



Estudio comparado de las normas y de la legislación sobre discriminación racial/étnica, racismo y xenofobia en España, Francia, Túnez y Marruecos

RESUMEN



Financiado por
la Unión Europea

Socios:



AMMI HENSO
LESON FADWA JUB HANUO HEBLOS
FOOD A EFALLO XOFIE A EVOUSEH
BIMHE E TEBKO FODD YFISECH
© FEVOUSEH BAVHE E TEBKO I BOO.



المملكة المغربية
الوزارة المغربية للتعاون والتنمية
والتعاون الإفريقي والمغاربية العربيه
بالتعاون مع منظمة التعاون والتنمية
الاقتصادية

Republika e Marokut
Ministria e Punetive dhe Marrëveshjeve
dhe bashkëpunimit ndërkombëtar
me Ministrinë e Punëve të Jashtme
e Bashkimit Evropian dhe të Organizatës
në Evropë, Organizatës së Kombeve të Bashkuara
e Organizatës së Konferencës Evropiane për Siguri dhe Bashkëpunim



Edita: Proyecto “Convivir sin discriminación: un enfoque basado en los derechos humanos y la perspectiva de género”
<https://vivre-ensemble.ma/>

Síguenos en:



Autoría:

Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid.

Coordinación de textos:

M. Carmen Barranco Avilés - Directora del Instituto de Derechos Humanos “Gregorio Peces-Barba”. Universidad Carlos III de Madrid

Servicios editoriales: Cyan, Proyectos Editoriales, S.A.

Madrid, abril 2022.

ISBN: 978-84-09-41062-0

Se permite la reproducción total o parcial de este documento siempre y cuando se citen las fuentes, respetándose el contenido tal como está editado sin ningún tipo de tergiversación o cambio.

Esta publicación se ha realizado con el apoyo financiero de la Unión Europea. El contenido es responsabilidad exclusiva de las autoras y autores y no refleja necesariamente la opinión de la Unión Europea.

Esta versión en castellano es una traducción del original en francés. Hemos intentado ofrecer una traducción exacta, pero debido a los matices de la traducción a un idioma extranjero, pueden existir ligeras diferencias. En caso de discrepancia, prevalecerá el original en francés.

La información sobre las URLs y los enlaces a sitios web que figuran en la presente publicación se facilitan para comodidad del lector y son correctos en el momento de su publicación. No se asumirá ninguna responsabilidad por la exactitud permanente de esta información ni por el contenido de ningún sitio web externo.

Este informe ha sido elaborado por el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid en el marco de la asistencia técnica para la revisión de normas y recomendaciones de instituciones internacionales, regionales y de la Unión Europea en materia de lucha contra la discriminación hacia la población inmigrante, el racismo y la xenofobia, y para la realización de un estudio comparado entre la legislación de Marruecos y la de los tres países seleccionados, convocado por la FIIAPP bajo la referencia At/0010/19, para la ejecución del proyecto “Convivir sin discriminación: un enfoque basado en los derechos humanos y la dimensión de género”, realizado conjuntamente con la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID). El proyecto está financiado por la Unión Europea y cuenta con el apoyo técnico de la Secretaría de Estado de Migraciones del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones de España.

El equipo responsable de la redacción está compuesto por Javier Ansuátegui Roig, Rafael de Asís Roig, M. Carmen Barranco Avilés, Mohammed Larbi Benotmane, Diego Blázquez Martín, Patricia Cuenca Gómez, Javier Dorado Porras, Adil Moussebbih y Óscar Pérez de la Fuente, con el apoyo de Claudia Forte Díaz, Marta Gómez Martín e Inés Romero Parra.



Índice

ACRÓNIMOS	5
1. INTRODUCCIÓN	7
2. NORMAS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN HACIA LA POBLACIÓN MIGRANTE, EL RACISMO Y LA XENOFOBIA	8
3. MARCO CONSTITUCIONAL	14
4. MARCO LEGISLATIVO	16
5. ACCESO A LA JUSTICIA	23
6. POLÍTICAS PÚBLICAS Y MEDIDAS DE COORDINACIÓN	25
7. CONCLUSIONES	27
8. PISTAS DE REFLEXIÓN PARA EL FORTALECIMIENTO DEL MARCO LEGISLATIVO PARA PREVENIR Y LUCHAR CONTRA LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, EL RACISMO Y LA XENOFOBIA	32



ACRÓNIMOS

CCPR	Comité de Derechos Humanos
CDESC	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
CDN	Convención Internacional sobre los Derechos del Niño
CEDAW	Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Convención Europea de Derechos Humanos)
CEO	Consejo de Europa
CERD	Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIE	Centro de Internamiento de Extranjeros
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
CNCDH	Comisión Nacional Consultiva de Derechos Humanos (República Francesa)
CNDH	Consejo Nacional de Derechos Humanos (Reino de Marruecos)
CMW	Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y sus Familiares
CRMW	Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares
CDPD	Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
DILCRAH	Delegación Interministerial para la Lucha contra el Racismo, el Antisemitismo y el Odio (Francia)
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
ECRI	Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia
EPU	Examen periódico universal
EQUINET	Red Europea de Organismos de Igualdad



- ACNUDH** Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
- ICERD** Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial
- OEА** Organización de los Estados Americanos
- ODIHR** Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos (OSCE)
- OIM** Organización Internacional para las Migraciones
- OIT** Organización Internacional del Trabajo
- OSCE** Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa
- PIDCP** Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- PIDESC** Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- RGPH** Censo General de Población y Vivienda (Túnez)
- RINADH** Red de Instituciones Nacionales Africanas de Derechos Humanos
- TEDH** Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- TJUE** Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- UA** Unión Africana
- UNESCO** Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
- ACNUR** Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados



1. INTRODUCCIÓN

En este documento se intentan resumir los aspectos fundamentales del estudio comparativo de las normas y de la legislación en materia de discriminación racial/étnica, racismo y xenofobia en España, Francia, Túnez y Marruecos realizado en el marco del proyecto “Convivir sin discriminación: un enfoque basado en los derechos humanos y la dimensión de género”. La comparación tiene por objeto identificar instrumentos cuyo análisis proporcionará pistas de reflexión y recomendaciones en el marco de los trabajos en curso para fortalecer los sistemas nacionales en este campo, en particular el del Reino de Marruecos.

Como criterio de evaluación de las garantías contra la discriminación hacia la población migrante, el racismo y la xenofobia que se han implantado en los cuatro Estados, se ha utilizado la norma internacional, que se ha elaborado partiendo de los resultados del informe de análisis de normas y recomendaciones de las organizaciones internacionales, regionales y de la Unión Europea en materia de lucha contra la discriminación de la población migrante, el racismo y la xenofobia, que también es producto del proyecto “Convivir sin discriminación”.

En cuanto a la estructura, tras el apartado en el que se destacan las claves para entender la norma internacional, se ha optado por presentar las disposiciones penales, dada la importancia en el panorama internacional de la lucha contra la discriminación a través del derecho penal.

Cabe recordar que, en el derecho internacional, las garantías más avanzadas contra la discriminación de la población migrante, el racismo y la xenofobia son las que se incluyen en el ámbito de la lucha contra la discriminación racial. La Unión Europea no es una excepción y, a este nivel, se han desarrollado garantías importantes y vinculantes para los Estados miembros, especialmente en el ámbito laboral. Por ello, en este estudio se ha dedicado un apartado específico a la regulación del derecho laboral en los cuatro países. Además del derecho penal y la legislación laboral, puede ser interesante analizar los mecanismos de lucha contra la discriminación existentes en otros ámbitos jurídicos. Para facilitar la presentación, en este informe, el análisis de estos mecanismos se ha agrupado en un solo apartado.

A lo largo de la investigación se ha constatado que la efectividad de las salvaguardas contra la discriminación requiere de intervenciones que faciliten el acceso de las víctimas a la justicia. Debido a la importancia de este aspecto, se dedica un punto a su presentación.

A continuación, y dado que la experiencia comparativa demuestra que las reformas legislativas no son suficientes si no van acompañadas de políticas públicas coordinadas, se presentarán los planes y estrategias desarrollados en este ámbito en los Estados estudiados.

Por último, en este resumen del estudio comparativo se han incluido conclusiones y pistas para fortalecer el marco normativo del estudio comparativo.



2. NORMAS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN HACIA LA POBLACIÓN MIGRANTE, EL RACISMO Y LA XENOFOBIA

La prohibición de la discriminación constituye un elemento fundamental del sistema universal de protección de los derechos humanos, además de ser presentado como objetivo en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (objetivo 10. 2)¹.

Aunque la protección que ofrecen los distintos tratados varía, el derecho internacional de los derechos humanos considera que la *discriminación* es “cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia o cualquier otro trato diferenciado basado directa o indirectamente en motivos prohibidos de discriminación, y cuyo objeto o efecto sea anular o menoscabar el reconocimiento, disfrute o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos enunciados”². En la norma del derecho internacional de los derechos humanos, la incitación a la discriminación y el acoso se incluyen en el concepto de discriminación³.

La discriminación puede ser directa o indirecta. La *discriminación directa* implica un trato menos favorable o actos u omisiones que causan un perjuicio cuando se basan en uno de los motivos de discriminación prohibidos (el llamado trato diferenciado). La *discriminación indirecta* se utiliza para referirse a la desventaja desproporcionada de ciertos grupos en relación con normas o prácticas aparentemente neutrales (el llamado “impacto diferencial”). La intención de discriminar no se requiere en ningún caso para que exista discriminación al amparo del derecho internacional.

Una diferenciación no constituye un ataque a la igualdad cuando se basa en criterios razonables y objetivos y si el fin que se persigue es legítimo, pero debe estar justificada, y la justificación debe ser más estricta cuando se trata de una de las causas prohibidas. Si un trato diferenciado menos favorable o un impacto diferencial y desventajoso para los grupos protegidos no está justificado por la necesidad de lograr un objetivo legítimo y proporcionado, hay discriminación.

Otro concepto de discriminación que merece nuestra atención es el de *discriminación sistemática*. Se entiende como “un conjunto de normas jurídicas, políticas, prácticas o actitudes culturales predominantes en el sector público o en el sector privado que generan desventajas para determinados grupos y privilegios para otros grupos”, y existe en situaciones donde la discriminación está “fuertemente arraigada en el comportamiento y la organización de la sociedad”⁴. También se conoce como *discriminación estructural*. De hecho, la discriminación estructural no siempre se traduce en conductas discriminatorias que se corresponden con conceptos jurídicos, sino que su existencia justifica las desventajas de

1 Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución de 25 de septiembre de 2015, *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible* (A/RES/70/1). Disponible en: https://unctad.org/meetings/fr/SessionalDocuments/ares70d1_fr.pdf

2 CCPR, Observación General n.º 18 (1989), No Discriminación, párr. 7. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1404.pdf>

3 CDESC, Observación General n.º 20 (2009) sobre la no discriminación en el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (E/C.12/GC/20), párr. 7. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f20&Yang=en

4 CESCR, Observación General n.º 20, cit., párr. 12.



determinados grupos sociales y puede ser difícil de identificar. Cuando un grupo es objeto de discriminación estructural, se presume que el trato diferenciado o el impacto desventajoso están justificados y se elude el control.

Para compensar la discriminación arraigada en la estructura social, los Estados están facultados para adoptar “medidas a favor de los grupos desfavorecidos, encaminadas a atenuar o eliminar las condiciones que dan lugar o contribuyen a perpetuar la discriminación prohibida”⁵. Estas *medidas especiales* no constituirán discriminación si se basan en criterios razonables y objetivos y si el fin que se persigue es legítimo.

Por otro lado, se debe tener en cuenta que la población migrante no constituye un bloque homogéneo, por lo que para que el sistema de protección contra la discriminación no sea excluyente, es necesario considerar las situaciones en las que las personas pueden ser víctimas de discriminación múltiple y, lo que resulta aún más complicado, de discriminación interseccional. La *discriminación múltiple* se refiere a situaciones en las que una persona padece discriminación por dos o más motivos⁶. En ocasiones, estos motivos interactúan de tal manera que son inseparables; en estas situaciones se da lo que se denomina *discriminación interseccional*, que resulta especialmente difícil de encuadrar en los conceptos de discriminación legalmente establecidos, que normalmente contemplan un solo motivo de discriminación. Aunque el concepto de *discriminación interseccional* no siempre se ha incluido en la lucha contra la discriminación hacia la población migrante, el racismo y la xenofobia, es una herramienta de análisis especialmente interesante para visualizar los desequilibrios de poder entre los miembros del grupo y, en particular, los relacionados con el género.

La *discriminación racial*, junto con la discriminación por razón de sexo, es uno de los aspectos más preocupantes del derecho internacional; la prohibición de la discriminación racial puede entenderse incluso como una norma del derecho internacional consuetudinario y, por tanto, del *ius cogens* internacional.

Distintos instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos intervienen en la determinación de las garantías contra la discriminación hacia la población migrante, el racismo y la xenofobia. De todos ellos, la referencia a la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación Racial (ICERD) es ineludible. La Declaración de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia de 2001 y el programa de acción que la acompaña (Declaración y Programa de Acción de Durban) constituyen una referencia fundamental, ya que el CERD ha introducido estos instrumentos desde 2002 como criterios para interpretar las obligaciones de los Estados parte (es el caso de España, Francia, Túnez y Marruecos). Por este motivo, aunque los párrafos 2 y 3 del artículo 1 podrían interpretarse como una exclusión del alcance de la ICERD de las distinciones por nacionalidad, el CERD insiste en que las exclusiones contenidas en los párrafos 2 y 3 del artículo 1 no pueden interpretarse como una excepción a la prohibición de discriminación de la Declaración Universal y de los dos Pactos, de modo que “la aplicación de un trato diferente basado en la ciudadanía o la inmigración constituye una discriminación si los criterios de diferenciación, juzgados a la luz de los objetivos y propósitos de la Convención, no persiguen un objetivo legítimo y no son proporcionales a la consecución de dicho objetivo”⁷. Ante esta interpretación, el CERD recomienda a los Estados una serie de medidas generales entre las que se encuentran la revisión de su legislación a fin de detectar posibles

5 CCPR, Observación General n.º 18, cit., párr. 10.

6 CEDAW, Recomendación General n.º 25 (2004) sobre medidas especiales de carácter temporal, párr. 12 (CEDAW/C/GC/25). Disponible en: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT/CEDAW/GEC/3733&Lang=

7 CERD, Recomendación General n.º 30 (2005) sobre la discriminación contra los no ciudadanos, párr. 4. Disponible en: https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CERD/00_3_obs_grales_CERD.html#GEN30



discriminaciones hacia la población no ciudadana; prestar atención al problema de la discriminación múltiple a la que se enfrentan estas personas y “abstenerse de aplicar reglas de trato diferentes a las mujeres no ciudadanas que son cónyuges de ciudadanos y a los varones no ciudadanos que son cónyuges de ciudadanas”⁸.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial también recomienda tomar medidas contra la discriminación en *el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales*, en lo que respecta a la *expulsión de personas no ciudadanas*, en la Administración de justicia (incluyendo *la inclusión de circunstancias agravantes por motivos o fines racistas*), el *acceso a la ciudadanía* y la *protección contra la incitación verbal al odio y a la violencia racial* (incluidas medidas para combatir los ataques y los estereotipos contra la población no ciudadana por parte de “políticos, funcionarios, educadores y medios de comunicación, en internet y otras redes de comunicación electrónica y en la sociedad en general”)⁹.

En concreto, *la lucha contra la discriminación racial en la Administración y el funcionamiento de la justicia penal* es objeto de la Recomendación General n.º 31; en este texto, entre otras cosas, se recomienda a los Estados que tomen medidas para “impedir los interrogatorios, las detenciones y los cacheos basados de facto exclusivamente en el aspecto físico del individuo, su color, sus rasgos faciales, su pertenencia a un grupo racial o étnico, o cualquier otra categorización que pueda hacerle particularmente sospechoso”¹⁰. Estas prácticas que el Comité pretende combatir se denominan *controles o identificaciones policiales por perfil étnico o racial*.

La lucha contra la discriminación racial, de acuerdo con las normas internacionales, debe llevarse a cabo también a través del derecho penal (se habla de *delitos de odio*). Tal es el caso de la inclusión de circunstancias agravantes, delitos agravados si se cometen por discriminación y discurso de odio¹¹, pero también se deben activar herramientas de prevención. Los Estados deben “tomar medidas inmediatas y eficaces, especialmente en las esferas de la enseñanza, la educación, la cultura y la información, para combatir los prejuicios que conduzcan a la discriminación racial y para promover la comprensión, la tolerancia y la amistad entre las naciones y los diversos grupos raciales o étnicos” (art. 7, ICERD).

La Declaración de Durban hace hincapié en el riesgo de discriminación racial para las personas migrantes, refugiadas y solicitantes de asilo. Sin embargo, a menudo se diferencian los regímenes de protección contra la discriminación racial y las normas relativas a las personas no ciudadanas. Además, algunas de las discriminaciones que sufren los migrantes no constituyen aún discriminación basada en el origen racial o étnico en el marco de la ICERD. Por ello, es necesario tener en cuenta las garantías contra la discriminación contenidas en las normas sobre protección internacional y sobre las personas trabajadoras migrantes.

El *Estatuto del Refugiado* se rige por la Convención de 1951 y por el Protocolo de 1967, a los que se han adherido los cuatro Estados analizados. La Convención define como refugiado a toda persona que haya obtenido este estatuto de conformidad con las normas internacionales y que tenga “fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos

8 CERD, Recomendación General n.º 30, cit., párr. 8,

9 CERD, Recomendación General n.º 30, cit., párr. 12.

10 CERD, Recomendación General n.º 31 (2005), La Discriminación racial en la Administración y el Funcionamiento de la Justicia penal. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8463.pdf>

11 Artículo 4(b) ICERD, Recomendación General n.º 29 (2002) del CERD sobre la discriminación basada en la ascendencia. Disponible en: https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CERD/00_3_obs_grales_CERD.html#GEN29



temores, no quiera acogerse a la protección de tal país” (art. 1). Así, la Convención prohíbe la expulsión o devolución forzosa de todas las personas refugiadas o solicitantes de asilo al amparo del principio de no devolución.

En cuanto a las personas trabajadoras migrantes, el instrumento que ofrece mayor protección es la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares, a la que Marruecos se ha adherido, pero que no ha sido ratificada por España, Francia o Túnez. También hay varios convenios pertinentes de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). El Convenio N.º 111 (1958) sobre la discriminación (empleo y ocupación) incluye los motivos de “raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social” y está vigente en los cuatro países¹². También han ratificado el Convenio n.º 100 (1951) sobre igualdad de remuneración, en relación con las trabajadoras y los trabajadores. Sin embargo, *Túnez no ha ratificado el Convenio n.º 97 (1949) sobre los trabajadores migrantes (entró en vigor para Marruecos el 14 de junio de 2020) y ninguno de los cuatro países estudiados ha ratificado el Convenio n.º 143 (1975) sobre las personas trabajadoras migrantes (disposiciones complementarias).*

La deficiente respuesta de la comunidad internacional a los actuales desplazamientos masivos de población llevó a la Reunión de Alto Nivel sobre Refugiados y Migrantes que adoptó por unanimidad la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes (AG/RES/71/1/). La Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, aun sin ser jurídicamente vinculante, constituye un hito importante en este tema en cuanto a que expresa una voluntad política a favor de la protección de las personas desplazadas y de apoyo a las comunidades de acogida. Estos compromisos llevaron a la adopción, en la Conferencia Intergubernamental de Marrakech, del Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular¹³ y el Pacto Mundial sobre los Refugiados, que fue aprobado el 17 de diciembre de 2018 mediante la resolución 73/151 de la Asamblea General¹⁴. La necesidad de tratar por separado la respuesta a la migración y la respuesta a las situaciones de refugio se ha justificado por el hecho de que el consenso sobre un marco común desde el que abordar las cuestiones de asilo y refugio es superior al relativo a la migración segura, ordenada y regular. Los objetivos del Pacto que son relevantes para eliminar la discriminación hacia la población migrante son: facilitar la *contratación justa* y ética y salvaguardar *condiciones de trabajo dignas*, utilizar la detención de las personas migrantes solo como último recurso y buscar soluciones alternativas, ofrecer a las personas migrantes *acceso a servicios básicos*, empoderar a las personas migrantes y a las sociedades para *lograr la plena inclusión y cohesión social*.

Las personas que pueden ser víctimas de discriminación hacia la población migrante, el racismo y la xenofobia también pueden pertenecer a otros grupos desfavorecidos y, por lo tanto, pueden sufrir formas múltiples y agravadas de discriminación, muchas veces difíciles de detectar. Entre las personas migrantes hay mujeres, niñas y niños, personas con discapacidad...; sin embargo, cuando se recopilan datos sobre migración, no siempre se reflejan estas dimensiones y las salvaguardas contra la discriminación no siempre tienen en cuenta la diversidad de las personas migrantes.

Con frecuencia, este es el caso de *las mujeres migrantes*, de quienes CEDAW y CERD destacan que sufren más que los hombres la discriminación racial y que son víctimas de *violencia sexual* (especialmente en situaciones de privación de libertad), *esterilizaciones forzadas*, abuso como *trabajadoras domésticas* y la peor situación laboral de entre estas mismas trabajadoras.

12 https://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312256

13 <https://undocs.org/fr/A/CONF.231/3>

14 <https://undocs.org/fr/A/RES/73/151>



En cuanto a la situación de las trabajadoras domésticas, recordamos que el Convenio n.º 189 de la OIT sobre las trabajadoras domésticas establece que “el trabajo doméstico sigue siendo infravalorado e invisible y que lo realizan principalmente las mujeres y las niñas, muchas de las cuales son migrantes o forman parte de comunidades desfavorecidas, y son particularmente vulnerables a la discriminación con respecto a las condiciones de empleo y de trabajo, así como a otros abusos de los derechos humanos” (Preámbulo). Desgraciadamente, este convenio no ha sido ratificado por ninguno de los cuatro países estudiados.

El derecho internacional de los derechos humanos también exige que se tenga en cuenta la situación de *las niñas y los niños y de las personas adolescentes migrantes*, así como la de *las personas con discapacidad y las minorías sexuales*. También es fundamental recordar que la discriminación hacia la población migrante, el racismo y la xenofobia van muy a menudo de la mano de la *discriminación basada en la religión o las creencias*.

Dentro del marco amplio e indeterminado del derecho internacional de los derechos humanos, los sistemas regionales y la Unión Europea ofrecen ejemplos más concretos de algunas de las garantías requeridas. A este nivel y, en particular, en lo que se refiere al “derecho europeo contra la discriminación” (Consejo de Europa y Unión Europea), donde la discriminación racial tiene un lugar destacado, conviene destacar cuatro aspectos: el desarrollo progresivo del *enfoque interseccional*, el interés por las *herramientas del derecho penal*, el desarrollo de garantías de acceso a la justicia y el uso de otras herramientas más allá del derecho en la lucha contra los estereotipos y los prejuicios.

Ya se ha mencionado la recomendación de adoptar un enfoque interseccional sobre la discriminación hacia la población migrante, el racismo y la xenofobia como parte de la norma internacional. Asimismo, también se ha introducido en el sistema de protección universal la obligación de los Estados de *tipificar como delito determinadas conductas discriminatorias por razón de raza*, determinadas manifestaciones del discurso de odio e incluir *delitos agravados y circunstancias agravantes por discriminación*¹⁵. La presentación de otros aspectos (acceso a la justicia y uso de instrumentos no jurídicos) desde los sistemas regionales y del derecho de la Unión Europea puede ser útil para establecer modelos de garantías contra la discriminación hacia la población migrante, el racismo y la xenofobia en el contexto del derecho internacional.

Una parte importante de los esfuerzos realizados en los sistemas regionales, en particular en el Consejo de Europa y en la Unión Europea, apunta a establecer *garantías de acceso a la justicia* en caso de discriminación racial. En este escenario, corresponde a los Estados hacer efectivas las obligaciones derivadas de los derechos humanos (respetar, proteger y establecer) y, por tanto, además de exigir garantías de no discriminación por parte de los poderes públicos, se proponen mecanismos para fortalecer la protección contra la discriminación en las relaciones entre particulares.

¹⁵ La concreción de estas medidas por parte de la Unión Europea se puede observar en la Decisión Marco del Consejo 2008/913/JAI, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones del racismo y la xenofobia mediante el derecho penal. Diario Oficial de la Unión Europea, 6 de diciembre de 2008. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:I33178&from=FR>



Por un lado, es importante desarrollar *mecanismos para compartir la carga de la prueba*¹⁶. En la mayoría de los casos, es difícil probar que ha habido discriminación porque las pruebas están a disposición de la parte demandada. Por ello, algunos instrumentos prevén que para que la demanda sea admitida, la parte demandante debe demostrar únicamente indicios suficientes de discriminación.

Una vez aceptado el asunto por el tribunal, para “desmontar” la presunción que justificó la admisión de la causa, corresponde a la parte demandada demostrar que no hubo trato o impacto diferenciado o que la diferencia está justificada. Ante los tribunales internacionales y los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, el demandado es el Estado y, en ocasiones, las pruebas para construir la presunción de la que depende la admisión de la causa pueden ser aportadas mediante la intervención de otras personas distintas de la persona presuntamente discriminada.

Si bien este mecanismo resulta difícil de trasladar al ámbito penal, es interesante en materia laboral y también puede serlo en relación con la denegación de acceso a bienes y servicios en el orden civil y comercial. Precisamente en estos ámbitos, la *tipificación de infracciones y sanciones administrativas* que afectan también a la actuación de la propia Administración es una herramienta interesante.

Como garantía complementaria del proceso judicial, en los sistemas internacionales se propone crear órganos para la igualdad y no discriminación con competencias para investigar e incluso determinar la comisión de un delito y aplicar la sanción correspondiente.

Asimismo, en el marco de los sistemas regionales y de la Unión Europea, se hace un llamamiento para activar a los medios de comunicación y al sector de la educación, tanto informal como formal, para derribar los estereotipos que subyacen a la discriminación sistemática e institucional hacia la población migrante, el racismo y la xenofobia.

Por último, en el apartado de mecanismos que no son específicamente jurídicos, se presenta como un recurso importante el desarrollo de planes y estrategias para coordinar acciones, establecer objetivos y medir los resultados.

Hasta ahora, se han presentado de manera general las normas internacionales para la protección de la población migrante contra la discriminación, el racismo y la xenofobia. A continuación, se presenta la situación de España, Francia, Túnez y Marruecos en relación con estas normas.

¹⁶ En la Unión Europea, esta garantía fue introducida con 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. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 29 de junio de 2000. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0043&from=fr> (es también objeto de la Unión Europea). Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 20 de enero de 1998. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997L0080&from=ES>. En los sistemas regionales está presente, entre otros, en TEDH, *Case of B.S. c. Spain*, disponible en: <https://www.derechoshumanos.net/jurisprudencia/TEDH/Sentencia-Asunto-BS-Vs-Spain-MalosTratos-Racismo.htm>, y en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012), *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_esp.pdf



3. MARCO CONSTITUCIONAL

La proclamación del principio de igualdad y la prohibición de la discriminación están incluidas en las constituciones de España, Francia, Túnez y Marruecos, pero la definición de los actos de discriminación y los criterios de discriminación prohibidos de acuerdo con las normas internacionales no han recibido la misma consideración en los cuatro Estados.

Aunque la historia del reconocimiento constitucional de los derechos presenta particularidades que hacen que el instrumento para combatir la discriminación en Francia sea la ley, en el artículo 2.1 de la Constitución de 1958 se afirma “la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos sin distinción de origen, raza o religión”, además de incorporar la Declaración de 1789 y el Preámbulo de la Constitución de 1946. Cabe añadir también que la concepción republicana francesa de la igualdad no encaja bien con la consideración de situaciones particulares de grupos con identidades diversas, lo que, en ocasiones, dificulta la igualdad material. Por el contrario, el desarrollo legislativo del principio constitucional de igualdad busca garantizar la protección igualitaria de los derechos de cada persona independientemente de sus particularidades culturales.

En el caso de la Constitución Española de 1978, en el artículo 14 se introduce el principio de igualdad y la prohibición de discriminación: “Los españoles son iguales ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. En el artículo 9.2 se establece el compromiso del Estado con la igualdad material al afirmar “que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas”. En cuanto a los derechos de las personas extranjeras, en el artículo 13 se afirma que “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas... en los términos que establezcan los tratados y la ley”; aunque este artículo parece desconstitucionalizar los derechos de las personas no nacionales, la sentencia del Tribunal Constitucional 115/1987 interpretó el texto para indicar que los derechos derivados de la dignidad humana pertenecen a las personas extranjeras en igualdad de condiciones con las personas nacionales, que su regulación no puede corresponder solo a la ley y que están garantizados por la Constitución. Se trata de una interpretación acorde con la norma internacional, así como la sentencia del Tribunal Constitucional 236/2007 que declaró inconstitucionales los artículos de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros que, tras la reforma por la Ley Orgánica 8/2000, privaban a las personas migrantes en situación irregular de los derechos de reunión, asociación y educación no obligatoria, justicia gratuita y libertad de asociación.

Túnez está obligado por la norma internacional, pero la Constitución tunecina de 2014 no menciona a las personas extranjeras en la proclamación del principio de igualdad ante la ley referido a las ciudadanas y ciudadanos que “son iguales ante la ley sin discriminación” (art. 21), personas con discapacidad (art. 48) y la protección sin discriminación de la infancia atendiendo al interés superior de las personas menores de edad (art. 47). En consecuencia, los derechos de las personas migrantes en Túnez dependen de acuerdos bilaterales. Los convenios bilaterales celebrados por Túnez con los países del Magreb conceden, en general, a las personas procedentes de los países magrebíes los mismos derechos que disfrutaban las personas de nacionalidad tunecina: derecho a la propiedad de bienes muebles e inmuebles, igualdad de trato con las personas nacionales en materia de expropiación, igualdad de trato con las personas nacionales, igualdad de trato con las personas nacionales en cuanto al derecho de acceso a la justicia y a un juicio justo.



En el preámbulo de la Constitución marroquí de 2011, el Reino de Marruecos se compromete a «destruir y combatir toda discriminación contra cualquier persona, por razón de sexo, color, creencias, cultura, origen social o regional, idioma, discapacidad o cualquier circunstancia personal». En Marruecos, «los extranjeros disfrutan de las libertades fundamentales reconocidas a los ciudadanos marroquíes, de conformidad con la ley», según el artículo 30 de la Constitución de 2011, que también establece que los extranjeros residentes en Marruecos «pueden participar en las elecciones locales en virtud de la ley, de la aplicación de convenios internacionales, o de la práctica de la reciprocidad», y la nacionalidad y condición de las personas extranjeras están dentro del dominio de la ley (Art. 71). A pesar del tenor literal de estas normas, la incidencia del derecho internacional debe llevarnos a entender que las diferencias entre personas nacionales y extranjeras en la regulación del ejercicio de los derechos constituirán discriminación *a menos que estén justificadas por la necesidad de lograr un objetivo legítimo y que sean proporcionadas*. Cabe hacer una mención especial al artículo 23, que considera “prohibida toda incitación al racismo, al odio y a la violencia”.

Así, a pesar de que Francia y España prohíben la discriminación por razón de la nacionalidad, en los cuatro Estados existe la tentación de desconstitucionalizar el reconocimiento de los derechos de las personas no nacionales, lo que sería incompatible con el derecho internacional de los derechos humanos, como ya lo han puesto de manifiesto las instituciones nacionales de defensa de los derechos humanos como el Tribunal Constitucional español y el Defensor de los Derechos en Francia.

Marruecos y Túnez no prohíben expresamente la discriminación por nacionalidad y el texto de la constitución tunecina no menciona la prohibición de la discriminación racial, pero ambos han ratificado la ICERD. Asimismo, la cláusula sobre el reconocimiento de los derechos de las personas extranjeras en Marruecos debe interpretarse como una cláusula de igualdad de derechos, porque la ley solo puede introducir diferencias justificadas, adecuadas y proporcionadas.



4. MARCO LEGISLATIVO

El análisis de las garantías contra la discriminación establecidas a nivel legislativo es fundamental para comprender el marco de protección. En general, la protección contra la discriminación por razón de nacionalidad es débil, como se ve en el derecho internacional de los derechos humanos. Además, se ha indicado que, de los cuatro Estados, solo Marruecos ha ratificado el CRMW; Túnez no ha ratificado el Convenio n.º 97 de la OIT y ninguno de los cuatro ha ratificado el Convenio n.º 143. A pesar de ello, la población migrante está protegida contra la discriminación a través de las medidas contra la discriminación racial que se han implementado en los cuatro sistemas.

Por otro lado, Francia y España, en particular, están vinculadas por la legislación de la Unión Europea. En el marco de la Unión, los ciudadanos de los Estados miembros están protegidos contra la discriminación por razón de nacionalidad. La población migrante en situación regular cuenta con mecanismos más elaborados para proteger sus derechos en condiciones de igualdad en el ámbito laboral. Este no es el caso de la población migrante en situación irregular, para la que no se han desarrollado salvaguardias efectivas contra la discriminación. Sin embargo, la Unión Europea ha establecido un sistema sólido de garantías jurídicas contra la discriminación por razones de origen racial o étnico, que ha sido trasladado a los Estados miembros y del que se beneficia la población migrante.

España y Francia han tenido que transponer en sus respectivos ordenamientos los instrumentos en materia de discriminación de la Unión Europea, en particular 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, la Directiva del Consejo 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, la Decisión Marco del Consejo 2008/913/JAI, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal, y la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo. Existen, por tanto, múltiples coincidencias en el ámbito de aplicación de estas normas (bienes y servicios en relación con la discriminación racial o étnica, empleo, intervención penal y protección de las víctimas de delitos). En los campos considerados por la Unión Europea, los conceptos de discriminación directa, indirecta y acoso se consideran discriminación. El desarrollo varía fuera de las áreas y criterios no previstos por la legislación europea por lo que el nivel de salvaguardias contra la discriminación depende del contexto y del criterio.

En cuanto a las particularidades, cabe señalar que además de la prohibición de la discriminación por razón del origen racial o étnico, Francia cuenta con una larga lista de criterios introducidos en el ámbito civil, social y penal a través de los cuales la población migrante puede ser protegida contra la discriminación. Es importante tener en cuenta que en el derecho francés se evita el concepto de raza y que a menudo los criterios de raza y origen son reemplazados (o complementados) por otras categorías que no contradicen la concepción universalista que subyace en el sistema francés de protección de los derechos humanos, en cuanto a que responden a cuestiones que se consideran alejadas de las cuestiones identitarias. Esta función la desempeñan criterios como el lugar de residencia (introducido con el artículo 15 de la Ley n.º 2014-173 de 21 de febrero de 2014 de Reordenación y Cohesión Urbana) o el aspecto físico. Así, determinados criterios que, en otros contextos, justificarían un caso de discriminación indirecta se convierten, en el derecho francés, en discriminación directa. La estrategia es interesante



porque permite evitar la dificultad, a veces incluso la imposibilidad, de probar los diferentes impactos que determinadas medidas pueden tener para las personas extranjeras.

4.1. DERECHO PENAL

Como ya se ha dicho, los mecanismos penales de España y Francia son fruto de la transposición del derecho de la Unión Europea. En este contexto, los Estados están obligados a luchar contra determinadas manifestaciones del racismo y de la xenofobia a través del derecho penal¹⁷. Se trata de los delitos motivados por el odio y el discurso de odio. En el caso de Francia, el instrumento para la tipificación del discurso de odio ha sido la Ley de Prensa.

De acuerdo con las obligaciones establecidas en el marco de la Unión, tanto en España como en Francia son punibles:

- a) la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico;
- b) la comisión de uno de los actos a que se refiere la letra a) mediante la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales;
- c) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como se definen en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo;
- d) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional adjunto al Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo (art. 1 de la Decisión Marco 2008/913/JAI).

La motivación racista o xenófoba debe ser considerada como circunstancia agravante (art. 4 de la Decisión Marco 2008/913/JAI).

En el informe de la Comisión Europea de 2014 sobre la aplicación de la citada Decisión Marco¹⁸, con el fin de mejorar la aplicación de las normas penales previstas, se propuso la organización de unidades policiales especializadas en delitos de odio y de fiscalías especiales para este tipo de delitos, así como el desarrollo de formación específica para las fuerzas de policía, las fiscalías y judicaturas, y la recopilación de datos fiables, comparables y recogidos sistemáticamente sobre este tipo de delitos. En Francia y España se han llevado a cabo iniciativas en este sentido.

17 Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones del racismo y la xenofobia mediante el derecho penal. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex:32008F0913>

18 . Informe SWD (2014) 27 final, de la Comisión, de 27 de enero de 2014, al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones del racismo y la xenofobia mediante el derecho penal. Comisión Europea. Recuperado [9 de junio de 2019] de: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014DC0027&from=ES>



Por transposición de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos y por la que se sustituye la Decisión Marco del Consejo 2001/220/JAI, las normas procesales penales de España y Francia reconocen un conjunto de derechos de las víctimas en el ámbito procesal penal, entre ellos el derecho a la protección e indemnización. El alcance de estas normas es independiente de la nacionalidad y residencia legal de la víctima (art. 1) y “las víctimas de delitos deben ser reconocidas y tratadas de manera respetuosa, sensible y profesional, sin discriminación de ningún tipo por motivos como la raza, el color, la etnia o el origen social, los rasgos genéticos, la lengua, la religión o las creencias, la opinión política o de otro tipo, la pertenencia a una minoría nacional, la propiedad, el nacimiento, la discapacidad, la edad, el sexo, la expresión de género, la identidad de género, la orientación sexual, el estatuto de residente o la salud” (párr. 56). Entre los criterios que se evaluarán especialmente a la hora de adoptar medidas de protección de las víctimas se encuentra el hecho de que los delitos estén motivados por prejuicios o por motivos de discriminación, como los delitos inspirados por el odio (art. 22. 3). En España, se incluyen los motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, enfermedad o discapacidad. En Francia, la evaluación individualizada para determinar si deben adoptarse medidas de protección específicas durante el proceso penal se lleva a cabo teniendo en cuenta las “circunstancias de la comisión del delito debida en particular a un motivo discriminatorio, racista, étnico, religioso, o los vínculos existentes entre la víctima y el encausado” (Art. 10.5 y D.1-3 LECrim francesa).

En cuanto a la protección de las víctimas, cabe destacar la extensión de la protección a las mujeres extranjeras, incluso en situación irregular, víctimas de violencia de género y trata, prevista en la legislación española. Todas las víctimas de trata también tienen protección en los otros tres Estados.

Los Códigos Penales español y francés tipifican como delito los actos discriminatorios de denegación de servicios y prestaciones por parte de los responsables de los servicios públicos y de quienes ejercen actividades profesionales o comerciales respectivamente. También es punible la discriminación grave en el empleo público y privado. Los motivos prohibidos en España son la ideología, la religión o las creencias, la etnia, la raza o la nación, el sexo, la orientación sexual, la situación familiar, la enfermedad o la discapacidad. En Francia, donde la regulación es más amplia, los motivos son el origen, el sexo, la situación familiar, el embarazo, el aspecto físico, la vulnerabilidad especial derivada de la situación económica—aparente o conocida de su autor—, el apellido, el lugar de residencia, el estado de salud, la pérdida de autonomía, la discapacidad, las características genéticas, las costumbres, la orientación sexual, la identidad de género, la edad, las opiniones políticas, las actividades sindicales, la capacidad de expresarse en un idioma distinto del francés, la pertenencia o no pertenencia —verdadera o supuesta— a una etnia, una nación, una presunta raza o una religión determinada. Pero hay algunos supuestos en los que la diferencia es admisible por razones de protección de la persona o, en el caso del empleo, de “incapacidad”. Una de estas excepciones se presenta en el caso de la negativa a contratar por razón de la nacionalidad cuando resulta de la aplicación de las disposiciones legales relativas a la función pública.

El Código Penal tunecino no hace ninguna referencia a la discriminación racial y a las conductas ofensivas y xenofobas a las que están expuestas las poblaciones migrantes. La Ley Orgánica n.º 2018-50 de 23 de octubre de 2018 sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial pretende colmar este vacío. El artículo 2 de esta ley considera discriminación racial “cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en la raza, el color, la ascendencia, el origen nacional o étnico o cualquier otra forma de discriminación racial en el sentido de los convenios internacionales ratificados, que impida, dificulte o prive del disfrute o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades, o conlleve deberes y cargas adicionales”, pero en Túnez “no constituirá discriminación racial ninguna



distinción, exclusión, restricción o preferencia establecida entre tunecinos y extranjeros a condición de que no se dé preferencia a ninguna nacionalidad en detrimento de otras, teniendo en cuenta los compromisos internacionales de la República de Túnez”. Lo cierto es que esta parte del artículo 2 está en contradicción con los compromisos internacionales de la República de Túnez derivados de la ICERD.

Se prevén penas de prisión y multas para quien cometa un acto o haga una declaración que contenga una discriminación racial. Y estas penas se agravaban en caso de vulnerabilidad de la víctima. El artículo 9 contempla los delitos de odio (incitación, difusión de ideas basadas en la discriminación racial, la superioridad o el odio raciales, la apología de prácticas de discriminación racial, la formación, afiliación o participación en organizaciones racistas, el apoyo o la financiación de actividades, asociaciones u organizaciones racistas).

Desde 2003, el Código Penal marroquí tipifica como delito la discriminación, y la define, al igual que el Código Penal francés, como el impedimento al acceso a determinados bienes y servicios. También comete un delito quien incita a la discriminación o al odio entre las personas. También comete un delito quien, en eventos deportivos, incita a la discriminación o al odio. Sin embargo, no existe una tipificación específica como delito de la difusión de ideas racistas, a pesar de lo que se recomienda en la definición de la norma internacional.

4.2. DERECHO LABORAL

Por influencia del derecho internacional y de la Unión Europea, el derecho laboral es un ámbito en el que la legislación en materia de igualdad y no discriminación está más desarrollada, en concreto en el ámbito de la discriminación racial. Sin embargo, las personas migrantes en situación irregular no están legalmente protegidas, especialmente en el ámbito del trabajo doméstico. Lo mismo ocurre con las personas trabajadoras no nacionales en Marruecos.

Mientras que el Código de Trabajo de Túnez solo se refiere a la discriminación entre hombres y mujeres, la discriminación racial en el empleo, tanto directa como indirecta, está prohibida en España, Francia y Marruecos en la contratación, promoción, formación, salario y extinción de contrato. Sin embargo, las leyes laborales de los cuatro países estudiados establecen diferentes requisitos para la contratación de personas migrantes. Estos requisitos generalmente implican que quienes deseen contratarlas deben obtener una autorización emitida por la autoridad competente. En Marruecos, el Código de Trabajo establece que la autoridad laboral también puede retirar la autorización. Además, las relaciones laborales de las personas no ciudadanas están sujetas a particularidades, como un modelo fijado por la autoridad laboral (art. 517), el compromiso de la empresa de hacerse cargo de los gastos de retorno en caso de denegación de la autorización. Por último, la jurisprudencia considera que el contrato de trabajo de la persona extranjera es siempre por tiempo determinado (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 oct. de 2003, n.º 1074); existe, por tanto, una excepción a la regla del artículo 17 del Código de Trabajo que establece que “el contrato celebrado por una duración máxima de un año se convierte en un contrato de duración indefinida cuando se mantiene más allá de su vigencia”. Desde la Sentencia de 24 de julio de 2018, n.º 5400, se considera improcedente el despido de una persona trabajadora extranjera cuya empresa no haya solicitado la renovación del permiso de trabajo de acuerdo con una interpretación del Código de Trabajo basada en las obligaciones internacionales de Marruecos.

En Túnez, los derechos de las personas trabajadoras migrantes dependen de convenios bilaterales (art. 258 del Código de Trabajo). La celebración de un contrato de trabajo con una persona extranjera requiere un permiso de residencia en Túnez con la mención “autorizado para ejercer un trabajo asalariado en



Túnez”, y su duración no puede exceder de “un año, renovable una sola vez” (art. 258.2 del Código de Trabajo).

Por influencia de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico¹⁹, en España y Francia se ha introducido la inversión de la carga de la prueba en los conflictos en los que exista presunción de discriminación por motivos de raza u origen étnico en el acceso al empleo, promoción, orientación y formación profesional, condiciones de trabajo, libertad de asociación sindical y profesional, protección social (incluida la seguridad social y la asistencia sanitaria). La norma europea también menciona las ventajas sociales, la educación y el acceso a los bienes y servicios, incluida la vivienda; pero, como veremos más adelante, la implantación de las salvaguardas introducidas por la Directiva en estas otras áreas ha sido diferente en los dos países.

Los mecanismos están disponibles, pero aún necesitan ser más efectivos. Por un lado, está el problema de la prueba, a la que siempre es difícil acceder, pero también el problema de la sensibilización de las personas en el mundo del trabajo, las empresas, los intermediarios laborales y, en particular, las organizaciones de personas trabajadoras.

Por otra parte, cabe mencionar que la discriminación en el empleo implica una desigualdad en el disfrute de los derechos sociales, pues el acceso a las prestaciones sociales en los sistemas de seguridad social depende de la regularidad del trabajo y de su calidad (duración, remuneración, etc.). Esto implica una desigualdad en el disfrute de las garantías de los derechos sociales. Esta situación afecta en general a las personas trabajadoras migrantes y, en particular, a las mujeres migrantes.

En Francia y España, la protección social, que no depende de la seguridad social, está supeditada al lugar de residencia, pero en ocasiones las dificultades para regularizar o acreditar la residencia son también un obstáculo discriminatorio en el acceso a los servicios sociales.

4.3. OTROS INSTRUMENTOS NORMATIVOS

Uno de los ámbitos donde la proclamación de la prohibición de la discriminación está más presente en España, Francia y Marruecos es la *educación*, además, la igualdad y la no discriminación forman parte de los contenidos educativos. El concepto de igualdad —y el laicismo— que domina en el entorno educativo francés ha llevado a menudo a conflictos en torno a la prohibición de símbolos religiosos en los centros educativos públicos.

La Ley de Orientación n.º 2002-80 de 23 de julio de 2002, relativa a la educación y la enseñanza en Túnez, considera la educación como un “derecho fundamental garantizado a todos los *tunecinos* sin discriminación por razón de sexo, origen social, color o religión”. Esto implica que el derecho a la educación, que es obligatoria desde los seis hasta los dieciséis años, no está garantizado formalmente para las personas migrantes.

Otro ámbito sensible es el del deporte. Paradójicamente, los *eventos deportivos* han demostrado ser entornos propicios para expresar el odio racial. Esta cuestión ha llevado a la tipificación como delito de las conductas más graves por parte de Túnez, Marruecos y Francia. Además de la tipificación como

19 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0043&from=FR>



delito de las manifestaciones de odio ya mencionadas, España ha establecido un marco de infracciones administrativas y ha desarrollado políticas para fomentar la conciencia sobre la discriminación en las federaciones deportivas. En Francia, la lucha contra la discriminación y la violencia en el deporte forma parte de la estrategia nacional de transición ecológica hacia el desarrollo sostenible (2015-2020).

La creciente preocupación a nivel internacional por el papel de los *medios de comunicación* en la difusión de mensajes e imágenes discriminatorias se ha proyectado en los Estados. Además de los delitos definidos, España ha adoptado normas sobre comunicación audiovisual y publicidad. En cuanto a Francia, ha establecido disposiciones sobre la protección de menores, niñas y niños, frente a determinados materiales en el campo audiovisual que tienen carácter discriminatorio o que incitan al odio racial. La Ley n.º 88-13 relativa a la prensa y las publicaciones²⁰ prevé la prohibición o el bloqueo de publicaciones (prensa, páginas web, publicidad) que inciten a la discriminación o al odio racial; también están previstas multas para las personas responsables de la publicación, difusión o transmisión de mensajes discriminatorios. El Consejo Nacional de Prensa aplica el código ético de la prensa (vigente desde el 3 de agosto de 2019) que prohíbe prácticas de discriminación racial, entre otras.

Además de lo anterior, el informe de la relatora especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, tras su misión en el Reino de Marruecos²¹, citó como buena práctica el trabajo desarrollado por la Alta Autoridad para la Comunicación Audiovisual y, en particular, la guía elaborada con las Altas Autoridades de Costa de Marfil y Túnez: *Lucha contra el discurso de odio en los medios audiovisuales. Normas, jurisprudencia, buenas prácticas y estudio de casos*²².

Existen otras áreas sensibles en relación con las cuales aún no existen previsiones específicas. Cabe citar como buenos ejemplos las garantías previstas en el derecho francés sobre *vivienda y urbanismo*. La denegación de vivienda a una persona por razón de “su origen, patrimonio, aspecto físico, sexo, situación familiar, estado de salud, discapacidad, costumbres, orientación sexual, opiniones políticas, actividades sindicales o su pertenencia o no pertenencia, verdadera o supuesta, a una etnia, nación, raza o religión determinada” es un delito civil (además de ser un delito penal). El artículo 1 de la Ley n.º 2014-173, de 21 de febrero de 2014, de Ordenación y Cohesión Urbana establece que la política de la ciudad debe contribuir a la lucha contra las discriminaciones “de las que son víctimas las personas que viven en los barrios desfavorecidos, en particular las relacionadas con el lugar de residencia y el origen real o supuesto”. Si bien este artículo no habla de discriminación contra la población migrante, se incluye en la referencia al lugar de residencia y al origen real o supuesto.

Otro de los escenarios en los que la población migrante está expuesta a la discriminación es el relacionado con la *protección internacional*. Los cuatro Estados han ratificado la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, pero los grandes desplazamientos contemporáneos ponen a prueba la idoneidad de este instrumento y constituyen un reto para los Estados que deben adoptar medidas adecuadas para prevenir la discriminación por razón de nacionalidad en el acceso y en la protección ofrecida y para que las personas en situación de vulnerabilidad no encuentren en el procedimiento obstáculos que las priven de la protección a la que tienen derecho. La Directiva 2013/32/UE del Parlamento

20 Dahir n.º 1-16-122 de 6 kaada 1437 (10-8-2016) por la que se promulga la ley n.º 88-13 relativa a la prensa y las publicaciones. Boletín Oficial n.º 6522, 1-12-2016

21 <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/HRC/41/54/Add.1&Lang=F>

22 Colaboración entre la Alta Autoridad de Comunicación Audiovisual de Costa de Marfil, la Alta Autoridad de Comunicación Audiovisual de Marruecos y la Alta Autoridad Independiente de Comunicación Audiovisual de Túnez, “Lucha contra el discurso de odio en los medios audiovisuales. Normas, jurisprudencia, buenas prácticas y estudio de casos”, Organización Internacional de la Francofonía, 2017. Disponible en: <https://www.refram.org/Media/Files/Etudes-et-presentations/Guide-contre-les-discours-de-haine>



Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, contiene disposiciones a este respecto aún pendientes de transposición en España. Entre las personas migrantes en situación de vulnerabilidad se encuentran las que además pertenecen a otros colectivos discriminados (a veces mujeres —siempre y cuando han sido víctimas de violencia sexual—; las personas menores, especialmente niñas y niños y niños adolescentes; personas con discapacidad...).

Las garantías legales son necesarias para combatir la discriminación hacia la población migrante, el racismo y la xenofobia, pero la ley no es un instrumento suficiente para luchar contra estas situaciones que, en ocasiones, están arraigadas en la estructura social. Por ello, la intervención contra la discriminación que no tenga en cuenta, además de las reformas legislativas, la intervención a otros niveles es insuficiente. Así, las reformas del derecho sustantivo deben ser complementadas con garantías de acceso a la justicia y con el desarrollo de políticas públicas a diferentes niveles que coordinen las acciones y se centren en la sensibilización, formación y empoderamiento de las personas y colectivos discriminados.



5. ACCESO A LA JUSTICIA

En ocasiones, a pesar de la prohibición de la discriminación, las víctimas encuentran dificultades para acceder a la justicia por falta de información o recursos, pero también por la existencia de procedimientos y actitudes rígidos o lagunas en la formación de los agentes jurídicos.

Para resolver esta situación es necesario adoptar medidas de sensibilización y educativas; sin embargo, en el derecho comparado, los Estados también han ensayado fórmulas procesales y organizativas para hacer más eficaces las normas de fondo en la lucha contra la discriminación. Los mecanismos de *inversión de la carga de la prueba*, ya mencionados, son un ejemplo de ello y deben ser introducidos en el orden social, civil y contencioso-administrativo. La integración en el sistema penal es difícil debido a las dificultades para adecuar este mecanismo al principio de presunción de inocencia.

La *especialización* de las unidades de policía y de los órganos del Ministerio Fiscal y del Poder Judicial, a la que se refiere el Informe de 2014 de la Comisión Europea sobre la aplicación de la Decisión marco sobre la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal, es otra medida de este tipo.

De todas las iniciativas, la creación de órganos especializados en la lucha contra la discriminación ha demostrado ser una de las más eficaces. En España, la institución destinada a la lucha contra la discriminación racial es el Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica (además del Defensor del Pueblo); en Francia, el Defensor de los Derechos ha asumido las funciones de lucha contra la discriminación atribuidas inicialmente a una Alta Autoridad.

El Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica es competente en los ámbitos contemplados en la Directiva 2000/43/EC que requiere su creación. Recibe apoyo del Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades (que es el organismo encargado de combatir la discriminación hacia las mujeres). En su composición se ha tratado de garantizar la representación de los colectivos que son con mayor frecuencia víctimas de discriminación racial, pero es una institución dependiente del Gobierno y tiene carácter consultivo, aunque puede decidir con independencia sobre la elaboración y difusión de análisis e informes, así como promover medidas que contribuyan a la eliminación de la discriminación. Además, el Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia (OBERAXE) —actualmente adscrito a la Secretaría de Estado de Migraciones del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones de España— tiene como función principal la recogida y análisis de información y la promoción del trabajo para combatir el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas de intolerancia, así como incidentes y delitos motivados por el odio²³.

El Defensor de los Derechos en Francia tiene competencia transaccional y puede activar la acción pública si la transacción no tiene éxito. En los procedimientos transaccionales, la institución de lucha contra la discriminación en Francia tiene, en determinados casos (infracciones previstas en el Código Penal y en el Código de Trabajo), una potestad que puede considerarse sancionadora, y no solo consultiva, en cuanto a que la persona que ha sido denunciada por discriminación puede aceptar la sanción propuesta.

23 <http://www.mitramiss.gob.es/oberaxe/es/index.htm>



La Constitución de Marruecos prevé la creación de una autoridad responsable de la igualdad y la lucha contra todas las formas de discriminación (artículos 19 y 164), pero a pesar de la promulgación de la ley orgánica relativa a esta autoridad, aún no se ha creado. Por otra parte, las competencias atribuidas en el texto de la ley orgánica parecen referirse a la discriminación entre hombres y mujeres.

La competencia de la institución francesa contra la discriminación para activar la intervención pública puede ser una herramienta para compensar las dificultades que encuentran las víctimas de discriminación para acceder a la justicia. Otros instrumentos de interés se refieren a la posibilidad de intervención de asociaciones que representen los intereses de los colectivos víctimas de discriminación. En España, al igual que en Francia, hay reticencias a dar legitimidad procesal a las asociaciones, pero ya hay ejemplos de sindicatos y asociaciones de personas consumidoras. En determinadas ocasiones, las asociaciones pueden intervenir en favor de la víctima, por ejemplo, en España, en relación con las personas con discapacidad.

Sería interesante, por un lado, probar fórmulas similares en materia de discriminación, pero también que los sindicatos y asociaciones de personas consumidoras utilicen los derechos de acción de los que ya disponen en la lucha contra la discriminación, porque las personas migrantes también son personas trabajadoras y consumidoras. En esta línea, la ley de modernización de la justicia del siglo XXI de 18 de noviembre de 2016 creó un sistema de recurso colectivo en materia de discriminación²⁴; la acción de grupo puede ser iniciada por un sindicato o una asociación de lucha contra la discriminación existente desde hace al menos cinco años, en los casos de discriminación sufrida por al menos dos personas en el salario, el acceso o la promoción en el empleo público o privado.

24 Ley n.º 2016-1547, de 18 de noviembre de 2016, sobre la modernización de la justicia del siglo XXI. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000033418805&categorieLien=id>



6. POLÍTICAS PÚBLICAS Y MEDIDAS DE COORDINACIÓN

Diferentes documentos creados a nivel internacional muestran que la discriminación es un fenómeno complejo con raíces culturales que debe ser abordado a través de intervenciones coordinadas en diferentes campos. En los Estados que han sido objeto de este estudio se han elaborado planes y estrategias que han tenido gran relevancia en la lucha contra la discriminación de la población migrante, el racismo y la xenofobia.

En España se han puesto en marcha planes y estrategias que han dado algunos buenos resultados, pero debido a la situación política del Estado español, dos de los más importantes, el Plan de Derechos Humanos y la Estrategia Integral Contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y otras formas conexas de Intolerancia, están pendientes de renovación.

También es deseable el desarrollo de medidas de coordinación entre las instituciones nacionales que actúan en los campos de la discriminación. Un ejemplo es el acuerdo interministerial de cooperación institucional en la lucha contra el racismo, la xenofobia, la LGTBIfobia y otras formas de intolerancia suscrito en España entre el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General, el Ministerio de Justicia, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Educación y Formación Profesional, el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, el Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, el Ministerio de Cultura y Deporte y el Centro de Estudios Jurídicos²⁵ y que se orienta a la organización de actividades de formación y sensibilización de las personas profesionales implicadas en la eficacia de la normativa contra la discriminación, el refuerzo de la recopilación de datos y estadísticas sobre los delitos de odio y la lucha contra el discurso de odio.

En Francia, el plan nacional de lucha contra el racismo y el antisemitismo, cuyo período de vigencia actual es entre 2018 y 2020²⁶, moviliza a todos los ministerios para luchar contra el odio en Internet; educar contra los prejuicios y estereotipos; apoyar mejor a las víctimas e invertir en nuevas áreas de movilización. Algunas de las medidas previstas son la revisión de las políticas locales de lucha contra el racismo y el establecimiento de planes territoriales, una campaña de comunicación asociativa y participativa para movilizar a la sociedad, la creación, dentro de la plataforma de denuncia Pharos, de una unidad nacional responsable de la lucha contra el discurso de odio en Internet, el establecimiento de penas alternativas con valor educativo, en particular cursos de ciudadanía, educación en valores de tolerancia y respeto por los demás, en la escuela y fuera de ella, desarrollando esquemas como el patrocinio ciudadano, el servicio cívico y la reserva ciudadana. En el plan se han incluido medidas para facilitar el acceso a la justicia a las víctimas de racismo, antisemitismo y odio. Como parte de este plan, la Delegación Interministerial de Lucha contra el Racismo, el Antisemitismo y el Odio (DILCRAH) lidera el plan que moviliza a todos los ministerios, con un papel muy importante del Ministerio de Educación.

25 Los ministerios han sido nombrados según su denominación en la fecha del acuerdo, 19 de septiembre de 2018. Disponible en: <http://www.mitramiss.gob.es/oberaxe/es/ejes/coordinacion/interinstitucional/index.htm>

26 <https://www.gouvernement.fr/plan-national-de-lutte-contre-le-racisme-et-l-antisemitisme-2018-2020>



En Marruecos, la Estrategia nacional de Inmigración y Asilo²⁷ tiene como objetivo lograr una mejor integración de las personas inmigrantes y una mejor gestión a través del establecimiento de un sistema que reúna a todas las personas que trabajan en el campo de la migración. Se han definido varias áreas principales que guardan relación en particular con los retos de la integración, la buena gobernanza, el respeto de los derechos humanos y la lucha contra la discriminación y la lucha contra la trata de seres humanos. Otros instrumentos expresan el compromiso de Marruecos con la igualdad y la prohibición de la discriminación —el Plan de acción nacional para la democracia y los derechos humanos (2018-2021)²⁸ y el Plan gubernamental para la Igualdad (2017-2021)²⁹—, pero no mencionan expresamente la eliminación de la discriminación contra la población migrante, el racismo y la xenofobia.

La coordinación entre planes y estrategias permite la introducción de las medidas coordinadas que son necesarias para la efectividad de las reformas legales. También es importante tener en cuenta que la participación de los colectivos que son víctimas de discriminación en la definición de las estrategias y medidas, así como en la composición de los mecanismos de coordinación y seguimiento, es una condición necesaria para que las intervenciones adopten un enfoque basado en los derechos.

27 Ministerio de los Marroquíes Residentes en el Extranjero y Asuntos Migratorios, *Estrategia Nacional de Inmigración y Asilo*. Disponible en: [https://marocainsdumonde.gov.ma/wp-content/uploads/2018/02/Strate %CC % 81gie-Nationale-dimmigration-et-dAsile -ilovepdf-compressed.pdf](https://marocainsdumonde.gov.ma/wp-content/uploads/2018/02/Strate%20Nationale-dimmigration-et-dAsile-ilovepdf-compressed.pdf)

28 https://didh.gov.ma/fr/planification-et-suivi/politiques_publicques/le-plan-daction-national-en-matiere-de-democratie-et-des-droits-de-lhomme-2018-2021/

29 <http://www.social.gov.ma/sites/default/files/icram%202020fr.pdf>



7. CONCLUSIONES

7.1. EL MARCO INTERNACIONAL

España, Francia, Túnez y Marruecos se han comprometido a respetar las normas del sistema universal de protección contra la discriminación de la población migrante, el racismo y la xenofobia. En este contexto, la prohibición de la discriminación racial establecida en la Carta Internacional de Derechos Humanos se considera, por tanto, una norma de *ius cogens* internacional. Además, la ICERD define la discriminación racial como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública” (artículo 1 de la ICERD), y, aunque “las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que haga un Estado parte en la presente Convención entre ciudadanos y no ciudadanos”, fueron excluidas por primera vez por el artículo 1.2 de la ICERD, una interpretación acorde con los compromisos asumidos en Durban reconoce que “la xenofobia contra los no ciudadanos, en particular los migrantes, refugiados y solicitantes de asilo, constituye una de las principales fuentes de racismo contemporáneo y que las violaciones de los derechos cometidos contra miembros de estos grupos se producen ampliamente en el contexto de prácticas discriminatorias, xenófobas y racistas”³⁰. Las exclusiones contenidas en los párrafos 2 y 3 del artículo 1 no pueden, por lo tanto, interpretarse como una excepción a la prohibición de discriminación de la Declaración Universal y de los dos pactos, de modo que la diferencia de trato basada en la ciudadanía o el estatus migratorio constituye discriminación a menos que esté justificada por la necesidad de lograr un objetivo legítimo y sea proporcionada.

Una de las medidas previstas por la ICERD es la prohibición del discurso de odio. El artículo 4 de la ICERD condena “toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial”. El CERD cree que los Estados deben tipificar como delito todos los actos de racismo, tal como se establece en el artículo 4 de la Convención Internacional, “en particular la difusión de ideas basadas en la superioridad o el odio racial, la incitación al odio racial, la violencia o la incitación a la violencia racial, pero también las actividades de propaganda racista y las organizaciones racistas. Además, se alienta a los Estados miembros a que introduzcan en su legislación penal una circunstancia agravante general en caso de motivación racial de los delitos”³¹.

Además, las personas migrantes, refugiadas y solicitantes de asilo se mencionan expresamente en la Declaración y Programa de Acción de Durban como víctimas del racismo, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia. La Convención define como refugiado a toda persona que haya obtenido este estatuto de conformidad con las normas internacionales y que tenga “fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país” (art. 1); la Convención prohíbe la expulsión o devolución forzosa de todas las personas refugiadas o solicitantes de asilo al amparo del principio de no devolución.

30 CERD, Recomendación General 30, cit.

31 CERD, Recomendación General 30, cit., párr. 4a).



El Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular tiene como objetivo definir un enfoque común para la migración internacional. Los principios rectores del Pacto son: las personas, la cooperación internacional, la soberanía nacional, el estado de derecho y las garantías procesales, el desarrollo sostenible, los derechos humanos, la perspectiva de género, la perspectiva infantil, el enfoque pangubernamental y el enfoque pansocial. Aunque no es un documento vinculante, el Pacto sobre las Migraciones constituye un paso crucial en este sentido, tanto por colocar las migraciones en una perspectiva compleja, como por reconocerlas como un fenómeno con un potencial enriquecedor para la sociedad en su conjunto. En este sentido, a partir del Objetivo 17, uno de los compromisos asumidos por los países signatarios es impulsar un cambio de opinión, “un discurso público abierto y con base empírica sobre la migración y los migrantes que genere una percepción más realista, humana y constructiva a este respecto” a fin de reducir todas las “manifestaciones de racismo, discriminación racial, violencia, xenofobia y formas conexas de intolerancia”. Otros objetivos relevantes para eliminar la discriminación hacia las personas migrantes son: facilitar la contratación justa y ética y salvaguardar condiciones de trabajo dignas, utilizar la detención de las personas migrantes solo como último recurso y buscar soluciones alternativas, ofrecer a las personas migrantes acceso a los servicios básicos, empoderar a las personas migrantes y a las sociedades para lograr la plena inclusión y cohesión social.

De los cuatro países analizados, solo Marruecos ha ratificado la CRMW, que es el instrumento más completo para la protección de los derechos de las personas trabajadoras migrantes y que establece una serie de definiciones para las diferentes categorías de personas trabajadoras migrantes, así como un vínculo formal con su contenido para que los Estados parte sean responsables de los derechos de las personas trabajadoras migrantes y de sus familias. Así, la CRMW insta a los Estados a cooperar en programas de movilidad que faciliten la migración, el movimiento de las personas trabajadoras, los programas de integración de las migraciones, a promover la reunificación familiar y a cooperar en el retorno y la readmisión. También se establece un ciclo de presentación de informes para hacer un seguimiento de los derechos derivados de las obligaciones internacionales de los Estados signatarios.

7.2. EL MARCO CONSTITUCIONAL

Los cuatro Estados han introducido en sus constituciones el compromiso con la igualdad y la lucha contra la discriminación. Si bien se admiten diferencias en el reconocimiento de los derechos de las personas no nacionales, es necesario interpretar las disposiciones constitucionales y legales (por ejemplo, el artículo 13 de la Constitución española y el artículo 2 de la Ley tunecina sobre discriminación racial) de conformidad con la norma internacional vinculante para que estas diferencias respondan a la necesidad de lograr un fin legítimo y que sean proporcionadas. Así, la Ley sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración social, desde 2009, define la discriminación como “todo acto que, directa o indirectamente, conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones y prácticas religiosas, y que tenga como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el campo político, económico, social o cultural”.

7.3. EL MARCO LEGISLATIVO

1. España y Francia están vinculadas por la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, contra la discriminación racial, y por la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, sobre igualdad en el empleo, así como por la Decisión Marco 2008/913/JAI,



relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal. Esta circunstancia da lugar a coincidencias en cuanto a los conceptos de discriminación y motivos prohibidos, así como a determinados ámbitos de especial interés y a determinadas respuestas.

2. El derecho penal francés castiga la discriminación basada en la “pertenencia o no pertenencia, real o supuesta, a una determinada etnia, nación, raza o religión” cuando impide a la persona acceder a determinados bienes y actividades; por ejemplo, cuando consiste en denegar el suministro de un bien o la prestación de un servicio, en poner trabas al ejercicio normal de cualquier actividad económica; en negarse a contratar, en sancionar o despedir a una persona; en supeditar el suministro de un bien o la prestación de un servicio a una condición basada en uno de los elementos previstos como discriminatorios; en supeditar una oferta de trabajo, una solicitud de prácticas o un período de formación en la empresa a una condición basada en uno de estos elementos; en negarse a aceptar a una persona en determinados cursos contemplados en el código de seguridad social. Y las infracciones se agravan por la circunstancia de discriminación. En España también existen casos de discriminación constitutiva de delito cuando se produce en el empleo público o privado, o cuando la comete una persona que trabaja en el sector público. La discriminación por razón de pertenencia a una etnia, raza o nación también es una circunstancia agravante en el Código Penal español.

Tanto el derecho penal francés como el derecho penal español sancionan la difamación pública de carácter racial, el insulto público de carácter racial, la incitación pública al odio racial, la exaltación de los crímenes de guerra o de lesa humanidad, la negación de los crímenes contra la humanidad, el insulto racial no público, la difamación racial no pública, la incitación no pública al odio racial y la discriminación racial.

Actualmente, Túnez es el primer país árabe que ha aprobado una ley que prevé penas de prisión y multas cuantiosas para cualquier persona o grupo que se dedique a la incitación al odio, las amenazas racistas, la difusión y la apología del racismo.

Desde 2003, el Código Penal marroquí tipifica como delito la discriminación, al igual que el Código Penal francés, cuando se trata de impedir el acceso a determinados bienes y servicios. También comete delito quien incita a la discriminación o al odio entre las personas. También comete un delito quien, en eventos deportivos, incita a la discriminación o al odio. La protección contra la difusión de ideas racistas se introduce a través de la ley de prensa.

3. La legislación laboral en Francia y España establece sanciones en caso de discriminación, directa o indirecta, o de acoso por razón de pertenencia o no pertenencia a una etnia, nación o raza. En estos casos, si existen indicios de discriminación, corresponde a la otra parte justificar el trato diferenciado. Además, debido al impacto del derecho europeo, se utiliza un control estricto. Con respecto al derecho aplicable para la protección de los derechos de las personas migrantes y la política sobre migración en Túnez, la Administración tunecina generalmente dispone de un poder discrecional, sin que se otorgue ningún recurso a las personas extranjeras en caso de denegación de la concesión, por ejemplo, de un permiso de residencia. Tampoco existe ninguna garantía contra la expulsión arbitraria. A menudo, en los textos aparece el concepto vago de orden público. Estas situaciones discriminatorias están mitigadas por los convenios bilaterales suscritos con otros países del Magreb. Las personas nacionales de los países del Magreb gozan del derecho al trabajo y al ejercicio de todos los oficios industriales, comerciales y agrícolas, así como de cualquier otra actividad regulada.

La discriminación basada en la raza está prohibida por el Código de Trabajo de Marruecos, pero existen particularidades en la contratación de personas no nacionales que podrían ser discriminatorias. Además, se están revisando las normas sobre inmigración. La estrategia nacional de inmigración y asilo incluye entre sus objetivos la prohibición de la discriminación en lo que respecta a la integración de las personas inmigrantes en situación regular.

4. Como muestra el marco internacional, la educación es un ámbito trascendental en la lucha contra la discriminación. Las normas educativas en España y Francia incluyen la prohibición de la discriminación como contenido educativo y como principio de organización de la enseñanza. En Francia, cabe destacar la actuación del Ministerio de Educación, a raíz de la llamada de atención de la CNCDH, en relación con la formación de las personas educadoras y el desarrollo de figuras como la mediación entre iguales. Como parte de la estrategia de inmigración y asilo de Marruecos, se están desarrollando medidas en este ámbito relacionadas con el contenido.
5. Un área especialmente importante es el sector audiovisual. Tanto en Francia como en España existen normas audiovisuales destinadas a evitar contenidos racistas y xenófobos. En Marruecos, la ley de prensa contiene disposiciones sobre la prohibición de este tipo de contenidos y el castigo de los responsables.
6. En Francia, además, existen disposiciones sobre vivienda que prohíben la discriminación. Asimismo, es especialmente interesante la disposición francesa sobre urbanismo (artículo 1 de la ley n.º 2014-173) que establece que la política de la ciudad debe contribuir a la lucha contra las discriminaciones “de las que son víctimas las personas que viven en los barrios desfavorecidos, en particular las relacionadas con el lugar de residencia y el origen real o supuesto”.
7. En todo caso, a nivel administrativo no existe un marco estructurado de respuesta contra la discriminación. Los ámbitos de intervención varían en los diferentes Estados y las respuestas dependen de las Administraciones implicadas en el ámbito de que se trate (laboral, audiovisual ...).

7.4. COORDINACIÓN DE LA RESPUESTA A LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA POBLACIÓN MIGRANTE, EL RACISMO Y LA XENOFOBIA

1. Ninguno de los Estados cuenta con un marco normativo general en materia de igualdad y no discriminación que permita, además de la coordinación entre las distintas autoridades competentes, tratar la discriminación como un fenómeno general evitando la fragmentación actual de los motivos y los ámbitos.
2. Francia cuenta con un sistema integral de protección contra la discriminación racial, articulado en el Plan Nacional de Lucha contra el Racismo y el Antisemitismo y el Discurso de Odio en Internet, y cuenta con una Delegación Interministerial a cargo. La coordinación de la lucha contra la discriminación racial no es tan visible en los otros Estados. En España existen iniciativas sectoriales destacables con excelentes resultados, pero ni el plan de derechos humanos ni tampoco la estrategia nacional española de lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y la intolerancia han tenido una continuidad que permita generar un catálogo de objetivos con medidas claras y evaluables, así como el desarrollo de mecanismos de coordinación efectivos y generales. En cuanto a la estrategia marroquí de inmigración y asilo, el objetivo de la lucha contra la discriminación se engloba dentro de objetivos más generales, lo que puede hacer que pierda intensidad.
3. En lo que respecta a las autoridades, en Francia, el Defensor de los Derechos es responsable actualmente de hacer frente a la discriminación por cualquier motivo; este organismo tiene competencia transaccional para negociar la indemnización y, en caso de que esta transacción fracase, iniciar la intervención pública. En España existe una autoridad con competencia específica para luchar contra la discriminación racial, el Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial y Étnica, pero es un órgano de apoyo y consulta y no tiene capacidad sancionadora ni para iniciar acciones judiciales.



7.5. PERSISTENCIA DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA POBLACIÓN MIGRANTE, EL RACISMO Y LA XENOFOBIA

1. A pesar de las medidas puestas en marcha en Francia y España para hacer frente a la discriminación hacia la población migrante, el racismo y la xenofobia, esta sigue presente. En estos Estados, como en Europa en general, es especialmente preocupante la presencia de discursos políticos xenófobos y la proliferación de mensajes con este contenido en las redes sociales. Además, las prácticas de controles o identificaciones policiales por perfil étnico o racial todavía están documentadas por determinadas autoridades competentes en materia de seguridad.
2. Tanto en los dos Estados europeos como en los dos Estados africanos estudiados, no existen mecanismos adecuados de recogida de datos sobre episodios discriminatorios que reflejen en qué medida afectan el racismo y la xenofobia a la población migrante y que permitan identificar las causas y planificar las respuestas, así como mostrar los diferentes motivos de discriminación que podrían intervenir en el caso de la población migrante.

7.6. RESPUESTA CULTURAL Y EDUCATIVA

1. Ni en España, ni en Túnez, ni en Marruecos, existe un programa de prevención articulado que intente incidir sistemáticamente sobre los estereotipos en los que se basa la discriminación.
2. Uno de los obstáculos para la protección efectiva es el desconocimiento por parte de las víctimas de sus derechos y de los medios para hacerlos efectivos. A veces, las personas que discriminan no saben que están teniendo un comportamiento prohibido por la ley. La sanción y la respuesta penal no parecen suficientes para superar este obstáculo, que requiere la adopción de medidas a nivel cultural y educativo.

8. PISTAS DE REFLEXIÓN PARA EL FORTALECIMIENTO DEL MARCO LEGISLATIVO PARA PREVENIR Y LUCHAR CONTRA LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, EL RACISMO Y LA XENOFOBIA

En este apartado se quieren destacar algunas líneas de actuación que pueden servir de punto de partida para la discusión sobre los cauces adecuados a seguir para la mejora de los mecanismos contra la discriminación de la población migrante, el racismo y la xenofobia en Marruecos. Las directrices descritas toman como punto de partida las normas internacionales y las actuaciones realizadas en la Unión Europea. También se basan en las lecciones aprendidas de las experiencias de los cuatro Estados analizados.

Para organizar las propuestas hemos optado por agruparlas según correspondan a acciones a nivel normativo, al desarrollo de políticas públicas e instrumentos de coordinación o a intervenciones relacionadas con las percepciones culturales, la formación y el empoderamiento. Para ello, el capítulo se divide en tres apartados: normativa, planes, estrategias y políticas públicas, y promoción, formación y participación.

Las recomendaciones que se presentan buscan ser el punto de partida para una discusión profunda en la que intervendrán el CNDH, el Gobierno y la sociedad civil involucrada, y a partir de la cual se podrá elaborar una propuesta de aplicación, especificando las funciones y responsabilidades de cada parte.

8.1. NORMATIVA

1. Una prueba de la voluntad de comprometerse con los derechos humanos de las personas migrantes sería la ratificación de la CRMW por parte de los Estados que aún no lo han hecho.
2. La lucha contra la discriminación hacia la población migrante, el racismo y la xenofobia en los Estados estudiados podría verse beneficiada con la aprobación de un instrumento normativo general que aborde la construcción de la igualdad y prohíba toda discriminación.
 - 2.1. Ante la dispersión actual, una ley general permitiría abarcar todas las causas de discriminación, así como las interacciones entre ellas, y sería adecuada para incidir de manera coordinada en los diferentes ámbitos.
 - 2.2. El enfoque de la norma debe ser integral, de modo que se tengan en cuenta medidas de prevención, identificación y respuesta que, además de sanciones, ofrezcan indemnizaciones adecuadas a la víctima y garantías de no repetición que afecten a la persona que ha cometido el delito, pero que también incidan en los sectores en los que se puede arraigar la discriminación.
 - 2.3. La ley integral debe asegurar que el acceso a la justicia en casos de discriminación (en concreto, de discriminación racial) esté garantizado independientemente de la situación administrativa de residencia de las personas extranjeras.



- 2.4. La nueva norma debería prestar suficiente atención a la recopilación de datos sobre aspectos relacionados con la discriminación.
 - 2.5. Asimismo, las entidades representativas de los diferentes colectivos que en general son víctimas de discriminación deberían tener la oportunidad de participar en la elaboración de la ley.
 - 2.6. Las circulares, órdenes e instrucciones a las autoridades podrían ayudar a hacer efectivas las normas.
3. Debería abordarse el debate sobre la técnica más adecuada para tipificar como delito las formas más graves de discriminación. En este sentido, la inclusión de delitos relacionados con el discurso de odio en el código penal podría lograr una mayor eficacia que la que se obtiene mediante el uso de normas penales especiales, como sucede en Francia y Marruecos y parece ser la orientación en Túnez.
 4. Marruecos debería revisar las leyes y reglamentos sectoriales vigentes para detectar y eliminar aspectos susceptibles de generar discriminación y reforzar las garantías contra esta. Este es el caso de:
 - 4.1. La regulación del contrato de trabajo para la persona trabajadora no nacional debería modificarse para garantizar que cualquier diferenciación responda a un objetivo legítimo y sea adecuada y proporcionada para lograr ese objetivo, de acuerdo con las normas internacionales.
 - 4.2. La reforma de la ley sobre el estatuto de las personas extranjeras, donde Marruecos debería incluir los principios de respeto de los derechos humanos y no discriminación, presentes en la estrategia nacional de inmigración y asilo.
 - 4.3. Aprobación del proyecto de ley de asilo. Sería deseable que se aclarase la situación de las personas que solicitan protección internacional en Marruecos (así como en Túnez).
 - 4.4. La revisión de la normativa laboral, de educación, vivienda, urbanismo y comunicación audiovisual para mejorar los instrumentos de lucha contra la discriminación. En este sentido, la distribución de la carga de la prueba mediante la inserción de herramientas de inversión de la carga de la prueba funciona como un instrumento apropiado.

8.2. PLANES, ESTRATEGIAS Y POLÍTICAS PÚBLICAS

1. Si no existen, sería deseable implantar planes y estrategias para combatir la discriminación racial que tengan en cuenta a las personas migrantes. Los planes deberían definir objetivos claros, así como indicadores para medir periódicamente el grado de consecución de los objetivos.
2. Los planes de derechos humanos, las estrategias contra la discriminación en diferentes ámbitos y las estrategias de migración deben prestar especial atención a la discriminación de la población migrante, el racismo y la xenofobia, que no pueden pasar desapercibidos en las medidas que se adopten, en la recopilación de datos ni en los informes que los Estados presentan a las organizaciones internacionales de derechos humanos.
3. Las políticas públicas que se desarrollen sobre la población migrante deben incluir la prevención de la discriminación en los sectores en los que intervengan.

8.3. PROMOCIÓN, FORMACIÓN Y PARTICIPACIÓN

1. La prevención de la discriminación debe centrarse en los estereotipos. En este sentido, se debe continuar con el trabajo que ya se ha comenzado a desarrollar en Marruecos en torno a la



construcción de una imagen positiva de la población migrante. En los cuatro Estados estudiados, es necesario reemplazar el discurso sobre la migración centrado en la seguridad por un discurso articulado sobre los derechos humanos.

2. La discriminación hacia la población migrante, el racismo y la xenofobia exigen la implantación de acciones educativas dirigidas a la población en general que tengan en cuenta la importancia de la formación de las personas que se encargan de impartir dicha educación. En concreto, la formación de las personas responsables de la educación de las niñas y de los niños ayuda a combatir estereotipos en los que la discriminación se justifica y juega un papel multiplicador importante.

Asimismo, debe desarrollarse la formación de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado y de las personas que trabajan en el sector legal. Hay ejemplos en España y Francia.

No debe olvidarse que la eficacia de las medidas adoptadas para combatir la discriminación de la población migrante, el racismo y la xenofobia requiere que sean conocidas por la propia población migrante.

3. Para un enfoque basado en los derechos es importante que la población migrante pueda participar, a través de sus entidades representativas, en las plataformas donde se toman las decisiones que la conciernen. Desde este punto de vista, es interesante que el Estado facilite la creación de asociaciones que puedan actuar como interlocutores. Se debe tener en cuenta la diversidad de la población para que pueda estar representada la mayor diversidad posible de migrantes (mujeres, personas con discapacidad, niñas, niños y personas adolescentes...).



El proyecto “Convivir sin discriminación: un enfoque basado en los derechos humanos y la perspectiva de género” es ejecutado por cooperación delegada de la Unión Europea a la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID) – socio principal– y a la Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas (FIIAPP) – codelegada– con el apoyo técnico del Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia (OBERAXE), dependiente de la Secretaría de Estado de Migraciones del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones de España. El Consejo Nacional de Derechos Humanos de Marruecos (CNDH) y el Ministerio delegado del Ministerio de Asuntos Exteriores, Cooperación Africana y Marroquíes Residentes en el Extranjero (MDCMRE) participan en el proyecto como socios principales.



Socios:

