

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY EN EL DERECHO INTERNACIONAL

THE PRINCIPLE OF EQUALITY BEFORE THE LAW IN INTERNATIONAL LAW

DOROTHY ESTRADA TANCK

*Profesora Ayudante Doctor de Derecho Internacional Público
y Relaciones Internacionales
Universidad de Murcia*

Recibido: 02.10.2018 / Aceptado: 26.10.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4622>

Resumen: El principio de igualdad ante la ley es uno de los núcleos centrales del derecho internacional. Este estudio explora la evolución histórica de este principio y la interpretación de los derechos de igualdad ante la ley y de protección igualitaria de la ley, y su relación con la no discriminación, particularmente en el campo del derecho internacional de los derechos humanos. Se explora el trabajo, los avances jurídicos y la jurisprudencia paradigmática de Naciones Unidas y los órganos regionales de derechos humanos en el desarrollo del principio de igualdad ante la ley y sus derechos correlativos. Al mismo tiempo, se identifican ciertos desafíos a la igualdad ante la ley, tanto en su dimensión fáctica como jurídica, que permanecen en la realidad global contemporánea.

Palabras clave: igualdad ante la ley, igual protección de la ley, no discriminación, derecho internacional, derechos humanos

Abstract: The principle of equality before the law is one of the main cores of international law. This text explores the historical evolution of this principle and the interpretation of the rights of equality before the law and equal protection of the law, and their relation to non-discrimination, particularly in the field of international human rights law. The study explores the work, legal advancements and paradigmatic jurisprudence by UN and regional human rights bodies in the development of the principle of equality before the law and its correlated rights. At the same time, it reflects on certain challenges to equality before the law, both in its factual and its legal dimension, that remain in contemporary global reality.

Keywords: equality before the law, equal protection of the law, non-discrimination, international law, human rights.

Sumario: I. Introducción. II. El principio de igualdad ante la ley desde una perspectiva histórica, conceptual y doctrinal. 1. Historia de la igualdad ante la ley. 2. Revisión conceptual en la normativa y la doctrina jurídica internacional. III. Igualdad ante la ley e igual protección de la ley en el sistema de Naciones Unidas y los sistemas regionales de derechos humanos. 1. Sistema de las Naciones Unidas. 2. Sistemas regionales. IV. Desafíos a los derechos a la igualdad ante la ley e igual protección de la ley. V. Reflexiones finales.

I. Introducción

1. Los principios de igualdad y no discriminación son las piedras angulares del derecho internacional y al mismo tiempo son los derechos humanos más ampliamente reconocidos. De hecho, todos los

Estados que son miembros de las Naciones Unidas (NU) han asumido la obligación legal de promover y proteger los derechos a la igualdad y la no discriminación.¹

2. Sobre la base de esas obligaciones, los académicos han equiparado tradicionalmente los derechos humanos de igualdad y no discriminación o los han caracterizado como “dos caras de la misma moneda”.² Otros han criticado esta postura y han afirmado que las leyes de derechos humanos establecen la no discriminación (igualdad negativa) y la igualdad como tal (igualdad positiva) como dos derechos con una naturaleza discernible.³ Se ha formulado otra distinción entre igualdad, igualdad ante la ley e igual protección de la ley, bajo el argumento de que las propias normas de derechos humanos definen cada una en diferentes instancias y determinan su alcance y obligaciones individualmente.⁴

3. Esta última perspectiva se corrobora cuando se revisa la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) que incluye el derecho a la ‘igualdad’ en el Artículo 2 e ‘igualdad ante la ley’ y ‘protección equitativa de la "ley" en el Artículo 7. Esta última disposición establece que

Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

4. Como tal, el artículo incluye los derechos de a) igualdad ante la ley, b) igual protección de la ley, y en este último aspecto, más específicamente, 1) igual protección contra la discriminación en violación de la DUDH y 2) igual protección contra cualquier incitación a tal discriminación.

5. Por lo tanto, este estudio analizará en el apartado II la evolución histórica, conceptual y doctrinal del principio de igualdad ante la ley; en el apartado III, el desarrollo de los derechos de igualdad ante la ley y la protección igualitaria de la ley en NU y en los sistemas jurídicos regionales de derechos humanos; y en el apartado IV detallará sus implicaciones y desafíos para el futuro, con base en un examen de la jurisprudencia paradigmática en el tema y las normas de derechos humanos revisadas, que conducen al apartado V donde se presentan algunas reflexiones en conclusión.

II. El principio de igualdad ante la ley desde una perspectiva histórica, conceptual y doctrinal

1. Historia de la igualdad ante la ley

6. La igualdad ha sido considerada por Fernández Liesa como uno de los principales valores de la modernidad, que está ‘enraizado en el tejido del ordenamiento desde el derecho internacional clásico’.⁵

¹ Entre los objetivos de la Carta de NU se encuentra que los Estados promoverán el respeto por los derechos humanos sin distinción de raza, sexo, idioma o religión (artículo 1.3). Asimismo, en los artículos 55 y 56 los Estados Miembros se comprometen a tomar acción para promover los derechos humanos de todas las personas sin distinción.

² Véase, e.g., J. MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, drafting and intent* (Philadelphia, University of Pennsylvania 1999) 45; LORD LESTER OF HERNE HILL Y S. JOSEPH, ‘Obligations of non-discrimination’, en D. HARRIS Y S. JOSEPH (eds), *The International Covenant on Civil and Political Rights and the United Kingdom* (Oxford, Clarendon Press 1995) 565; y W. MCKEAN, *Equality and discrimination under international law* (Oxford, Clarendon Press 1983) 288.

³ M. CRAVEN, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A perspective on its development* (Oxford, Clarendon Press 1995) 154. Véase también D. SHELTON, ‘Prohibición de discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos’, en *Anuario de Derechos Humanos*, Facultad de Derecho Universidad de Chile, N° 4, 2008, 16.

⁴ G. MACNAUGHTON, ‘Untangling equality and non-discrimination to promote the right to health care for all’, en *Health and Human Rights Journal* (Vol 11, No 2, 2009), disponible en <http://www.hhrjournal.org/index.php/hhr/article/viewArticle/173/257> y véase su artículo para un análisis detallado sobre las implicaciones de la igualdad.

⁵ C.R. FERNÁNDEZ LIESA, ‘Transformaciones del Derecho internacional por los objetivos de desarrollo sostenible’, en *Anuario Español de Derecho Internacional* (No. 32, 2016), p. 59.

7. En efecto, varios son los orígenes de la idea de igualdad. Por citar de manera breve algunos de los más relevantes desde una perspectiva jurídica internacional, cabe recordar que ya desde el surgimiento del Derecho Internacional Público moderno en el siglo XVI, la idea de igualdad fue contemplada en conjunto con la defensa de la dignidad de los seres humanos en América tras la conquista española. Los pensadores Montaigne y Bartolomé de las Casas, defendían una idea de igualdad entre los hombres,⁶ en el primer caso, con base en una ‘humanidad natural secularizada’ criticando la visión del ‘buen salvaje’, propugnada por el conquistador del nuevo mundo, mientras que Fray Bartolomé de las Casas a través de su desaprobación de la afirmación de superioridad cultural de los conquistadores.⁷

8. Referentes importantes son también la Revolución Francesa con su ideario de ‘libertad, igualdad y fraternidad’, y el levantamiento independentista de Estados Unidos que afirmaba que ‘todos los hombres son creados iguales’,⁸ a fines del siglo XVIII, aunque en ambos movimientos la igualdad se entendía constreñida a ciertos grupos, en el primer caso por una concepción centrada en los derechos de la burguesía,⁹ y en el segundo dejando fuera -en la ley y en la práctica- a la población negra a través de un sistema institucionalizado de esclavitud y diferenciación racial.¹⁰ Por ello, aunque suponen avances en cuanto a la normativización jurídica de la idea de igualdad, no sería posible considerarlos como antecedentes directos de la idea universalista de igualdad defendida posteriormente por el derecho internacional de los derechos humanos.

9. Deben referirse también los procesos políticos y constitucionales en América Latina en las primeras décadas del siglo XIX que otorgaron una dimensión normativa a la igualdad formal en su expresión de igualdad ante la ley. Aun así, cabe notar las ambigüedades de esta época pues existían diversos ‘condicionantes de los derechos humanos’, que se han identificado con la posición marginal del individuo en el orden internacional, la concepción de superioridad cultural occidental y la ausencia de una concepción de los derechos humanos. Sin embargo, paralelamente fueron desarrollándose normas en torno a la protección diplomática, la abolición de la esclavitud, la codificación del Derecho internacional humanitario (la normatividad aplicable en el contexto de los conflictos armados), y la protección internacional de las minorías nacionales.¹¹

10. En este contexto, el proceso de universalización de los derechos humanos comenzó propiamente en el siglo XX. La creación de la Sociedad de Naciones en 1919 al término de la Primera Guerra Mundial, significó un avance central en el desarrollo de los derechos humanos, y su formulación de los principios de igualdad y no discriminación se contemplaron como instrumento para la protección de las minorías, papel que en ocasiones ha quedado relegado en la doctrina jurídica internacional contemporánea. En efecto, esta organización internacional en realidad impulsó la transición del derecho internacional de los trabajadores a la creación de la Organización Internacional del Trabajo como sede central de la

⁶ Véase, e.g., A. PELÉ, “Montaigne y Las Casas, dos defensores de la dignidad humana”, en AA. VV. *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba* (Madrid, Dykinson, vol. 3, 2008), pp. 959-974.

⁷ M. BEUCHOT, *Los fundamentos de los derechos humanos en Bartolomé de las Casas*, Barcelona, Anthropos, 1994, p. 32. Véase también F. VITORIA, *Derecho natural y de gentes*, título original: *Relectiones theologicae, R. P. Fr. Franciscini Victoriae*, Buenos Aires, Emecé Editores, 1946, pp. 160 y 161; y para un análisis detallado de la relación de la idea de igualdad con el desarrollo de la idea de dignidad en las Américas y particularmente en México, véase R. LÓPEZ SÁNCHEZ, ‘La dignidad humana en México: su contenido esencial a partir de la jurisprudencia alemana y española’, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (vol.51, n. 151, 2018), pp.135-173.

⁸ Véase U.S. Declaration of Independence’ y ‘Virginia Declaration of Rights’, así como, e.g., J.P. GREENE, *All Men Are Created Equal: Some Reflections on the Character of the American Revolution*, Oxford University Press, 1976.

⁹ Véase, e.g., J.A. GARCÍA DE CORTÁZAR Y SAGARMÍNAGA, ‘La Revolución Francesa. Antinomia de sus ideas: libertad e igualdad’, *Fundación Speiro*, Reuniones 1971, pp. 997-1028., en particular pp. 1014 y sigs.

¹⁰ W.D. JORDAN, *White Over Black: American Attitudes toward the Negro, 1550-1812*, University of North Carolina Press, segunda edición, 2012; y respecto de la postura post-Revolución Americana, véase G.M. FREDRICKSON, *The Black Image in the White Mind: The Debate on Afro-American Character and Destiny 1817-1914*, Harper & Row, Nueva York, segunda edición, 2008.

¹¹ Véase C.R. FERNÁNDEZ LIESA, *El Derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*, Thompson Reuters, 2013, particularmente en los capítulos tercero y cuarto de la obra.

defensa mundial de los derechos laborales, y supuso también un primer paso en el reconocimiento normativo de otros derechos económicos, sociales y culturales, esenciales para la consecución de la igualdad.¹²

11. Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial y como reacción al genocidio sufrido por la población judía y la tragedia humanitaria derivada de la guerra, los principios de igualdad y no-discriminación se articularon integralmente en diferentes partes de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que se analizará en el siguiente apartado.

2. Revisión conceptual en la normativa y la doctrina jurídica internacional

12. En cuanto al concepto de igualdad, debe recordarse que la igualdad es una noción relacional. Ello se traduce en que vincula dos objetos, circunstancias o personas, es decir, los ‘pares en comparación’. Por lo tanto, si en cierto caso no existen elementos en comparación, entonces en dicho caso no está implicada una cuestión de igualdad.

13. Consideremos bajo esta luz dos disposiciones fundamentales de la DUDH. La primera es el artículo 2, que establece que

Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

14. Como puede observarse, el artículo 2 de la DUDH se refiere al principio general y al derecho concreto de igualdad, y reconoce todos los derechos de la Declaración Universal para todas las personas ‘sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición’. Esta disposición prohíbe la discriminación basada en el estatus, es decir, la “igualdad entre grupos”, (por ejemplo, entre hombres y mujeres,) pero no intra-grupos o entre los miembros al interior de cada colectivo (“igualdad uno-a-uno”, por ejemplo, entre diferentes mujeres individuales).

15. La otra disposición central de la DUDH es el Artículo 7, que reconoce el derecho de todas las personas a la ‘igualdad ante la ley’ así como a la ‘igual protección de la ley’ o la ‘protección igualitaria de la ley’. Los términos del Artículo 7 podrían interpretarse en el sentido de requerir una igualdad positiva,¹³ aunque sus significados precisos no fueron definidos con precisión por los redactores y este punto continúa siendo discutido por la academia actualmente.¹⁴ A pesar de la continua controversia, está claro que la mayoría de los redactores entendieron que había una diferencia entre los conceptos de no discriminación, igualdad ante la ley e igual protección de la ley.¹⁵

¹² Véase a mayor profundidad, G. PECES-BARBA, W. FERNÁNDEZ GARCÍA, R. ASIS, R., J. ANSUATEGUI, J., C. FERNÁNDEZ LIESA, *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo IV. Siglo XX, Vol. III. ‘El Derecho Internacional de los Derechos Humanos’, Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2013, en particular el libro II del Vol. III referido, en el primer capítulo de Carlos R. FERNÁNDEZ LIESA, ‘La Sociedad de Naciones y los derechos humanos’, pp. 1-72.

¹³ En este sentido, véase B.G. RAMCHARAN, ‘Equality and Non-Discrimination’, en L. HENKIN (ed), *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights* (Columbia University Press 1981), incluido en S. FARRIOR (ed), *Equality and Non-Discrimination under International Law*, Vol. 2 (Routledge 2016) 38; así como D. GIMÉNEZ GLUCK, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa* (Valencia, Tirant lo Blanch, 1999).

¹⁴ J. T. MÖLLER, ‘Article 7’, en G. ALFREDSSON Y A. EIDE (eds), *The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement* (The Netherlands, Kluwer Law International, 1999) 153.

¹⁵ Véase G. MACNAUGHTON, ‘Untangling equality and non-discrimination...’, *op. cit.*

16. El análisis de los *Travaux préparatoires* de la DUDH de 1948 y su posterior discurso de los Estados en el escenario de la (antigua) Comisión de Derechos Humanos de NU y la Asamblea General de NU (AGNU) revela que el principal debate jurídico y político sobre el derecho a la igualdad antes de la ley se llevó a cabo en el marco de la negociación de la Convención de la NU para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) durante la década de 1960.¹⁶ En la negociación en 1963 del Proyecto de Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (instrumento precursor de la Convención) dentro del Tercer Comité de la AGNU, los Estados expresaron el entendimiento de que la eliminación de la discriminación racial era una consecuencia natural del principio de igualdad. A modo de ejemplo, Madagascar declaró que "era satisfactorio que el Comité hubiera decidido comenzar su trabajo al examinar un proyecto que reafirmaría muy positivamente ese principio [de igualdad] al dar efecto a las disposiciones de los artículos 2 y 7 de la Declaración Universal, según los cuales todo el mundo, sin distinción de ningún tipo, tenía derecho a todos los derechos y libertades establecidos en la Declaración Universal y a la *igual protección de la ley*".¹⁷

17. De hecho, durante la década de 1960, la diferenciación racial se convirtió en el campo de batalla donde los países de África y Asia aún bajo dominio colonial podían argumentar a favor de la descolonización basándose en el argumento de la universalidad del derecho a la igualdad y revelando la hipocresía de poderosos Estados colonizadores (pero defensores de los derechos humanos) que pudieran afirmar lo contrario.¹⁸

18. Con la adopción en 1965 de la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) y su entrada en vigor en 1969 como el primer tratado internacional de derechos humanos en iniciar su vigencia, el derecho de igualdad ante la ley y particularmente el derecho a la no discriminación por raza se convirtió en derecho internacional plenamente vinculante (aunque a lo largo de los años, como es bien sabido, la DUDH también ha adquirido la condición de derecho internacional consuetudinario como fuente autónoma de derecho internacional público).¹⁹ El artículo 5 del CERD establece específicamente la prohibición de la discriminación racial y la obligación de eliminarla en todas sus formas y de 'garantizar el derecho de toda persona a la *igualdad ante la ley*, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico' en el ejercicio de los derechos protegidos por la Convención. Esta disposición resultaría pertinente para impugnar, por ejemplo, los intentos contemporáneos de negar o pasar por alto los derechos humanos de las personas migrantes indocumentadas, conductas que pueden estar sujetas a la prohibición de la discriminación sobre la base de 'raza, color u origen nacional o étnico'.

19. Como se examinará con más detalle en el siguiente apartado, aparte de la CERD, otros tratados básicos de derechos humanos adoptados a nivel de NU y en los ámbitos regionales, incluyen disposiciones que reiteran el derecho a la igualdad ante la ley y la protección igualitaria de la ley. Particularmente en los primeros años de la construcción internacional de los derechos humanos jurídicamente vinculantes, los dos principales pactos internacionales -sobre los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)-, adoptados en 1966, recogen estos derechos y complementan así el Art. 7 de la DUDH y reafirman la posición de la llamada 'Carta Inter-

¹⁶ Véase 'Equality', en UN HUMAN RIGHTS TREATIES, *Travaux Préparatoires*, University of Virginia School of Law, disponible en <http://hr-travaux.law.virginia.edu/subjects/equality>

¹⁷ Intervención del Sr. Ramaholimihaso (Madagascar), A/C.3/SR.1214, UNGA 18th Session, Third Committee, 1214th Meeting, 27 September 1963, para. 36, disponible en UN HUMAN RIGHTS TREATIES, *Travaux Préparatoires*, University of Virginia School of Law, <http://hr-travaux.law.virginia.edu/document/icerd/ac3sr1214/nid-21>. Énfasis agregado. Traducción propia del inglés.

¹⁸ En este sentido, véase el trabajo de investigación de S. L. B. JENSEN en el libro de este autor, *The Making of International Human Rights: The 1960s, Decolonization, and the Reconstruction of Global Values*. Human Rights in History Series (Cambridge University Press 2016), 3, 51, 137-138, 208, que proporciona un estudio detallado e históricamente fundado, distinto a la perspectiva tradicional más eurocéntrica sobre la construcción normativa de los derechos humanos. Véase también en esta línea a K. SIKKINK, 'El Papel Protagonista de Latinoamérica en los Derechos Humanos', *Revista SUR*, vol. 12, no. 22, 2015, pp. 215-228.

¹⁹ O. SCHACHTER, *International Law in Theory and Practice* (Martinus Nijhoff Publishers 1991) 335-342.

nacional de Derechos Humanos' (formada por la DUDH y los dos Pactos) como el fundamento para su desarrollo jurídico. Consecuentemente, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), adoptada en 1979 como instrumento de no discriminación, también incluye específicamente en su Art. 2.c) y d) el derecho de la mujer a la *igual protección de la ley*, abordando así una de las formas más extendidas de discriminación, en ese momento y en la actualidad, que sigue dando lugar a la desigualdad de género.²⁰

20. Todo lo anterior da lugar a la reflexión acerca de la naturaleza jurídica del principio de igualdad en el derecho internacional, desde la perspectiva de sus fuentes -tratados internacionales, costumbre internacional y principios generales del derecho- fuentes primarias conforme al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. A través de ese lente, se observa que la igualdad ante la ley es un principio y a la vez una norma.

21. En efecto, consideremos que, como explican Gutiérrez Espada y Cervell Hortal, 'si los principios encarnan los valores fundamentales del Ordenamiento [internacional], las normas establecen reglas más concretas, que van regulando la diversidad y pluralidad de situaciones que se producen entre los miembros del grupo social'.²¹ En ese sentido, la articulación de la igualdad ante la ley como principio se constata, entre otros factores, a través de su inclusión en la DUDH, punto centripeto de referencia de los valores esenciales de la comunidad internacional y además considerada hoy en día costumbre internacional, como ya se ha referido.

22. Al mismo tiempo, la igualdad ante la ley es también una norma en el sentido referido, pues está reflejada en reglas específicas que mandatan ciertas conductas en situaciones determinadas. Esta norma es de carácter convencional y también consuetudinario, pues la igualdad ante la ley se contempla en diversas disposiciones jurídicas de tratados internacionales concretos y se refleja también en las Constituciones y en la práctica de varios Estados, como se estudia a lo largo de este texto.

23. La perspectiva aquí expuesta se confirma al observar que la igualdad ante la ley se ha considerado como un principio y como un derecho en numerosas jurisdicciones nacionales,²² así como a nivel de la Unión Europea.²³ Ciertamente, puede considerarse a la igualdad 'como valor, como principio y como derecho fundamental'.²⁴

24. Todo ello sumado al examen que en este artículo se realiza de la jurisprudencia del sistema de NU y los sistemas regionales de derechos humanos, permite concluir que en el derecho internacional público la igualdad ante la ley es un derecho humano específico contenido en normas jurídicas de tra-

²⁰ A lo largo de los años hasta la fecha actual, la consideración del derecho de igualdad ante la ley a nivel de NU se ha centrado en diversos temas; algunos de los principales -basados en el número de referencias al término en instrumentos y debates sobre derechos humanos- incluyen, en este orden: 'personas con discapacidad', 'derechos del niño', 'tortura y otros tratos crueles', 'derechos civiles y políticos', 'desaparición de personas', 'jóvenes', 'discriminación racial', 'personas mayores', 'trabajadores migrantes', 'derechos económicos, sociales y culturales', y sólo con un nivel medio de priorización el tema de 'mujeres'; véase TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS DE NU, *Travaux Préparatoires*, *op. cit.*

²¹ C. GUTIÉRREZ ESPADA Y M.J. CERVELL HORTAL, *El derecho internacional en la encrucijada* (Trotta, España 2017), cuarta edición, p. 33.

²² Considérese, e.g., AUSTRALIA LAW REFORM COMMISSION, *Equality before the law*, Sydney, NSW, 1993; I. DÍAZ GARCÍA, 'Igualdad en la aplicación de la ley: concepto, iusfundamentalidad y consecuencias', *Ius et Praxis*, vol.18, n.2, Chile, 2012, pp.33-76; R. LÓPEZ SÁNCHEZ, 'La dignidad humana en México: su contenido esencial a partir de la jurisprudencia alemana y española', *op. cit.* y C.M. CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, 'Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: un intento de delimitación', en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, no. 50/51, 2005. pp. 193-2018.

²³ Véase, e.g., R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes* (Paris: L.G.D.J., 2003); y R. LANG, *Complex equality and the Court of Justice of the European Union: reconciling diversity and harmonization* (Brill, Boston, 2018).

²⁴ A. MONTOYA MELGAR (Director), Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA (Coordinador), 'La igualdad como valor, como principio y como derecho fundamental', *Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas). Igualdad de Mujeres y Hombres*, (Aranzadi, S.A.U., 2007).

tados internacionales concretos, y confirmado por la costumbre internacional, a la vez que un principio general que permea de forma transversal toda la interpretación del sistema jurídico internacional.

III. Igualdad ante la ley e igual protección de la ley en el sistema de Naciones Unidas y los sistemas regionales de derechos humanos

25. Las disparidades abismales entre las personas que encontramos a nivel fáctico en casos de discriminación múltiple y a menudo inter-seccional y las desigualdades estructurales en oportunidades, tratamiento, recursos, poder y acceso a bienes y servicios básicos en nuestro mundo de hoy, dan testimonio de las violaciones cotidianas a los derechos universales de igualdad ante la ley e igual protección de la ley,²⁵ y nos abren la puerta a una mayor reflexión sobre los instrumentos jurídicos existentes en la materia.

26. Como se mencionó anteriormente, los instrumentos de derechos humanos generalmente contienen dos tipos de derechos que protegen la igualdad de trato. En primer lugar, una prohibición de la discriminación en el disfrute de los derechos establecidos en el instrumento respectivo, como el Artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y en los niveles regionales, el Artículo 2 de la Convención Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), el Artículo 1,1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el Artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). La igualdad de trato prevista en estas disposiciones se refiere únicamente al disfrute de los derechos contenidos en cada uno de los instrumentos.

27. Por otro lado, disposiciones como el Artículo 26 del PIDCP, y las similares a nivel regional, establecen un requisito general de igualdad según el cual todos deben estar protegidos por la ley, deben ser tratados por igual ante la ley y todas las leyes deben aplicarse por igual a todas las personas bajo la jurisdicción del Estado sin discriminación. Si bien en ocasiones la igualdad ante la ley se ha comparado con la igualdad formal (igualdad *de iure*),²⁶ la historia de la redacción de la llamada ‘Carta Internacional de Derechos Humanos’, como se verá a lo largo de este estudio, indica que la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley, por lo general, se entienden de una forma amplia como derechos igualitarios que abarcan aspectos tanto de la igualdad de hecho como de derecho.²⁷

1. Sistema de Naciones Unidas

28. En los tratados de derechos humanos de NU, varias disposiciones de distintos instrumentos se refieren a la igualdad ante la ley.²⁸ Pasando a la llamada ‘Carta Internacional de Derechos Humanos’ como centro de atención, recordemos que el PIDCP establece en el Artículo 26 que

Todas las personas son *iguales ante la ley* y tienen derecho sin discriminación a *igual protección de la ley*. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas una protección igual y efectiva contra la discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, propiedad, nacimiento u otro estatus.

²⁵ Habría que considerar que incluso cuando el mundo ha avanzado en la abolición de las distinciones formales, legales e institucionales sobre las personas -por ejemplo, Mauritania como el Estado que más recientemente eliminó formalmente la esclavitud de su Constitución en 1981-, los movimientos anti-abolicionistas allí y en otras partes del mundo siguen confrontando la esclavitud de las personas negras que aún permanece como una realidad social. Véase, por ejemplo, Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, G. SHAHINIAN, Adición, Misión de seguimiento a Mauritania, A/HRC/27/53/Add.1, 26 de agosto de 2014.

²⁶ L. SLINGENBERG, *The Reception of Asylum Seekers under International Law: Between Sovereignty and Equality* (Hart Publishing 2014) 91, particularmente el análisis en el pie de página no. 15.

²⁷ Véase B.G. RAMCHARAN, ‘Equality and Non-Discrimination’, *op. cit.*, 36-39.

²⁸ Además de los instrumentos aquí analizados, véase la Declaración de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la discriminación o las convicciones, 25 de noviembre de 1981, la Declaración de la Conferencia General de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura sobre la raza y los prejuicios raciales, de 27 de noviembre de 1978; y la Declaración de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, de 18 de diciembre de 1992.

29. La adopción del Artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al igual que el Artículo 7 de la DUDH, enfrentó el debate sobre el significado de los términos “no discriminación”, “igualdad ante la ley” e “igual protección de la ley”.²⁹ No se llegó a un consenso sobre una interpretación exacta de estas diferentes disposiciones.³⁰ Algunos autores han sugerido que bajo el PIDCP “igualdad ante la ley” significa simplemente que la ley debe aplicarse de la misma manera a todos, es decir, que esta parte del artículo no se traduciría en una obligación de igualdad sustantiva sino que estaría dirigida sólo a la implementación. “Igual protección de la ley”, por el contrario, estaría dirigida al poder legislativo interno de los Estados y determinaría obligaciones negativas y positivas.³¹

30. Lo que se puede concluir es que en la redacción del Artículo 26 se confirmó que la ‘igualdad’ en general no obliga a un tratamiento idéntico y permite, en cambio, ‘diferenciación razonable’ entre individuos o grupos de individuos con base en razones pertinentes y significativas.³²

31. Esta ausencia de definición en cuanto al significado de la igualdad, permitió al Comité de Derechos Humanos (CDH, organismo de supervisión del cumplimiento del PIDCP) a emitir en 1989 su Observación General N° 18, “No discriminación”, en la que el Comité detalla su interpretación de los artículos 2 y 26.³³ Si bien proporcionó una definición de “discriminación” basada en las definiciones de la CERD y el CEDAW, e incluso cuando afirmó que los principios de igualdad ante la ley e igual protección de la ley también se incluyen en el Artículo 26, el Comité no definió estos derechos y tampoco clarificó las maneras en las que pueden ser diferenciados de la no discriminación.³⁴ El Comité explica, sin embargo, que los rangos de los Artículos 2 y 26 son distintos, y se interpreta que este último no se limita a duplicar el Artículo 2, sino que encierra un derecho autónomo. De hecho, el Artículo 26

prohíbe la discriminación *de hecho o de derecho* en cualquier campo regulado y protegido por las autoridades públicas. Por lo tanto, el artículo 26 se refiere a las obligaciones impuestas a los Estados Partes en relación con su legislación y la aplicación de la misma.³⁵

32. Si bien el texto de la cláusula de no discriminación del Artículo 2 del PIDCP establece la obligación de los Estados de brindar protección en la legislación contra la discriminación respecto de los derechos del Pacto, las disposiciones de igualdad del Artículo 26 no se limitan a los derechos del propio Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sino que pueden cubrir cualquier área en que el Estado actúe.

33. Como tal, el Artículo 26 no es restrictivo (esto es, considerándolo sólo como parte del igual estatus legal o abarcando simplemente la igualdad ante los tribunales), y más bien es una visión independiente que cubre el principio de igualdad general y no discriminación del artículo 7 de la DUDH, y protege la igualdad más allá de individuos o grupos específicos. En consecuencia, en la evaluación de los informes de los Estados Partes, el Comité de Derechos Humanos ha apoyado la interpretación de que el Artículo 26 involucra no sólo las obligaciones pasivas de evitar la discriminación sino también obliga-

²⁹ M. NOWAK, *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR commentary* (Germany, N.P. Engel, 1993) 462.

³⁰ T.A. CHOUDHURY, ‘The drafting of Article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights’, *European Human Rights Law Review* 5 (2002), 602.

³¹ M. NOWAK, *op. cit.*, 466-468.

³² Anexos del documento 10 GAOR, UN Doc. A/2929 para. 34 (1955). Previamente, la Secretaría General de NU había remitido un memorando a la entonces Subcomisión de NU sobre la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías, que definió la discriminación de manera similar; UN Doc. E/CN.4/Sub.2/40, paras. 33-36 (1949).

³³ CDH, Observación General No. 18, ‘No-discriminación’ (1989), UN Doc. No. HRI/GEN/1/Rev.6 (2003), 146. Véase también CDH Observación General No. 28: ‘Artículo 3 (La Igualdad de Derechos entre Hombres y Mujeres) de 2000’; y Observación General No. 32: ‘Artículo 14, Derecho a la igualdad ante cortes y tribunales y a un juicio justo’, de 2007.

³⁴ G. MACNAUGHTON, *op. cit.*, y W. VANDENHOLE, *Non-discrimination and equality in the view of the UN human rights treaty bodies* (Intersentia 2005) 86.

³⁵ CDH, Observación General No. 18, ‘No-discriminación’, *op. cit.*, para. 7. Véase también en esta misma interpretación A. F. BAYEFESKY, ‘The principle of Equality or Non-discrimination in International Law’ (1990), 11 *Human Rights Quarterly*, en S. FARRIOR (ed), *Equality and Non-Discrimination under International Law*, Vol. 2 (Routledge 2016) 73.

ciones positivas del Estado respecto a proteger a las personas de forma activa contra la discriminación,³⁶ una opinión que ya había respaldado también en su Observación General N° 4, "Artículo 3 (PIDCP) (Igualdad de género)", adoptada en 1981.

34. Al mismo tiempo, en virtud de la Observación General N° 18, el Artículo 26 no sólo protege la igualdad de los derechos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sino que amplía la garantía de igualdad para incluir también los derechos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Si bien el PIDESC no incluye una disposición de igualdad similar al Artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la obligación del Artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se extiende incluso a los Estados que no son parte del PIDESC, quienes deben respetar los derechos de igualdad del Artículo 26 cuando regulan los sectores económicos y sociales.³⁷ Debe hacerse notar también que en los estados de excepción permitidos por el Artículo 4 del PIDCP permiten la suspensión excepcional de ciertos derechos, pero la igualdad y la garantía de no discriminación del Artículo 26 permanece como un derecho aplicable de forma transversal como una dimensión intangible de todos los derechos del PIDCP.³⁸

35. La jurisprudencia del CDH sobre el Artículo 26 ha sido ampliamente estudiada y se refiere a una amplia gama de temas sobre igualdad, en materia de discriminación sexual y de género, la igualdad con respecto a las diferencias en la sentencias de delincuentes juveniles, a las distinciones en diferentes estados dentro de un país federal,³⁹ a casos relativos a la seguridad social, a la igualdad de derechos de conscriptos y civiles en el servicio militar y alternativo, a la no discriminación en las escuelas públicas y privadas, a la igualdad ante los tribunales, a la igualdad en cuanto a la indemnización o la restitución de la propiedad confiscada⁴⁰, y de forma coherente con la última parte del texto del Artículo 7 de la DUDH (confirmado en el Artículo 20 del PIDCP), se aborda la prohibición de la incitación a la discriminación.⁴¹ Baste decir para los efectos del presente estudio que en general, en dicha jurisprudencia se corrobora la amplia interpretación igualitaria de esta disposición y, como tal, el Artículo 26 ha constituido un punto de referencia para interpretaciones relacionadas.⁴²

36. Volviendo más específicamente al PIDESC, en 2005 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de NU (Comité DESC) emitió la Observación General No. 16, "Igual derecho de hombres y mujeres al disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales", y en 2009 su Observación General N° 20, "No discriminación en los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2)", que toma como punto de partida la Observación General N° 18 del Comité de Derechos Humanos. Sobre la base de la definición del Comité DESC, la 'discriminación' puede ser entendida hoy en día como

cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferente que se base directa o indirectamente en los motivos de discriminación prohibidos y que tenga la intención o el efecto de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en pie de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales.⁴³

³⁶ Véase B.G. RAMCHARAN, 'Equality and Non-Discrimination', en L. Henkin (ed), *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights* (Columbia University Press 1981), incluido en S. Farrior (ed), *Equality and Non-Discrimination under International Law*, Vol. 2 (Routledge 2016) 38.

³⁷ En este sentido, véase G. MACNAUGHTON, 'Untangling equality and non-discrimination...', *op. cit.*

³⁸ Véase CDH, Comunicación No. 195/1985, *Delgado Páez v. Colombia*, 12 de julio de 1990.

³⁹ Véase D. SHELTON, *op. cit.*, 31-35.

⁴⁰ Véase, e.g., J. TH. MOLLER, 'Article 7', *op. cit.*, 169-186.

⁴¹ Véase, e.g., del CDH, el caso *Mohamed Rabbae, A.B.S y N.A. v Países Bajos*, sobre la incitación a la discriminación racial, en 'Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, concerning communication No. 2124/2011, CCPR/C/117/D/2124/2011', 29 de marzo de 2017.

⁴² Para un análisis más detallado, véase T.A. CHOUDHURY, 'The drafting of Article 26...', *op. cit.*

⁴³ Comité DESC, Observación General No. 20, 'No Discriminación en los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2, para. 2)', E/C.12/GC/20, 10 de junio de 2009, párrafo 7, en combinación con el Art. 1 CERD; Art. 1 CEDAW; y Art. 2 de la Convención de NU sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). Véase también CDH, Observación Gen-

37. Esta definición de la discriminación puede servir para arrojar luz al momento de determinar el alcance exacto de los derechos de igualdad ante la ley e igual protección de la ley en casos dudosos.

38. Posiblemente visto como una limitación a la igualdad ante la ley permitida por el propio derecho internacional de los derechos humanos, nos encontramos con el condicionamiento de ser nacional de un Estado para poder ejercer ciertos derechos políticos como el derecho a votar y a ser votado, o las salvedades permitidas respecto de la libertad de movimiento dentro de un Estado (artículos 25 y 12.1 PIDCP, respectivamente) En el terreno de los DESC, el artículo 2.3 del PIDESC establece que "los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarían los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a los no nacionales". Sin embargo, esta disposición debe interpretarse de manera amplia bajo la obligación general de no discriminación, según la cual el Comité DESC ha declarado claramente que los DESC 'se aplican a todos, incluidos los no nacionales, como los refugiados, los solicitantes de asilo y los apátridas, los trabajadores migrantes y las víctimas de trata, independientemente de su estatus legal y documentación'.⁴⁴

39. Otros instrumentos de derechos humanos como la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada en 1990, incluyen el derecho de igualdad ante la ley y la protección igualitaria de la ley, y más recientemente, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), adoptada en 2006, también establece que "todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación, a la igual protección y el mismo beneficio de la ley" (Artículo 5.1). La Convención sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, adoptada también en 2006, tiene en cuenta la igualdad ante la ley, aunque a *contrario sensu*, ya que define como una de las características de esta violación, la de colocar a la persona desaparecida 'fuera de la protección de la ley' (Artículo 2).

40. De forma interesante a efectos de una definición positiva de "igualdad", la CDPD adopta una definición expansiva de discriminación que incluye, por ejemplo, la falta de medidas de acción positiva y la denegación de ajustes razonables para las personas con discapacidad (Artículo 2).

41. De hecho, en su última Observación General N° 6, "Igualdad y no discriminación", adoptada en marzo de 2018, el Comité sobre la CDPD otorga contenido preciso al modelo de "igualdad inclusiva" desarrollado por la CDPD, que abarca la igualdad sustantiva pero también contemplando "(a) una dimensión redistributiva justa para abordar las desventajas socioeconómicas; (b) una dimensión de reconocimiento para combatir el estigma, los estereotipos, los prejuicios y la violencia y para reconocer la dignidad de los seres humanos y su interseccionalidad;⁴⁵ (c) una dimensión participativa para reafirmar la naturaleza social de las personas como miembros de grupos sociales y el pleno reconocimiento de la humanidad a través de la inclusión en la sociedad; y (d) una dimensión acomodaticia para hacer espacio a la diferencia como una cuestión de dignidad humana".⁴⁶ El Comité también aclara que, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 5 de la CDPD, además de la "protección igualitaria de la ley", el Convenio abarca "el mismo beneficio de la ley", que se refiere específicamente a la obligación de los Estados Partes de "eliminar obstáculos para acceder a todas las protecciones de la ley y los beneficios de la igualdad de acceso a la ley y la justicia para hacer valer los derechos de las personas con discapacidad".⁴⁷

eral No. 18, paras. 6 and 7. Sobre el derecho a la no discriminación sobre la base de la condición de migrante, véase COMITÉ CERD, Observación General No. 30, 'Discriminación contra los no ciudadanos', adoptada el 1 de octubre de 2004 (Comentarios Generales), HRI/GEN/1/Rev.7/Add.1, 4 de mayo de 2005.

⁴⁴ COMITÉ DESC, Observación General No. 20, 'No Discriminación en los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2, para. 2)', *ibid.*, para. 30.

⁴⁵ Sobre interseccionalidad, y considerando el análisis sobre desafíos para la igualdad presentado en este texto, véase M. CAMPBELL, 'Women, poverty, equality: the role of CEDAW', Oxford (UK), Portland, Oregon, Hart Publishing, 2018.

⁴⁶ COMITÉ SOBRE LA CDPD, Observación General No. 6, 'Igualdad y No Discriminación', Versión avanzada no editada, CRPD/C/GC/6, 9 de marzo de 2018, para. 11. Véase también Observación General No. 1 del mismo Comité sobre 'Igual reconocimiento ante la ley', basada principalmente en el Art. 6 de la DUDH sobre el derecho a la personalidad jurídica.

⁴⁷ *Ibid.*, para. 16.

2. Sistemas regionales

42. En el plano de los sistemas regionales de derechos humanos, el Artículo 3 de la CADHP, el Artículo 24 de la CADH y el Protocolo 12 del CEDH establecen un requisito general de igualdad según el cual todos deben ser tratados por igual ante la ley y obliga a la ley a proteger a todas las personas por igual. Este derecho también está reconocido en la Declaración de Derechos Humanos de la Asociación de Estados del Sudeste Asiático (ASEAN, por sus siglas en inglés) y en el Artículo 11 de la Carta Árabe de Derechos Humanos.

43. A nivel europeo, la jurisprudencia sobre el derecho a la igualdad y la no discriminación no es extensa. El artículo 14 del CEDH que prohíbe la discriminación tiene un alcance restringido y la jurisprudencia que se deriva de él ha sido algo inconsistente debido a la naturaleza accesoria inicial y la posterior condición autónoma del artículo 14 del CEDH. En un caso inicial ‘Ciertos aspectos de las leyes sobre el uso de las lenguas en la educación en Bélgica’, decidido en 1968, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) consideró una violación del artículo 2 del Protocolo No. 1 (que garantiza el derecho a la educación) en conjunto con el Artículo 14 del CEDH. Asimismo, se llevaron a cabo interpretaciones posteriores en el sentido de que el Artículo 14 debe entenderse como parte integrante de cada uno de los artículos del CEDH que establecen derechos y libertades.⁴⁸

44. Una cláusula similar al Artículo 14 del CEDH se incluye en el Artículo ‘E’ de la Carta Social Europea Revisada (Parte V), adoptada en 1996. Estas disposiciones, sin embargo, sólo son aplicables en conjunción con otros derechos de los tratados y no de forma autónoma. Más tarde, con la adopción en 2000 del Protocolo 12 al CEDH, se agregó un derecho más amplio a la no discriminación pues se volvió aplicable a cualquier derecho establecido por la ley. Por lo tanto, igual que en la aplicación del Artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Protocolo 12 del CEDH no requiere la conexión con otros derechos convencionales.

45. Algunos ejemplos ilustrativos de los casos judiciales más recientes relacionados con el Artículo 14 se refieren a la discriminación por razón de nacionalidad. A ese respecto, el TEDH ha sostenido que la diferenciación sobre la base exclusiva de la nacionalidad debe ser justificada por los Estados Parte en el CEDH con alguna razón convincente de política pública.⁴⁹ Otros desarrollos recientes interesantes del TEDH incluyen el análisis del tema de la violencia contra las mujeres como una forma de discriminación contra las mujeres y una violación a la igual protección de la ley (desarrollado de forma similar en los niveles interamericano y africano), así como también casos de personas migrantes indocumentadas, a estudiarse en el siguiente apartado.

46. Recordemos también que el CEDH es vinculante para la UE (y para los Estados Miembros cuando se lleven a cabo acciones dentro del ámbito del Derecho de la UE) mediante el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (TUE).⁵⁰

47. Por su parte, el TUE, en su artículo 2 realiza una proclamación formal de los valores superiores de la Unión, entre los que se encuentran la igualdad y la no discriminación. La igualdad aparece

⁴⁸ Véase, e.g., ICELANDIC HUMAN RIGHTS CENTRE, ‘The right to equal protection and the prohibition of discrimination’, disponible en <http://www.humanrights.is>

⁴⁹ Véase, e.g., TEDH, Caso *Luczak v. Polonia* (Aplic. No. 77782/01), sentencia del 27 de noviembre de 2007, para. 48; Caso de *Andrejeva v. Latvia* (Aplic. No. 55707/00), sentencia del 18 de febrero de 2009. Sobre la relación entre la igualdad ante la ley en el Derecho de la UE y su relación con el derecho internacional y europeo de derechos humanos, véase, por ejemplo, B. DE WITTE, ‘National, EU Citizens and Foreigners: Rethinking Discrimination on Grounds of Nationality in EU Law’, en A. ALLEN, V. JOOSTEN, R. LEYSEN Y W. VERRIJDT (eds), *Liberiae Cogitationes. Liber Amicorum Marc Bossuyt* (Intersentia 2013) 229-240.

⁵⁰ Hay que considerar que, como se ha referido antes, de acuerdo directamente con el Derecho de la UE (aplicable a los –todavía– 28 Estados Miembros de la UE, aunque no a los 19 Estados Miembros restantes del Consejo de Europa cubiertos por el CEDH), el derecho de igualdad ante la ley está consagrado en el artículo 20 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, jurídicamente vinculante desde la entrada en vigor del Tratado de la UE, "Tratado de Lisboa", en 2009.

referida en dos ocasiones en esta disposición, primero de modo genérico, y posteriormente en su dimensión de igualdad entre mujeres y hombres, esta última vuelve a mencionarse en el art. 3. El principio de igualdad entre Estados Miembros se estipula en el Art. 4 y el de igualdad entre ciudadanos en el Art. 9. Asimismo aparece mencionado el principio de igualdad en el Art. 21 entre las disposiciones de acción exterior de la Unión. Por su parte, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea recoge en su Art. 8, entre sus disposiciones generales, la promoción de la igualdad entre mujeres y hombres, que vuelve a reiterarse entre las disposiciones reguladoras de la política social, los Artículos. 153 y 157. Finalmente, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000, dedica su apartado III a la 'Igualdad' y desarrolla este principio en sus Arts. 20, 21 y 23. A este respecto, cabe recordar también que en el ámbito de la UE se han emitido diversidad de normas de derecho derivado en la materia, entre otras, la Declaración común del Parlamento Europeo, del Consejo, de los representantes de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo y de la Comisión contra el racismo y la xenofobia de 11 de junio de 1986, la Directiva 2000/43/CE, relativa al principio de igualdad de trato y no discriminación de las personas por motivo de su origen racial o étnico, la Directiva 2000/78/CE para la igualdad de trato en el empleo o la Directiva 2002/73/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso de empleo, a la formación y a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo.⁵¹

48. Por su parte, la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha interpretado que el Artículo 20 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE es un principio general de la legislación de la UE que exige que las situaciones comparables no se traten de forma diferente y que las situaciones diferentes no se traten de la misma manera, a menos que tal trato diferente esté objetivamente justificado. En efecto, en respuesta a una petición de decisión prejudicial, el TJUE ha confirmado en 2016 que la diferencia de trato sólo está justificada si se basa en criterios razonables y objetivos, es decir, si la diferencia se relaciona con un fin legalmente permitido y perseguido por la legislación en cuestión, y si es proporcionada con el fin perseguido con el trato referido.⁵²

49. A nivel interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha contribuido de manera importante a la conceptualización de la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley principalmente a través de sus opiniones consultivas. Es especialmente relevante la Opinión Consultiva N° 4/84 sobre las enmiendas propuestas a las disposiciones sobre la naturalización de la Constitución Política de Costa Rica, adoptada en 1984, que estableció que el artículo 1,1) de la CADH (derecho general a la igualdad) debe mantener conexión con un derecho garantizado por la Convención, mientras que el Artículo 24 de la CADH (igualdad ante la ley y protección igualitaria de la ley) garantiza la igualdad no sólo con respecto al disfrute de los derechos establecidos en la Convención, sino también en relación con la aplicación de cualquier estándar nacional.

50. Como un avance relevante para el derecho internacional de los derechos humanos, la Opinión Consultiva 18/03 'Condiciones jurídicas y derechos de los migrantes indocumentados', adoptada en 2003 (OC 18/03), reafirma el más alto estatus legal del principio de igualdad y no discriminación al concluir que "el principio de igualdad ante la ley, igual protección de la ley y no discriminación pertenece al *jus cogens*, porque toda la estructura jurídica del orden público nacional e internacional se basa en él y es un principio fundamental que impregna todas las leyes".⁵³

⁵¹ Véase L. GÁLVEZ MUÑOZ, Profesor Titular de la Universidad de Murcia, 'Sinopsis del Artículo 14', Diciembre 2003, y actualizada por Sara Sieira, Letrada de las Cortes Generales, enero, 2011, en Constitución Española, disponible en <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=14&tipo=2>

⁵² Véase el análisis sobre el principio de igualdad de trato a los acreedores en procedimientos de insolvencia en TJUE, Sentencia (Sala Cuarta) de 10 de noviembre de 2016, C-156/15, petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Augstākās tiesas Civillietu departaments (Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Letonia), mediante resolución de 11 de marzo de 2015, recibida en el Tribunal de Justicia el 1 de abril de 2015, en el procedimiento entre «Private Equity Insurance Group» SIA «Swedbank» AS; y en TJUE, Sentencia del 17 de octubre de 2013, *Schaible, C-101/12, EU: C:2013:661*, párrafos 76 y 77 y jurisprudencia ahí citada.

⁵³ OC 18/03 de la CIDH, para. 101.

51. En la reciente e innovadora Opinión Consultiva No. 24, 'Identidad de género, igualdad y no discriminación de las parejas del mismo sexo', adoptada en 2017, la CIDH concluye que las violaciones a al derecho a la identidad y el derecho al registro del nacimiento violan el derecho de igualdad ante la ley.⁵⁴

52. En el ámbito africano, se debe señalar que la estipulación de no discriminación en el Artículo 2 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) es el primer derecho esencial al que se hace referencia (incluso antes que el derecho a la vida), y como tal actúa como un derecho transversal, aplicable a todos los demás derechos comprendidos en la Carta. Por otro lado, y de modo más específico, la Carta Africana también reconoce el derecho a la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley en el Artículo 3.

53. De la misma manera que el Artículo 26 del PIDCP y el Artículo 24 de la CADH, el Artículo 3 de la CADHP actúa como una garantía autónoma de no discriminación e igualdad. Por su parte, el Artículo 12.5 de la Carta Africana reconoce el problema de la expulsión masiva y discriminatoria de extranjeros y el Artículo 18 prohíbe la discriminación contra las mujeres, los niños y las personas con discapacidad y describe las medidas de acción afirmativa con respecto a las personas de edad y las personas con discapacidad.

54. Al mismo tiempo, y a diferencia de otros instrumentos de derechos humanos que se centran casi exclusivamente en el individuo, con una perspectiva más colectiva la Carta Africana prohíbe explícitamente el dominio o la discriminación por parte de un grupo de personas con respecto a otro, incluido a este respecto en el ámbito del desarrollo económico, social y cultural. También es importante para nuestro tema la adopción por la Unión Africana en 2003 de un protocolo separado y detallado sobre los derechos de las mujeres en África, que se centra en el principio de igualdad en términos de sexo y género y prohíbe la discriminación directa e indirecta 'en todas las esferas de la vida' y promueve la acción positiva (Artículos 1,b., 2,d., 9 y 12) para lograr una igualdad sustantiva entre mujeres y hombres.⁵⁵

IV. Desafíos a los derechos a la igualdad ante la ley e igual protección de la ley

55. Los derechos de igualdad son aceptados en la mayoría de las Constituciones de todo el mundo, revelando una amplia aceptación del derecho a nivel nacional,⁵⁶ lo cual en sí mismo es un avance considerando el contexto en el cual se redactó el Artículo 7 de la DUDH, marcado todavía por formas legales e institucionalizadas de desigualdad, notablemente la desigualdad racial (a través de la colonización, el *apartheid* y otras formas de segregación) y la desigualdad de género (consideremos que en 1948 la mayoría de los países del mundo ni siquiera habían reconocido el voto femenino, además de muchas otras formas de desigualdades jurídicas que afectan a mujeres y niñas). Aun así, quedan hoy en día muchos desafíos.

56. En los siguientes párrafos, identifico brevemente de forma temática las principales realidades y retrocesos que ponen este derecho a prueba (temáticas que en ocasiones se cruzan y superponen), así como los sectores clave de la sociedad más gravemente afectados por tales desafíos y la jurisprudencia paradigmática de los derechos humanos que ilustra los avances logrados y los procesos que se avecinan.

⁵⁴ OC 24/17 de la CIDH, paras. 99, 108 y 40.

⁵⁵ Protocolo de la CADHP sobre los Derechos de las Mujeres en África, 'Protocolo de Maputo', adoptado en 2003.

⁵⁶ Según la base de datos del 'Comparative Constitutions Project', 186 Constituciones de todo el mundo incluyen disposiciones sobre la 'garantía general de igualdad', a través de términos de 'igualdad' genérica, casos particulares de igualdad (la más común siendo la 'igualdad de género'), disposiciones amplias sobre 'no discriminación', estipulaciones para el cumplimiento de la igualdad sustantiva y/o la eliminación de obstáculos para su realización, y/o más explícitamente la 'igual protección ante la ley'; véase https://www.constituteproject.org/search?lang=en&key=equal&status=in_force. Véase también, e.g., la información sobre las disposiciones legales y los desarrollos jurídicos en la UE en 'European Equality Law Network', disponible en <https://www.equalitylaw.eu/legal-developments>.

57. En primer lugar, miremos a las personas migrantes indocumentadas y las personas no-ciudadanas. A este respecto, aunque la igualdad ante la ley se acepta generalmente a nivel genérico, abstracto o discursivo, las dificultades se explican cuando ciertas diferenciaciones legales se hacen sobre bases nacionalistas o se basan en el estatus migratorio irregular, muchas de las cuales son aceptadas por partes de la sociedad y en ocasiones promocionadas políticamente como demuestran preocupantemente el reciente ascenso de partidos ultranacionalistas y de extrema derecha en algunos países europeos y las medidas anti-inmigración adoptadas por EE.UU.⁵⁷ Algunas de estas diferenciaciones y la admisión de un estatus legal inferior son articuladas por la ley misma, e incluso por el propio derecho internacional de los derechos humanos, como lo han señalado algunas académicas.⁵⁸

58. Sin embargo, la brecha central se encuentra entre las legislaciones nacionales que regulan la situación de las personas no ciudadanos, especialmente personas migrantes indocumentadas, pero también solicitantes de asilo, refugiadas y apátridas, y el derecho internacional de los derechos humanos. El concepto jurídico de ciudadanía es en sí mismo excluyente y, por lo tanto, rompe con la noción de universalidad. Definir quién es ciudadano de un Estado es simultáneamente determinar quién no lo es.⁵⁹

59. Para los efectos de este análisis, vamos a argumentar que atendiendo a los principios de igualdad y no discriminación, para que la diferenciación migratoria sea válida tendría que razonarse una justificación legítima para defender la distinción. Si no existe una justificación o es insuficiente, una lectura integrada del derecho internacional de los derechos humanos indicaría que la ley y la política migratorias son discriminatorias a menos que se demuestre lo contrario. El obstáculo de esta posición, sin embargo, es que el derecho internacional de los derechos humanos se construye sobre la soberanía del Estado como expresión del derecho internacional público, y como tal acepta la existencia del Estado como un hecho, y por tanto permite (o soporta) el trazado de fronteras nacionales y las facultades del Estado en materia de control migratorio. Aun así, el tema sigue siendo muy controvertido en términos de derechos humanos, tanto teóricamente en cuanto al paradigma de los derechos humanos universales, como prácticamente en lo que concierne a la aplicabilidad de estos derechos específicamente a las personas migrantes indocumentadas. Como lo plantea Linda Bosniak, "¿hasta dónde llega la soberanía antes de dar paso a la igualdad?"⁶⁰

60. El derecho internacional de los derechos humanos ofrece algunas respuestas e interpretaciones prometedoras. Por mencionar sólo algunas de las más representativas, consideremos la conceptualización a nivel de NU de la discriminación como un fenómeno que cubre las distinciones sobre la base del estatus migratorio, como fue revisado anteriormente, y como se reiteró a su vez en 2014 por el Comité CEDAW en relación con la condición de refugio, asilo, nacionalidad y apatridia de las mujeres.⁶¹ A nivel regional, la OC 18/03 de la CIDH, antes examinada, enfatizó que 'los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de igualdad ante la ley y la no discriminación al logro de sus

⁵⁷ Véase, e.g., la referencia a la situación de los migrantes y los solicitantes de asilo en la declaración sobre el Día Internacional para la Eliminación de la Discriminación Racial, "Enfrentar las dos caras del racismo: odio resurgente y discriminación estructural", realizada por varios Expertos y Relatores Especiales de Naciones Unidas e instituciones interamericanas, 21 de marzo de 2018, en <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22856&LangID=E>

⁵⁸ En esta línea véase A. KESBY, *The Right to Have Rights: Citizenship, Humanity, and International Law* (Oxford University Press 2012) 109-110; y de forma más general C. DAUVERGNE, *Making People Illegal: What Globalization Means for Migration and Law*, Series The Law in Context (Cambridge University Press 2008) 27-8. Puede pensarse también en las limitaciones a las personas migrantes indocumentadas para ejercer ciertos derechos, derivadas de los Arts. 1.c) y 2.2b) de la Convención 189 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Trabajo Decente para Trabajadores Domésticos, adoptada en 2011.

⁵⁹ Véase, e.g., M. J. GIBNEY, 'Who Should be Included? Non-Citizens, Conflict and the Constitution of the Citizenry', en F. STEWART (ed) *Horizontal Inequalities and Conflict: Understanding Group Violence in Multiethnic Societies* (Palgrave Macmillan 2008) 27.

⁶⁰ Véase L. BOSNIAK, 'Human rights within one state. Dilemmas of personhood in liberal constitutional thought', en M. B. DEMBOUR Y T. KELLY (eds), *Are Human Rights for Migrants? Critical Reflections on the Status of Irregular Migrants in Europe and the United States* (Routledge 2011) 201-21.

⁶¹ Véase COMITÉ CEDAW, Observación General No. 32 'Gender-related dimensions of refugee status, asylum, nationality and statelessness of women', CEDAW/C/GC/32, 14 de noviembre de 2014, paras. 7 y 8.

objetivos de política pública, cualquiera que éstos puedan ser, incluidos los de *carácter migratorio*,⁶² una postura progresista confirmada en casos judiciales posteriores del tribunal interamericano.⁶³

61. Asimismo, a nivel europeo, el TEDH decidió en 2017 el caso histórico de *N.D. y N.T. v. España* en el que se determinó que el retorno inmediato ('push-back' o 'devolución en caliente') a Marruecos de inmigrantes subsaharianos que intentaban entrar en territorio español por Melilla, el enclave español del norte de África, equivalía a una expulsión colectiva de nacionales extranjeros, en violación del CEDH (Artículo 4 del Protocolo N° 4 que prohíbe las expulsiones colectivas junto con el Artículo 13 sobre el derecho a un recurso efectivo).⁶⁴ La implicación de este tipo de casos para los derechos de igualdad podría explicarse más claramente y desarrollarse en futuros casos de derechos humanos.⁶⁵

62. En segundo lugar en cuanto a análisis temático, miremos la situación de la igualdad de género. La discriminación basada en el género, y más específicamente la violencia contra la mujer como forma de discriminación, ha sido reconocida por el derecho internacional de los derechos humanos como una violación de la igualdad,⁶⁶ aunque por desgracia sigue siendo un fenómeno generalizado a nivel mundial. Aun así, la relevancia teórica y práctica de eliminar la violencia contra las mujeres como un tema de derechos humanos y una cuestión de justicia es, en general, aceptada más fácilmente por los gobiernos nacionales y la gobernanza internacional y regional, que en el caso del tema de la migración indocumentada.

63. En cuanto a la discriminación más general contra la mujer basada en prejuicios sociales y culturales, puede mencionarse como caso ilustrativo el de *Maria Ivone Carvalho v. Portugal*, resuelto por el TEDH en 2017. El caso se refiere a Maria Carvalho, quien tras una operación quirúrgica por una enfermedad ginecológica, comenzó a sufrir fuertes dolores abdominales, pérdida de sensibilidad en la vagina, dificultad para andar y sentarse, incontinencia urinaria e imposibilidad de mantener relaciones sexuales. En tribunales nacionales se demostró que estos efectos habían sido causados o empeorados por mala práctica médica durante la intervención hospitalaria. En primera instancia, el juez nacional había impuesto una indemnización por los hechos, pero la corte de apelación redujo considerablemente dicha compensación, bajo los argumentos de que, dado que sus dos hijos eran mayores, Maria Carvalho sólo tendría que cuidar de su marido, por lo que no iba a necesitar una gran ayuda para los trabajos caseros; y que a sus 50 años, la imposibilidad sobrevenida de mantener relaciones sexuales (relaciones de por sí disminuidas en una mujer de su edad) no podía tener la misma importancia que para una joven. Así, el tribunal de apelación justificó el trato desigual a la mujer en comparación con personas de igual o menor edad y de sexo masculino (sobre las cuales el mismo tribunal de apelación había resuelto casos similares de forma distinta). A nivel europeo, el TEDH concluyó que existió una vulneración del derecho de Carvalho a no ser discriminada (Art. 14 de la CEDH) y a que se respete su intimidad personal y familiar (art. 8 CEDH). Con ello, el Tribunal Europeo abordó los prejuicios y estereotipos sociales en relación con el sexo y la edad que en casos como este trascienden en una vulneración por parte del poder judicial del derecho de igualdad de las mujeres.

⁶² OC 18/03, párrafo de conclusión 11. Sobre la argumentación respectiva, véase para. 172. Énfasis añadido.

⁶³ Véase, e.g., CIDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana*, Sentencia del 8 de septiembre de 2005; *Caso de Nadege Dorzema et al. v. República Dominicana*, Sentencia del 24 de octubre de 2012; *Caso de las Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas v. República Dominicana*, 28 de agosto de 2014.

⁶⁴ TEDH, *N.D. y N.T. v. España*, Aplics. Nos. 8675/15 y 8697/15, Sentencia del 10 de marzo de 2017. Sobre migrantes indocumentados, véase también del TEDH, *Chowdury y Otros v Grecia*, Sentencia del 30 de marzo de 2017, en la cual se concluye una violación al Art. 4 (prohibición del trabajo forzado), respecto de 42 nacionales de Bangladesh que fueron sometidos a trabajo forzado por su empleador en Grecia.

⁶⁵ Es importante señalar respecto de este tema que en paralelo a la consideración de estos sucesos por el tribunal regional de derechos humanos, en julio de 2018 la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en España condenó al Estado español por incumplir parcialmente sus obligaciones administrativas de tramitación de solicitudes de asilo de refugiados procedentes de Grecia y de Italia, establecidas en las Decisiones 2015/1523 y 2015/1601 del Consejo Europeo, por las que se le asignó un cupo de 19.449 personas durante dos años, desde el 25 de septiembre de 2015 hasta el 26 de septiembre de 2017, de las que sólo ofertó un 12,85%.

⁶⁶ Véase, e.g., COMITÉ CEDAW, Observación General No. 35, 'Gender-based violence against women, updating general recommendation No. 19', CEDAW/C/GC/35, 14 de julio de 2017.

64. En lo que respecta a concebir la violencia contra la mujer como una cuestión de discriminación y una violación de la igualdad, la jurisprudencia representativa del TEDH incluye casos como *Opuz v. Turquía* (2009),⁶⁷ y *Eremia y otros v. República de Moldavia* (2013),⁶⁸ que determinaron que la violencia doméstica y la falta de investigación y protección apropiadas por parte de las autoridades implicaban una violación del Art. 2 del CEDH (derecho a la vida), en el primer caso, y del Art. 3 (prohibición de la tortura y otros tratos inhumanos o degradantes), en ambos casos, así como una violación del artículo 14 debido a una violación de la igual protección de la ley.

65. En un caso histórico y sumamente relevante para España y a nivel mundial, el Tribunal Supremo se pronunció en 2018 en relación con el caso de Ángela González Carreño, cuya hija fue asesinada en 2003 por su ex marido quien después se suicidó, hechos que ocurrieron a pesar de que Ángela había denunciado la violencia en múltiples ocasiones y había advertido a las autoridades judiciales del peligro de que permitieran visitas no vigiladas del hombre con su hija. El caso *Ángela González Carreño v. España* se había llevado en 2012 ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de UN (Comité CEDAW), quien en 2014 condenaba a España por no haber protegido a Ángela y a su hija.⁶⁹ En 2018 se emitió la primera resolución judicial del Tribunal Supremo en la que se reconoce la responsabilidad del Estado español en el asesinato de su hija por parte de su padre maltratador en el año 2003. Dicha resolución condena a España a pagar una indemnización a González de 600.000 €. ⁷⁰ El caso reviste una importancia central pues revela la discriminación y desprotección que había sufrido Ángela por parte de la justicia con los hechos originales, así como con la negativa posterior de España durante los cuatro años entre 2014 y 2018 de aplicar el dictamen de la CEDAW alegando que los dictámenes de NU no son de obligado cumplimiento. La resolución de 2018 del Tribunal Supremo tira hacia atrás esta concepción y reafirma que la igual protección de la ley, y con ello de las autoridades judiciales, es un derecho humano que debe ser garantizado para todas las personas, prestando particular atención a las personas en una situación potencial o real de discriminación, como mujeres, niñas y niños. Es por ello que la resolución auténticamente es, como la califica Gutiérrez Espada, ‘un importante punto de inflexión’.⁷¹

66. Debe referirse también como caso paradigmático en el tema de violencia contra las mujeres en relación con la igualdad, el de *Campo Algodonero v. México*, resuelto por la CIDH en 2009, y relativo a la desaparición de una mujer y dos niñas, que posteriormente fueron descubiertas como víctimas de violencia sexual y homicidio. En este caso, la CIDH determinó que existió una violación del Art. 1 de la CADH (no discriminación), entre otros, porque el Estado sabía del riesgo de que esto ocurriera debido al contexto existente de discriminación estructural contra las mujeres y, por lo tanto, tenía una obligación particularmente fuerte de prevenir y erradicar estas formas de violencia de género.⁷²

67. Dos casos en el contexto africano son dignos de mención en este tema: el caso de *EIPR e Interights v. Egipto*, resuelto en 2011,⁷³ el cual concernía los ataques violentos contra cuatro mujeres periodistas que cubrían una manifestación política del Movimiento Egipcio para el Cambio (Kefaya) que fueron ordenados y tolerados por oficiales de la policía. El caso de *Equality Now y EWLA v. Etiopía*, resuelto a fines de 2015,⁷⁴ se refiere al secuestro, la violación y el matrimonio forzado de una niña de 13 años, que fue tolerado judicialmente por las autoridades pertinentes. En ambos casos, la Comisión Africana de De-

⁶⁷ TEDH, *Caso Opuz v. Turquía*, Apl. No. 33401/02, 9 junio 2009.

⁶⁸ TEDH, *Caso Eremia y Otras v. República de Moldavia*, Apl. No. 3564/11, 28 mayo 2013.

⁶⁹ Comité CEDAW, *Ángela González Carreño v España*, Comunicación No. 47/2012, Decisión adoptada el 20 junio-18 julio 2014; véase particularmente para. 11.

⁷⁰ STS 1263/2018 (ECLI: ES:TS:2018:1263), 17 julio 2018.

⁷¹ C. GUTIÉRREZ ESPADA, ‘La aplicación en España de los dictámenes de Comités Internacionales: La STS 1263/2018, un importante punto de inflexión’, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2018), Vol. 10, N° 2, pp. 836-851 2018.

⁷² CIDH, *Caso González et al. v. México*, (*‘Campo Algodonero’ v. México*), Sentencia del 16 noviembre 2009.

⁷³ Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Egyptian Initiative for Personal Rights and INTERIGHTS v Egypt*, Comunicación 323/06, Décima Sesión Extraordinaria, 12 al 16 diciembre 2011.

⁷⁴ *Equality Now and Ethiopian Women Lawyers Association (EWLA) c. República Federal de Etiopía*, Comunicación 341/2007, 15 noviembre 2015.

rechos Humanos y de los Pueblos específicamente enmarcó el asunto como una violación del Art. 3 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (derecho a la igualdad ante la ley y a la protección igualitaria de la ley), entre otros, por el fracaso de Egipto y de Etiopía, respectivamente, para prevenir las violaciones y proteger adecuadamente a las mujeres y a la niña afectadas por estas situaciones de violencia.

68. En tercer lugar, pongamos la mirada en el tema de la desigualdad socioeconómica en los contextos nacionales y a nivel global. Se ha señalado que una sociedad con mayor desigualdad de propiedades, recursos e ingresos, será probablemente más propicia a contar con una asignación y distribución menos igualitaria del poder y, por lo tanto, peores instituciones, que tienden a replicar y a propagar las condiciones iniciales. De hecho, como lo señala Gillian McNaughton, “la desigualdad económica y social tiene un impacto en los derechos civiles y políticos, incluidos los derechos a participar en el gobierno...y a la igualdad ante la ley”. Y de modo más apremiante ella agrega

No se trata simplemente de que los ricos sean capaces de disfrutar de sus derechos humanos en un grado más completo que otras personas. El problema es que su riqueza, poder e influencia realmente disminuyen el poder de los demás y su oportunidad real de influir en las instituciones de formulación de políticas que tienen un impacto en sus vidas.⁷⁵

69. A pesar de la prevalencia de la desigualdad económica mundial, la jurisprudencia en esta área es escasa o está enmarcada como una violación de los derechos civiles y políticos (y no de los DESC), y normalmente no como una violación de la igualdad.

70. De hecho, en el caso de *M.S.S. v. Bélgica y Grecia* (2011),⁷⁶ aunque esperanzador en otros sentidos, en lo que respecta a violaciones de los DESC y el derecho de igualdad, el TEDH determinó que las condiciones materiales inhumanas en las que un solicitante de asilo afgano vivía en extrema pobreza en Grecia violaban el artículo 3 del CEDH -prohibición de la tortura y los malos tratos-, es decir, un derecho civil y político clásico, y no se pronunció sobre la violación de otros DESC, como el derecho a la salud o a la alimentación, y la vulneración del derecho de igualdad que sus condiciones de vida implicaban en relación con el resto de la población. En *Yakye Axa v. Paraguay* (2005) y *Xákmok Kásek v. Paraguay* (2010),⁷⁷ dos casos sobre violaciones, entre otros, de los DESC que afectaban a las comunidades indígenas sujetas a discriminación estructural, la CIDH no determinó una violación a la igualdad protegida en el Artículo 24 de la CADH, aunque existían razones de peso para haberlo hecho.⁷⁸

71. En vista de lo anterior, la discriminación y las violaciones de la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sobre la base de la pobreza o la situación económica, siguen siendo objeto de una mayor exploración en términos del derecho internacional de los derechos humanos y el conjunto de herramientas conceptuales y prácticas que se puede construir para abordar tales retos.

V. Reflexiones finales

72. Teniendo en cuenta los antecedentes históricos del principio de igualdad, sobre todo en el ámbito de la Sociedad de Naciones y la posterior evolución del mismo en la etapa posterior a la Segunda

⁷⁵ G. MACNAUGHTON, ‘Beyond a Minimum Threshold: The Right to Social Equality’, en L. MINKLER (ed), *The State of Economic and Social Human Rights: A Global Overview* (Cambridge University Press 2013) 290, traducción propia. Véase también por la misma autora ‘Untangling equality and non-discrimination to promote the right to health care for all’, en *Health and Human Rights Journal* (Vol 11, No 2, 2009), disponible en <http://www.hhrjournal.org/index.php/hhr/article/viewArticle/173/257>

⁷⁶ TEDH, *M.S.S. v. Bélgica y Grecia*, Apl. No. 30696/09, 21 enero 2011, para. 251; véase también paras. 232 y 233.

⁷⁷ CIDH, *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, sentencia de 17 junio 2005, Series C No. 125, paras. 38.a, b, c, y d, y 39, y *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay*, 24 agosto 2010.

⁷⁸ Véase, e.g., M. VALESKA, D. CONTRERAS Y A. K. TRABUCCO SERÁN, ‘Dos concepciones de igualdad en el sistema interamericano de derechos humanos: una superposición que amenaza a las acciones afirmativas’, Memoria de Grado (Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2009) 109-116.

Guerra Mundial, queda claro que hoy en día la igualdad, y particularmente la igualdad ante la ley, es tanto un principio del derecho internacional, como un derecho humano específico contenido en normas convencionales y consuetudinarias.

73. Considerando en especial la intención de los redactores originales de la DUDH originales y posterior desarrollo del derecho a la igualdad, este estudio ha argumentado que bajo el derecho internacional de los derechos humanos, la igualdad ante la ley no es un sustituto de la igualdad sustantiva y más bien debería ser visto como una expresión del principio general de igualdad y no discriminación, y un refuerzo necesario para eliminar los obstáculos legales e institucionales para lograr la igualdad real.

74. El reciente desarrollo de normas de derechos humanos a nivel de NU, como la adopción de la CDPD y su Observación General N° 6, de 2018, referida al modelo de la ‘igualdad inclusiva’ para las personas con discapacidad, dan testimonio del hecho de que la igualdad todavía proporciona el fundamento y guía el camino para promover, proteger y salvaguardar los derechos humanos en general.

75. A nivel regional, los sistemas inter-americano, europeo y africano de derechos humanos han realizado aportes centrales sobre la igualdad ante la ley, los más notables y progresistas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de su instrumento de opiniones consultivas.

76. Estos avances pueden contribuir a abordar de manera más integral y eficaz las violaciones al derecho de igualdad que sufren millones de personas en todo el mundo, y los desafíos que se enfrenta en cuanto a la realización efectiva de estos derechos, en particular por lo que respecta a las personas migrantes indocumentadas, la desigualdad de género y la desigualdad socioeconómica, y así contribuir a encarnar la igual dignidad humana de todas las personas sin discriminación.