de los derechos garantizados por las Directivas 2013/32/UE y 2013/33/UE y consideró contraria al Derecho de la Unión la criminalización de la asistencia a los solicitantes de protección internacional, puesto que puede tener un efecto disuasorio en relación con las personas u organizaciones que alegan que las normas nacionales son incompatibles con el Derecho de la UE o promueven cambiarlas en este sentido.

¹⁵ El art. 2.d) DPT define afluencia masiva como "la llegada a la Comunidad de un número importante de personas desplazadas, procedentes de un país o de una zona geográfica determinada, independientemente de que su llegada a la Comunidad se haya producido de forma espontánea o con ayuda, por ejemplo, de un programa de evacuación".

interpretación estricta del concepto, justificando la inaplicación de la DPT (Beirens et al. 2016, 14).

Las consideraciones sobre las situaciones previas nos llevan a plantearnos si ha existido un trato discriminatorio, y de qué tipo sería, respecto de las personas desplazadas susceptibles de protección internacional que no fueron protegidas por este medio en ocasiones anteriores y que en muchos casos no llegaron a recibir protección alguna o, en el caso de los desplazados por el conflicto en Siria, la recibieron sobre todo fuera de la Unión Europea mediante el Acuerdo/Declaración UE-Turquía de 2016 (al que nos referiremos más adelante).

Ciertamente los discursos y normas aplicadas por la UE han variado enormemente según la ocasión. En el supuesto de las numerosas llegadas de inmigrantes y desplazados en 2021 a Letonia, Lituania y Polonia desde Bielorrusia, se calificaron por el Consejo de la UE como “un ataque híbrido que muestra un intento decidido de crear una crisis persistente y prolongada como parte de un esfuerzo concertado más amplio para desestabilizar la Unión Europea” y “un peligro para la seguridad de la Unión”, adoptándose medidas provisionales de emergencia para evitarlos con base en el art. 78 apartado 3 del TFUE¹⁶.

Debemos denunciar las diferentes respuestas de la UE, junto a autores como Kienast (2022), que se pregunta también sobre la posible discriminación que implican, denunciando especialmente las diferencias de discurso de sus líderes en cada caso. Así, se calificó como hemos visto de “amenaza para la seguridad” o “ataque híbrido” en el caso de los solicitantes de protección procedentes de Bielorrusia y de “familia europea” en el caso de los procedentes de Ucrania. Subraya este autor las implicaciones negativas para el Estado de Derecho en la UE de esta divergencia, puesto que la protección de los refugiados se basa en la prohibición de la discriminación y como hemos visto las normas aplicadas en cada caso se dirigen en unos casos al rechazo de los solicitantes y en otros casos a facilitar su acogida.

Existe además una evidente diferencia de trato entre solicitantes de protección internacional dependiendo de si están exentos o no de visado en la Unión Europea, ya que en países cuyos ciudadanos están

¹⁶ El Consejo calificó asimismo de instrumentalización de inmigrantes el hecho de que, a 21 de noviembre de 2021, 7.831 nacionales de terceros países hubiesen entrado en los territorios de Letonia, Lituania y Polonia procedentes de Bielorrusia de forma no autorizada, frente a los 257 de todo el año 2020. Al mismo tiempo se recibieron 2.676 solicitudes de asilo en Lituania, 579 en Letonia y 6.730 en Polonia, junto con otros 42.741 intentos de atravesar la frontera irregularmente que fueron impedidos por los tres Estados miembros.

exentos, como el caso de los ucranianos, pueden moverse libremente por el territorio de la UE durante 90 días para elegir el Estado acogida o solicitud de asilo. En el caso de nacionales de terceros estados no ucranianos que no estén exentos de la obligación de visado (como ocurrió anteriormente a los sirios), se ven obligados a presentar sus solicitudes de asilo o protección temporal en el primer país de llegada de la UE o bien optar por atravesar irregularmente las fronteras para alcanzar su Estado deseado de acogida para presentar su solicitud de protección internacional, y ello si consiguen entrar en la Unión Europea, porque como es sabido en el caso de Siria se optó por llegar a un acuerdo/Declaración con Turquía en 2016¹⁷, considerándolo la UE “país seguro” para que recibiese solicitudes de protección internacional, debido a que muchos sirios trataban de alcanzar irregularmente el Estado miembro en que deseaban solicitar asilo.

La Spina (2022, 218-219) considera “evidente la voluntad «discrecional» y en cierto modo «arbitraria» de diferenciar sin una justificación «objetiva y razonable»¹⁸, aplicando el mecanismo de protección temporal sólo para este conflicto, cuando en anteriores conflictos análogos no ha sido así”. El argumento es precisamente que la DPT ha permitido una inaudita posibilidad de elección en el caso de los ucranianos del Estado miembro de solicitud de asilo, exceptuando el régimen de Dublín aplicable al resto de solicitantes; como el Código de Fronteras Schengen¹⁹ no incluye disposiciones explícitas que regulen la entrada de personas solicitantes de asilo y garanticen el acceso general al procedimiento con garantías, estima que se produce la discriminación y no sólo un trato menos favorable a los desplazados no ucranianos.

¹⁷ El Acuerdo UE-Turquía de 18 de marzo de 2016 tenía como objetivo limitar o dar fin a la práctica de coger un barco desde Turquía para llegar a Europa y pedir asilo, especialmente por los desplazados procedentes de Siria. Turquía se comprometía a readmitir a toda persona llegada irregularmente a las costas griegas y a cambio, los Estados Miembros aceptaban readmitir un ciudadano sirio por cada sirio retornado a Turquía, dando la UE el mensaje de que los que intentaran llegar a Grecia serían rápidamente retornados, mientras que los que esperaran pacientemente en Turquía tendrían la posibilidad de entrar en su lugar.

¹⁸ El TEDH avala estas diferencias: “el trato preferente a los nacionales de Estados miembros de la Unión Europea (...) puede decirse que se basa en una justificación objetiva y razonable, porque la Unión constituye un ordenamiento jurídico especial que, además, ha establecido su propia ciudadanía” (STEDH *Ponomaryovi v. Ukarine*, solicitud n. 5335/05, 21 de junio de 2011, par. 54).

¹⁹ Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) DOUE L 77, 23.3.2016, 1-52.

Pese a todo, consideramos que la diferencia de trato tiene en este caso una justificación objetiva y razonable, la aplicación del Reglamento 2018/1806 que establece la lista de terceros países cuyos nacionales necesitan o están exentos de visado para cruzar las fronteras exteriores de la UE. El Reglamento, y no la DPT o la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo, es el responsable de la diferencia de trato, que no impide a los desplazados no ucranianos presentar su solicitud de asilo en frontera, en el primer Estado miembro al que lleguen según dispone el Reglamento (UE) 604/2013 (Dublín III)²⁰. La elección del Estado miembro de solicitud no forma parte del contenido del derecho de asilo por lo que su ausencia no supone discriminación en el ejercicio de este.

Al ser Ucrania frontera con cuatro Estados miembros (Polonia, Eslovaquia, Rumanía y Hungría), tampoco existe impedimento para las personas desplazadas de Ucrania no incluidas en el régimen de protección temporal para solicitar asilo si no pudiesen regresar de forma segura a sus países de origen, si bien solamente las personas exentas de visado podrán elegir el país europeo en el que solicitar protección. No obstante, en otras situaciones similares de afluencia masiva desde territorios no fronterizos sí puede suponer un problema como lo fue en el caso de los desplazados provenientes de Siria puesto que los Estados miembros no están obligados por la legislación de la UE a conceder un visado humanitario a las personas que pretenden viajar a su territorio con intención de solicitar asilo, dependiendo plenamente del derecho nacional esta concesión (STJUE PPU X y X contra État Belge, asunto C-638/16, de 7 de marzo de 2017²¹).

Comparando las diversas situaciones previas de desplazamiento forzado y masivo con la de Ucrania debemos afirmar, en primer lugar, que no se puede sustentar la existencia de discriminación basada en el art. 20 "Igualdad de trato" o el art. 21 "no discriminación" de la CDFUE por razón de la nacionalidad en el caso de nacionales de terceros países, puesto que, como afirma la FRA (2018, 29): "a pesar del carácter amplio de los artículos 20 y 21 de la Carta de la UE, el alcance personal de la protección que confiere el Derecho derivado de la UE es restringido; las Directivas en materia de no discriminación no

²⁰ Reglamento (UE) 604/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (DO L 180 de 29.6.2013, pp. 31-59).

²¹ ECLI:EU:C:2017:173

protegen a los nacionales de terceros países (NTP) contra los tratos desfavorables en razón de la nacionalidad”.

Más clara en el sentido de admitir diferencias de trato basadas en la nacionalidad es la Directiva 2000/43/CE que prohíbe la discriminación por motivos raciales o étnicos en la UE, al aclarar que “(...) Esta prohibición de discriminación se aplicará asimismo a los nacionales de terceros países, pero no se refiere a las diferencias de trato basadas en la nacionalidad y se entiende sin perjuicio de las disposiciones que regulan la entrada y la residencia de los nacionales de terceros países y su acceso al empleo y al ejercicio profesional” (Considerando 13). No existiría discriminación según esta norma.

Las personas que huyen de Ucrania a territorio de la Unión Europea han sido bienvenidas por su proximidad cultural, por tratarse de europeos, civilizados, de clase media y cristianos (más de un 85%), junto al hecho de que se trata de un país que ha proporcionado en las últimas décadas trabajadores esenciales para la UE, y por ello muchos desplazados contaban con familiares, amigos y conocidos para acogerlos, y sobre todo, por la singularidad de que los nacionales ucranianos están exentos de visado para el cruce de las fronteras de la Unión y la realidad de que los ucranianos llevan años moviéndose por su territorio (Garcés 2022).

Sin embargo, de estas justificaciones, la única que se cita en la Decisión de la UE de aplicar la DPT, junto con la necesidad de protección, es la exención de visado, que no supone una discriminación, directa ni implícita por motivos raciales, étnicos o religiosos²², ya que está fundada en una norma previa de la UE adoptada conforme a sus competencias.

Tampoco existe discriminación en la apreciación de la existencia de “afluencia masiva” de personas desplazadas por el Consejo que exige la DPT para su aplicación, ya que no es una decisión de carácter reglado ni basada en elementos objetivos u objetivables, sino de carácter político y subjetivo por los Estados miembros que “valorarán la

²² Directiva 2000/43/CE, “artículo 2. Concepto de discriminación. 1. (...) se entenderá por ‘principio de igualdad de trato’ la ausencia de toda discriminación, tanto directa como indirecta, basada en el origen racial o étnico (...) a) existirá discriminación directa cuando, por motivos de origen racial o étnico, una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable; b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios.”

conveniencia de establecer la protección temporal”²³, como recuerda Arenas (2003). El art. 5 les otorga esta competencia para la “apreciación” de si se dan las circunstancias para la aplicación de la Directiva, y deciden en el seno del Consejo (a propuesta de la Comisión).

Hay que remitirse pues a la voluntad política de los Estados miembros, permitida por las normas de la UE, como razón última para explicar las distintas soluciones adoptadas por la Unión Europea ante situaciones objetivamente idénticas en cuanto a la necesidad de protección de las personas y las causas de su desplazamiento. El trato más favorable basado en la nacionalidad en el caso de los nacionales ucranianos tampoco puede esgrimirse como discriminatorio, ya que, como hemos visto la UE admite distinciones de trato por nacionalidad entre nacionales de terceros países con finalidades legítimas, y corresponde a las competencias de la UE establecer los países cuyos nacionales están exentos o no de visado para cruzar sus fronteras.

Sobre esta base, y analizando los mecanismos de emergencia puestos en marcha por la UE, como la Declaración con Turquía de 18 marzo de 2016 para los sirios, o la aplicación de la DPT compatible con la solicitud de asilo para los ucranianos, se pueden entender las relaciones que la UE establece con determinados países, así como el acceso a programas que da a unas nacionalidades y otras se deniega. Borja (2018), refiriéndose al caso de Siria, sí identifica un claro ejercicio de discriminación dependiendo de la nacionalidad del solicitante de asilo. Así, este autor denuncia la existencia de “refugiados de primera y de segunda”, puesto que en función de su nacionalidad unas personas disfrutaban de un procedimiento más rápido a la hora de tramitarse su petición de asilo (el denominado *fast-track* sirio) mientras otras experimentan difícil acceso o directamente son blanco de deportación, refiriéndose a los solicitantes provenientes de países como Pakistán (país con grave inestabilidad política y violaciones frecuentes de los derechos humanos) o Afganistán (zona de guerra) en el caso de Grecia.

²³ El art. 5.4 DPT establece que la decisión del Consejo se basará en: “a) el examen de la situación y la magnitud de los movimientos de personas desplazadas; b) la valoración de la conveniencia de establecer la protección temporal (...) teniendo en cuenta las posibilidades de ayuda de urgencia y de acciones in situ o su insuficiencia; c) la información comunicada por los Estados miembros, la Comisión, el ACNUR y otras organizaciones internacionales pertinentes.”. Ninguno de estos criterios es objetivo u objetivable y todos se resumen en el criterio b) “la valoración de la conveniencia de establecer la protección temporal”.

2.2. *Exclusión de colectivos necesitados de protección internacional en la aplicación e implementación Directiva de Protección Temporal. España como excepción*

Analicemos ahora el ámbito subjetivo de la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382, del Consejo, de 4 de marzo de 2022, que aplica la DPT a los desplazados por el conflicto de Ucrania, y los diversos grupos de personas desplazadas excluidas del mismo, planteándonos si se ha producido una discriminación.

Debemos partir de que los Estados miembros pueden ampliar este ámbito subjetivo, por los que pondremos como referencia para la comparación el caso de España al ser el país de la UE que más lo ha ampliado. También debemos establecer la premisa, aunque pueda parecer lo contrario, de que la protección temporal no es un derecho en la Unión Europea incluido en la CDFUE como el derecho de asilo, y el art. 5.3 DPT dispone que la Decisión del Consejo de su aplicación incluirá "a) una descripción de los grupos concretos de personas a los que se aplicará la protección temporal", de lo que se deduce que su otorgamiento, a diferencia del asilo, no es un derecho de toda persona afectada por la situación que motive la aplicación de la Directiva.

Por su parte los Estados miembros pueden ampliar el ámbito subjetivo de aplicación respecto al que establezca el Consejo, sin recibir en este caso fondos adicionales de la UE. En el caso de Ucrania, España en el Acuerdo del Consejo de Ministros²⁴ para la aplicación de la Decisión de Ejecución del Consejo, decidió adoptar un régimen mejorado respecto al régimen general de la UE y también respecto a su propio sistema nacional, en línea con el espíritu del Derecho Internacional de los Refugiados.

Esto podemos verificarlo en relación con el ámbito subjetivo de la protección temporal. En términos generales el art. 2.1 de la Decisión de Ejecución, dispone que esta se aplica "a las siguientes categorías de personas desplazadas desde Ucrania desde el 24 de febrero de 2022 en adelante, como consecuencia de la invasión militar por parte de las fuerzas armadas rusas que comenzó en dicha fecha:

- a) nacionales ucranianos que residieran en Ucrania antes del 24 de febrero de 2022;

²⁴ El Consejo de Ministros de 8 de marzo de 2022 aprobó el Acuerdo por el que se amplía la protección temporal otorgada en virtud de la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo a personas afectadas por el conflicto de Ucrania que puedan encontrar refugio en España.

- b) apátridas y nacionales de terceros países distintos de Ucrania que gozaran de protección internacional o de una protección nacional equivalente en Ucrania antes del 24-2-2022, y
- c) miembros de las familias de las personas a que se refieren las letras a) y b).”

En relación a otras categorías de personas, la mayoría de los Estados miembros: Alemania, Italia, Polonia, Rumanía, Bulgaria, República Checa, Eslovaquia y hasta Hungría, con restricciones, siguieron la sugerencia del art. 2.2 de la Decisión de Ejecución 2022/382 de ampliar la protección a apátridas y nacionales no ucranianos de terceros Estados que contasen con residencia permanente en Ucrania antes del 24 de febrero de 2022 y no puedan regresar en condiciones seguras y duraderas. No obstante, en primer lugar, no es tan sencillo contar con residencia permanente y esto puede dejar fuera del régimen de protección temporal a muchas personas extracomunitarias no ucranianas con residencia efectiva desde hace varios años en Ucrania; en segundo lugar, la Decisión del Consejo y todos los Estados miembros han excluido de la protección temporal a los miembros de la familia de las dos categorías mencionadas.

Solamente España, Rumanía y República Checa han ampliado el ámbito subjetivo al otorgar protección temporal a los miembros de la familia de los mencionados (apátridas y extracomunitarios no ucranianos residentes permanentes excluidos por la Decisión del Consejo), y solo España, República Checa y Alemania han dado protección a categorías adicionales de personas de las previstas por la Decisión de Ejecución del Consejo²⁵.

Solamente España ha ampliado el ámbito de aplicación subjetivo de la Decisión de Ejecución del Consejo a los nacionales de terceros países (de nacionalidad no ucraniana), con residencia efectiva no permanente en Ucrania en el momento de producirse la invasión rusa,

²⁵ República Checa otorga protección temporal a nacionales ucranianos que ingresaron legalmente antes del 24-2-2022 y residían legalmente en el país antes de solicitar la condición de desplazados, así como a los miembros de su familia. Junto con Alemania, otorga también protección temporal a nacionales de terceros países no ucranianos que se encontrase legalmente en Ucrania antes del 24-2-2022 y puedan demostrar que su regreso a su país de origen no es posible debido a la amenaza de peligro inminente. España, además, otorga protección temporal a las familias de este último grupo.

Asimismo, Alemania y España han concedido protección temporal a nacionales ucranianos que residían en su territorio, temporalmente, antes del 24-2-2022y que no pueden regresar a su país, y a nacionales ucranianos que huyeron o que se encontraban en otro Estado miembro de la UE poco antes de esa fecha, por distintos motivos.

e incluso a los ucranianos que se encontraban en España en situación irregular con anterioridad a dicho momento, mediante la Orden PCM/170/2022, de 9 de marzo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de marzo de 2022, por el que se amplía la protección temporal y la Orden PCM/169/2022, de 9 de marzo, por la que se desarrolla el procedimiento para el reconocimiento de la protección temporal a personas afectadas por el conflicto en Ucrania.

En relación con el trato desigual causado por la discrecionalidad estatal, si consideramos los estudios de la FRA sobre la aplicación de la Decisión de Ejecución 2022/382 del Consejo por parte de los Estados miembros que más personas desplazadas han recibido, puede fácilmente corroborarse que no todos los Estados miembros han sido tan generosos como España en la ampliación de su ámbito subjetivo. Hemos comprobado la exclusión del ámbito de aplicación de la directiva de los inmigrantes en situación regular no permanente, pero también se dan exclusiones en la aplicación de la Directiva de familiares de los beneficiarios, por la ausencia de una definición de conceptos como el de “dependencia” o el de “otros parientes cercanos” y porque se requiere que la relación familiar exista previamente en el país de origen, por lo que los lazos familiares establecidos en países vecinos como, por ejemplo, Polonia o Rumanía después del 24 de febrero de 2022, quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Decisión del Consejo.

La desigualdad de trato para personas en idéntica situación en distintos Estados miembros de la UE se produce incluso cuando se trata de colectivos vulnerables, bien por falta de medidas específicas, bien por la inconcreción de estas, como ocurre en el art. 13.4 DPT que en el caso de los menores no acompañados o las personas que hayan sufrido torturas, violaciones u otras formas graves de violencia moral, física o sexual, establece que “Los Estados miembros preverán la asistencia necesaria, médica o de otro tipo”, en favor de los beneficiarios de protección temporal con necesidades particulares como los mencionados.

España adoptó medidas en favor de estos y otros colectivos en el Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania²⁶. Sin embargo, la escasa precisión en los términos usados de la DPT tiene

²⁶ Para mayor profundidad sobre los arts. 47 a 50 del RDL 6/2022, véase Durán (2022, 983-985).

como consecuencia un trato muy desigual dependiendo de los Estados miembros, incluso para categorías de personas desplazadas especialmente vulnerables como víctimas de trata de personas o menores no acompañados.

Destaca igualmente el hecho de que la protección de las parejas de hecho dependa de cada Estado miembro en la aplicación de la protección temporal, situación que es particularmente preocupante para la protección o reagrupación de las parejas de personas del colectivo LGBTIQ+ de nacionalidad no ucraniana teniendo en cuenta las políticas actuales en países como Polonia o Hungría abiertamente contrarias a estas personas (Milios 2022).

Pese a todo lo anterior, debemos concluir que las diferencias de trato en la protección temporal en los distintos Estados miembros, desde el punto de vista jurídico, no pueden considerarse una discriminación contraria al Derecho de la UE pues no se basan en el origen racial o étnico sino en la propia configuración legal de la protección temporal que a diferencia del asilo, no es universal y depende en su ámbito subjetivo de la decisión concreta del Consejo y su aplicación por los Estados miembros.

La mejora del estatus o del ámbito subjetivo que ha aplicado España entre otros Estados miembros (un grupo muy reducido) sería un trato más favorable permitido por la normativa y auspiciado por las Instituciones comunitarias, pero no responde a una obligación jurídica, pudiendo los colectivos excluidos acceder al territorio y solicitar asilo en ejercicio de este Derecho, aunque no con la inmediatez ni facilidad de la protección temporal. En cualquier caso, pese a que la extensión de la protección temporal a no ucranianos con situaciones temporales de estancia o por estudios sea discrecional para los Estados miembros, debería garantizarse un paso seguro por razones humanitarias sin necesidad de visado ni documentos de viaje válidos.

Que no exista una discriminación normativa no quita que desde el punto de vista fáctico o vía de hecho administrativa se hayan producido y denunciado múltiples actuaciones discriminatorias por motivos raciales o étnicos en las fronteras con motivo del conflicto en Ucrania contrarias al Derecho de la Unión. Lighthouse Reports reveló cómo los estudiantes extranjeros africanos o de aspecto no occidental, eran segregados y obligados a largas esperas en las fronteras o posteriormente detenidos en centros de recepción cerrados en Polonia con la excusa de no tener los pasaportes en regla (González-Páramo 2022: 78-79). Se denunció también que la misma guardia fronteriza polaca que ofrecía abrigo y comida caliente a los desplazados ucranianos, rechazaba violentamente a otras víctimas, algunas

también de Vladimir Putin en Oriente Medio como personas sirias, kurdas o yazidíes que aguardaban en el gélido bosque de Bialowieza (Tondo 2022)

3. El futuro de la protección internacional en situaciones de afluencia masiva en la UE

La protección temporal debe tenerse muy presente como instrumento para situaciones de emergencia en territorio de la Unión Europea, siendo susceptible la DPT tras el precedente de Ucrania, o bien la norma que propone la Comisión para sustituirla, de aplicación a situaciones similares en el futuro. Y más considerando la frecuencia de las situaciones de crisis y emergencia migratoria por desplazamientos masivos en lo que va de siglo, y las previsiones de que puedan incrementarse por el cambio climático en torno a un 200 % con respecto a la actualidad (Smirnov et al. 2022)²⁷.

En el caso de afluencia masiva de personas desplazadas, uno de los aspectos más positivos del régimen protección temporal aplicado a la situación de Ucrania es que aquellas personas a las que se haya concedido esta protección en un Estado miembro de la UE pueden, en cualquier momento, solicitar asilo y cualquier otro tipo de protección internacional disponible en el Estado miembro de acogida, siendo este responsable de examinar dicha solicitud (arts. 17 a 19 DPT).

No hay que olvidar que la protección temporal acabará como máximo en tres años (marzo de 2025), implicando conforme se acerque dicha fecha el inicio de un número cada vez mayor de procedimientos de asilo por parte de los desplazados y reactivándose los problemas permanentes de los sistemas nacionales de asilo de los Estados miembros y de la normativa de la UE si no ha concluido el conflicto.

En caso de denegación de la solicitud de asilo o de otra forma de protección internacional a un beneficiario de protección temporal, la DPT dispone que los Estados miembros le permitirán seguir disfrutando de esta durante el período que le reste de la misma, o como recuerda Azcárraga (2022, 80), permanecer en aplicación del régimen general de extranjería una vez finalice la protección temporal.

²⁷ El estudio prevé dicho incremento en los flujos migratorios, derivado del cambio climático, en el escenario político internacional actual, de cumplirse los objetivos del Acuerdo de París sobre incremento de la temperatura mundial, y hasta un 500 % de no cumplirse.

Esta discusión puede perder relevancia al estar prevista por la UE desde 2020 la sustitución de la Directiva 2001/55/CE, como parte del paquete legislativo del Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo, por la propuesta de Reglamento relativo a las situaciones de crisis y de fuerza mayor en el ámbito de la migración y asilo, que establece normas para la concesión del estatuto de protección inmediata en situaciones de crisis.

Al tratarse de un Reglamento, aplicable en todos sus elementos en todos los Estados miembros, esto puede ser una solución para las relevantes divergencias en su transposición por los Estados miembros en su aplicación, como ha sucedido en el caso de Ucrania. La propia Comisión en la propuesta de Reglamento sobre situaciones de crisis reconoce las necesidades de profundizar en esta armonización, pese al incremento de la cooperación entre EEMM, al afirmar que “los sistemas de asilo, acogida y retorno de los Estados miembros siguen sin estar armonizados en gran medida”, con las consecuentes ineficiencias y sobre todo ausencia de un mismo trato justo a los solicitantes de asilo en toda la UE, lo que a su vez provoca movimientos internos dentro de la UE en busca de mejores condiciones y perspectivas.

El Reglamento de situaciones de crisis y fuerza mayor busca garantizar un equilibrio entre las necesidades inmediatas de los Estados miembros para gestionar situaciones de crisis o fuerza mayor, susceptibles de que el sistema de retorno, acogida o asilo del Estado miembro deje de ser funcional (como la DPT), estableciendo excepciones en relación a los plazos y procedimientos dispuestos en el resto de normativa sobre migración y asilo, pero respetando la necesidad de uniformidad y seguridad jurídica en la aplicación de tales excepciones para que no resulten arbitrarias.

El objetivo es que las autoridades nacionales que se enfrentan a una situación de fuerza mayor dispongan de más tiempo para llevar a cabo sus tareas y la necesidad de proteger los derechos de los solicitantes y los nacionales de terceros países o apátridas cuya solicitud de protección internacional haya sido rechazada, y que la aplicación sea uniforme en la UE utilizando para ello el Reglamento como instrumento jurídico²⁸.

En cuanto a los derechos de las personas desplazadas temporalmente, la Propuesta pretende garantizar que las personas a quienes se les conceda “protección inmediata” (estatus que sustituye al de “protección temporal”) se beneficien de derechos económicos y

²⁸ La Propuesta permite excepciones en materia de asilo y procedimiento fronterizo como prolongar la duración del examen de una solicitud de protección internacional en el ámbito del procedimiento fronterizo, con un procedimiento específico de retorno en situaciones de crisis con vistas a facilitarlos.

sociales equivalentes a los que disfrutaban los beneficiarios de protección subsidiaria. Sin embargo, compartimos la opinión de que, ante estos desplazamientos masivos, más bien “surge la necesidad de que la protección internacional se extienda a personas que, aunque han tenido que desplazarse forzosamente, no son refugiados en virtud de lo establecido en dicha Convención [de Ginebra] (Bartomeu 2022).

Lamentablemente, seguirá sin quedar resuelta en el Reglamento de crisis la cuestión de una garantía real de acceso al territorio de la Unión Europea para solicitar protección, pese a que se afirme que los Estados miembros concederá el estatuto de protección inmediata respecto de las personas desplazadas procedentes de terceros países que corran un riesgo elevado de ser sometidas a violencia indiscriminada, en situaciones excepcionales de conflicto armado, y que no puedan volver a su país de origen, salvo que representen un peligro para la seguridad nacional o el orden público del Estado miembro. Además, dicho estatuto se aplicará sin perjuicio de su solicitud de protección internacional en trámite en el Estado miembro en cuestión.

Los instrumentos que recoge el Reglamento de crisis son: un procedimiento simplificado y plazos más cortos para activar el mecanismo de solidaridad obligatorio previsto para las situaciones de presión en el nuevo Reglamento sobre gestión del asilo y la migración²⁹; un alcance más amplio para la reubicación; y por último refuerza la posibilidad de asistencia mutua entre los Estados miembros para efectuar las devoluciones, a través del patrocinio de retornos³⁰, uno de los mecanismos creados por el Nuevo Pacto de Migración y Asilo.

La Propuesta de Reglamento incluye un concepto de “crisis” bastante más concreto que el de “afluencia masiva”, que recoge la DPT. Se especifica que la llegada debe ser irregular, se tiene en cuenta el volumen de personas, que debe de ser capaz de afectar al sistema de retorno, acogida o asilo de forma tal que deje de ser funcional en función de la población y PIB del Estado miembro afectado, además de

²⁹ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la gestión del asilo y la migración y por el que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo y la propuesta de Reglamento (UE) sobre Fondo de Asilo y Migración, de 23 de septiembre de 2020 (COM/2020/610 final).

³⁰ Según la propuesta de Reglamento sobre la gestión del asilo y la migración, los Estados miembros que proporcionan patrocinio de retornos se comprometen a devolver a los migrantes irregulares en nombre de otro Estado miembro, realizando todas las actividades necesarias para este fin directamente desde el territorio del Estado miembro beneficiario. Si no se logra el retorno en el plazo de ocho meses, los migrantes irregulares serían trasladados al territorio del Estado miembro patrocinador para la ejecución efectiva del retorno. El plazo se reduce en situaciones de crisis a cuatro meses.

tenerse que demostrar para su aplicación que tendría graves consecuencias para el SECA. Como novedad, se puede aplicar ante situaciones en las que exista el riesgo inminente de este tipo de llegadas.

Conclusiones

El Sistema Europeo Común de Asilo, al descansar todavía en muchos aspectos en la normativa y prácticas interna de los Estados miembros, provoca un trato diferenciado entre personas necesitadas de protección internacional que se encuentran en la misma situación, pero tienen distintas circunstancias personales o nacionalidad.

Esto ocurre no sólo en relación con el acceso a dicha protección, sino también en cuanto al alcance de esta (internacional/asilo o interna/residencia por razones humanitarias). Sin embargo, analizando la literatura sobre la cuestión y la normativa aplicable, encontramos que en la mayor parte de los casos las diferencias de trato basadas en la nacionalidad se encuentran amparadas por la normativa de la UE, y es difícil identificarlas como discriminación conforme a las normas internacionales o de la propia Unión Europea.

El origen nacional, pese a ser un criterio admitido para el trato diferenciado de nacionales de terceros estados, requiere una justificación objetiva y razonable, que en el caso Ucrania y la aplicación de la Directiva de Protección Temporal reside en la competencia del Consejo de determinar sus beneficiarios y en la previa exención de visado a los nacionales ucranianos. Aunque conllevan ventajas muy significativas en razón de la nacionalidad, no suponen discriminación de nacionales de terceros países desde el punto de vista jurídico.

Sin embargo, el origen nacional no es un criterio diferenciador admisible en el acceso al derecho de asilo, protegido por el derecho originario de la Unión Europea y vinculado a los derechos humanos, y suponiendo discriminación respecto a otras nacionalidades como ocurre con el *fast-track* sirio.

En cualquier caso, se hace necesario crear un visado humanitario en la UE con la finalidad de solicitar asilo al que pueda accederse desde fuera de sus fronteras y que facilite la llegada a su territorio con esta finalidad, aunque las iniciativas presentadas por el Parlamento Europeo en este sentido han fracasado por el momento³¹.

³¹ Vid. el Informe de 6 de noviembre de 2018 con recomendaciones dirigidas a la Comisión sobre los visados humanitarios, con base en el artículo 77 apdo. 2, letra a del TFUE - 2017/2270(INL).

Asimismo, resulta clara la necesidad de que el Sistema Europeo Común de Asilo sea más uniforme, reduciendo el margen de apreciación por parte de los Estados miembros a la hora de decidir si otorgar protección y el tipo de protección a otorgar, evitando que los tratos diferenciados produzcan *de facto* o *de iure* una discriminación de personas con el mismo origen y nacionalidad en función del Estado miembro de solicitud, o provoquen que las personas de determinadas nacionalidades (como afganos e iraquíes) no tengan acceso o se les deniegue una protección internacional a la que tienen derecho.

Incluso en un caso en que la normativa protectora de la UE ha sido efectiva y la postura de los Estados miembros ha sido unánime, como el de la aplicación de Directiva de Protección Temporal a los nacionales ucranianos desplazados por la guerra, se producen exclusiones que, pese a no ser discriminatorias jurídicamente, sí son de difícil justificación. Así hemos visto que la Decisión de aplicación de la DPT deja fuera del estatus de protección temporal (excluyendo de su ámbito de aplicación subjetivo) a amplios grupos de personas extracomunitarias no ucranianas necesitadas de protección internacional o deja la protección de ciertos grupos a la discrecionalidad de los Estados miembros. España ha sido un ejemplo de extensión de la protección temporal en función de las necesidades de los desplazados, pero a la vez una de las pocas excepciones en la Unión Europea.

Finalmente, comprobamos que las propuestas del Reglamento de crisis en el marco Nuevo Pacto sobre Inmigración y Asilo de la UE indican que, dadas las posturas discrepantes de ciertos Estados miembros que impiden avanzar en una mayor armonización de las normas de protección de la UE (que pese a ello intenta sustituyendo la DPT por un Reglamento), seguirán siendo preeminentes la diferenciación por origen nacional y la voluntad de los Estados en el otorgamiento de protección y el tipo de protección concedida, relegando las necesidades objetivas de protección de los solicitantes. El acento se desplaza al intento de garantizar la solidaridad entre los Estados miembros al menos en relación con los costes, tanto de la acogida como del retorno, cuando no se conceda a los solicitantes protección internacional ni por razones humanitarias.

Bibliografía

Arenas, Nuria. 2003. *Los desplazamientos forzados de población a gran escala. La Directiva europea relativa al sistema de protección temporal* [tesis doctoral inédita]. Universidad de Sevilla.

- Azcárraga, Carmen. 2022. «La 'afluencia masiva de personas desplazadas' desde Ucrania y su protección temporal en la Unión Europea y en España». *Revista General de Derecho Europeo* 57: 77-116.
- Bakewell, Oliver. 2018. «Conceptualising Displacement and Migration: Process, Conditions and Categories», en *The Migration-Displacement Nexus. Patterns, Processes and Policies. Studies in Forced Migration*, editado por Khalied Koser y Susan Martin, 14-26. Nueva York: Bergan Books.
- Bartomeu, Andrea. 2022. *Origen y fundamentos del principio de non-refoulement en el marco del Derecho Internacional de las personas refugiadas*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Beirens, Hans, Sheila Maas, Salvatore Petronella y Maurice van der Velden. 2016. *Study on the Temporary Protection Directive: Final Report*. Luxemburgo: Publications Office of the European Union.
- Borja, Andrea. 2018. «¿Refugiados de primera o segunda clase?», *Relaciones Internacionales* 36: 31-50.
- Cano, M^a Ángeles. 2016. «Asilo y refugio en la Unión Europea: Agenda Europea de Migración 2015 y retos del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA)», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* 41: 209-234.
- Costello, Cathryn y Michelle Foster. 2022. «(Some) refugees welcome: When is differentiating between refugees unlawful discrimination?», *International Journal of Discrimination and the Law* 22, n. 3: 244-280.
- Durán, Francisco J. 2022. «La regulación de la protección temporal de los desplazados por la guerra de Ucrania y su compatibilidad con otras formas de protección internacional en el contexto de una nueva política migratoria de la UE». *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 73: 951-993.
- ECRE. 2023. *AIDA Comparative Report: Not there yet: Family reunification for Beneficiaries of International Protection*. Acceso el 24 Noviembre 2023: <https://ecre.org/aida-comparative-report-not-there-yet-family-reunification-for-beneficiaries-of-international-protection/>
- ECRE. 2019. *Asylum Statistic in Europe. Factsheet*. Acceso el 24 de Noviembre de 2023: <https://ecre.org/wp-content/uploads/2020/06/Statistics-Briefing-ECRE.pdf>
- EUROSTAT. 2022. *Key figures in Europe*. Bélgica: EU. Acceso el 24 de Noviembre 2023: <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/15216629/15358170/KS-EI-22-001-EN-N.pdf/273c56e9-a255-ebc6-fb8d-33f3bb7ca2cf?t=1669211457873>
- FRA. 2018. *Manual de legislación europea contra la discriminación*. Luxemburgo: Unión Europea. Acceso el 24 de Noviembre de 2023: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/handbook_non_discri_law_spa
- FRA. 2022. *National legislation implementing the EU Temporary Protection Directive in selected EU Member States (August 2022 update)*. Acceso el 24 de Noviembre de 2023: <https://fra.europa.eu/en/publication/2022/national-legislation-implementing-eu-temporary-protection-directive-selected-eu>

- Garcés, Blanca. 2022. «Por qué esta crisis de refugiados es distinta». *CIDOB opinión* 728.
- Giordano, Antonella. 2018. «De la protección a la securitización: los derechos humanos en la Declaración Unión Europea-Turquía». *El Genio Maligno: revista de humanidades y ciencias sociales* 22: 12-23.
- González-Páramo, Ana. 2022. «Luces y sombras de la acogida europea al exilio ucraniano». *Anuario CEIPAZ 2021-2022*, 73-86.
- Ineli-Ciger, Meltem. 2016. «Time to activate the Temporary Protection Directive. Why the Directive can play a key-role in solving the migration crisis in Europe». *European Journal of Migration and Law* 18, n. 1: 1-33
- Kienast, Julia. 2022. «'Crisis rhetoric' and derogations from the AFSJ: Is EU asylum policy discriminatory or does its implementation reflect the rule of law?». *Cuadernos Europeos de Deusto*, n. especial 06: 117-143.
- La Spina, Encarnación. 2022. «La diferenciación vs. discriminación como línea de tendencia en los regímenes de inmigración y asilo: algunas reflexiones», *Revista de la Facultad de Derecho de México* 72, n. 284: 193-222.
- Meyer, Claus K. y Sebastian Boll. 2018. «Categorising migrants: standards complexities and politics», *Anti-Trafficking Review* 11: 1-14.
- Milios, Georgios. 2022. «La activación de la Directiva sobre protección temporal para las personas desplazadas de Ucrania como consecuencia de la guerra», *Revista electrónica de estudios internacionales* 44. DOI: 10.17103/reei.44.08
- OAR. 2022. *Asilo en cifras 2021*. Ministerio del Interior. Acceso el 24 de Noviembre de 2023: https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/servicios-alciudadano/oficina-de-asilo-y-refugio/datos-e-informacion-estadistica/Asilo_en_cifras_2021.pdf
- Pascual, Laura. 2022. «La criminalización de la asistencia a los solicitantes de asilo en Hungría (a propósito de la sentencia Comisión/Hungría, C-821/19)». *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 71: 169-187.
- Porrás, José M^a. 2017. «El sistema europeo común de asilo y la crisis de los refugiados. Un nuevo desafío de la globalización». *Revista de Estudios Políticos* 175: 207-234.
- Smirnov, Oleg, Gallya Lahav, John Orbell, Minghua Zhang y Tingyin Xiao. 2022. «Climate Change, Drought, and Potential Environmental Migration Flows Under Different Policy Scenarios». *International Migration Review* 57, n. 1: 36-67.
- Tondo, Lorenzo. 2022. «Embraced or pushed back: on the Polish border, sadly, not all refugees are welcome». *The Guardian*. Acceso el 24 de Noviembre de 2023: <https://www.theguardian.com/global-development/commentisfree/2022/mar/04/embraced-or-pushed-backon-the-polish-border-sadly-not-all-refugees-are-welcome>
- Villar, Santiago A. 2017. «Refugiados e (in)solidaridad en la UE: la no aplicación de la Directiva 2001/55/CE». *Documents CIDOB* 8: 1-7.

La interseccionalidad de la discriminación por razones de género, raza y etnia de las mujeres solicitantes de asilo víctimas de violencia de género en la UE. Especial referencia a la situación italiana

The intersectionality of gender, race and ethnicity discrimination of women asylum seekers who are victims of gender-based violence in the EU. Special reference to the Italian situation

Natalia Elizabeth Vigano 

Universidad de Granada. España

nevigano@correo.ugr.es

<https://doi.org/10.18543/djhr.2909>

Fecha de recepción: 31.05.2023

Fecha de aceptación: 30.11.2023

Fecha de publicación en línea: diciembre de 2023

Cómo citar / Citation: Vigano, Natalia E. 2023. «La interseccionalidad de la discriminación por razones de género, raza y etnia de las mujeres solicitantes de asilo víctimas de violencia de género en la UE. Especial referencia a la situación italiana». *Deusto Journal of Human Rights*, No. 12: 229-255. <https://doi.org/10.18543/djhr.2909>

Sumario: Introducción. 1. Género, raza y etnia como ejes interseccionales de discriminación en las migraciones forzadas. 2. Luces y sombras del SECA y su implementación en los Estados miembros desde una perspectiva de género. 2.1. El SECA a la luz del *gender mainstreaming* 2.2. Género y asilo en el sistema jurídico italiano. 3. La normativa europea contra la discriminación étnico-racial y su implementación en el ordenamiento jurídico italiano. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen: Al adentrarnos en el estudio de la situación de las mujeres y niñas que solicitan asilo en la Unión Europea (UE), se evidencian de manera casi inmediata factores de discriminación, tales como el género y la etnia, que condicionan prácticamente la totalidad de su proceso migratorio. Un gran número de mujeres migrantes, en especial aquellas que son víctimas de violencia de género, no solo se encuentran sometidas a un sistema sexista y patriarcal, sino que, además, su origen étnico las sitúa en una posición de extrema vulnerabilidad. En ese sentido, procederemos a abordar, desde una perspectiva interseccional, el género y la etnia como factores de discriminación

y subordinación, a través del análisis de la normativa adoptada en el marco del Derecho europeo, así como su implementación en la legislación de Italia como Estado miembro de la UE, a los fines de conocer el alcance de la protección ofrecida a las mujeres migrantes que son víctimas de violencia y persecución por motivos de género.

Palabras clave: Migración. Asilo. UE. Discriminación. Interseccionalidad. Género. Etnia. Derechos Humanos.

Abstract: When we delve into the situation of women and girls seeking asylum in the European Union (EU), factors of discrimination such as gender and ethnicity become evident almost immediately, exerting significant influence over their entire migratory process. Many female migrants, especially those who are victims of gender-based violence, not only face a sexist and patriarchal system but also find themselves in a particularly vulnerable position due to their ethnic background. In this regard, we will proceed to address, from an intersectional perspective, gender and ethnicity as factors of discrimination and subordination. This will be accomplished through an examination of the regulations adopted within the framework of European law, as well as their implementation in the legislation of Italy as an EU member state. The objective is to determine the extent of protection provided to migrant women who are victims of violence and persecution on grounds of gender.

Keywords: Migration. Asylum. EU. Discrimination. Intersectionality. Gender. Ethnicity. Human rights.

Introducción

Desde hace varias décadas, venimos asistiendo a un aumento constante de la feminización de los movimientos migratorios. Este concepto da cuenta de un fenómeno que alude principalmente al incremento en el porcentaje de mujeres que emigran en solitario y no en calidad de miembros “dependientes”¹ de un grupo familiar.

En estos contextos, muchas de ellas se ven sometidas a factores de discriminación, tales como el género², la etnia o la clase social, entre otros, que condicionan prácticamente la totalidad de su proceso migratorio, sobre todo en los supuestos de desplazamientos forzados.

Todo ello exige abordar la situación jurídica y social de estas mujeres, partiendo de la premisa que tales factores discriminatorios en muchas ocasiones actúan de manera conjunta. En consecuencia, la aproximación a esta problemática debe realizarse necesariamente desde una perspectiva interseccional³. La interseccionalidad, permite no incurrir en generalizaciones que pueden invisibilizar a muchas mujeres que enfrentan numerosas formas de opresión y subordinación⁴ de manera simultánea y que deben tomarse en consideración, si se pretende llevar adelante un abordaje integral y a partir de allí encontrar

¹ Durante mucho tiempo las mujeres no fueron consideradas “migrantes primarios”, es decir, personas que deciden por sí mismas desplazarse a otro país, sino que lo hacían siguiendo al responsable masculino del grupo familiar” (Soto 2011).

² El género ha sido conceptualizado por la teoría feminista como “el conjunto de ideas, representaciones, prácticas y prescripciones sociales desarrolladas con el propósito de simbolizar y construir socialmente lo que se considera “propio” de los hombres (lo masculino) y “propio” de las mujeres (lo femenino)” (Lamas 2000, 1-24). El término sexo en cambio se refiere exclusivamente a las “características biológicas de los individuos” (Lagarde 1996, 48-71). Desde este enfoque de análisis, es importante destacar que no es la anatomía, sino más bien la influencia de la cultura, incluyendo la construcción de la diferencia sexual, la que desempeña un papel fundamental en la determinación de actitudes y comportamientos que socialmente se consideran como “naturales” en mujeres y hombres (Pombo 2014, 25). Cabe aclarar, que, aunque en la actualidad esta diferencia terminológica se encuentra ampliamente aceptada, aun encontramos textos académicos o normativos donde se utiliza el término sexo en lugar de género o incluso se emplean ambos conceptos de forma indistinta.

³ El término interseccionalidad surge en la década de los 80 a partir del trabajo de autoras como Crenshaw y Hill Collins y estaba centrado en el género y la raza para analizar los diversos niveles de opresión y subordinación que enfrentaban las mujeres negras en Estados Unidos.

⁴ El estudio de las múltiples modalidades de discriminación de forma aislada contribuye a invisibilizar a las víctimas que sufren una “discriminación doble” en razón de los efectos combinados que discriminan sobre las bases del sexo y de la raza (Crenshaw 1989).

soluciones eficientes que permitan erradicarla o al menos contrarrestar los efectos nocivos de la misma.

Con tales premisas, teniendo en cuenta como estos factores de discriminación operan con especial intensidad en el ámbito de las migraciones forzadas, este estudio pretende llevar adelante el análisis de la normativa europea aplicable en la materia.

En esa línea, considerando que se trata de ámbitos jurídicos que se caracterizan por la presencia de una multiplicidad de normas y el carácter fragmentario de estas, el estudio tendrá una doble vertiente. Por un lado, procederemos a analizar la legislación europea adoptada en el ámbito del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) y por el otro, se abordará la normativa específica contra discriminación étnico-racial y su implementación en las legislaciones nacionales de los Estados miembros. Sin embargo, ante imposibilidad de analizar cada uno de estos, limitaremos el estudio al ordenamiento jurídico italiano.

La elección responde entre otras cuestiones al rol protagónico que dicho Estado desempeña en tanto frontera externa de la UE y como tal, uno de los principales receptores de los flujos migratorios⁵. El análisis de la legislación italiana puede aportarnos una perspectiva valiosa en relación a la implementación del derecho europeo en materia de derecho de asilo y en particular del derecho antidiscriminatorio, considerando los esfuerzos de armonización normativa llevada a cabo en ambos ámbitos.

En razón de todo lo expuesto, la presente investigación ha sido llevada a cabo mediante diversas técnicas metodológicas. De esta manera hemos procedido a realizar una revisión de trabajos doctrinales preexistentes respecto de los cuales se han realizado tareas de síntesis y clasificación y desde un enfoque crítico-reflexivo, hemos realizado una sistematización de la normativa aplicable en la UE y en el Estado miembro seleccionado.

El objetivo principal de esta investigación consiste en obtener una visión integral de la protección brindada a las mujeres solicitantes de asilo que son víctimas de violencia de género, así como identificar las debilidades y fortalezas en la lucha contra la discriminación étnico-racial en el contexto europeo. Todo ello se realiza con el propósito de comprender plenamente el alcance de la tutela ofrecida por la UE y el Estado italiano en respuesta a tales situaciones injustas.

⁵ De acuerdo al informe presentado por el Consejo de la UE solo en 2022 Italia recibió un total de 84290 solicitudes asilo. Información disponible en <https://www.consilium.europa.eu/es/infographics/asylum-applications-eu/>

1. Género, raza y etnia como ejes interseccionales de discriminación en las migraciones forzadas

Para muchas mujeres, emprender un proyecto migratorio internacional, en ocasiones con destino y posibilidades de éxito inciertos, se configura como la única vía de escape que les permite huir de entornos de opresión y violencia.

De esta manera, muchas mujeres que se ven obligadas a abandonar sus hogares son con frecuencia víctimas de violencia y persecución motivadas por cuestiones de género⁶. Esto las coloca en una situación de especial vulnerabilidad que se agrava debido a la interacción de otros factores como la raza o el origen étnico⁷. Estos elementos afectan de manera simultánea e inseparable cada una de las etapas de su proceso migratorio, especialmente en contextos de migración forzada⁸.

⁶ La violencia de género contra la mujer, como expresión fehaciente de la discriminación de género, se erige como un factor determinante en dichos desplazamientos y puede adoptar diversas modalidades.

⁷ Debemos tener presente que el término raza como tal, desde hace varias décadas ha sido descartado como concepto científico de base biológica ya que, no existen patrones raciales fijos, que nos permitan clasificar a los individuos. "Las características genéticas dominantes en una población no se transmiten como un todo compacto, sino como rasgos sueltos, recombinables, que pueden pasar de una población a otra, en conclusión, no hay ningún conjunto estable ni cerrado de rasgos raciales: no hay «razas» como prototipos permanentes" (Gómez García 1998). Los atributos fenotípicos, a pesar de representar solamente una pequeña parte del genotipo humano, han sido utilizados a lo largo de la historia como marcadores de presuntas disparidades raciales, justificando así la perpetuación de estereotipos y actos discriminatorios basados en el racismo. Estos rasgos físicos, aunque visibles y distintivos, no son una representación precisa de las diferencias genéticas entre grupos humanos, pero lamentablemente han sido empleados como base para marginar y oprimir a ciertas comunidades, promoviendo injusticias y desigualdades en distintos contextos sociales (Stolcke 2000). Por su parte la etnia, de acuerdo a la teoría subjetivista, ha sido definida como "conjunto de individuos que comparten una cultura, algunos de cuyos rasgos son utilizados como signos diacríticos de pertenencia y adscripción, y cuyos miembros se sienten unidos mediante una consciencia de singularidad históricamente generada". Autores como Gómez García (1998) defienden que la etnicidad se trata de una construcción histórica y que como tal no es inmutable o fija (teoría esencialista) si no que evoluciona y no puede mantenerse aislada respecto de otras etnicidades o de la cultura global. La extensión de estereotipos, a partir de imágenes fijas que constituyen una visión deformada y simplificada de determinados grupos étnicos ha llevado a que se perpetúen situaciones de discriminación y desigualdad.

⁸ Cabe mencionar, que existen otros elementos como la clase social, la discapacidad, la orientación sexual, la religión y la edad que pueden también interactuar y ejercer efectos negativos.

A lo ya mencionado debemos agregar, el rol que desempeñan los estereotipos y la representación de las personas migrantes y refugiadas en general⁹, las cuales se encuentran determinadas por el “estigma de la “extranjería”, el cual permite a una retórica del miedo equipararlos como culpables de todos los males de la globalización” (Borghi 2021, 107) y como tal afecta de manera diferente a hombres y mujeres¹⁰.

Tales representaciones están atravesadas por factores como el género o la raza y constituyen en sí mismas formas de violencia simbólica y generan situaciones específicas de represión y control. Las mismas parten de un enfoque centrado en las diferencias culturales, que no solo contribuyen a crear un discurso antiinmigración, sino que también desvían la atención de las causas fundamentales de la violencia de género arraigadas en estructuras de dominación y control presentes en los Estados de acogida (Freedman 2022, 6-11).

Como podemos comprobar, las mujeres y niñas migrantes y en especial aquellas solicitantes de asilo y refugiadas en numerosas ocasiones deben hacer frente a situaciones de discriminación y desigualdad, por el hecho de ser mujeres, por su condición de extranjeras y por su raza u origen étnico (entre otros factores que como hemos podido ver pueden operar sobre ellas).

Todo ello trae como consecuencia que las mismas se vean expuestas no solo a la privación de derechos sino a situaciones de violencia que pueden manifestarse en diversos ámbitos, ya sea social, laboral, policial o judicial.

Desde un punto de vista psicológico, esta situación puede impactar directamente en la persona afectada, dando lugar a una desvinculación de sus grupos de referencia, que puede traducirse en un rechazo de una parte de sí misma y en un conflicto de identidad. Asimismo, puede verse afectado su autoestima, dando lugar a sentimientos de tristeza, desolación y miedo constante (López Sánchez et al. 2022, 77).

⁹ Los estereotipos como explica Cook (2010) se refieren a una visión generalizada o preconcepción de atributos, características o los roles que son o deben ser desempeñados por los miembros de un grupo particular, los cuales pueden agudizar o perpetuar las situaciones de desigualdad.

¹⁰ Las personas migrantes pertenecientes a determinados grupos sociales o culturales son percibidas desde una perspectiva negativa y se las coloca en situación de inferioridad (social, cultural, religiosa). Un ejemplo de ello es el caso de las mujeres racializadas, a las cuales en general se las suele asociar al mundo de la prostitución y el trabajo precario (Martínez Lirola 2023). Estas representaciones estigmatizantes responden en muchas ocasiones a razones de funcionalidad o utilidad en tiempos de crisis, en la medida en que sirven como sostiene Ferrajoli (2019) “para desplazar hacia sectores vulnerables el descontento social”.

Los efectos nocivos de esta problemática se traducen en los niveles de pobreza y exclusión socioeconómica, influyendo en áreas como la educación, la salud, la participación en las esferas públicas, así como en el acceso a la justicia¹¹.

Si nos remitimos al ejemplo europeo, las estadísticas muestran que la mayoría de estas mujeres tienen un acceso limitado a la atención médica, la educación y la integración en el mercado laboral. En su mayoría, se ven relegadas a realizar tareas domésticas¹² o de cuidado, así como a empleos en el sector agrícola, con salarios precarios y expuestas a diversas formas de explotación¹³.

De acuerdo al informe recientemente presentado por el Parlamento Europeo¹⁴ "las mujeres pertenecientes a los grupos más marginados ocupan la mayoría de los puestos peor remunerados en los servicios de asistencia (...) y a menudo se enfrentan a la segregación por razón de género, al racismo y a malas condiciones de trabajo y remuneración, así como a violencia y a acoso en el trabajo". Esta situación se repite a lo largo de todos los Estados miembros.

Considerando lo expuesto hasta el momento, se evidencia como en estos supuestos los múltiples factores de discriminación y desigualdad actúan de manera conjunta e indisoluble. Desde una perspectiva relacional, características como el género, la raza, la etnia, la clase social, etc., pueden constituir indicadores de privilegio o mayor desventaja e incidir en las relaciones de poder, las cuales pueden operar no solo verticalmente, sino también en diagonal y en capas (Fredman 2016).

En el siguiente gráfico podemos observar las distintas relaciones de poder:

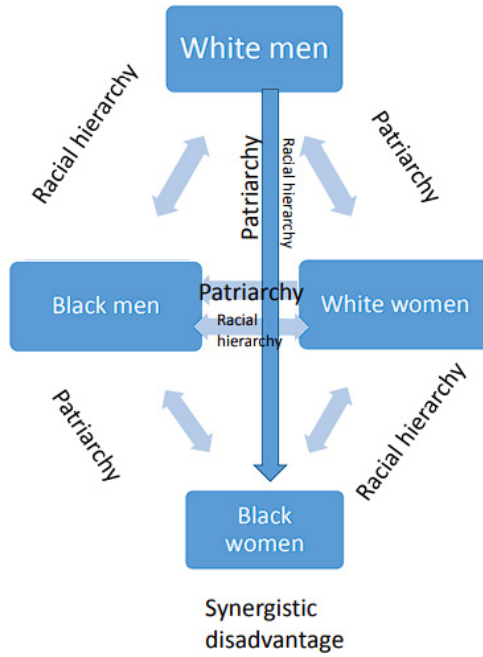
¹¹ Al respecto ver Frías (2022).

¹² De acuerdo a los datos aportados por Naciones Unidas en 2013 había 53 millones de trabajadores domésticos en todo el mundo y el 83% eran mujeres, muchas de ellas pertenecientes a minorías raciales o étnicas. Al respecto ver Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General de 21 de abril de 2017.

¹³ De acuerdo al Informe de 2020 de la Comisión *Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025*, solo el 55,3% de las mujeres nacidas fuera de la UE tiene empleo remunerado frente al casi 70% de mujeres europeas. Asimismo, el 80 % de las tareas de cuidado son llevadas a cabo por mujeres, de las cuales un 75 % son inmigrantes.

¹⁴ Al respecto ver Informe del Parlamento Europeo de 22 de junio de 2022 sobre la discriminación interseccional en la Unión Europea: situación socioeconómica de las mujeres de origen africano, de Oriente Próximo, latinoamericano y asiático.

Gráfico 1
Relaciones de poder verticales, diagonales y estratificadas



Fuente: Fredman (2016).

En ese sentido es importante la implementación de un enfoque interseccional que permita el desarrollo de un derecho antidiscriminatorio que arroje luz sobre aquellos grupos más desfavorecidos.

Debemos tener presente que una normativa que aborde los diversos factores de discriminación de forma unidimensional, estableciendo grupos o categorías rígidas, puede contribuir a invisibilizar y excluir a todas aquellas personas que se encuentran en la intersección entre esos grupos.

Si nos adentramos en el ámbito regional europeo, el desarrollo del derecho antidiscriminatorio ha tenido una evolución desigual en relación a los diversos factores de discriminación, optando por un abordaje desde un enfoque múltiple o unitario¹⁵ (La Barbera 2016,

¹⁵ En la actualidad encontramos un lento cambio de perspectiva hacia un enfoque interseccional, sin embargo, este cambio se ha realizado sobre todo a través de

105-122), donde la regulación de los mismos se encuentra fragmentada, tal cual tendremos oportunidad de observar en los siguientes epígrafes.

2. Luces y sombras del SECA y su implementación en los Estados miembros desde una perspectiva de género

2.1. *El SECA a la luz del gender mainstreaming*¹⁶

Si nos adentramos en el análisis de los desplazamientos forzados de personas y su abordaje en el ámbito internacional, podremos observar cómo desde su origen, estos han sido definidos en términos masculinos. El derecho de asilo, cuyo marco de referencia internacional lo conforman la Convención de Ginebra de 1951 y su Protocolo de actuación de 1967¹⁷, se ha caracterizado por la "neutralidad"¹⁸ y la naturaleza androcéntrica de su contenido, que partiendo exclusivamente de la experiencia de los hombres, se ha pretendido aplicar al resto de experiencias, incurriendo en generalizaciones que a menudo invisibilizan a todas aquellas personas que no encajan en este modelo, especialmente a las mujeres y otros grupos subrepresentados (Arenas 2009).

De esta manera, cuando entramos a analizar cada una de sus disposiciones, es notoria la ausencia de cualquier referencia al género. Esto se aplica tanto a la definición de refugiado como a las causales de persecución, incluso a la cláusula de no discriminación contemplada en el artículo 3 de la Convención, la cual, solo se refiere a la raza, la religión o el país de origen.

Como resultado de esta omisión, durante años, mujeres y niñas se han visto privadas de una protección que tenga en cuenta las peculiaridades que caracterizan y fundamentan las migraciones

instrumentos de *Soft Law* no vinculantes, como hemos tenido oportunidad de ver anteriormente.

¹⁶ Género como eje transversal de actuación y análisis.

¹⁷ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951, cuya entrada en vigor se produce el 22 de abril de 1954. Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967.

¹⁸ La manera en que están articuladas las normas ha contribuido a crear una imagen de las personas refugiadas, que ignora las particularidades de las mujeres, la forma en la que éstas se relacionan con el poder y la sociedad en general. Por consiguiente, esta pretendida neutralidad no existiría como tal, teniendo en cuenta las profundas consecuencias sociales y políticas que conlleva (Indra 1987).

femeninas, sobre todo las que tienen que ver con las distintas modalidades de violencia que operan sobre ellas.

Así, la violencia de género ha sido prácticamente ignorada por el Derecho Internacional de los Refugiados, debido sobre todo a su consideración como una cuestión propia del ámbito privado y, por lo tanto, no encuadrable entre los motivos de persecución que justifican el reconocimiento de la protección internacional¹⁹.

Esta división entre lo público y lo privado, que la doctrina denomina dicotomía público / privado, surge como resultado de un sistema estructurado en torno a una jerarquización de género que responde a una construcción patriarcal asentada sobre la idea del hombre monopolizando las esferas públicas y la mujer relegada al ámbito familiar o privado²⁰, caracterizado por la presencia de relaciones de dominación masculina, desprovisto de consideración política (Miguel 2017).

Tales premisas, representan la base sobre la que se ha estructurado el orden social, político y jurídico que, como tal, ha determinado la construcción de un Derecho Internacional de los Refugiados, en el que prevalece la esfera pública ligada a lo masculino, generando como sostiene la jurista feminista Miguel (2017, 5) “que muchos daños sufridos por las mujeres no sean considerados persecución sino actos privados o actos propios de determinadas culturas o tradiciones”.

En la actualidad, aunque la doctrina es pacífica en cuanto la incidencia del género como motivo de persecución (Merino, 2012), se viene denegando la posibilidad de su incorporación explícita en la Convención de Ginebra²¹. Muchos autores consideran que, contrario a lo esperado, podría originar un efecto más restrictivo que amplificador (Arenas 2008)²².

¹⁹ Como explica Rigo (2019), la forma en que están dispuestas las razones de persecución tiende a privilegiar la esfera pública sobre la privada. Asimismo, se suele negar el carácter político que presenta la opresión ejercida en el ámbito privado donde las mujeres tienen una mayor presencia, opresión que, por otro lado, posee un fuerte componente de género (Indra 1987, 3).

²⁰ Cuando hablamos de esfera privada, nos referimos a lo que Mestre (2006) denomina esfera privada en femenino, como representación de la mujer al servicio y cuidado de otros, un espacio de sumisión casi exento de regulación.

²¹ Indra (1987) explica que esta fuerte reticencia internacional a incluir el género entre las disposiciones de la Convención de Ginebra de 1951 responde, entre otras cuestiones, al propio miedo que tienen los Estados a ser objeto de críticas por el tipo de dinámicas asimétricas de género que presentan.

²² Parte de la doctrina afirma al respecto, que el principal problema no lo constituye la ausencia de una regulación expresa del género entre los motivos de persecución, sino

En este contexto, el SECA²³, como complejo entramado de normas de derecho derivado, elaboradas dentro del ámbito de la UE con el objetivo de armonizar la legislación entre sus Estados miembros, no ha sido una excepción y desde sus inicios ha reflejado una perspectiva predominantemente masculina de los procesos migratorios, en una suerte de replicación de lo que ha acontecido a nivel internacional.

La normativa que opera en el ámbito europeo, aunque incluye algunos elementos que podríamos valorar como positivos, en términos generales adolece de una verdadera perspectiva de género y está principalmente direccionada a la protección de las fronteras y la reducción de la inmigración ilegal, produciendo como consecuencia una limitación de los Derechos Humanos de las personas solicitantes de protección internacional, en especial mujeres y niñas (Soroeta 2020, 46)

Asimismo, es conveniente tener presente que el SECA constituye una competencia compartida entre la UE y sus Estados miembros y se basa principalmente en Directivas.

Esta configuración normativa da lugar a que la cuestión pueda variar según el Estado del que se trate²⁴. Todo ello en principio chocaría con la presunción de la existencia de una tutela equivalente en cada uno de los Estados miembros (Faggiani 2023).

Así pues, si nos adentramos en el estudio del SECA, encontramos la Directiva 2011/95/EU del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de la protección internacional²⁵.

En el artículo 9. 2 a) de la misma, se prevé como forma de persecución la violencia física, psíquica y sexual. En su artículo 10 se ha introducido una novedad respecto a la anterior Directiva 2004/83/CE²⁶, estableciendo el sexo de la persona²⁷, incluida la identidad de género,

el hecho que, en la actualidad pese a los avances realizados, se siguen interpretando las normas existentes desde un prisma puramente masculino (Miguel 2016).

²³ Su fundamento jurídico principal lo encontramos en el artículo 78 TFUE.

²⁴ Un ejemplo de ello es la transposición restrictiva que hicieron países como Alemania, Polonia o Francia, del concepto “determinado grupo social” establecido en la denominada Directiva de cualificación (Pérez González et al. 2014, 144)

²⁵ El SECA incluye también las Directivas 2013/32/UE (conocida como Directiva de procedimiento) y Directiva 2013/33/UE (conocida como Directiva de acogida), las cuales, aunque incluyen algunas referencias al género no se refieren a la valoración de la solicitud o al reconocimiento de la protección internacional, que como tal sigue estando regulada y determinada principalmente por la legislación interna de los Estados miembros.

²⁶ Directiva 2004/83/CE del Consejo de 29 de abril de 2004.

²⁷ La versión en inglés incluye la expresión *acts of a gender specific* mientras que en español se refiere expresamente a “actos dirigidos contra las personas por razón de su

como característica suficiente para configurar “un grupo social determinado”²⁸ a los fines de su consideración como objeto de persecución y, por tanto, un criterio a tener en cuenta en el momento de reconocer la protección correspondiente, aunque se encuentra condicionado a las circunstancias imperantes en el país de proveniencia.

De igual manera, se incluye la persecución perpetuada por agentes no estatales (particulares) lo que permitiría ofrecer una protección más amplia a las víctimas de estas violencias ocultas, dado que abarca también el ámbito privado, que es el ambiente donde gran parte de éstas suelen producirse²⁹.

La mencionada Directiva no contempla el género como modalidad de persecución autónoma, ya que solo representa un criterio más a considerar. Esto ubica en el centro de escena a las autoridades nacionales competentes para valorar las solicitudes y tomar en consideración dicha dimensión al momento de adoptar una decisión.

Por otro lado, la interpretación que los Estados vienen haciendo del mencionado artículo 9 de la Directiva 2011/95/EU, por la que se considera que la persecución debe ser de carácter individualizada, lleva a que se produzcan una gran cantidad de denegaciones, cuestión que cobra vital importancia en el ámbito de la violencia de género en todas sus dimensiones, sobre todo en supuestos de solicitantes de asilo provenientes de países donde se han instaurado regímenes fuertemente misóginos y restrictivos de los derechos de las mujeres.

Ante restricciones tan significativas de derechos, especialmente aquellos reconocidos en los artículos 2, 3 y 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) la valoración de la solicitud debería considerar el impacto que tiene en la mujer en cuanto tal, de lo contrario, se estaría negando de la existencia de una violencia estructural, que, en otras palabras, significaría negar que existen

sexo”, por lo que la traducción realizada ignora las diferencias terminológicas entre género y sexo, que en estos ámbitos pueden ser fundamentales.

²⁸ La fórmula “determinado grupo social” permitió en un primer momento canalizar la mayor parte de las solicitudes de asilo por motivos de género. Sin embargo, en el Manual de Procedimientos de ACNUR se ha señalado que, salvo excepciones, la simple pertenencia a un grupo no justifica por sí sola la reclamación de la condición de refugiado. Por lo tanto, resulta necesario establecer conjuntamente una relación de causalidad entre el fundado temor de ser perseguido y la pertenencia a dicho grupo social (Jiménez Sánchez 2017, 12-16).

²⁹ El TEDH ha calificado la violencia de género llevada a cabo en el ámbito interno como trato humano o degradante contrario al artículo 3 CEDH. Al respecto ver STEDH de 4 de diciembre de 2004, asunto M.C c. Bulgaria.

mujeres que en ciertos contextos son perseguidas por el solo hecho de ser mujeres³⁰.

Finalmente, la Directiva 2011/95/ UE reconoce el estatuto de protección subsidiaria. El mismo está destinado a aquellos solicitantes de protección internacional que, no quedando enmarcados en la figura de refugiado por no reunir los requisitos correspondientes, presenten motivos fundados para creer que, si regresasen a su país de origen o, en el caso de un apátrida, al país de su anterior residencia habitual, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir daños graves.

El artículo 15 b), al referirse a daños graves, lleva adelante una transcripción casi literal del contenido del artículo 3 del CEDH. Este precepto ha sido utilizado por el TEDH para calificar distintas modalidades de violencia género como la mutilación genital femenina, la violación o la violencia machista en el ámbito conyugal³¹. Por consiguiente, las víctimas de tales modalidades de violencia quedarían amparadas bajo la protección subsidiaria en caso de que no les fuera concedida el estatuto de refugiadas (Miguel 2016, 218-219).

A la normativa mencionada, debemos adicionar el Reglamento 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional (conocido como Reglamento de Dublín III).

Este instrumento fija una serie de criterios a los fines de establecer el Estado miembro responsable de examinar la solicitud de protección internacional³².

De este modo y aunque el propio Reglamento estipula expresamente el orden jerárquico en que los mismos deben ser aplicados, en la práctica la cuestión es muy diferente y en la enorme mayoría de casos, el criterio utilizado es aquel del Estado miembro de entrada irregular establecido en el artículo 13.1³³. Por ejemplo, en el año 2018, conforme a los datos aportados por el Parlamento Europeo en su informe de 2020 sobre la aplicación del Reglamento Dublín III, el criterio de la unidad familiar se aplicó solamente en el 5 % de las peticiones presentadas en Francia, en el 3,7 % en Alemania

³⁰ Al respecto ver STEDH de 11 de enero de 2007, asunto Salah Sheekh c. Holanda.

³¹ Al respecto ver STEDH asuntos Aydin c. Turquía, MC c. Bulgaria y Opuz c. Turquía.

³² Al respecto ver artículo 7.1 del Reglamento Dublín III.

³³ Este criterio "responde a la necesidad de incentivar a los Estados a realizar un control constante de sus fronteras exteriores" (Faggiani 2023).

y, en el caso de Bélgica o Suecia, los porcentajes fueron incluso inferiores³⁴.

El Reglamento Dublín III, como eje central de la política migratoria no tiene en cuenta la voluntad de los solicitantes de asilo en general y prescinde de toda perspectiva de género, tanto en su redacción como al momento de su aplicación, ignorando las necesidades específicas de las mujeres solicitantes de asilo víctimas de violencia que llegan a las puertas de Europa.

La base principal para asignar responsabilidades y competencia a la autoridad en el procedimiento de asilo es la entrada o estancia irregular. Así, países como España, Italia, Grecia, Malta o Chipre ocupan una posición central habida cuenta de su situación geográfica como fronteras externas de la Unión. Estos Estados representan los principales receptores de los flujos migratorios dentro de la UE y se han convertido en destinos preeminentes de tales traslados forzados.

En el año 2021, según los datos proporcionados por la Oficina de Asilo y Refugio, España recibió 8,220 solicitudes provenientes de otros Estados miembros en virtud del sistema de Dublín. De estas solicitudes, el 26.3%, es decir, 2.162 correspondían a mujeres³⁵.

En ese sentido, las deficiencias que presenta el sistema afectan especialmente aquellas mujeres que, por aplicación del ya mencionado artículo 13 del Reglamento, se ven obligadas a retornar al Estado miembro donde hubieran llegado o presentado solicitud por primera vez, sin que hayan sido previstas excepciones que tengan en cuenta especificidades de género y su posible revictimización.

De esta manera, deben afrontar no solo el traslado, sino un nuevo procedimiento en caso de entrada irregular, con todas las implicaciones físicas y psíquicas que ello conlleva y donde los obstáculos al proceso, como la falta de información, el acceso limitado a una asistencia jurídica, barreras idiomáticas y carencia de intérpretes, dificultan aún más su condición de víctima solicitante de asilo.

Todo ello sumando profundas diferencias entre los Estados miembros en el reconocimiento de la protección internacional a dichas víctimas, así como en las condiciones de acogida y las posibilidades de una integración exitosa (Garcés 2015) van a generar que se recurra a rutas migratorias cada vez más peligrosas. Esto puede forzar a mujeres y niñas a desarrollar determinados mecanismos (exclusivos para mujeres) para poder sobrevivir sin verse sometidas a las numerosas

³⁴ Al respecto ver Informe sobre la aplicación del Reglamento Dublín III de 2 de diciembre de 2020. (2019/2206(INI)).

³⁵ Al respecto ver Oficina de Asilo y Refugio (2021).

formas de violencia a las que se exponen en este tipo de situaciones (Forina 2022).

De este modo nos encontramos ante mujeres que se han visto sometidas a distintas formas de violencia antes y durante todo el proceso migratorio, por lo que se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad, que se ve agravada por un sistema que no solo no les brinda una protección adecuada, sino que las revictimiza por la posible duplicidad de actuaciones.

2.2. Género y asilo en el sistema jurídico italiano

El derecho de asilo italiano ha presentado desde sus inicios un escaso desarrollo legislativo, limitándose a un lento proceso de adaptación a la Convención de Ginebra de 1951³⁶ y no fue hasta la creación del SECA, que se incorpora alguna referencia al género dentro de la legislación (Zorzella 2018).

En ese marco, encontramos en primer lugar el Decreto Legislativo n.º 251 de 2007³⁷, creado en cumplimiento de la Directiva 2004/83/CE y modificado en 2014 tras la transposición de la Directiva 2011/95/UE. Cabe señalar, que esta acción tuvo lugar aproximadamente un año después de la ratificación del Convenio de Estambul³⁸. A pesar de ello, el legislador italiano se decantó por una implementación casi literal de la normativa europea, restando en consecuencia dentro de los estándares mínimos establecidos por ésta, desperdiciando una gran oportunidad de avanzar en la protección de las mujeres solicitantes de asilo víctimas de violencia de género.

Así las cosas, el mencionado Decreto Legislativo cuyo artículo 7. 2 f) recoge los actos considerados persecutorios, incluye dentro de éstos los realizados directamente contra un género sexual o contra la infancia, incorporando la expresión "género" (y no sexo), utilizada en el artículo 10 de la versión en lengua inglesa de la Directiva 2011/95/UE.

Por otro lado, el artículo 8.1 del Decreto Legislativo n.º 251 de 2007, prevé que, a los fines del reconocimiento del estatus de

³⁶ El ordenamiento jurídico italiano arrastra el carácter eminentemente androcéntrico presente a nivel internacional y en particular en la Convención de Ginebra de 1951 como base jurídica del derecho de asilo.

³⁷ En el año 2014, Italia procedió la transposición de la Directiva 2011/95/UE, a través del Decreto Legislativo n. 18. GU. N. 55 de 7 de marzo de 2014.

³⁸ Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, ratificado por Italia a través de la ley n. 77 de 27 de junio de 2013.

refugiado, no solo se tendrán en cuenta los actos persecutorios en sí mismos, sino también la falta de protección contra estos, cuestión fundamental en lo que respecta a los actos llevados a cabo por *responsables no estatales*, considerando la dificultad probatoria que entrañan los casos de violencia género perpetrada en ámbito privado (Rigo 2018, 120-121).

La violencia hacia la mujer en cuanto tal, al igual que sucede en muchos otros ordenamientos jurídicos, no ha sido incluida dentro de los supuestos regulados por la ley, esto se traduce en un importante número de denegaciones de asilo a estas víctimas como consecuencia de la interpretación restrictiva de las autoridades competentes basada en el tenor literal de dicha ley.

Un ejemplo claro de ello es el matrimonio forzoso que, como tal, puede afectar tanto a las mujeres que se encuentran en su país de origen, como a aquellas que se hallan en territorio italiano y se ven sometidas a este tipo de situaciones que suelen tener lugar dentro del núcleo familiar al que está ligado su permiso de residencia y a las que no se les ofrece alternativa alguna de protección (Boggiani y Pirrone 2018, 55-56).

Contrariamente a la tendencia seguida por el legislador y las autoridades competentes, la Corte Suprema de Casación italiana ha venido desarrollando una labor interpretativa que ha permitido ampliar el alcance de la protección internacional en supuestos de violencia de género.

En su sentencia n. 28152 de 24 de noviembre de 2017, este tribunal se remite a la noción de violencia dada por el artículo 3 del Convenio de Estambul y reconoce el estatus de refugiada a una mujer potencial víctima de matrimonio forzado en su país de origen, al considerar que la misma "es víctima de una persecución personal y directa por la pertenencia a un grupo social determinado (en cuanto mujer) bajo la forma de actos dirigidos directamente contra un género (...)" conforme a lo previsto en el artículo 7 del Decreto legislativo 251³⁹.

Un problema recurrente que se presenta al momento de la valoración de las solicitudes en el ámbito de la violencia de género,

³⁹ En la misma línea, la Corte Suprema italiana se ha referido a otras modalidades de violencia de género como la mutilación genital femenina, reconocida asimismo dentro del colectivo de personas vulnerables por el artículo 2 Decreto legislativo n. 25 de 28 de enero de 2008 modificado por el Decreto legislativo n. 142 de 18 agosto 2015. Al respecto véase Sentencia de la Corte Suprema de Casación n. 8980 de 18 de marzo de 2022 y la Sentencia del Tribunal de Boloña de 7 de julio de 2022.

especialmente en los supuestos de persecución perpetuada por particulares, es la denegación basada en la existencia de normativa que penaliza en los países de proveniencia la violencia contra las mujeres. En tanto, las autoridades administrativas no tienen en cuenta cuestiones como la aplicación efectiva de tal normativa o si las mujeres tienen acceso real a una protección por parte de las autoridades.

Conscientes de dicha problemática, los tribunales italianos han llevado a cabo una interpretación más amplia y respetuosa del sentido de la ley, la cual recordemos contempla tanto los actos persecutorios en sí mismos como la falta de protección contra estos. Un ejemplo de ello es la resolución del Tribunal de Nápoles, donde ha reconocido la protección internacional a una mujer nigeriana víctima de trata de personas con fines de explotación sexual, señalando que, no obstante, la existencia de normativa que tutela a las víctimas de trata de personas, "(...) resulta ineficaz la protección que el Estado nigeriano puede ofrecer a las mujeres que intentan reaccionar contra sus propios explotadores"⁴⁰.

En lo que respecta a la protección subsidiaria, la definición de daño grave establecida por el Artículo 14.1 c) del Decreto legislativo 251, que incluye "la tortura y otras formas de pena o tratamiento inhumano o degradante" ha permitido que queden amparados aquellos casos de violencia de género que no pudieran encuadrarse dentro del estatus de refugiado.

En tal sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Casación italiana en 2017⁴¹, en relación a un supuesto de violencia de doméstica, donde se remite nuevamente a la definición brindada por el artículo 3 del Convenio de Estambul. En este pronunciamiento se ha reconocido que la misma constituye una forma de tortura o trato degradante, quedando subsumida en la previsión del artículo 14.1 c) del Decreto legislativo 251. De igual manera ha considerado que es aplicable el mencionado precepto "si resulta que las autoridades estatales no contrarrestan dicha conducta ni brindan protección contra ella, como consecuencia de normas consuetudinarias locales"⁴².

Ahora bien, para aquellos casos que no pudieran enmarcarse en las modalidades de protección analizadas hasta el momento, la legislación italiana preveía la protección humanitaria, sin embargo, la misma ha

⁴⁰ Véase Sentencia Tribunal de Napoli N. 2871 de 27 de febrero de 2023.

⁴¹ Véase Sentencia de la Corte Suprema de Casación n. 12333 de 17 de mayo de 2017.

⁴² Véase Sentencia de la Corte Suprema de Casación n. 30360 de 28 de mayo de 2021.

sido sustituida en 2018 por la llamada protección especial⁴³. Con esta reforma es posible emitir un permiso de residencia de dos años, cuando exista riesgo de persecución entre otros por motivo de sexo, en los términos del artículo 19 del Decreto legislativo n. 286 de 25 julio de 1998⁴⁴, por el que se establece la prohibición de expulsión.

La norma en cuestión prevé que, en caso de denegación de una solicitud de asilo, las autoridades competentes para evaluarla consideran que concurren algunos de los motivos del artículo 19 antes señalado, la misma será transmitida al *questore*⁴⁵. Esta autoridad será la encargada de emitir el correspondiente permiso de protección especial.

Como sugiere Rigo (2019), esta decisión legislativa, por la que se ha sustituido un instituto genérico de asilo por permisos especiales “que reducen la noción de vulnerabilidad a una serie de figuras típicas elegidas subjetivamente”, no hace más que confirmar la tendencia restrictiva que viene caracterizando a la política de asilo italiana en los últimos años.

La protección internacional ofrecida a las mujeres migrantes víctimas de violencia, se ha visto asimismo menguada por las recientes reformas introducidas en el llamado “*decreto sicurezza*” (decreto de seguridad)⁴⁶, entre las cuales se recogen algunas cuestiones que inciden directamente en las solicitudes de asilo.

La mencionada reforma⁴⁷ introduce un elenco de países considerados “seguros” y establece que una solicitud de protección internacional podrá considerarse manifiestamente infundada, siempre que el Estado de proveniencia se encuentre dentro de este listado (Arnone 2021), eliminando además el efecto suspensivo de la impugnación judicial de una eventual denegación⁴⁸.

Por último, debemos referirnos a una disposición por la que se prevé otro permiso de residencia para casos especiales. El artículo 18

⁴³ Artículo 32.3 del Decreto legislativo n. 25 de 28 de enero de 2008 por el que se ha transpuesto la Directiva 2005/85/CE de 1 de diciembre de 2005.

⁴⁴ GU. N. 191 de 18 de agosto de 1998.

⁴⁵ En el ordenamiento administrativo italiano, el *questore* es la autoridad de seguridad pública, con competencias a nivel provincial, de acuerdo al artículo 14 de la ley 121 de 1981.

⁴⁶ Decreto ley n. 113 de 8 de octubre de 2018, convertido a través de la ley n. 132 de 1 de diciembre de 2018.

⁴⁷ La reforma ha modificado el Decreto legislativo n. 25 de 28 de enero de 2008.

⁴⁸ En clara contradicción con la Resolución del Parlamento Europeo de 8 de marzo de 2016 sobre la situación de las mujeres refugiadas y solicitantes de asilo en la UE, cuyo apartado 12 señala que incluso en los países considerados seguros las mujeres pueden sufrir persecución por razones de género.

bis del Decreto legislativo n. 286 de 25 de julio contempla esta posibilidad respecto de las víctimas de violencia doméstica producida en territorio italiano.

La forma en que la norma ha sido redactada es cuanto menos llamativa, ya que, aunque incluye la violencia física, psíquica, sexual y económica, exige que se trate de actos no episódicos, quedando excluidos aquellos supuestos donde la mujer haya sido víctima de un único acto violento, incluso cuando éste revista gravedad. Se exige también que la solicitante⁴⁹ se encuentre en una situación de peligro concreto, grave y actual como resultado de su decisión de huir de la violencia.

El tenor literal de la disposición parece indicar que, si al intentar huir de la situación de violencia a la que se encuentra sometida la víctima no se expone a un grave peligro⁵⁰, no podría en principio beneficiarse de tal previsión, dado que, el reconocimiento del permiso de residencia especial se encuentra ligado a la existencia de un riesgo para la vida o incolumidad de la víctima y no a su condición víctima como tal (Pigato 2022, 221-223).

Por otra parte, el artículo 18 bis del Decreto legislativo n. 286 de 25 de julio establece que la existencia del peligro debe ponerse de manifiesto durante la investigación o procedimiento penal por delitos de malos tratos, lesiones personales, simples y agravadas, mutilación genital femenina, secuestro, violencia sexual y actos persecutorios, o durante intervenciones de los servicios sociales, siendo el *questore* la autoridad competente para concederlo con opinión favorable de la Autoridad judicial o a pedido de esta última.

El permiso de residencia que va a ser otorgado a la víctima extranjera solo tiene la duración de un año y, curiosamente, se establece la posibilidad de que sea revocado cuando desaparezcan las causas que motivaron su emisión, lo que genera dudas en relación a los supuestos donde el maltratador sea privado de su libertad en el marco del procedimiento judicial. Ante ello, nos preguntamos si implicaría la denegación o en su caso la revocación del permiso, teniendo en cuenta que, la concesión del mismo, gira en torno a la existencia de un riesgo para la víctima y no a su condición como tal (Spinelli y Zorzella 2013).

⁴⁹ La norma ha sido redactada en términos neutros y en ningún caso hace referencia a la mujer como víctima de violencia doméstica.

⁵⁰ La valoración de la existencia de riesgo para la vida o incolumidad de la víctima queda a supeditada a la decisión discrecional de la autoridad competente.

3. La normativa europea contra la discriminación étnico-racial y su implementación en el ordenamiento jurídico italiano

Como se viene señalando a lo largo del presente trabajo, las personas migrantes en general y las mujeres en particular, se ven sometidas a diversas formas de discriminación. En tales casos junto al género una de las que se presenta con mayor asiduidad es aquella que responde a motivos de raza o etnia.

En ese sentido, se ha procedido a la creación de una normativa antidiscriminatoria específicamente direccionada a prevenir las situaciones de discriminación étnico-racial, con el objetivo de proteger a las víctimas de tales situaciones injustas.

Al momento de referirnos a la legislación antidiscriminatoria en el ámbito europeo, es importante tener presente que la misma no ha sido creada ni constituye un único bloque normativo, sino que su origen y desarrollo podemos encontrarlos en diversos instrumentos de distinta naturaleza, cuya interacción acompañada de la jurisprudencia han permitido su evolución a lo largo del tiempo.

En primer lugar, encontramos el CEDH, cuyo artículo 14 establece expresamente la prohibición de discriminación especialmente por razones de sexo, raza, color, entre otras. En tal sentido, los Estados firmantes, entre los que se encuentran los Estados miembros de la UE, están obligados a garantizar su cumplimiento⁵¹ y aunque el CEDH no ha sido ratificado por la UE como tal, de acuerdo a lo establecido por el artículo 6. 3 TUE los derechos en él reconocidos, constituyen los principios generales sobre los que se asienta el ordenamiento UE.

El alcance de tal prohibición, ha sido objeto de análisis por parte del TEDH, el cual ha aclarado que la misma opera en relación a los demás derechos reconocidos en el CEDH, por lo que es posible afirmar como ha sostenido el propio Tribunal, que carece de autonomía, es decir, "no tiene existencia independiente, puesto que solo puede ser alegado junto con otro de los derechos reconocidos en el Convenio ya que protege a las personas situadas en situaciones similares de cualquier discriminación en el goce de los mismos"⁵². Esta línea jurisprudencial, que atribuye carácter relacional a la prohibición del artículo 14, como sugiere Rey (2012), ofrece una tutela en el ámbito de la discriminación racial que en principio resulta escasa, considerando la

⁵¹ El artículo 56 reconoce a los Estados la posibilidad de determinar la aplicación territorial del mismo.

⁵² STEDH asunto Timishev contra Rusia de 13 diciembre 2005.

importancia de este fenómeno y la incidencia que tiene en el desarrollo de los distintos aspectos de la vida de las víctimas (Rey 2012).

Ahora bien, en lo que se refiere estrictamente al Derecho de la UE, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE), que en virtud del artículo 6. 1 TUE tiene el mismo valor jurídico que los Tratados, es decir, forma parte del denominado Derecho primario, recoge en su artículo 21, una cláusula de prohibición de discriminación que, a diferencia del supuesto anterior, incluye además de la raza y el color, los orígenes étnicos o sociales y la pertenencia a una minoría nacional.

El conjunto de derechos reconocidos en la CDFUE tiene carácter vinculante tanto para la propia UE y sus instituciones como para los Estados miembros al aplicar el Derecho de la Unión. De esta manera, si se considera que un acto emanado por la UE infringe los Tratados, incluida la CDFUE, tanto personas físicas como jurídicas tienen la posibilidad de presentar un recurso de anulación ante el TJUE, siempre y cuando sean destinatarios del acto que se pretende anular o este afecte de manera directa e individual a los interesados, tal como lo establece el artículo 263 del TFUE.

A tal normativa, es posible adicionar la Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000⁵³, caracterizada tanto por su especificidad en cuanto a los motivos de protección, como por el abordaje de la discriminación, que ya no se expresa solo en términos de prohibición, sino que reconoce un verdadero derecho a la igualdad de trato.

En ella, se reconoce que “la discriminación basada en el origen racial o étnico puede poner en peligro la consecución de los objetivos de la UE” (antigua CE) y se hace hincapié en la necesidad de “proteger a todas las personas físicas de toda discriminación por su origen racial o étnico (...) y eliminar las desigualdades y fomentar la igualdad entre hombres y mujeres, máxime considerando que, a menudo, las mujeres son víctimas de discriminaciones múltiples”.

En lo que se refiere a su contenido, la misma prohíbe la discriminación tanto directa como indirecta⁵⁴ y exige, entre otras cuestiones, garantizar el acceso a procedimientos judiciales adecuados ante supuestos de discriminación de esta índole, recayendo sobre la

⁵³ Aprobada sobre la base jurídica establecida en el artículo 19 TFUE.

⁵⁴ El artículo 2 de la Directiva, define como discriminación directa “una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable y discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas”.

parte demandada el deber demostrar en su caso que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato⁵⁵.

Del mismo modo se prevé dentro de su ámbito de aplicación, el acceso al empleo, la educación y el acceso a bienes y servicios, así como la obligación de establecer sanciones en caso de incumplimiento de las normas nacionales adoptadas en implementación de la misma.

El TJUE por su parte, ha tenido oportunidad de referirse en reiteradas ocasiones a la presente Directiva a fines de definir el contenido y alcance de las obligaciones que de la misma se derivan.

Así, ha establecido dos cuestiones que resultan fundamentales a saber. En primer lugar, señala que la mencionada Directiva constituye “la expresión del principio de igualdad, que es uno de los principios generales del Derecho de la Unión, reconocido en el artículo 21 de la Carta, y como tal (...) no puede definirse de manera restrictiva⁵⁶”.

En segundo lugar, reconoce que el concepto de discriminación basada en el origen étnico es aplicable “(...) con independencia de que la medida discutida afecte a las personas que tienen un origen étnico específico o a las que, sin tener ese origen, sufren junto con las primeras el trato menos favorable o la desventaja particular derivada de esa medida”⁵⁷.

La Directiva 2000/43/CE, junto con otras normativas adoptadas a lo largo de los años en el ámbito de la lucha contra la discriminación en sus diversas manifestaciones⁵⁸, refleja la preocupación continua de la UE por llevar a cabo una acción armonizadora en lo que respecta a la igualdad entre los Estados miembros. No obstante, en la actualidad, persisten notables divergencias en las regulaciones nacionales.

En ese sentido, el ordenamiento italiano, ha llevado adelante una transposición fiel de la mencionada Directiva a través del Decreto legislativo n. 215 de 9 de julio de 2003, en el cual se prevé un procedimiento judicial simplificado específicamente para aquellas controversias suscitadas en el ámbito de la discriminación, en el que además las víctimas pueden ser representadas por asociaciones

⁵⁵ Artículos 7 a 9 de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000.

⁵⁶ Ver STJUE de 12 de mayo de 2011, asunto C-391/09. ECLI:EU:C:2011:291

⁵⁷ Ver STJUE de 16 de julio de 2015, asunto C-83/14, ECLI:EU:C:2015:480

⁵⁸ Entre ellas podemos mencionar la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación y Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

dedicadas a la lucha contra la discriminación y la paridad de tratamiento debidamente inscriptas en el registro creado a tales efectos, estableciéndose además la posibilidad de que el juez conceda, previa solicitud, un resarcimiento económico por los daños incluidos aquellos no patrimoniales.

Finalmente, se ha dispuesto la creación de una oficina para la promoción de la paridad de tratamiento y la eliminación de la discriminación por razones de raza u origen étnico, la denominada Oficina nacional Antidiscriminación Racial (UNAR) que se ocupa del estudio y control de la discriminación en territorio italiano, la recepción de denuncias por parte de las víctimas, elaboración informes, campañas de sensibilización para la población y la creación de un fondo de solidaridad, destinado a la ayuda de las víctimas, en lo que a la tutela jurisdiccional se refiere⁵⁹.

No obstante, la existencia de la normativa analizada, la discriminación étnica y racial sigue representando un fenómeno que impacta con especial intensidad en los contextos migratorios. En el caso de Italia, de acuerdo a los datos aportados por UNAR, en 2021 las denuncias de agresiones por motivos étnico-raciales ascendieron a 709 de las cuales 499 han sido realizadas por víctimas extranjeras⁶⁰.

A todas luces, se trata de una problemática que lejos de estar resuelta sigue más presente que nunca y año tras año afecta la vida cientos de personas cuyos derechos más básicos se ven limitados. No podemos olvidar como sostiene Rey (2012) que la discriminación racial, como una de las formas más graves de discriminación "por un lado, estigmatiza a las víctimas y, por otro, las convierte en minorías aisladas y sin voz".

Conclusiones

Cuando analizamos la situación social y jurídica de las mujeres que solicitan asilo en la UE, se hace evidente de inmediato que el género actúa como un factor determinante que influye en todo el proceso migratorio. Sin embargo, como hemos podido constatar, este factor no opera de manera aislada, sino que las mujeres que buscan asilo se enfrentan a diversas formas de discriminación que actúan de manera interconectada. Estas mujeres son excluidas debido a su condición de

⁵⁹ Consultar sitio web UNAR: <https://www.unar.it/portale/web/guest/home>

⁶⁰ Véase: <https://www.unar.it/portale/-/l-epidemia-dell-odio-nell-ultimo-anno-1.379-aggressioni-razziste-omotransfobiche-antisemite-e-abilite>

género, su origen extranjero y, en numerosas ocasiones, por su raza o pertenencia étnica. Esta intersección de discriminaciones aumenta su vulnerabilidad y crea obstáculos significativos para cualquier posibilidad de integración en la sociedad de acogida.

En este sentido, la UE en su conjunto no ha logrado proporcionar una respuesta jurídica y política eficaz a esta problemática. Esto se traduce en la existencia de un sistema que no solo no brinda una protección adecuada a estas mujeres, sino que las expone a posibles formas de victimización secundaria. Por tanto, resulta imperativo que la UE implemente un enfoque interseccional en los distintos ámbitos de competencia, sobre todo en el ámbito del asilo, que tenga en cuenta las necesidades específicas de las mujeres a lo largo de todo su ciclo migratorio, prestando especial atención a la etapa de integración en el Estado de acogida.

No podemos pasar por alto que, a pesar de la existencia de la normativa que hemos tenido la oportunidad de analizar, muchas mujeres migrantes aún hoy enfrentan obstáculos para el pleno goce de sus derechos.

Para concluir, dado el carácter fragmentario de la legislación europea en lo que respecta a la discriminación en sus diversas manifestaciones, resulta crucial promover la adopción de medidas que aborden esta problemática de manera integral y con un enfoque interseccional. Esto permitirá avanzar hacia la prevención y protección efectiva frente a los múltiples niveles de injusticia social a los que se enfrentan las víctimas, considerando los diversos tipos de estereotipos y factores de discriminación que pueden afectarlas.

Bibliografía

- Alencar-Rodrigues, Roberta y Leonor Cantera. 2012. «Violencia de género en la pareja: Una revisión teórica». *Psico* 41, n. 1: 116-126.
- Arenas, Nuria. 2008. «La violencia doméstica y la posibilidad de adquirir el estatuto de refugiado. Derecho comunitario y practica española» *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* 17: 59-103.
- Arenas, Nuria. 2009. «La obtención del estatuto de refugiada en Occidente. La persecución por motivos relacionados con el género en la normativa de asilo de la Europa Comunitaria». En *Género, ciudadanía y globalización*, coordinado por Mar Gallego, 97-118. Sevilla: Alfar.
- Armone, Giovanni, 2021. «Il decreto interministeriale sui Paesi di origine sicuri e le sue ricadute applicative». *Revista Questione di giustizia*. Edición especial: Il diritto alla protezione internazionale e l'impegno della giurisdizione:141-155.

- Biaggioni Elena y Marcela Pirrone (coord). 2018. «L'attuazione della Convenzione di Istanbul in Italia». Rapporto delle associazioni di donne. Acceso 10 mayo de 2023: https://www.direcontrolaviolenza.it/wp-content/uploads/2018/10/GREVIO.Report.Ital_finale.pdf
- Borghi, Flavio. 2021. «Los refugiados y la cuestión de la *otredad*. Algunos lineamientos teóricos». *Revista de Estudios Internacionales* 3, n. 2. <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/reesint/article/view/37033>
- Crenshaw, Kimberle. 1989. «Demarginalizing the intersection of race and sex: A black feminist critique of antidiscrimination doctrine». *Feminist Theory and Antiracist Politics, University of Chicago Legal Forum* 8: 139-167. Acceso el 29 de noviembre de 2023: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol1989/iss1/8>
- Cámara dei Diputati. 2022. «Diritto di asilo e accoglienza dei migranti sul territorio». Servizi studio. XVIII legislatura.
- Cook, Rebeca. 2010. *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.
- Faggiani, Valentina. 2023. *La protección internacional de los migrantes en la UE*. Granada: Aranzadi.
- Ferrajoli, Luigi. 2019. *Manifiesto por la igualdad*. Madrid: Trotta.
- Forina, Alessandro. 2022. «Antropología europea, refugio y género. Una aproximación al reglamento de Dublín». *Revista de Antropología* 77, n. 1. doi.org/10.3989/dra.2022.009
- Fredman, Sandra. 2016. «Intersectional discrimination in EU gender equality and non-discrimination law». *European network of legal experts in gender equality and non-discrimination*, Publications Office. Acceso el 29 de noviembre de 2023. <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/d73a9221-b7c3-40f6-8414-8a48a2157a2f>
- Freedman, Jane. 2022. *Gender-Based Violence in Migration Interdisciplinary, Feminist and Intersectional Approaches*. Londres: Springer International Publishing. Palgrave Macmillan.
- Frías, María. 2022. *La interseccionalidad de la discriminación por razones de raza, etnia y género*. Informe, Madrid: Cyan. Acceso el 29 de noviembre de 2023: https://www.inclusion.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/_Interseccionalidad_ES.pdf
- Garcés, Diana. 2023. «La política del silencio frente a solicitudes de asilo por violencia íntima en España». *Revista CIDOB d'Afers Internacionals* 133: 161-181.
- Genovese, Diana. 2018. «Violenza di genere e protezione internazionale. Note a margine di un recente orientamento della Corte di cassazione». *Revista Questione di giustizia*. Acceso el 29 de noviembre de 2023 https://www.questionegiustizia.it/articolo/violenza-di-genere-e-protezione-internazionale-not_05-02-2018.php
- Gil Ruiz, Juana. 2018. *El convenio de Estambul como marco de derecho antisubordinatorio*. Madrid: Dykinson.

- Gómez García, Pedro. 1998. «Las ilusiones de la 'identidad'. La etnia como pseudoconcepto». *Gazeta de Antropología* n. 14. Acceso el 29 de noviembre de 2023: <http://hdl.handle.net/10481/7550>
- Indra, Doreen. 1987. «Gender: a key dimension of the refugee experience». *Refugee: Canada's Journal on Refugees* 3, n. 6: 3-4.
- Jiménez Sánchez, Carolina. 2017. «La persecución de género en el Derecho Internacional de los Refugiados: Nuevas perspectivas». *REEI* 33. Acceso el 29 de noviembre 2023: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6062573&orden=0&info=link>
- Kennady, Marian. 1998. «Gender related persecution and the adjudication of asylum claims: is a sixth category needed? ». *Florida Journal of International Law* 12: 317-340.
- La Barbera, María Caterina, 2016. «Interseccionalidad, un "concepto viajero": orígenes, desarrollo e implementación en la Unión Europea» *Interdisciplina* 4, n. 8: 105-122.
- Lagarde, Marcela. 1996. «La multidimensionalidad de la categoría género y del feminismo». En González, María Luisa (coord.) *Metodología para los estudios de género*, 48-71. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Lamas, Marta. 2000. «Diferencias de sexo, género y diferencia sexual». *Revista Cuicuilco* 7, n. 18: 1-24.
- López Sánchez Clara, Carol Vilaseca y Jazmín Serrano. 2022. «Interseccionalidad: la discriminación múltiple desde una perspectiva de género». *Revista Crítica de Historia de las Relaciones Laborales y de la Política Social* 2: 71-81.
- Martínez Lirola, María. 2023. «A critical discursive study of the representation of immigrant women in a sample of the Spanish press: between victimization and prostitution». *Lengua y migración* 15, n. 1: 31-53.
- Merino, Víctor. 2012. *Tratamiento jurídico de las demandas de asilo por violencia contra las mujeres en el ordenamiento jurídico español: Perspectivas y prospectivas*. Madrid: Thomson Reuters Civitas.
- Mestre i Mestre, Ruth. 2006. «La caixa de Pandora. Introducció a la teoria feminista del dret». Valencia: Universitat Valencia.
- Miguel, Carmen. 2016. «Refugiadas. Una mirada feminista al Derecho Internacional». Madrid: Los libros de la Catarata.
- Miguel, Carmen. 2017. «Dicotomía Público - Privado. Mujeres refugiadas: ¿Sujetos o no sujetos del Derecho Internacional de los Refugiados?» *Revista de Estudios Internacionales. Transatlantic Studies Network* 4, n. 2: 145-154
- Morandi, Noris y Paolo Bonetti. 2013. *Lo status di rifugiato*. Associazione per gli studi giuridici sull'inmigrazione. Acceso 23 abril de 2023: https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2014/04/1_013_scheda_rifugiato_asgidocumenti.pdf
- Oficina de Asilo y Refugio. 2021. *Asilo en cifras 2021*. Madrid: Ministerio del Interior. Acceso el 29 de noviembre de 2023: https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/servicios-al-ciudadano/oficina-de-asilo-y-refugio/datos-e-informacion-estadistica/Asilo_en_cifras_2021.pdf

- Pérez González, Carmen. 2014. *Derecho Internacional y Protección de Mujeres Migrantes en Situación de Especial Vulnerabilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pigato, Chiara 2022. «Il permesso di soggiorno per vittime di violenza domestica: applicazione criticità allá luce della Convenzione di Istanbul». En *Donne straniere, Diritti umani, questioni di genere. Riflessioni su legislazione e prassi*, editado por Anna Brambilla, 221-224. Padua: Università degli Studi Padova -ASGI.
- Pombo, Gabriela. 2014. «Las mujeres migrantes y la violencia de género. Aportes para la reflexión y la intervención». *Proyecto: Promoción de los derechos humanos de la población migrante desde una perspectiva de género*. Buenos Aires: Organización Internacional para las Migraciones.
- Rey, Fernando. 2012. «La discriminación racial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». *Pensamiento Constitucional* 17: 291-319.
- Rigo, Enrica. 2018. «La protezione internazionale alla prova del genere: elementi di analisi e problematiche aperte». *Revista Questione di giustizia* 2: 117-128.
- Rigo, Enrica. 2019. «La vulnerabilità nella pratica del diritto d'asilo: ¿una categoría di genere?», *Revista Etica & Política* XXI, n. 3: 343-360.
- Soroeta, Juan. 2020. *Anuario de los cursos de Derechos Humanos de Donostia - San Sebastián*. San Sebastián: Tirant lo Blanch.
- Soto, Mercedes. 2011. «Violencia de género en la normativa de extranjería». En *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, editado por Francisco J. García Castaño y Nina Kressova, 2139-2147. Granada: Instituto de Migraciones.
- Spinelli Barbara y Nazzarena Zorzella. 2013. «*Il permesso di soggiorno alle vittime straniere di violenza domestica: uno strumento inadeguato ed inefficace*». Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione. Acceso el 5 mayo 2023: https://old.asgi.it/public/parser_download/save/1_nz_bs_documento.pdf
- Stolcke, Verena. 2000. «¿Es el sexo para el género lo que la raza para la etnicidad...y la naturaleza para la sociedad?» *Política y Cultura*, n.14: 25-60.
- Zamora, Cristina. 2022. «La regulación del refugio y el método feminista: la necesidad de una aproximación crítica». *Relaciones Internacionales* 51: 111-128.
- Zorzella, Nazzarena. 2018. «La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano». *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza* 1. <https://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/archivio-saggi-commenti/saggi/fascicolo-n-1-2018-1/208-la-protezione-umanitaria-nel-sistema-giuridico-italiano/file>

La discriminación algorítmica y su impacto en la dignidad de la persona y los derechos humanos. Especial referencia a los inmigrantes

Algorithmic discrimination and its impact on human dignity and human rights. Special reference to immigrants

José Miguel Iturmendi Rubia 

CUNEF Universidad. España

jmiturmendi@cunef.edu

<https://doi.org/10.18543/djhr.2910>

Fecha de recepción: 31.05.2023

Fecha de aceptación: 19.10.2023

Fecha de publicación en línea: diciembre de 2023

Cómo citar / Citation: Iturmendi, José M. 2023. «La discriminación algorítmica y su impacto en la dignidad de la persona y los derechos humanos. Especial referencia a los inmigrantes.» *Deusto Journal of Human Rights*, No. 12: 257-284. <https://doi.org/10.18543/djhr.2910>

Sumario: 1. Contexto del problema. 2. Objetivos de la investigación. 3. Discriminación algorítmica y derechos humanos. 3.1. Definición de la discriminación algorítmica. 3.2. Impacto en los derechos humanos. 3.3. Ejemplos de discriminación algorítmica. 4. Factores que influyen en la discriminación algorítmica. 4.1. Sesgos en los datos y modelos utilizados en los algoritmos. 4.2. Falta de transparencia y explicabilidad de los algoritmos. 4.3. Falta de diversidad en el desarrollo de algoritmos. 4.4. Falta de transparencia y responsabilidad en el diseño y uso de los algoritmos. 5. Regulación de la discriminación algorítmica. 5.1. Marco legal actual. 5.2. Necesidad de una regulación adecuada. 5.3. Principios de una regulación justa y equitativa. 6. Soluciones técnicas a la discriminación algorítmica. 6.1. Técnicas de inteligencia artificial para la eliminación de sesgos. 6.2. Evaluación de la calidad y equidad de los algoritmos. 7. Caso de estudio: Discriminación de los inmigrantes. 7.1. Impacto de la discriminación algorítmica en los inmigrantes. 7.2. Ejemplos de discriminación algorítmica en el contexto migratorio. 8. Reflexiones finales. 9. Recomendaciones para la regulación y uso justo de los algoritmos. Referencias bibliográficas.

Resumen: La discriminación algorítmica, también conocida como sesgo algorítmico, se refiere al fenómeno en el cual los algoritmos de inteligencia

artificial y aprendizaje automático perpetúan o incluso amplifican los prejuicios y sesgos humanos existentes en los datos con los que son entrenados. Este problema plantea serias preocupaciones en relación con los derechos humanos, especialmente en el contexto de los inmigrantes. Puede conducir a la exclusión social, la marginalización y la perpetuación de estereotipos negativos. Estos algoritmos opacos pueden dificultar la rendición de cuentas y la apelación de decisiones injustas. Es fundamental abordar este problema mediante la implementación de prácticas de desarrollo de algoritmos éticos, como la transparencia en el diseño y la recopilación de datos, la auditoría de algoritmos y la diversidad en los equipos de desarrollo. Además, se requiere una regulación efectiva que garantice la protección de los derechos humanos en el contexto de la discriminación algorítmica, especialmente para los inmigrantes.

Palabras clave: discriminación algorítmica, sesgo algorítmico, inteligencia artificial, aprendizaje automático, derechos humanos, inmigrantes.

Abstract: Algorithmic discrimination, also known as algorithmic bias, refers to the phenomenon in which artificial intelligence algorithms and machine learning perpetuate or even amplify existing human prejudices and biases in the data they are trained on. This issue raises serious concerns regarding human rights, especially in the context of immigrants. It can lead to social exclusion, marginalization, and the perpetuation of negative stereotypes. These opaque algorithms can hinder accountability and the appeal of unfair decisions. Addressing this problem requires the implementation of ethical algorithm development practices, such as transparency in design and data collection, algorithm auditing, and diversity in development teams. Additionally, effective regulation is needed to ensure the protection of human rights in the context of algorithmic discrimination, particularly for immigrants.

Keywords: Algorithmic discrimination, algorithmic bias, artificial intelligence, machine learning, human rights, immigrants.

1. Contexto del problema

La discriminación algorítmica constituye una de las más destacadas amenazas al principio de la dignidad de la persona en un ámbito caracterizado por un vertiginoso progreso científico-tecnológico en el que resulta necesario destacar el crecimiento y el desarrollo de las tecnologías de inteligencia artificial y aprendizaje automático en una amplia variedad de áreas. Sistemas de IA cuyas evidentes virtudes —mejoras de la eficiencia y de la precisión de muchos procesos, transformación del mundo, de la persona, de sus maneras de vivir...— no pueden llevarnos a abrazar acríticamente su implementación y uso ni negar no ya sus implicaciones últimas, sino incluso las más inmediatas, pues pueden perpetuar y ampliar la discriminación de determinados colectivos y los prejuicios existentes en determinados ámbitos y sectores de la vida social. Estos sesgos pueden tener graves consecuencias para un buen número de derechos humanos, como el derecho a la privacidad, la interdicción de la discriminación o la igualdad ante la ley (Asís 2020, 225-228).

Tal y como ha puesto de manifiesto Silvia Barona (2021a, 119), “los sistemas de IA son un verdadero peligro para la humanidad, porque nos recomiendan implícitamente los sistemas de valores de sus creadores humanos, sin hacer transparentes estas recomendaciones”.

En este contexto, se hace necesario analizar las dimensiones éticas y legales de la discriminación algorítmica y su impacto en los derechos humanos. Este artículo aborda este problema, centrándose en la discriminación de los inmigrantes. A través de la revisión crítica de la dispar y cada vez más ingente literatura, se analizan las principales formas de tratamiento injusto como consecuencia de la toma de decisiones algorítmicas automatizadas y las formas en que estos algoritmos enquistan la discriminación de diversos colectivos. Asimismo, nos ocupamos de detallar el impacto de los diversos marcos legales y éticos en la discriminación algorítmica y ofrecemos propuestas que sirvan a la protección de los derechos fundamentales.

La discriminación algorítmica es un problema serio y urgente que puede tener consecuencias graves para los derechos humanos, especialmente para los inmigrantes. Es importante abordar este problema de manera efectiva y desarrollar soluciones prácticas y sostenibles que promuevan la igualdad y la no discriminación en todos los ámbitos de la sociedad. Resulta pertinente traer a colación, a modo de ejemplo, algunos de los algoritmos que más han escandalizado a la sociedad y que deberían señalarnos el camino para prevenirlos, como el empleado en el área de salud de Estados Unidos, que claramente

discriminaba en los programas de atención sanitaria a las personas de raza negra (Salas 2019) o la estigmatización de esos afroamericanos con herramientas que predicen supuestos de maltrato infantil.

2. Objetivos de la investigación

El objetivo de esta investigación es analizar la relación entre la discriminación algorítmica y los derechos humanos, particularmente en lo que respecta al derecho a la no discriminación, el derecho a la privacidad y el principio de igualdad ante la ley. La discriminación algorítmica se refiere al uso de algoritmos de aprendizaje automático para tomar decisiones que afectan a las personas en áreas como el empleo, la vivienda, la educación y la atención médica. A medida que la inteligencia artificial se vuelve cada vez más ubicua en la sociedad, la discriminación algorítmica se ha convertido en un problema cada vez más relevante.

La investigación examinará los desafíos y perspectivas de la discriminación algorítmica en la era de la inteligencia artificial, así como las posibles soluciones y enfoques para abordar este problema (Blanco 2022, 245). Además, se analizará el impacto de la discriminación algorítmica en los grupos vulnerables, como los inmigrantes, y se identificarán las implicaciones éticas y legales de la discriminación algorítmica en relación con los derechos humanos.

El propósito de esta investigación es contribuir a la comprensión del problema de la discriminación algorítmica y proporcionar recomendaciones prácticas para abordar este asunto en el marco de los derechos humanos. Con esto en mente, se espera que esta investigación sea de interés para todos aquellos que trabajan en el ámbito de las investigaciones jurídicas, incluyendo investigadores, responsables políticos, defensores de los derechos humanos y cualquier persona interesada en la intersección entre la inteligencia artificial y los derechos humanos.

3. Discriminación algorítmica y derechos humanos

3.1. *Definición de la discriminación algorítmica*

La discriminación algorítmica es un fenómeno que se produce cuando los sistemas de inteligencia artificial utilizan algoritmos y técnicas de aprendizaje automático para tomar decisiones que afectan

a las personas, pero que resultan discriminatorias. Estos sistemas pueden utilizar diferentes fuentes de datos para llevar a cabo sus decisiones, como datos históricos, patrones de comportamiento o datos de encuestas, entre otros. Sin embargo, estos datos pueden contener sesgos que se traducen en discriminación, lo que se traduce en la exclusión de ciertos grupos de personas, como minorías étnicas, inmigrantes, mujeres o personas con discapacidad, entre otros (Danesi 2022, 256-258). Es importante señalar que esta forma de discriminación no es intencional, sino que es el resultado de la falta de diversidad en los datos utilizados para entrenar los sistemas de inteligencia artificial.

Convenimos con la profesora Barona (2021a, 131) que “una de las formas para evitarlos es incrementar el volumen y la variedad de la información a partir de la cual los algoritmos son capaces de ‘aprender’ o de entrenarse favoreciendo de este modo la eliminación de posibles sesgos. O lo que es lo mismo, habrá que mantener la tensión constante entre privacidad y acceso a la información para el desarrollo y perfeccionamiento de estos sistemas. Se pretende incidir en lo que se denomina la ‘explicabilidad o la trazabilidad’ de la IA, que es la posibilidad de que el proceso de toma de decisiones de un algoritmo sea accesible, tratando con ello de evitar las denominadas ‘cajas negras’”.

En este contexto, el objetivo de esta investigación es analizar el fenómeno de la discriminación algorítmica en el contexto de la toma de decisiones sobre los derechos humanos de los inmigrantes. En particular, se busca comprender cómo se produce la discriminación algorítmica en la toma de decisiones sobre inmigración, qué consecuencias tiene para los derechos humanos de los inmigrantes, y qué medidas se pueden tomar para prevenir y abordar este problema. Para ello, se realizará una revisión sistemática de la literatura existente sobre el tema, así como un análisis crítico de los principales estudios empíricos que han investigado la discriminación algorítmica en el contexto de la inmigración, para tratar de evitar los sesgos con perfiles ideológicos, sociológicos, racistas o sexistas.

3.2. *Impacto en los derechos humanos*

La discriminación algorítmica puede tener un impacto significativo en los derechos humanos, especialmente en lo que respecta al respeto a la dignidad humana, el principio de igualdad y la interdicción de la discriminación. Los algoritmos que se utilizan para tomar decisiones

pueden estar sesgados y basados en datos históricos que reflejan la discriminación sistemática de ciertos colectivos, como las minorías étnicas o los inmigrantes. Esto puede llevar a decisiones discriminatorias y a la exclusión de ciertos grupos al acceso de oportunidades de diversa índole y de variados recursos. Además, la opacidad de los algoritmos puede dificultar la responsabilidad y la transparencia en la toma de decisiones, lo que puede obstaculizar la capacidad de los individuos para impugnar decisiones injustas o discriminatorias. Por lo tanto, es crucial abordar la discriminación algorítmica como un problema de derechos humanos y trabajar hacia soluciones que promuevan la igualdad y la no discriminación.

El Informe de Van Est y Gerritsen (2017), publicado por la Fundación Rathenau y adoptado por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (PACE), pone el foco en este punto, al señalar la posible erosión que la inteligencia artificial puede producir en los derechos humanos, concluyendo en su punto octavo que se debe aclarar la importancia de garantizar la responsabilidad de quienes programan algoritmos con el fin de que se asuma las consecuencias de las decisiones automatizadas, evitando que supongan una injerencia en los derechos humanos y no generen discriminación a través de los sesgos.

3.3. Ejemplos de discriminación algorítmica

La discriminación algorítmica puede manifestarse en diversos contextos, y existen varios ejemplos documentados de su impacto. Por ejemplo, en el ámbito laboral, se han reportado casos en los que los algoritmos utilizados para seleccionar candidatos a un empleo han provocado la exclusión de grupos minoritarios, como personas de ciertas razas o géneros (Corrales 2022, 418). Como ha sido puesto de manifiesto por Josu Andoni Eguíluz "puede establecerse la discriminación directa incluso si no existe ningún reclamante identificable que alegue haber sido víctima de dicha discriminación. En el asunto Feryn, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) concluyó que el hecho de que un empleador declare públicamente que no contratará a trabajadores de determinado origen étnico o racial constituye una discriminación directa en la contratación, en el sentido de la Directiva (2000/43/CE), ya que declaraciones de esa clase pueden disuadir firmemente a determinados candidatos de la solicitud del empleo y por tanto dificultar su acceso al mercado de trabajo" (Eguíluz 2020, 334).

Asimismo, en el ámbito financiero, se han denunciado prácticas de discriminación algorítmica en la concesión de créditos, donde los algoritmos utilizados para evaluar la solvencia de un solicitante pueden tener en cuenta factores irrelevantes o discriminatorios, como la raza o el género. Destaca Eguíluz que “hay algoritmos que clasifican a los ciudadanos en diferentes categorías de solvencia, en función de las probabilidades de que devuelva un préstamo, lo cual en un primer momento no es algo ilegal. No obstante, el cálculo de esos modelos parte de su historial crediticio, nivel de ingresos y otros datos que tienen un carácter especialmente protegido por el artículo nueve del RGPD, como son su raza o género. La puntuación conseguida por cada individuo determinará el tipo de interés que le ofrezcan los bancos, lo que en el caso de una hipoteca puede significar miles de euros anuales, algo que afecta sin duda al ámbito económico individual de cada ciudadano” (Eguíluz 2020, 357).

Otro ejemplo de discriminación algorítmica se ha documentado en el ámbito de la jurisdicción penal, donde los algoritmos utilizados para predecir la reincidencia de un delincuente pueden tener en cuenta factores que están correlacionados con la raza o el estatus socioeconómico, lo que puede conducir a la adopción de decisiones sesgadas y discriminatorias. Como destaca Silvia Barona, en relación con la justicia digital, “sus bondades pueden generar paz y bienestar social; sus maldades pueden propulsar discriminación, desigualdad, pervisión del sistema y aniquilación de las libertades y garantías. Solo desde la capacidad del ser humano y de la mirada jurídica seremos capaces de conseguir la humanización de los algoritmos y no la algoritmización de los humanos” (Barona 2021b, 59).

De igual manera, el profesor Pere Simón Castellano se ha referido a los sistemas expertos de inteligencia artificial judicial de valoración de riesgos (IAJVR) utilizados para, por ejemplo, detectar la reincidencia de un condenado. En este sentido, advierte que “la proyección de sesgos tan humanos como los basados en raza, género, religión o pobreza, sobre el algoritmo de los sistemas de IAJVR, debe evitarse a toda costa, puesto que puede tener un efecto multiplicador, propio de lo digital” (Simón 2021, 207).

Existen muchos países donde se desarrollan “programas predictivos de delitos mediante algoritmos capaces de procesar datos históricos individuales para diseñar mapas de delincuencia en distintas ciudades. En algunos de estos modelos, para calcular los índices, se pregunta por los antecedentes penales de amigos y familiares o por la primera vez que se tuvo trato con la policía y las respuestas, como es de esperar, varían sobre la base de circunstancias sociales, es decir, del nivel de

vida o de marginación social de unos barrios frente a otros. El LSI-R (*Level of Service Inventory-Revised*), por ejemplo, es un modelo matemático de peligrosidad y reincidencia basado en cuestionarios de preguntas. Si bien estas representaciones no pueden contener referencias a criterios como la raza porque serían ilegales, pueden incurrir igualmente en retroalimentaciones sesgadas. Un sujeto procedente de un barrio de 'alto riesgo' de reincidencia, donde es más probable que algún conocido haya tenido roces con la ley, se verá expuesto a condenas más largas y si pasa más tiempo en la cárcel, más difícil se tornará su reinserción en la vida laboral tras la salida. Con ello, también aumentarán las probabilidades objetivas de que vuelva a delinquir. Si nos atenemos a un estricto criterio matemático, resulta que el programa supo prever el resultado, pero, de hecho, el propio modelo utilizado habrá desempeñado un papel activo en causarlo" (Campione 2021, 132-133).

En el proceso penal es de vital importancia investigar sobre los algoritmos aparentemente neutrales que permiten el funcionamiento de la inteligencia artificial, dado que la persecución penal es por naturaleza sesgada, corriéndose el riesgo de automatizar dichos sesgos y producir sentencias masificadas regidas por probabilidades. La profesora López Pinilla, en un estudio sobre un algoritmo implementado en Colombia, señala que "el Fiscal Watson emplea una pequeña porción de la información de los delitos reportados, para arrojar una probabilidad de que alguien en concreto pueda ser responsable penalmente. Al ser una herramienta patentada por una compañía privada, una persona tendrá muy pocas probabilidades de controvertir el porcentaje arrojado por el algoritmo" (López Pinilla 2021, 147).

Son muchos los ejemplos que podemos poner del uso de estos algoritmos predictivos de reincidencia en el sistema penal. Así, HART (*Harm Assessment Risk Tool*), que predice el nivel de riesgo de los individuos de cometer delitos en un lapso de dos años, PSA (*Public Safety Assessment*), usado para determinar si el procesado puede permanecer en libertad hasta la etapa del juicio, teniendo en cuenta el nivel de riesgo de reincidencia o de no comparecencia, LSI-R (*Level of Service Inventory-Revised*), el cual se usa en los permisos de salida y la libertad condicional de los procesados, CAS (*Crime Anticipation System*), para predecir los delitos de alto impacto, NDAS (*National Data Analytics Solution*), para delitos violentos, o el más conocido COMPAS (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*) usado para analizar el riesgo de reincidencia y las necesidades criminológicas del sujeto (Roa y Sanabria-Moyano 2022, 279-282).

De manera similar, en el ámbito de la atención médica, se han registrado casos en los que los algoritmos utilizados para determinar el tratamiento adecuado para un paciente han resultado en la exclusión o el tratamiento inadecuado de grupos minoritarios. Asimismo, la investigación con fármacos se realiza de forma frecuente con grupos etarios que no tienen nada que ver con la realidad (mayores, mujeres, diferentes etnias...). En otros casos es el propio algoritmo el que, basándose en algún criterio externo como la marca que hace un oncólogo en una mamografía sospechosa, establece un cribado que da como resultado la aparición de falsos positivos o, lo que es aún más grave, de falsos negativos (Febles 2012, 22).

Estos ejemplos muestran que la discriminación algorítmica puede tener consecuencias graves en diferentes áreas de la sociedad, y resaltan la importancia de abordar este problema de manera efectiva para promover la igualdad y la no discriminación en todos los ámbitos.

4. Factores que influyen en la discriminación algorítmica

4.1. Sesgos en los datos y modelos utilizados en los algoritmos

La discriminación algorítmica puede surgir como resultado de sesgos en los datos utilizados para entrenar y probar los algoritmos. Si partimos de datos históricos que contienen prejuicios y discriminación, los algoritmos pueden aprender y perpetuar estos prejuicios. Esto puede llevar a que los resultados de los algoritmos estén sesgados y que las decisiones basadas en ellos sean discriminatorias.

Los modelos utilizados en los algoritmos también pueden ser sesgados si están diseñados de manera que no tengan en cuenta ciertos factores, como la raza o la etnia. Si se utiliza un modelo que no tiene en cuenta estos factores, es más probable que se produzcan resultados discriminatorios.

Hay situaciones en las que se lleva a cabo una sobreexposición de imágenes de inmigrantes, con lo que esto conlleva para la vulneración de sus derechos de intimidad y protección de datos. Incluso este hecho es más obvio si pensamos en los menores que sirven como modelos para campañas de recogida de ayudas a través de ONGs. También se advierten sesgos en algoritmos asociados a cámaras de videovigilancia que devuelven mayores resultados de falsos positivos proporcionalmente al grado de oscuridad de su piel. Y, llevado al extremo, hemos sido testigos de numerosas denuncias a buscadores de internet que confundían a personas de raza negra con monos. Lo que

debemos analizar es por qué existe esta discriminación para poder prevenirla. Y existe básicamente porque el algoritmo se ha entrenado con imágenes de personas mayoritariamente de raza blanca. La profesora Lucía Benítez, en relación al estudio de los sesgos algorítmicos de género, apunta que “el origen del problema se encuentra en los *datasets* más utilizados para los *benchmarks* que miden el buen funcionamiento de los algoritmos de reconocimiento facial que son mayoritariamente masculinos (77%) y de origen caucásico (entre el 79 y el 86% de rostros blancos)” (Benítez 2019, 1313).

Debemos analizar factores como la publicidad, transparencia, trazabilidad, explicabilidad y auditabilidad de estos algoritmos para evitar incurrir en la vulneración de derechos fundamentales como la igualdad, privacidad, el derecho a la no discriminación o principios como la dignidad humana y el libre desarrollo de la persona (Simón 2021, 215-216).

4.2. Falta de transparencia y explicabilidad de los algoritmos

Otro factor que puede influir en la discriminación algorítmica es la falta de transparencia y explicabilidad de los algoritmos. En algunos casos, los algoritmos pueden ser “cajas negras” en el sentido de que no se puede entender cómo se han tomado ciertas decisiones. Si no se comprende cómo se han tomado estas decisiones, es difícil detectar y corregir cualquier discriminación que pueda haber ocurrido.

Los artículos 13 y 14 del RGPD (apartados 2.f y 2.d) desarrollan dos situaciones en las que es obligatorio informar al interesado sobre las decisiones automatizadas. Esto implica que cuando los datos se obtengan de los propios interesados o de terceros, siempre y cuando no hayan sido informados previamente o cuando exista una excepción a la obligación de informar, deberá indicarse la existencia de las decisiones automatizadas (incluida la elaboración de perfiles) y, en particular, la información sobre la lógica aplicada y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado.

4.3. Falta de diversidad en el desarrollo de algoritmos

También la falta de diversidad en el desarrollo de algoritmos puede contribuir a la discriminación algorítmica. Si los equipos de desarrollo de algoritmos están compuestos principalmente por personas de un

solo grupo demográfico, es menos probable que se tengan en cuenta las perspectivas y experiencias de otros grupos. Esto puede llevar a que se desarrollen algoritmos que no funcionen bien para ciertos grupos o que sean discriminatorios hacia ellos.

A este respecto, los investigadores Pablo J. Boczkowski y Eugenia Mitchelstein advierten que “solo el 10% de la población no tiene acceso a internet en Estados Unidos. Ese porcentaje desciende al 89% entre los blancos, pero aumenta al 14% entre los latinos y al 15% entre las personas negras. Además, el 72% de los blancos tiene banda ancha en casa, en comparación con el 47% y el 57% entre latinos y negros, respectivamente. Esta disparidad está relacionada con la mano de obra del sector tecnológico digital de la economía: los latinos representan solo el 7% de los programadores, y los negros solo el 8%. Esta composición ha cambiado poco en los últimos quince años, a pesar del notable crecimiento de este sector durante el mismo periodo. El sueño de una tecnología neutra, igualitaria y posracial que marcó los primeros años del entorno digital terminó siendo solo eso: un sueño” (Boczkowski y Mitchelstein 2022).

4.4. *Falta de transparencia y responsabilidad en el diseño y uso de los algoritmos*

La falta de transparencia y responsabilidad en el diseño y uso de los algoritmos es otro factor que puede contribuir a la discriminación algorítmica. A menudo, los algoritmos son diseñados y utilizados por empresas privadas o agencias gubernamentales sin una supervisión adecuada o una regulación clara. Esto puede resultar en la falta de transparencia en cuanto a cómo funcionan los algoritmos y cómo se toman las decisiones basadas en ellos. Además, puede ser difícil determinar la responsabilidad cuando se produce una discriminación algorítmica, ya que puede haber múltiples partes involucradas en el diseño y uso de los algoritmos.

El RGPD, en su artículo 25 formula el principio fundamental de la privacidad desde el diseño y por defecto, recogiendo así el cambio de tendencia de la Unión Europea para mutar las políticas reactivas seguidas hasta el momento en políticas proactivas, cuya filosofía se centre más en la prevención y no en la sanción. En este sentido, el profesor Castellano (2021, 207) se refiere a la jurisdiccionalidad desde el diseño y por defecto.

Como acertada y concisamente señala el profesor Cotino (2019, 35), “para una IA *made in Europe* un principio clave será el de ‘ética

por diseño' según el cual los principios éticos y legales, conforme al Reglamento General de Protección de Datos, el cumplimiento de la ley de competencia y la ausencia de sesgos de datos se implementan desde el inicio del proceso de diseño" (Comisión Europea 2018b: 5-9 y 19-21). Y a ello debe añadirse la exigencia de la transparencia y explicabilidad también en el diseño mismo. También, la Conferencia Internacional de Protección de Datos afirma un "enfoque general de 'ética por diseño' (ICDPPC 2018: ap. 4º)" (Cotino 2019, 36).

Otro de los factores fundamentales para fomentar la transparencia, y con ello la explicabilidad y confiabilidad de los algoritmos, es el hecho de poder acceder a su código fuente. Y este es hoy en día el caballo de batalla de asociaciones como CIVIO y de diferentes juristas que intentan que la Administración haga visible el mismo, aunque, de momento una Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo¹ ha desestimado esta petición en relación al programa Bosco que determina quién es merecedor del bono social en los servicios eléctricos. Se ha demostrado que este algoritmo ha dejado fuera del sistema a personas que sí reunían los requisitos para pedir esta ayuda. Estamos plenamente de acuerdo con Javier de la Cueva cuando afirma: "La cuestión de hecho que constituye la base argumentativa de la demanda de Civio, que los técnicos informáticos están de facto escribiendo regulación jurídica, es algo que ya es indiscutible, sin que se trate de la mera teoría de un jurista estudioso del funcionamiento de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) en su nivel menos abstracto, más atómico y nuclear, que es el del código fuente" (Cueva 2019). Y, siguiendo a la profesora Gutiérrez David, podemos concluir que "cualquier regulación que se realice del uso de la IA en el ámbito público debería garantizar la transparencia de la actividad algorítmica, en sus dos vertientes, de publicidad proactiva y del derecho de acceso, con el fin de que los ciudadanos puedan saber y comprender: (i) en qué ámbitos concretos de la actividad pública se adoptan decisiones basadas total o parcialmente en tratamientos algorítmicos; (ii) en qué medida esas decisiones algorítmicas afectan a los derechos y libertades de los ciudadanos, individual o colectivamente; (iii) cómo y bajo qué criterios se han adoptado esa clase de decisiones por parte de las instituciones públicas; (iv) y, por su incidencia en la racionalidad y eficiencia del gasto público, cómo se han adquirido e implementado esos sistemas

¹ SAN 5863/2021 - ECLI:ES:AN:2021:5863: Audiencia Nacional. Juzgados Centrales de lo Contencioso. Madrid. Sección: 8. Fecha: 30/12/2021

de decisión algorítmica (ej. mediante desarrollos *in house* o mediante licitación), qué fines institucionales específicos se pretenden cumplir, qué necesidades públicas, satisfacer y por qué dicha implementación tecnológica innovadora es la mejor alternativa frente a otras soluciones” (Gutiérrez David 2021, 68).

5. Regulación de la discriminación algorítmica

5.1. Marco legal actual

La regulación de la discriminación algorítmica es un tema complejo y en constante evolución. Actualmente, existen diversas iniciativas legislativas y normativas a nivel internacional, regional y nacional que buscan abordar este problema.

A nivel internacional, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) ha emitido directrices sobre la inteligencia artificial que incluyen principios para evitar la discriminación y proteger los derechos humanos. Además, la Unión Europea (UE) ha publicado una estrategia sobre inteligencia artificial que incluye medidas para garantizar la ética y la transparencia en el uso de algoritmos.

En el ámbito regional, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE prohíbe la discriminación por motivos de origen racial o étnico, y el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) establece el derecho a la explicación y la revisión de decisiones basadas en algoritmos.

A nivel nacional, algunos países han adoptado leyes específicas para abordar la discriminación algorítmica. Por ejemplo, en los Estados Unidos, la Ley de Derechos Civiles de 1964 ya prohibía la discriminación por motivos de raza, color, religión, sexo u origen nacional en el empleo, la educación y otras áreas. En Francia, la Ley de Orientación y Programación para la Reforzamiento de la Seguridad Interior (LOPPSI) incluye disposiciones para garantizar la transparencia y la evaluación de los sistemas de inteligencia artificial utilizados por diferentes organismos públicos. Asimismo, “la “Ley de la República Digital”, que entró en vigor en Francia en 2016, a partir de un debate sobre la transparencia. También, la *Association for Computing Machinery US Public Policy Council* (USACM, 2017) ha propuesto siete principios para el control de los algoritmos: la concienciación sobre los posibles sesgos presentes en sus procesos; la impugnación y compensación por el uso de los algoritmos; la responsabilidad de las

decisiones adoptadas a través de su uso; la transparencia sobre los procesos y decisiones, especialmente de cara al sector público; el control de la captación y procedencia de los datos con su revisión pública (aunque también figura una forma restringida a expertos); la posibilidad de auditar los resultados, y, por último, la validación y la prueba para conocer el impacto discriminatorio de sus fórmulas” y la Unión Estadounidense por las Libertades Civiles (*American Civil Liberties Union, ACLU*), ha lanzado una iniciativa relacionada con los sesgos algorítmicos: el proyecto *AI Now* (Benítez 2019, 1316).

A pesar de estos esfuerzos, la regulación de la discriminación algorítmica sigue siendo un desafío, ya que las tecnologías y los modelos cambian rápidamente y las leyes quedan obsoletas en un momento de continua mudanza. Es necesario un enfoque multidisciplinario y colaborativo que involucre a expertos en tecnología, derecho, ética y derechos humanos para abordar este problema de manera efectiva y proteger los derechos de los individuos.

Seguindo al profesor Ausín, podemos afirmar que “la reflexión ética sobre la IA constituye un instrumento privilegiado para el imprescindible empoderamiento tecnológico de la ciudadanía. Asimismo, y como necesario complemento de la reflexión ética, los poderes públicos y, en general, las instituciones y otras organizaciones, han de promover la formación y sensibilización de la sociedad sobre el potencial de la IA para generar valor económico y social, haciendo hincapié en los deberes de cuidado y protección mencionados anteriormente y, a la vez, en las oportunidades que un tratamiento correcto y ético de la IA ofrece para la investigación biomédica, la salud, la gestión administrativa, los servicios sociales, la atención a colectivos desfavorecidos, el desarrollo económico, la innovación...; esto es, para el bien común” (Ausín 2021, 14).

5.2. Necesidad de una regulación adecuada

La falta de regulación clara y adecuada en relación con la discriminación algorítmica ha sido un factor importante en la proliferación de prácticas discriminatorias en diversas áreas, incluyendo la contratación, la vivienda, la educación y el acceso a servicios públicos. La mayor parte de la normativa existente no ha sido diseñada para abordar este problema específico, y a menudo no ofrece soluciones adecuadas para proteger a las víctimas de la discriminación algorítmica.

Por lo tanto, resulta necesario implementar una regulación adecuada para abordar la discriminación algorítmica y proteger los

derechos humanos, especialmente los de los grupos más vulnerables. Se necesitan medidas legales claras que establezcan responsabilidades y obligaciones para los diseñadores y usuarios de algoritmos, y que garanticen la transparencia y la rendición de cuentas en su diseño y uso. Además, es importante considerar la necesidad de supervisión y sanciones para asegurar el cumplimiento de las regulaciones y la protección de los derechos fundamentales.

En el ámbito regulativo de la Unión Europea se está tratando de ofrecer respuestas adecuadas para prevenir futuras vulneraciones de los derechos fundamentales. Así, con respecto al tratamiento automatizado de datos, el artículo 22 del RGPD establece que “todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar”. Además, se considera más ampliamente la cuestión de la utilización de algoritmos e inteligencia artificial en la Resolución del Parlamento Europeo del 16 de febrero de 2017 con recomendaciones para la Comisión sobre “normas de Derecho civil sobre robótica”; en la Comunicación de la Comisión Europea del 25 de abril de 2018 sobre “Inteligencia Artificial para Europa” (COM(2018) 237 final); en la Comunicación de la Comisión Bruselas “Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano” del 8 de abril de 2019, COM(2019) 168 final y, en el Libro Blanco sobre Inteligencia Artificial del 19 de febrero de 2020 (COM(2020) 65 final). En el marco del Consejo de Europa, el Comité de Expertos en Intermediarios de Internet publicó el estudio:

Algoritmos y Derechos Humanos en marzo de 2018 y poco después, el 3 de diciembre de 2018, la Comisión Europea para la Eficiencia de los Sistemas de Justicia (CEPEJ) aprobó la “Carta ética sobre la utilización de la inteligencia artificial en los sistemas de justicia y su entorno”.

En nuestro país, la transparencia algorítmica se exige constitucionalmente (arts. 9.3, y 24 CE) y por motivaciones legales generales, así como por algunas regulaciones específicas aplicables (art. 41 Ley 40/2015, arts. 13 y 11 artículo 13 Real Decreto 203/2021). Más positivas son regulaciones novedosas como la avanzada Ley 1/2022 valenciana de transparencia o el artículo 23 Ley 15/2022 inspirada en el apartado XVIII de la Carta de Derechos Digitales, a la que también se presta singular atención. En todo caso, aunque no está aprobado, se tiene especialmente en cuenta la transparencia exigida en razón del futuro Reglamento de IA de la UE (*Artificial Intelligence Act*) (Cotino 2023a, 22).

5.3. Principios de una regulación justa y equitativa

En orden a lograr una regulación de la discriminación algorítmica justa y equitativa, es necesario establecer algunos principios fundamentales. En primer lugar, debe garantizar el derecho a la no discriminación y la igualdad de trato para todas las personas, sin importar su origen, raza, género u otras características protegidas. “Los estereotipos delictivos asociados a diferentes grupos raciales pueden aumentar la idea de culpabilidad, especialmente cuando el origen étnico de los sospechosos es congruente con los estereotipos de la delincuencia, lo que da lugar a una investigación impulsada por esta errónea consideración y por la búsqueda de más pruebas confirmatorias (...) Estos estereotipos y muchos otros no son independientes, si no que interactúan entre sí, lo que da lugar a diferentes tipos de tratamientos y sentencias en función del prejuicio judicial: por ejemplo, no es sorprendente que los varones negros sean condenados a penas de reclusión más largas que cualquier otra combinación de raza y género” (Cippitani 2021, 5-6).

En segundo lugar, debe promover la transparencia y responsabilidad en el diseño y uso de los algoritmos, de manera que se puedan identificar y corregir posibles sesgos y discriminación. En tercer lugar, debe fomentar la participación y colaboración de todas las partes interesadas, incluyendo a la sociedad civil, los expertos en derechos humanos, los usuarios de los algoritmos y los desarrolladores. Finalmente, debe garantizar un enfoque basado en los derechos humanos, en el que se priorice la protección y promoción de los derechos fundamentales en todo momento.

Diversos documentos de la UE hacen hincapié sobre la importancia de preservar los derechos humanos frente a las injerencias de la inteligencia artificial. Así lo constatamos en la Resolución del Parlamento sobre la robótica, en su párrafo décimo, que se refiere especialmente a “la seguridad y la salud humana; la libertad, la intimidad, la integridad y la dignidad; la autodeterminación y la no discriminación, y la protección de los datos personales”. Se trataría de regular los algoritmos garantizando la confianza depositada por los usuarios. Estamos de acuerdo con el profesor Cotino cuando afirma que “Sin perjuicio de la necesidad de sólidos presupuestos éticos, jurídicamente punto de partida deben ser los principios comunes del Derecho constitucional y en particular los derechos y libertades de las sociedades democráticas. Ellos no sólo quedan afectados por el *big data* y la inteligencia artificial, sino que son principios básicos que han

de orientar las respuestas futuras. Ahora bien, puede ser necesaria una readecuación de tales principios” (Cotino 2017, 137).

Con motivo de la muy reciente sentencia del Tribunal Constitucional alemán², el profesor Cotino nos ofrece un exhaustivo análisis de esta, mostrándonos las claves de la futura regulación que debería hacerse extensiva a todo ciudadano europeo. Así, afirma que “la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 2023 ha anulado dos leyes que permitían la evaluación automatizada de datos con fines policiales. Además, establece elevados estándares de calidad de la ley para los tratamientos automatizados de datos para la prevención del delito. Asimismo, excluye el uso de sistemas IA. La regulación legal debe establecer los mínimos técnicos y organizativos y limitar los métodos y los datos utilizados. Esta importante sentencia se suma a una tendencia jurisprudencial exigente en Europa y España. Dadas las graves carencias legales en España, es imperativa la actuación de un legislador de calidad, incluso con el futuro Reglamento de la Unión Europea” (Cotino 2023b, 1).

6. Soluciones técnicas a la discriminación algorítmica

6.1. Técnicas de inteligencia artificial para la eliminación de sesgos

Las técnicas de inteligencia artificial pueden ser utilizadas para la eliminación de sesgos en los algoritmos. Una técnica comúnmente utilizada es la “reducción de sesgo”, que implica la modificación de los datos de entrenamiento o los modelos para reducir los mismos. Otras técnicas incluyen la selección de características y la regularización. Estas técnicas pueden mejorar la precisión y la equidad de los algoritmos, lo que a su vez puede reducir la discriminación algorítmica.

A modo de ejemplo, un equipo de investigadores del Instituto de Tecnología Massachusetts (MIT) ha desarrollado un algoritmo que apunta a reducir el sesgo racial y de género en los sistemas de reconocimiento facial basados en inteligencia artificial (IA). Según los resultados de sus pruebas, este algoritmo ha logrado reducir hasta en un 60% el sesgo que resulta del entrenamiento del reconocimiento facial de la IA en términos de género y raza. También se han

² Sentencia de 16 de febrero de 2023 (1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20) de la primera cámara del Tribunal Constitucional Federal: https://www.bundesverfassungsgericht.de/er/20230216_1bvr154719.html

desarrollado técnicas para reducir el sesgo en los algoritmos de contratación y en los sistemas de evaluación crediticia.

En otro sentido, podemos destacar las políticas llevadas a cabo en Colombia, usando la minería de datos para su implementación en la sociedad, educación o salud tratando de sostener un pacto por la equidad. Como señalan los investigadores Enrique Arrieta y Amanda Vargas, “la analítica de datos aplicada a los documentos de políticas públicas, entre otros documentos gubernamentales, ofrece una poderosa herramienta a la sociedad, la cual puede ser utilizada para comprender dichas políticas sin sesgos ideológicos. De igual manera, la herramienta es de suma utilidad para los gobernantes, ya que a través de ella pueden verificar si sus discursos públicos son coherentes con los documentos legales que los describen, ya que son los documentos los que realmente determinan la hoja de ruta para el desarrollo del país” (Arrieta y Vargas 2021, 219).

Sin embargo, es importante tener en cuenta que estas técnicas no son una solución completa al problema de la discriminación algorítmica y deben ser utilizadas en conjunto con otras medidas, como la transparencia y la responsabilidad en el diseño y uso de los algoritmos.

6.2. *Evaluación de la calidad y equidad de los algoritmos*

La evaluación de la calidad y equidad de los algoritmos es un aspecto clave en la lucha contra la discriminación algorítmica. La falta de transparencia en el diseño y uso de los algoritmos puede llevar a la ocurrencia de sesgos y discriminación, lo que hace necesario implementar medidas de evaluación que permitan identificar y corregir estas prácticas.

Existen diversas técnicas y herramientas que permiten evaluar la calidad y equidad de los algoritmos. Entre ellas se incluyen los estudios de impacto y las auditorías algorítmicas. Los estudios de impacto son evaluaciones exhaustivas que buscan medir el impacto de los algoritmos en los derechos humanos y la equidad, mientras que las auditorías algorítmicas se centran en la evaluación de la calidad de los algoritmos y la identificación de sesgos y discriminación.

Es un hecho incontestable que los algoritmos que manejan datos que pueden afectar a derechos civiles, penales, sanitarios, crediticios o sociales deben ser auditables. Y tal y como pone de manifiesto el investigador del CSIC Txetxu Ausín (2021, 9), “para conciliar este principio con la protección de la innovación científica e industrial y la propiedad intelectual, debiera considerarse la atribución de

competencias de fiscalización a autoridades independientes. Más aún, cuando se pongan en juego valores fundamentales como los mencionados (salud, vigilancia policial, sistema penal, ayuda social...), los sistemas deberían ser trazables, esto es, se podrá identificar el proceso de decisión, las personas implicadas y las consecuencias que se deriven”.

La implementación de estas medidas de evaluación es crucial para garantizar la equidad y la justicia en el uso de los algoritmos, y para prevenir la discriminación algorítmica en todos los ámbitos, desde la selección de personal hasta la justicia penal y la atención médica.

7. Caso de estudio: Discriminación de los inmigrantes

7.1. Impacto de la discriminación algorítmica en los inmigrantes

La discriminación algorítmica puede tener un impacto especialmente negativo en los inmigrantes. En algunos casos, los sistemas de IA utilizados para procesos de selección de empleo y evaluación de crédito pueden considerar el origen nacional de una persona como un factor de riesgo, lo que puede llevar a una discriminación injusta. Además, algunos sistemas de vigilancia y control de fronteras basados en la IA pueden utilizar perfiles de riesgo que se basan en prejuicios y estereotipos, lo que puede llevar a la identificación errónea y detención de personas inocentes. Por lo tanto, como ya hemos expuesto anteriormente, es fundamental abordar la discriminación algorítmica en relación con los inmigrantes y desarrollar soluciones efectivas y sostenibles para garantizar su igualdad y no discriminación.

7.2. Ejemplos de discriminación algorítmica en el contexto migratorio

Además de los casos estudiados en las páginas precedentes (II. Discriminación algorítmica y derechos humanos: c) Ejemplos de discriminación algorítmica), vamos a tratar de analizar algunos más que afectan directamente a los inmigrantes. Uno de los ejemplos más conocidos de esta discriminación algorítmica se dio en el “sistema de puntos” de Canadá, utilizado para evaluar la elegibilidad de los solicitantes de inmigración. En este sistema, se otorgaban puntos a los solicitantes en función de criterios como la educación, la edad y la experiencia laboral. Sin embargo, se encontró que el sistema tenía sesgos en su diseño que discriminaban a los solicitantes de ciertos países, lo que llevó a una demanda colectiva en 2019.

Otro ejemplo es el sistema de *Minority Report* utilizado en la ciudad de Nueva York para predecir crímenes y evaluar el riesgo de reincidencia en los delincuentes. Este sistema se basaba en datos históricos que reflejaban la discriminación racial y de género en la aplicación de la ley, lo que llevó a que el sistema continuara perpetuando esta discriminación en lugar de corregirla. Si el algoritmo refleja que el barrio es peligroso se enviarán más policías, se detendrá por tanto a más personas y esto hace que se alimente al algoritmo porque parece más probable que en ese lugar haya más delincuentes. Sin embargo, los algoritmos únicamente hacen predicciones en base a análisis estadísticos sesgados en origen.

No debemos bajar la guardia porque, como advierte el profesor Cotino, "en EEUU la clave jurídica para admitir que los algoritmos y el big data incluyan información racial reside en que el algoritmo no haya elegido el factor raza con finalidad discriminatoria ("*because of*" "*discriminatory purpose*"), que es lo que prohíbe la doctrina *McCleskey v. Kemp* 481 U.S. 279, 291-92 (1987). Por el contrario, quizá se podría de admitir que se tome en cuenta el factor raza por ser un elemento que aumenta la precisión "a pesar de" (*in spite of*) sus efectos sobre un grupo identificable. Habrá que analizar rigurosamente cada caso concreto el funcionamiento y resultados de la IA, eso sí, bajo la presunción de discriminación" (Cotino 2023c, 302-303).

De este modo, podemos clasificar estas herramientas informáticas en función de los derechos afectados de los inmigrantes:

- Algoritmos de análisis de riesgos crediticios que pueden discriminar a los inmigrantes que no tienen historial crediticio en el país de destino, lo que dificulta su acceso a préstamos y servicios financieros.
- Algoritmos de contratación que pueden discriminar a los inmigrantes por su origen étnico o nacionalidad, incluso si tienen las habilidades y calificaciones necesarias para el trabajo.
- Algoritmos utilizados en el procesamiento de solicitudes de asilo que pueden tomar decisiones erróneas basadas en la nacionalidad o raza del solicitante, lo que resulta en un mayor riesgo de deportación o negación de asilo.
- Algoritmos de vigilancia y control fronterizo que pueden identificar erróneamente a los inmigrantes como una amenaza o peligro potencial, lo que puede llevar a detenciones injustas y deportaciones forzosas.

Ejemplos que acreditan la importancia de evaluar y corregir los sesgos en los algoritmos utilizados en la toma de decisiones que

afectan a los inmigrantes y otros grupos vulnerables. Como ha dejado escrito el profesor Esteban Guinea, podemos emplear la inteligencia artificial como una técnica de control social que puede derivar en resultados tan extremos como el del genocidio de los uigures (Esteban 2022, 390) Son muchas las instituciones que llevan tiempo advirtiendo de los abusos y vulneraciones de derechos humanos que se producen en los “campos de reeducación” chinos en la región de Xinjiang. Son frecuente las denuncias relativas a las esterilizaciones forzadas, violaciones, torturas sistemáticas y trabajos forzados, además de utilizar tecnología biométrica y de vigilancia para su rastreo.

Un ejemplo de posible discriminación algorítmica en España es el sistema SARA (Sistema Automatizado de Reconocimiento de la Atención), utilizado por algunas mutuas de trabajo en España para evaluar la validez de las bajas médicas de los trabajadores. Se ha cuestionado su objetividad y transparencia, ya que se desconoce la fórmula exacta que utiliza para calcular la probabilidad de fraude y algunos expertos han señalado que podría estar basado en factores irrelevantes como la edad, el género o el lugar de residencia del trabajador.

Una muestra que ilustra la discriminación algorítmica en España y sus implicaciones en los derechos humanos estaría reflejada en los siguientes casos:

Selección de candidatos: En 2019, se descubrió que el sistema utilizado por una empresa española para seleccionar candidatos para un programa de formación profesional tenía en cuenta criterios como la edad y el género, lo que resultaba en la discriminación de mujeres y personas mayores.

Seguros de coche: Las aseguradoras en España utilizan sistemas de puntuación para determinar el riesgo de cada conductor y, por lo tanto, el precio del seguro. Sin embargo, se ha informado de que estos sistemas pueden estar sesgados y resultar en una discriminación contra ciertos grupos, como jóvenes o personas de ciertos barrios.

Sistema de evaluación de profesores: En algunas comunidades autónomas en España, se utiliza un sistema de evaluación de profesores basado en indicadores numéricos y algoritmos. Se ha argumentado que este sistema es sesgado y puede conducir a la discriminación de ciertos profesores.

Vigilancia policial: El uso de cámaras de vigilancia por parte de la policía en España ha sido criticado por su potencial para la discriminación, especialmente contra ciertos grupos étnicos o sociales. Así, empresas como Renfe han tenido que revisar el software de vigilancia que utilizaban por hacer un mayor seguimiento de personas de otra raza o etnia.

8. Reflexiones finales

La discriminación algorítmica es un problema grave que afecta a los derechos humanos y puede perpetuar y amplificar las desigualdades existentes en nuestra sociedad. Es importante abordar este problema de manera efectiva, a través de la regulación y la evaluación de la calidad y equidad de los algoritmos, y de la implementación de técnicas de inteligencia artificial para la eliminación de sesgos.

Además, es necesario considerar el impacto que la discriminación algorítmica tiene en grupos vulnerables como los inmigrantes y trabajar en soluciones prácticas y sostenibles para garantizar la igualdad y no discriminación. Es fundamental seguir investigando y discutiendo sobre este tema para construir un futuro justo y equitativo en el uso de la tecnología y la inteligencia artificial.

Como reiteradamente hemos señalado, la discriminación algorítmica es un problema grave y urgente que puede tener perniciosas consecuencias en los derechos humanos, especialmente para grupos vulnerables como los inmigrantes. La falta de transparencia y responsabilidad en el diseño y uso de los algoritmos, así como la presencia de sesgos en los datos y modelos utilizados, son factores que contribuyen a la discriminación algorítmica. Como señala el profesor Serrano Antón centrándose en la Administración tributaria, pero siendo sus palabras extrapolables a otros ámbitos públicos y privados, "se deben extremar las medidas para una correcta ejecución de las tecnologías, alineando los conocimientos civiles, jurídicos y tecnológicos, junto con los aspectos éticos y buscando un equilibrio entre la privacidad a la que los ciudadanos tienen derecho y el cómo dar tratamiento a esos datos sin menoscabar su seguridad, ni crear situaciones discriminatorias, como consecuencia del diseño de los algoritmos. Resulta fundamental que las Administraciones tributarias que utilizan algoritmos e IA, lo lleven a cabo con el respeto de los derechos y garantías de los contribuyentes, siendo importante destacar que los algoritmos siempre deberían estar sujetos a revisión judicial" (Serrano 2021).

Aunque existen esfuerzos para regular y controlar la discriminación algorítmica, todavía queda mucho por hacer. La necesidad de una regulación justa y equitativa que tenga en cuenta los principios de igualdad y no discriminación es esencial. También es importante desarrollar técnicas de inteligencia artificial para eliminar los sesgos y garantizar la equidad y la calidad de los algoritmos.

Es importante seguir investigando y monitoreando la discriminación algorítmica y sus efectos en diferentes grupos y contextos, incluyendo

el contexto español. Solo a través de un enfoque colaborativo y multidisciplinario podemos abordar eficazmente este problema y promover una sociedad más justa e igualitaria para todos.

A modo de conclusión, la discriminación algorítmica es un problema grave que requiere atención y acción por parte de los responsables políticos, las empresas tecnológicas y la sociedad en general. Los algoritmos se encuentran cada vez más omnipresentes y tienen consecuencias importantes para los derechos humanos, especialmente para aquellos grupos que ya enfrentan discriminación en la sociedad.

Es necesario abordar este problema de manera efectiva y desarrollar soluciones prácticas y sostenibles que promuevan la igualdad y la no discriminación en la era digital. Esto requiere una mayor transparencia y responsabilidad en el diseño y uso de los algoritmos, así como la promoción de la diversidad y la inclusión en la tecnología y en la industria de la tecnología.

La regulación adecuada también es fundamental para garantizar que los algoritmos sean justos y equitativos, y se necesitan principios claros y bien definidos para orientar la regulación. Además, es importante que se realice una evaluación rigurosa y continua de la calidad y equidad de los algoritmos para garantizar que no estén causando daño a grupos vulnerables.

Como señala el profesor Cotino, en relación con la doctrina que se desprende de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional alemán, en un importante artículo publicado, cuyo título no deja lugar a dudas respecto a su postura (“Una regulación legal y de calidad para los análisis automatizados de datos o con inteligencia artificial. Los altos estándares que exigen el Tribunal Constitucional alemán y otros tribunales, que no se cumplen ni de lejos en España”). “Pese a que puedan considerarse muy rigurosos estos criterios, pueden tomarse como punto de partida para hacer propuestas regulatorias. Ahora bien, creo que no debe orillarse o directamente prohibirse la regulación del uso de IA y los sistemas autónomos como hace sin excesiva justificación el TC alemán” (Cotino 2023b, 21). La insuficiencia de regulación legal en España no sólo se da respecto de tratamientos automatizados en el ámbito penal y judicial, sino también en el ámbito tributario.

Por último, apuntar la respuesta de la propia herramienta ChatGPT ante la cuestión de si cree que tiene sesgos en su algoritmo que podrían discriminar a los inmigrantes, y que nos da un reflejo fiel de lo expresado hasta ahora en cuanto al origen de los datos que sirven de base a la inteligencia artificial y la necesidad de evitar —técnica y

jurídicamente— esos sesgos: “ChatGPT: Como modelo de lenguaje basado en GPT-3.5, estoy diseñado para tratar de evitar sesgos y prejuicios en mis respuestas. Sin embargo, debido a que me he entrenado en una amplia variedad de datos tomados de Internet, existe la posibilidad de que haya absorbido ciertos sesgos presentes en esos datos. OpenAI, el equipo responsable de desarrollar y mantener ChatGPT, ha hecho esfuerzos para minimizar los sesgos, pero no es perfecto y pueden existir algunos sesgos residuales en mis respuestas. Es importante tener en cuenta que soy un modelo de inteligencia artificial y no tengo opiniones ni creencias propias. Mis respuestas se basan en el análisis de grandes cantidades de texto y en el intento de generar respuestas coherentes y útiles. No estoy programado para discriminar o mostrar prejuicios hacia ningún grupo de personas, incluyendo a los inmigrantes. Sin embargo, si notas alguna respuesta que parezca sesgada o inapropiada, te agradecería que me lo indiques. Esto ayudará a mejorar y refinar el modelo en el futuro. La eliminación de sesgos en la inteligencia artificial es un objetivo en constante evolución y es importante abordarlo de manera responsable y colaborativa” (ChatGPT mayo de 2023).

Esperamos que esta investigación sirva como un llamado a la acción y una fuente de información y reflexión sobre la discriminación algorítmica y sus impactos en los derechos humanos. Debemos trabajar juntos para asegurar que la tecnología sirva al bien común y promueva la igualdad y la justicia para todos.

9. Recomendaciones para la regulación y uso justo de los algoritmos

A continuación, se presentan algunas recomendaciones para la regulación y uso justo de los algoritmos:

Primera. Transparencia y responsabilidad: es necesario que los algoritmos sean transparentes en cuanto a su diseño y funcionamiento, y que los desarrolladores sean responsables de las decisiones que toman los algoritmos. Se debe exigir a las empresas y organizaciones que utilicen algoritmos que proporcionen información clara y comprensible sobre cómo funcionan sus sistemas, qué datos utilizan y con qué fines. También se debe establecer la responsabilidad correspondiente en caso de que se produzcan daños por el uso de algoritmos discriminatorios.

Segunda. Eliminación de sesgos: se deben utilizar técnicas de inteligencia artificial para reducir o eliminar los sesgos en los datos y

modelos utilizados en los algoritmos. Es importante realizar una evaluación constante de los algoritmos para detectar y corregir posibles sesgos. Para ello, se pueden utilizar técnicas de auditoría algorítmica y pruebas de impacto en los derechos humanos. Se debe realizar una evaluación continua de la calidad y equidad de los algoritmos, con el fin de identificar y corregir posibles discriminaciones.

Tercera. Participación de múltiples actores: se debe involucrar a múltiples actores, incluyendo a las comunidades afectadas por los algoritmos, en el diseño y evaluación de los mismos.

Cuarta. Regulación adecuada: es necesario que existan leyes y regulaciones adecuadas que garanticen la no discriminación algorítmica y promuevan el uso justo de los algoritmos. Se debe establecer una regulación dirigida a garantizar que los algoritmos no sean discriminatorios y respeten los derechos humanos. Esta regulación debe ser flexible y adaptarse a la evolución constante de la tecnología.

Quinta. Formación y educación: se debe promover la formación y educación sobre la discriminación algorítmica y su impacto en los derechos humanos, tanto entre los desarrolladores de algoritmos como entre los usuarios finales.

Referencias bibliográficas

- Aguado i Cudolà, Vicenç, Vera Parisio y Oscar Casanovas i Ibàñez. 2018. *El derecho a la ciudad: el reto de las smart cities*. Barcelona: Atelier. Acceso el 15 de mayo de 2022: <https://ucm.on.worldcat.org/oclc/1346587615>.
- Arrieta, Enrique y Amanda Vargas. 2021. «Analítica de datos aplicada al Plan Nacional de Desarrollo de 2018-2022, "Pacto por Colombia, Pacto por la equidad"». *Estudios Políticos* 62: 215-239. Doi.org/10.17533/udea.espo.n62a09.
- Asís, Rafael. 2020. «Inteligencia artificial, diversidad y derechos», *Uc3m Working paper*, Materiales de Filosofía del derecho, 20-04. Universidad Carlos III de Madrid.
- Ausín, Txetxu. 2021. «¿Por qué ética para la Inteligencia Artificial? Lo viejo, lo nuevo y lo espurio». *Sociología y Tecnociencia* 11, n. 2. Acceso el 27 de mayo de 2022: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/oaiart?codigo=8155412>.
- Barona, Silvia. 2021a. *Algoritmización del derecho y de la justicia: de la inteligencia artificial a la smart justice*. Valencia: Tirant lo Blanch. Acceso el 13 de marzo de 2021: <https://biblioteca-tirant-com.bucm.idm.oclc.org/cloudLibrary/ebook/info/9788413786667>.
- Barona, Silvia. 2021b. «Justicia algorítmica y neuroderecho: una mirada multidisciplinar». *Alternativa* 124. Acceso el 5 de Julio de 2021: <https://biblioteca-tirant-com.bucm.idm.oclc.org/cloudLibrary/ebook/info/9788413972022>.

- Benítez, Lucía. 2019. «Ethics and transparency for detection of gender bias in algorithms». *Estudios sobre el mensaje periodístico* 25, n. 3: 1307-1320. Acceso el 6 de enero de 2022: <https://revistas.ucm.es/index.php/ESMP/article/view/66989>.
- Blanco, Carlos G. 2022. «El tratamiento de los algoritmos de IA para evitar sesgos discriminatorios y la regulación jurídica de los robots y la IA». En *Los Derechos Humanos en la inteligencia artificial: su integración en los ODS de la Agenda 2030*, dirigido por Elena García-Antón, 235-252, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Boczkowski, Pablo J. y Eugenia Mitchelstein. 2022. *El entorno digital*. Madrid: Siglo XXI Editores.
- Campione, Roger. 2021. «Recopilar y vigilar: Algunas consideraciones filosófico- jurídicas sobre inteligencia artificial», *Sociología y Tecnociencia* 11, n. 2: 123-139. Acceso el 8 de febrero de 2013: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/oaiart?codigo=8155418>.
- Cippitani, Roberto, Antonella Mirabile y Martina Onofri. 2021. «“Objetividad científica” y sesgos en la toma de decisiones jurídicas: los casos de genética forense y de algoritmos», *Revista Justicia y Derecho* 4, n. 2: 1-22. doi.org/10.32457/rjyd.v4i2.1440.
- Corrales, José M. 2022. «Derecho al trabajo y discriminación: las políticas públicas de empleo como instrumento de igualdad», en *Los derechos humanos en la inteligencia artificial: su integración en los ODS de la Agenda 2023*, dirigido por Elena García-Antón, 399-422, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Cotino, Lorenzo. 2017. «Big data e inteligencia artificial. una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales», *Dilemata* 24: 131-150. Acceso el 6 de marzo de 2019: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/oaiart?codigo=6066829>.
- Cotino, Lorenzo. 2019. «Ética en el diseño para el desarrollo de una inteligencia artificial, robótica y big data confiables y su utilidad desde el Derecho», *Revista Catalana de Dret Públic* 58: 29-48. doi.org/10.2436/rcdp.i58.2019.3303.
- Cotino, Lorenzo. 2023a. «Una regulación legal y de calidad para los análisis automatizados de datos o con inteligencia artificial. Los altos estándares que exigen el Tribunal Constitucional alemán y otros tribunales, que no se cumplen ni de lejos en España», *Revista General de Derecho Administrativo* 63: 1-22. Acceso el 22 de agosto de 2023: <https://www.uv.es/cotino/publicaciones/publicadoRGDACotin.pdf>
- Cotino, Lorenzo. 2023b. «Qué concreta transparencia e información de algoritmos e inteligencia artificial es la debida», *Revista Española de la Transparencia* 16: 17-63. doi.org/10.51915/ret.272
- Cotino, Lorenzo. 2023c. «Discriminación, sesgos e igualdad de la inteligencia artificial en el sector público». En *Inteligencia artificial y sector público: retos, límites y medios*, dirigido por Eduardo Gamero, 257-351. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Cueva, Javier. 2019. «El derecho a no ser gobernados mediante algoritmos secretos», *El Notario del siglo XXI* 87. Acceso el 17 de septiembre de 2020: <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-87/9636-el-derecho-a-no-ser-gobernados-mediante-algoritmos-secretos>
- Danesi, Cecilia C. 2022. «Inteligencia artificial y metaverso: el ordenamiento jurídico frente a los sesgos algorítmicos y los estereotipos de género en la realidad virtual». En *Los derechos humanos en la inteligencia artificial. Su integración en los ODS de la Agenda 2030*, dirigido por Elena García-Antón, 253-274, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Eguíluz, Josu A. 2020. «Desafíos y retos que plantean las decisiones automatizadas y los perfilados para los derechos fundamentales», *Estudios de Deusto* 68, n. 2: 325-367: doi.org/10.18543/ed-68(2)-2020pp3 25-367
- Esteban, Francisco J. 2022. «La inteligencia artificial, inteligencia emocional y derechos humanos: las enseñanzas del caso del genocidio uigur». *Los Derechos Humanos en la inteligencia artificial: su integración en los ODS de la Agenda 2030*, dirigido por Elena García-Antón, 381-398, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Febles, Gustavo. 2012. «Falsos negativos en mamografía», *Revista de Imagenología*, Época II - Vol. XVI, n. 2 / Junio 2013: 17-22. Acceso el 9 de abril de 2018: https://www.webcir.org/revistavirtual/articulos/diciembre13/uruguay/uru_espanol_a.pdf
- Ferrante, Enzo. 2021. «Inteligencia Artificial y sesgos algorítmicos ¿por qué deberían importarnos?», *Nueva Sociedad*, 294: 27-36. Acceso el 25 de mayo de 2022: <https://biblat.unam.mx/hevila/Nuevasociedad/2021/no294/3.pdf>
- García León, Alejandra G., Lima Sánchez, Dania Nimbe y Lucía Abascal. 2023. «Revisión sobre aspectos bioéticos en las decisiones de triaje en la unidad de cuidados intensivos durante la pandemia por Covid-19», *Revista de Bioética y Derecho* 57: 193-206: doi.org/10.1344/rbd2023.57.37282
- García-Antón, Elena y Francisco García Pascual. 2022. *Los derechos humanos en la inteligencia artificial: su integración en los ODS de la Agenda 2030*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Gutiérrez David, María Estrella. 2021. «Administraciones inteligentes y acceso al código fuente y los algoritmos públicos. Conjurando riesgos de cajas negras decisionales», *Derecom* 30: 143-228. Acceso el 6 de septiembre de 2022: <https://www.derecom.com/derecom/>
- Jiménez Schlegl, Pablo. 2021. «El aprendizaje en sistemas autónomos e inteligentes: visión general y sesgos de fuentes de datos», *Arbor* 197, n. 802: doi.org/10.3989/arbor.2021.802005
- López Flores, Luis M. 2022. «Colonialidad algorítmica: racialización y sexualización mecanizada en el capitalismo digital». *Teknokultura* 19, n. 2: 231-239. doi.org/10.5209/tekn.78681
- López Pinilla, Ana M^a. 2021. «Inteligencia Artificial en el proceso penal: análisis a la luz del Fiscal Watson». *Pensamiento Jurídico* 54: 147-164. Acceso 12 de octubre de 2022: <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/96091>

- Martín López, Jorge. 2022. «Inteligencia Artificial, sesgos y no discriminación en el ámbito de la inspección tributaria», *Crónica Tributaria* 182: 51-89. Doi.org/10.47092/CT.22.1.2.
- Morales, Gabriela. 2023. «Problemática antropológica detrás de la discriminación generada a partir de los algoritmos de la Inteligencia Artificial», *Medicina y ética* 34, n. 2: 429-455. Doi.org/10.36105/mye.2023v34n2.04.
- Roa, Marcela del Pilar, Jesús E. Sanabria y Katherin Dinás. 2022. «Uso del algoritmo compas en el proceso penal y los riesgos a los derechos humanos», *Revista Brasileira De Direito Processual Penal* 8, n. 1: 275-310. Doi.org/10.22197/rbdpp.v8i1.615
- Salas, Javier. 2019. «El algoritmo que discrimina a los pacientes negros sin conocer su raza», *El País*, 24 de octubre. Acceso el 24 de octubre de 2019: https://elpais.com/elpais/2019/10/24/ciencia/1571909798_596622.html
- Serrano, Fernando. 2021. *Inteligencia artificial y administración tributaria: eficiencia administrativa y defensa de los derechos de los contribuyentes*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Simón, Pere. 2021. *Justicia cautelar e inteligencia artificial: la alternativa a los atávicos heurísticos judiciales*. Barcelona: Bosch.
- Sued, Gabriela E. 2022. «Culturas algorítmicas: conceptos y métodos para su estudio social», *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales* 67, n. 246: 43-73. Doi.org/10.22201/fcpys.2448492xe.2022.246.78422.
- Valencia, Eduardo. 2018. *People analytics: analítica y datos para recursos humanos*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Van Est, Rinie and Joost Gerritsen. 2017. *Human rights in the robot age: Challenges arising from the use of robotics, artificial intelligence, and virtual and augmented reality*, The Hague: Rathenau Instituut. Acceso el 10 de julio de 2020: <https://www.rathenau.nl/sites/default/files/2018-02/Human%20Rights%20in%20the%20Robot%20Age-Rathenau%20Instituut-2017.pdf>

II

Book reviews

Críticas bibliográficas

Cea D'Ancona María Ángeles y Valles Martínez Miguel S., eds. 2020. *Discriminación múltiple. Medición y acciones antidiscriminatorias*. Madrid: Dextra Madrid. 224 p.

doi: <https://doi.org/10.18543/djhr.2911>

Fecha de publicación en línea: diciembre de 2023

De entrada, solo el título, *Discriminación múltiple. Medidas y acciones antidiscriminatorias*, resulta sorprendentemente estimulante porque sugiere un acercamiento serio y científico al tema de la discriminación múltiple y a la muy espinosa cuestión de su medición, como paso previo para la articulación y puesta en marcha de medidas correctoras que socaven las actitudes y las conductas discriminatorias. Que M^a Ángeles Cea D'Ancona y Miguel S. Vallés Martínez sean sus editores, además de autores de sendos capítulos, no deja de ser una garantía de calidad.

Los contenidos del libro, muy orientados a las acciones necesarias para avanzar en la igualdad de trato y no discriminación, se basan en el proyecto de investigación MEDIM II, *Medición de la discriminación múltiple II: de las percepciones y comportamientos sociales a las propuestas de medidas antidiscriminación e integración social*.

Está de moda hablar de la discriminación múltiple, aunque se haya avanzado poco en la estrategia de su operacionalización y medición. No es fácil porque la interacción mutua de factores o variables como el sexo, la edad, el origen, la religión, la orientación e identidad sexual, la diversidad funcional y la discapacidad, o la enfermedad mental pueden, y de hecho generan, situaciones de discriminación de distinta profundidad y gravedad en las personas que la sufren.

El libro aborda de manera muy seria, sistemática y clara este espinoso asunto y propone estrategias de intervención política que permiten luchar contra las discriminaciones múltiples que sufren ciertas personas y/o colectivos de personas y avanzar hacia una mayor igualdad de trato en nuestra sociedad.

Pero vayamos a lo importante del libro, que tiene mucho y bueno.

El primer capítulo, de María Angeles Cea D'Ancona, se titula *De la conceptualización y medición de la discriminación múltiple a la propuesta de políticas antidiscriminación*. Formulación ambiciosa, si se tiene en cuenta la crítica habitual a la academia de falta de concreción de la investigación universitaria para la práctica de quienes son responsables de la toma de decisiones sociales, económicas y políticas.

Este capítulo recorre el camino completo: desde la investigación aplicada para la medición de la discriminación, pasando por las experiencias y percepciones de esta, hasta llegar a proponer políticas y medidas concretas antidiscriminación.

Para empezar, necesitamos conceptualizar la discriminación múltiple en los ámbitos académicos y legislativos. Con esa finalidad, Cea aborda los distintos términos que se aplican a la discriminación por más de un motivo, se den simultáneamente o no en el tiempo: discriminación aditiva, cuando podemos separar los distintos componentes de la discriminación múltiple; discriminación compuesta cuando las distintas discriminaciones se ven afectadas por el tiempo, acumulando experiencias; discriminación interseccional, cuando la interacción entre los distintos tipos de discriminación no permiten ser separados porque operan e interactúan simultáneamente en el mismo momento; discriminación superpuesta, cuando los diferentes motivos de discriminación operan de manera independiente.

Hoy en día el concepto de discriminación interseccional es el dominante en la investigación académica, aún cuando en la práctica empírica se operacionalice más bien como discriminación aditiva, por la dificultad que implica el análisis de las interacciones mutuas de las distintas discriminaciones que pueden estar operando de manera simultánea. Sobre todo, en la investigación cuantitativa, porque en la cualitativa se pueden abordar mejor estas interrelaciones mutuas.

Cea se queda con el concepto y término de discriminación múltiple como aquella motivada por más de un componente, en cualquier situación o tiempo: género, raza u origen étnico, religión o creencia, discapacidad, edad u orientación sexual.

Para medir la discriminación múltiple, la autora destaca la metodología cuantitativa de investigación social basada en tres estrategias: el análisis de datos estadísticos, la aproximación experimental y la encuesta. Esta última, clave para conocer y medir la discriminación que se vive (experimenta) y se percibe.

La metodología cualitativa la propone como un complemento y suplemento de la cuantitativa, por su capacidad para proporcionar claves en la comprensión de la situación de vida de las personas que sufren situaciones de discriminación.

Para poder elaborar y poner en práctica políticas efectivas contra la discriminación, necesitamos conocer las experiencias y percepciones de discriminación múltiple de la población en general, y monitorizar su evolución en el tiempo. Es importante conocer las actitudes y creencias de la población hacia minorías susceptibles de sufrir situaciones de discriminación.

En un contexto donde cada vez es mayor la sensibilidad hacia las minorías, donde cada vez se denuncia más la discriminación, donde aumenta la consciencia sobre situaciones discriminatorias y donde cada vez la discriminación es más sutil, se hace necesario un marco legislativo e iniciativas eficaces para implementar políticas efectivas antidiscriminación.

Finalmente, la autora propone una batería de propuestas, fruto de sus investigaciones, para atajar la discriminación múltiple centradas en la población general, centros educativos, sector empresarial, acceso a la vivienda, cuerpos de seguridad, representación política, referentes sociales, trabajo en red, disposición de datos fiables, sensibilización, lucha contra los prejuicios, etc. con una clara orientación estratégica de formular acciones positivas, por ser las más eficaces.

En el segundo capítulo, Miguel S. Valles Martínez se embarca en un proceso de indagación sociológica para llevar a cabo la *Exploración del papel de las ONG de inmigrantes o pro-migrantes en el contexto institucional y discursivo anti-discriminación. Los casos latino, afro y LGTBI*.

Este esfuerzo conceptual parte de la necesidad de ampliar el foco en la exploración sobre el papel de las ONG vinculadas a la inmigración en España a los casos que desarrolla el autor en este capítulo, el latino, afro y LGTBI, más allá del marco que ofrece la participación como vocalías de las asociaciones de inmigrantes y de apoyo a migrantes en el Foro para la Integración Social de Inmigrantes.

En un primer momento, el empeño del autor se centra en dibujar el contexto institucional y discursivo antidiscriminación, con base en un análisis amplio y profundo de distintas organizaciones de inmigrantes, sobre todo, y de apoyo a inmigrantes, con y sin vocalías, para seguidamente indagar en los movimientos asociativos latinoamericano, Afro y LGTBI.

A lo largo de todo el meticuloso y riguroso proceso de indagación, muy orientado a la generación de conocimiento conceptual, vamos descubriendo el grado de presencia, tácita o expresa, de la noción de discriminación múltiple, como categoría conceptual central estudiada, en las asociaciones de inmigrantes y de organizaciones de apoyo a las personas migrantes. También destaca el autor en este proceso las medidas o acciones concretas que los distintos agentes proponen o han puesto en marcha para combatir la mencionada discriminación.

El tercer capítulo lo firma Cecilia Eseverri Mayer: *La lucha contra la islamofobia en París, Londres y Madrid. Un acercamiento al activismo musulmán en tres capitales europeas*. Y también resulta aleccionador, por lo completo y profundo de su planteamiento y análisis y por las recomendaciones con las que concluye.

El objetivo de la autora es analizar, describir y comparar las diversas posiciones y estrategias que se dan en el tercer sector musulmán de esas tres ciudades para identificar experiencias exitosas en la lucha contra la islamofobia, así como elementos que la obstaculizan.

La metodología de investigación social empleada es cualitativa, con el despliegue de una panoplia de técnicas como la observación participante, la entrevista biográfica y los grupos de discusión, dirigidas a una muestra estratégica de asociaciones musulmanas políticas, sociales y cívicas. Y el método de análisis es comparativo entre las distintas comunidades migrantes urbanas.

Después de un breve repaso histórico a cómo se ha construido la narrativa de la islamofobia o, mejor dicho, del racismo islamofóbico o del racismo musulmán en las tres ciudades, la autora nos describe las tipologías de las asociaciones musulmanas en Londres, París y Madrid, incidiendo en la generación migrante que sustenta cada tipo, su ideología política y religiosa y el modo de acción en su lucha contra la islamofobia: Londres, que se mueve entre la fragmentación, el poder del islam reivindicativo y un nuevo secularismo de corte inclusivo; París, con una tipología más variada que va desde el laicismo a una nueva identidad indígena y musulmana, pasando también por un feminismo inclusivo y un islam progresista; Madrid, con tipos menos desarrollados, va desde las asociaciones tradicionales de primera generación a un islam progresista e inclusivo.

Finalmente, Eserverri destaca la estrategia contraproducente de las instituciones en la medida que se apoyan en los perfiles de organizaciones más tradicionales y neoliberales, ceden a las pretensiones de las organizaciones más reivindicativas y centradas en la lucha más comunitaria y menos ciudadana, y desprecian equivocadamente a las organizaciones de mujeres musulmanas de corte inclusivo y progresista.

El cuarto capítulo, firmado por Álvaro Suárez Vergne, aborda la más olvidada problemática de la *Discriminación múltiple y trastornos mentales*. Muy interesante cuestión donde el estigma de las personas con trastornos mentales les hace especialmente susceptibles a ser tratados de forma discriminatoria.

El autor nos acerca a este fenómeno a partir de una estrategia metodológica de investigación social de corte cualitativa basada en un conjunto de entrevistas semiestructuradas y de grupos de discusión a una muestra discrecional y estratégica de informantes clave y personas expertas en la materia. Se echa en falta la voz de las personas con trastornos mentales, que el propio autor emplaza para próximas investigaciones.

Son de cuatro tipos la naturaleza de las potenciales discriminaciones que pueden sufrir las personas con trastornos mentales: pública, estructural, autoestigma y estigma anticipado, jugando un papel destacado como elemento desencadenante el proceso de estigmatización de la persona, y sin menospreciar las fuertes raíces de los estereotipos y actitudes prejuiciadas hacia las personas con trastornos mentales.

En el origen del proceso de estigmatización, la 'etiqueta' aparece vinculada a actitudes negativas hacia la persona con trastorno mental, compuesta en su parte cognitiva, de estereotipos como la peligrosidad e incapacidad, que generan emociones en su parte afectiva, tales como el miedo y el sentimiento de superioridad, y que pueden desencadenar comportamientos discriminatorios.

Estas prácticas discriminatorias se manifiestan claramente en el entorno cercano, con distancia social y paternalismo; en el laboral, dificultando su acceso; y en el sanitario, igualmente con el paternalismo. Y también tienen su expresión en conductas de evitación, ocultación y autodevaluación, situaciones reforzadas por el autoestigma y la discriminación anticipada.

En relación con la discriminación múltiple, destaca algunos perfiles especialmente susceptibles a sufrir situaciones de discriminación: las mujeres y los jóvenes, con algún trastorno del espectro de la esquizofrenia son los colectivos más perjudicados.

El autor, finalmente, enumera como positivas en la lucha contra la discriminación medidas como las estrategias de visibilización, la lucha contra el autoestigma y las prácticas de apoyo que realiza el movimiento asociativo. Pero también destaca la necesidad de dotar de más recursos a la atención sanitaria, mejorar cuestiones relacionadas con la legislación antidiscriminación y mejorar la disposición de datos e investigaciones.

En el capítulo cinco, Matilde Fernández-Cid Enríquez aborda en su capítulo *Discriminaciones Contables, exclusiones vivenciales: datos y relatos desde la discapacidad*, la interesante y espinosa cuestión de la generación de datos en el ámbito de las discapacidades.

El punto de partida no es alentador porque la autora pone encima de la mesa los cambios que el concepto de discapacidad ha sufrido en el tiempo, así como la forma de contabilizarla: la discapacidad como hecho social carece de una identificación conceptual estable que impide generar y disponer de datos transversales comparables entre distintos colectivos y segmentos y datos longitudinales que permitan la monitorización del objeto de estudio.

A pesar de estos obstáculos, la autora ayuda a la clarificación conceptual de la discapacidad ofreciendo definiciones claras y haciendo

un repaso al tratamiento de la discapacidad desde el esfera político-administrativa, en la UE y en España.

Y evidencia que también se han producido avances importantes en la generación de estadísticas específicas (y no específicas) sobre discapacidad, destacando el INE, el IMSERSO, la Fundación ONCE, como fuentes de información, y el Observatorio Estatal de la Discapacidad (OED), como instrumento técnico de la administración estatal.

Añade la autora una interesante reflexión sobre la categorización y el etiquetamiento de la discapacidad, la estigmatización, las representaciones sociales, los estereotipos y las actitudes prejuiciadas como antesala de la discriminación: 'prejuicio en acción'.

La ligazón de la discapacidad en las situaciones de discriminación con otras variables (renta, estudios, actividad económica, sexo, etc.) evidencia el carácter de discriminación múltiple en la que se involucra la discapacidad. En consecuencia, propone, como elemento clave en la lucha por la no discriminación, modificar el contexto social que convierte las diferencias y limitaciones en exclusión social.

El último capítulo, firmado por Beatriz C. Jiménez y M^a Milagros Mayoral se centra en los *Determinantes de salud en menores inmigrantes de la Comunidad de Madrid y vivencias de discriminación en la atención sanitaria*. Su objetivo es conocer si existen desigualdades entre la salud de las hijas e hijos de las personas inmigrantes y de las autóctonas, destacando las situaciones de discriminación vividas en la atención sanitaria que han recibido los padres y madres inmigrantes con menores.

Para ello han planteado una investigación con metodología mixta, cuantitativa, apoyada en fuentes secundarias, como la Encuesta Nacional de Salud de España del INE, y cualitativa, con la realización de entrevistas en profundidad a una muestra estratégica de personas expertas del ámbito sanitario, docentes y padres y madres de origen extranjero residentes en la Comunidad de Madrid.

Si los determinantes de salud de la población general descansan en factores personales, políticos y ambientales, pesando más estos últimos que los dos primeros, entre los hijos e hijas de personas inmigrantes de origen extranjero el factor ambiental tiene un protagonismo todavía mayor.

Las autoras, basándose en datos estadísticos, van desgranando las desigualdades en salud entre los dos colectivos estudiados: hijos e hijas de personas inmigrantes vs autóctonas. A destacar, con respecto a las primeras: menor uso de especialistas; mayores déficits en la comunicación con el personal sanitario; mayor incidencia en su

población infantil del VIH; mayor peso al nacer de sus bebés; mayor número de madres adolescentes; mejor alimentación y menor consumo de comida rápida; mayor práctica de ejercicio físico; mayor exposición a pantallas en su ocio; menor número de horas de sueño; menor control de los embarazos; menor respeto del seguimiento pediátrico; menor cumplimiento del calendario de vacunaciones; etc. Desigualdades que el tiempo de residencia en España va atenuando.

Sin embargo, los datos tienen la limitación de diferenciar entre personas de nacionalidad extranjera y española, obviando las nacionalizaciones y que muchos de los hijos e hijas de inmigrantes tienen nacionalidad española.

Paralelamente, se describen situaciones de discriminación vinculadas sobre todo a actitudes prejuiciadas hacia las personas de origen extranjero con narrativas tales como que las personas inmigrantes no entienden lo que se les dice, no tienen formación para entender las cosas, no valoran la salud, se quejan injustificadamente del trato y la atención dispensadas, se les trata con superioridad cultural, se les niega atención sanitaria (especialistas o pruebas diagnósticas) por estar en situación administrativa irregular, etc.

En resumidas cuentas, se trata de un libro recomendable de todas a todas porque proporciona un acercamiento certero y científico al problema social del análisis y medición de la discriminación múltiple en la investigación social, como paso previo para el diseño de política eficaces a favor de la igualdad de trato y no discriminación de todas las personas que comparten un espacio social y construyen su sociedad del presente y del futuro.

José A. Oleaga
Fundación Begirune

Crowley, Niall. 2022. *To name and address the underlying problem: Structural discrimination on the ground of racial or ethnic origin*, Brussels: European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, 110 p.

doi: <https://doi.org/10.18543/djhr.2912>

Fecha de publicación en línea: diciembre de 2023

Niall Crowley es un experto independiente en igualdad y derechos humanos que fue (desde su creación en 1999) durante diez años director ejecutivo de la Autoridad para la Igualdad en Irlanda, uno de los primeros organismos de este tipo en la Unión Europea (UE) con un mandato en todos los campos protegidos contra la discriminación¹. Crowley ha elaborado diversos informes para la Comisión Europea, la ECRI (Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia), o Equinet (la red de organismos nacionales para la igualdad en la UE).

Este libro de Crowley es un informe elaborado para la Comisión Europea a través de la Red europea de expertos legales en igualdad de género y no discriminación (*European network of legal experts in gender equality and nondiscrimination*). Esta red está formada por 36 expertos nacionales en igualdad de género (los 27 Estados miembros de la UE, más los que están en proceso de adhesión, además del Reino Unido) y otros 36 en no discriminación por todos otros campos protegidos por las directivas comunitarias (origen racial o étnico, discapacidad, orientación sexual, religión y edad). La red está coordinada por un equipo de *Human European Consultancy, Migration Policy Group* y la Universidad de Utrecht, y cuenta con un grupo de seis expertos senior para cada uno de los campos que se abordan y otros tres expertos sobre derechos humanos, seguridad social o sentencias judiciales en estos campos. La red publica dos informes anuales de los expertos nacionales sobre la situación de los desarrollos legales en sus respectivos países en aplicación de las directivas comunitarias en el campo del género, por una parte, y, por otra, de la no discriminación por los otros motivos. También se hacen públicos la mayor parte de los *flash reports* que los expertos nacionales envían a la Comisión Europea para informar sobre novedades legislativas, judiciales o políticas en estos campos en sus países. Además, se publica de modo periódico la

¹ En 2014 la Autoridad para la Igualdad se fusionó con la nueva Comisión Irlandesa de Derechos Humanos e Igualdad, Irish Human Rights and Equality Commission.

European equality law review. Todo ello accesible en la web de la Unión Europea (Dirección General de Justicia y Consumidores; Dirección D: Ciudadanía de la Unión e Igualdad) y en la web de las instituciones que coordinan la red.

Pero hay otra línea de publicaciones que la red lleva a cabo: son varios informes que cada año se encargan a expertos (de la red o de fuera de ella) sobre una problemática específica y de actualidad que la Comisión Europea y los responsables de la red han decidido. El proceso de elaboración de estos informes comienza con la preparación de un cuestionario sobre el objeto de estudio a cargo de la persona o grupo de expertos elegido que es enviado a los expertos nacionales de género y/o de no discriminación (dependiendo de cuál sea el contenido del informe) para que cumplimenten una ficha nacional. A partir de las respuestas obtenidas esa persona o grupo de expertos elabora el informe que, tras pasar por diversos filtros, se presenta a la Comisión Europea y luego se publica en forma de libro editado por la Dirección General de Justicia y Consumidores. El resultado de estos informes son textos que documentan muy bien la situación de la problemática abordada en Europa desde una perspectiva comparada.

En *To name and address the underlying problem: Structural discrimination on the ground of racial or ethnic origin*, hay que hacer notar que la problemática abordada, la “discriminación estructural”, no es un campo cubierto de modo específico por las directivas comunitarias. La Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su origen racial o étnico, se basa en derechos individuales y se centra en el nivel individual, sin ninguna referencia específica a la “discriminación estructural”. Sin embargo, como señala Crowley en su informe, algunas disposiciones de la directiva, en particular en relación con la discriminación indirecta pero también algunos aspectos de la discriminación directa, ofrecen posibles elementos para abordar la discriminación a nivel estructural. Pero hay que señalar que la capacidad de incidencia de la directiva para combatir la discriminación estructural es muy limitada.

El hecho de que no esté entre los objetivos de la Directiva 2000/43 combatir la “discriminación estructural” hace que el objeto de estudio de este informe sea en sí mismo algo sorprendente, si no fuera por la conveniencia de intentar utilizar los flecos de los dispositivos normativos comunitarios para intentar avanzar en la lucha contra todas las formas de discriminación, en este caso, por motivo de origen racial o étnico. Y si no fuera, sobre todo, porque la Comisión Europea misma ha identificado el “racismo estructural” como el “problema subyacente” en la

Comunicación (COM(2020)565 final) en la que puso en marcha *A Union of Equality: EU anti-racism action plan 2020-2025*, plan aprobado en plena ola de protestas contra el racismo sistémico en Estados Unidos tras el linchamiento de George Floyd. Crowley (2022, 101) hace notar una cuestión muy relevante y que probablemente esté en la base de la solicitud de elaborar este informe: “La Comisión Europea (...), al nombrar el racismo estructural como el problema subyacente, ha marcado un hito importante para la acción futura sobre la cuestión del racismo estructural, presentando un desafío clave que debe abordarse si se quiere combatir el racismo (...) Al denominar el racismo estructural de esta manera, el Plan de Acción Antirracismo de la UE asume importantes funciones simbólicas que van más allá de su valor práctico más inmediato”.

Tras la introducción, el informe examina primero el contexto marcado por las normas comunitarias (básicamente la Directiva 2000/43) e internacionales; y a continuación expone el resultado del análisis comparativo entre los Estados miembros en cuatro aspectos: la igualdad de trato por motivos de origen racial o étnico en las leyes, en las estrategias políticas (incluyendo la acción positiva y la interseccionalidad), la infraestructura institucional en cada país (incluyendo el organismo para la igualdad exigido por la Directiva 2000/43 y las plataformas de la sociedad civil organizada), y, finalmente, los casos que han llegado a los tribunales que pueden ser relevantes de alguna manera en la lucha contra la discriminación institucional. El informe termina, como es habitual en este tipo de documentos de la Red europea de expertos legales en igualdad de género y no discriminación, con unas conclusiones y propuestas a modo de recomendaciones.

El arranque mismo del informe muestra uno de los problemas (previos) que tiene que abordar como es la falta de claridad acerca del concepto “discriminación estructural” (falta de claridad que deriva, en parte, del Plan de Acción Antirracismo de la UE). De hecho comienza con un epígrafe titulado “Comprender la discriminación estructural” donde se dice que el racismo estructural se entiende mejor si se descompone en tres elementos diferentes: a) Histórico: la historia de la esclavitud, el colonialismo y la explotación, y la ideología justificativa que acompaña estos fenómenos. b) Societal: la cultura, los valores, las normas y el discurso dominantes a nivel social imbuidos de nociones de superioridad e inferioridad y caracterizado por la hostilidad en detrimento de determinados grupos étnicos. Y c) Institucional: las políticas, procedimientos, prácticas y percepciones dentro de las organizaciones o sistemas clave que sirven para excluir, obstaculizar o poner en desventaja a diversos grupos étnicos.

Es discutible que sea separable el elemento histórico como uno de los “elementos” de la discriminación estructural y que deba ser especificado aparte del societal y del institucional. Más bien se podría decir que el componente histórico forma parte de los procesos sociales que han llevado a la aparición del racismo y de la discriminación estructural. Los otros dos “elementos” (más bien había que definirlos como campos en los que el racismo o la discriminación institucional se manifiesta) sí que es relevante diferenciarlos, tanto desde el punto de vista analítico, como del normativo para la búsqueda de respuestas políticas a los mismos. Aunque las denominaciones hayan variado y diversos autores los califiquen de distinta manera, en el “institucional” había que incluir la discriminación que se produce en el marco de instituciones formales (comenzando por las administraciones públicas – en sentido amplio– en todos sus niveles), mientras que en el que Crowley llama “societal” (que algunos hemos llamado estructural en sentido estricto), habría que incluir la discriminación que se produce en los diversos campos de la estructura social (como el mercado de trabajo, el sistema educativo, el mercado de la vivienda, etc.). Ambos son estructurales (en sentido general) porque desbordan el papel de los agentes individuales y sus posibles actos discriminatorios. Contra los actos discriminatorios por razón de origen racial o étnico sí tenemos instrumentos jurídicos comunitarios y nacionales. No así contra la discriminación societal o institucional, y los instrumentos para actuar en estos dos campos son (y deben ser) distintos.

No es de extrañar que el informe haya encontrado pocos elementos para luchar contra la “discriminación estructural” en la implementación en la legislación nacional de los Estados miembros de la Directiva 2000/43 porque esta, como ya se ha dicho, se centra en la discriminación individual. Aunque ofrece algunos instrumentos que sí podrían ayudar a luchar contra la discriminación estructural. Son sobre todo las disposiciones relativas a la “discriminación indirecta”, la “acción positiva” y los “organismos de igualdad”. Estos organismos de igualdad son relevantes para luchar contra la “discriminación estructural” porque entre sus competencias está realizar encuestas e investigaciones, preparar informes y emitir recomendaciones, y en ellos se puede (y se debería) abordar la discriminación estructural; o cuando tienen competencia para llevar a cabo diversas formas de *actio popularis*. El papel que pueden jugar estos organismos de igualdad nacionales para combatir también la discriminación estructural ha sido puesto de relieve por el mismo Niall Crowley en dos informes para la red Equinet: uno de 2016 titulado *Making Europe more equal: A legal duty?*, y otro de 2021 titulado *Tackling institutional racism: Realising the potential of equality bodies*.

Es posible que a un jurista no le extrañe, pero a un sociólogo no puede dejar de extrañarle que en los trabajos sobre discriminación por origen racial o étnico apenas se mencione a los inmigrantes. Ciertamente la condición de “inmigrante”, o la de “extranjero”, o la “nacionalidad” son motivos formalmente diferentes de posible discriminación (como lo es el “origen nacional” o la religión). También es cierto que si la discriminación por origen racial o étnico tiene en Estados Unidos a los afroamericanos como sus principales (pero no únicas) víctimas, en Europa los gitanos (o roma) son tradicionalmente el principal (pero no el único) grupo racial o étnico víctima de discriminación, y por eso hay en la UE y en los Estados miembros planes específicos para luchar contra la discriminación que sufren los gitanos en distintos ámbitos de la vida social; una discriminación que sufren tanto en el plano estructural como en el individual. Pero hay que recordar que los inmigrantes de diversos orígenes constituyen, sin duda, el mayor conjunto de grupos distintos por origen racial o étnico. Y que muchos de ellos sufren notables y persistentes muestras de discriminación por origen racial o étnico, tanto a nivel individual como estructural: societal e institucional. Y, sin embargo, están formalmente ausentes de los argumentos cuando se habla de discriminación por origen racial o étnico.

Por eso es tan relevante una sentencia judicial francesa de 2019 y que, además, como pone de relieve Crowley, es una de las dos únicas donde la directiva 2000/43 sirve de apoyo argumental contra la discriminación estructural². Una decisión de 2019 del Tribunal Laboral de París (*Conseil de prud’hommes*), siguiendo una decisión del Defensor de los Derechos (el organismo de igualdad francés), encontró discriminación sistémica contra 25 trabajadores malienses indocumentados en un caso relacionado con las condiciones laborales degradantes a que estuvieron sometidos durante cuatro meses realizando trabajos de demolición en condiciones desprotegidas y peligrosas por un empresario de la construcción. El empresario y los intermediarios responsables que dirigían la obra habían sido denunciados por la inspección del trabajo ante una corte penal por un delito de simulación de trabajo y fueron condenados. Pero los trabajadores malienses entablaron una demanda separada ante el Tribunal Laboral de París contra la empresa constructora que se había declarado en bancarrota; los trabajadores reclamaban los salarios

² La otra en un caso de 2017 en Países Bajos, donde los tribunales reconocen la existencia de “discriminación institucional” en el caso de una familia gitana cuyo hijo es llevado a un hogar de acogida porque los padres carecían de un lugar de residencia fija.

atrasados e indemnizaciones por interrupción de contrato; pero además demandaron por daños y perjuicios por discriminación sistémica por motivos de origen y nacionalidad. Y presentaron la denuncia también ante el Defensor de los Derechos. Basándose en estudios sociológicos que analizaban la dinámica de la gestión de la mano de obra en la empresa, tanto el Defensor de los Derechos como el Tribunal Laboral de París concluyeron que la distribución del trabajo según el origen nacional, imponiendo el trabajo más difícil y degradante a los trabajadores malienses indocumentados, era el núcleo de la organización del trabajo, que el trato abusivo de los trabajadores indocumentados constituía discriminación, y que tales prácticas, basadas en la distribución racial del trabajo y la gestión racista en esa empresa de construcción, reflejaban una discriminación sistémica.

Pero, como Crowley (2022, 69) señala, “la discriminación estructural por motivos de origen racial o étnico apenas está empezando a aparecer en la agenda política a nivel de los Estados miembros”, y eso se está produciendo, sobre todo, como consecuencia del Plan de Acción Antirracista de la UE que ha supuesto un “estímulo específico para abordar el racismo estructural, y dentro de esa discriminación estructural por motivos de origen racial o étnico, impulsará mayores avances en este sentido. Sin embargo, este no es un concepto nuevo y se debe considerar que el progreso en su adopción es lento. Será importante mantener y aprovechar los avances logrados si se quiere abordar de manera adecuada y efectiva en toda la UE esta cuestión clave para la igualdad”. Crowley resalta que Países Bajos y Suecia ofrecen interesantes estudios de casos sobre como el surgimiento de esa preocupación política por abordar la discriminación estructural ha venido impulsada por determinados acontecimientos sociales y políticos. En Países Bajos, la cuestión de la discriminación estructural por motivos de origen racial o étnico se convirtió en un tema de debate público y político como resultado de las protestas contra el racismo tras el linchamiento de George Floyd en 2020 y el escándalo de las prestaciones de cuidado infantil de ese mismo año en Países Bajos, que incluyó acusaciones de discriminación racial o étnica por parte de la Agencia Tributaria holandesa (este escándalo ha estado presente en la campaña de las elecciones generales celebradas en noviembre de 2023 y en las que el partido más votado ha sido Partido por la Libertad (sic), la extrema derecha que lidera Geert Wilders).

En el caso sueco el impulso fue distinto. Vino producido por la publicación en 2005 por parte del Gobierno Sueco del informe, *The blue and yellow glass house: Structural discrimination in Sweden*. Allí se definía la discriminación estructural por motivos étnicos o religiosos

en términos de reglas, normas, rutinas, patrones de actitudes y comportamiento en las instituciones y otras estructuras sociales que presentan obstáculos a las minorías étnicas o religiosas para lograr los mismos derechos y oportunidades disponibles para la mayoría. Sus conclusiones enfatizaban la necesidad de que se adoptaran medidas proactivas para prevenir la discriminación y promover la igualdad. Crowley (2022, 70) apunta que una idea clave de este informe sueco fue que “el debate sobre la discriminación estructural debe plantearse sobre la variedad de medidas que pueden adoptarse, en lugar de tratar de determinar una solución general que lo abarque todo. La idea es que el derecho por sí solo no conduce al cambio, que la investigación por sí sola no conduce al cambio y que la movilización por sí sola no conduce al cambio; sin embargo, se puede avanzar mucho cuando existe una interacción entre el derecho, la investigación y la movilización, de manera que se puedan cuestionar las estructuras discriminatorias”.

Entre las numerosas propuestas que el informe hace en sus páginas finales se puede destacar la conveniencia de que la Comisión Europea genere y facilite el intercambio de buenas prácticas sobre la discriminación estructural por motivos de origen racial o étnico y las respuestas necesarias para abordar esta cuestión dentro de varios grupos de alto nivel que se han puesto en marcha para mejorar la lucha contra el racismo y la no discriminación, con el fin de generar aprendizaje de políticas e ir creando acuerdos sobre la definición de los distintos elementos del concepto de discriminación estructural por motivos de origen racial o étnico, e ir estableciendo un marco de los tipos de respuestas necesarias para abordar eficazmente la discriminación estructural por origen racial o étnico.

Mas allá de las recomendaciones recogidas en el informe convendría recordar otro aspecto que ya había señalado la European Network Against Racism en su publicación de 2019 titulada *Lessons for effective anti-racism policies: National Action Plans Against Racism*: “una estrategia integral para abordar el racismo no puede funcionar aislada de otras políticas gubernamentales que podrían ser relevantes para lograr sus objetivos (...) los planes nacionales contra el racismo deberían establecer los vínculos apropiados con otras agendas y departamentos gubernamentales, donde se pueda establecer un conexión. Las acciones transversales y específicas deben ir de la mano para ser lo más eficientes posible”.

Trabajos como este libro de Niall Crowley no son estudios académicos al uso pero tienen un doble componente que de los dota de gran interés para académicos, responsables políticos y activistas: por

una parte, su análisis institucional comparativo de la situación normativa e institucional en los Estados miembros, y de otra, su activismo no disimulado por la igualdad de trato por motivo de origen racial o étnico. El informe pone también de relieve la importancia de que haya planes de acción nacional contra el racismo y planes específicos por la igualdad de los gitanos, ambos respondiendo a requerimientos comunitarios. Porque hay vida en la lucha contra la discriminación (racial) más allá del Boletín Oficial del Estado. Y en esta línea, por contraste, en España se echa en falta, por ejemplo, la actualización de un proyecto político como el que había detrás del Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración (PECI) inicialmente para el período 2006-2010 y luego reformulado para 2011-2014, ambos con un importante capítulo sobre igualdad de trato.

Un avance fundamental para luchar contra la discriminación estructural sería hacer de las políticas de igualdad por origen racial o étnico (como se ha hecho con las políticas de igualdad por género) una parte integral de cualquier política que tenga un impacto sobre las desigualdades y la discriminación estructural y evaluarlas desde ese punto de vista a priori y a posteriori.

Lorenzo Cachón Rodríguez
Universidad Complutense de Madrid

Deusto Journal of Human Rights

Revista Deusto de Derechos Humanos