

DE LA IGUALDAD COMO *LÍMITE* A LA IGUALDAD COMO *TAREA* DEL ESTADO EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE UN PRINCIPIO

FERNANDO SIMÓN YARZA

I. INTRODUCCIÓN.—II. SÍNTESIS DE LOS PRECEDENTES HISTÓRICOS Y FILOSÓFICO-POLÍTICOS: 1. *Precedentes históricos*. 2. *Fundamentos filosófico-políticos del principio constitucional de igualdad*.—III. LAS INTERPRETACIONES HISTÓRICAS DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD: A) *Primera etapa: la condenación constitucional del Antiguo Régimen*: 1. *Contenido material: abolición de privilegios, legalidad e igualdad en la aplicación de la ley*. 2. *Reconocimiento constitucional y eficacia jurídica*. B) *Segunda etapa: el desarrollo del principio de igualdad en el Derecho administrativo*: 1. *Ámbitos de aplicación del principio*. 2. *Concepto jurídico-objetivo*. C) *Tercera etapa: el «cambio de significado» del principio de igualdad*: 1. *Vinculación jurídica del legislador: el debate doctrinal*. 2. *El principio de igualdad como derecho subjetivo*. 3. *El cambio de significado en la jurisprudencia*. 4. *La consolidación del cambio*. D) *Cuarta etapa: de la igualdad como límite a la igualdad como tarea del Estado*: 1. *Síntesis histórico-jurídica*. 2. *Corolarios jurídicos del principio de igualdad entendido como límite y como tarea*.

I. INTRODUCCIÓN

La explicación clásica del principio de igualdad, a la que es habitual remitirse, aparece formulada en el Capítulo V de la *Ética a Nicómaco*. Aristóteles distingue entre dos tipos de justicia (*dikaíosyne*), el primero como observancia general de la ley y el segundo —la justicia en sentido propiamente jurídico— como una especie de igualdad que consiste en *tratar igualmente a los iguales y desigualmente a los desiguales* (1).

(1) La misma idea, en ARISTÓTELES, *Política*, 1280a, Madrid, Alianza Editorial, reimpr. 2005, pág. 132.

Norberto Bobbio ha llamado a la citada fórmula aristotélica la *regla de la justicia*, para diferenciarla de lo que él denomina *criterio de la justicia*, que consiste en determinar las cualidades relevantes para la distribución de posiciones jurídicas. Mientras el criterio de la justicia puede variar, dentro de ciertos límites, en función de las legítimas aspiraciones de la sociedad, la regla de la justicia consistiría simplemente en aplicar de modo igualitario el criterio de la justicia (2). Se puede discutir acerca del mejor modo de distribuir cargas y beneficios; lo que no es discutible es que, establecida una regla al respecto, no cabe hacer acepción de personas entre sus destinatarios.

El principio de igualdad que nuestra Constitución reconoce no se limita, como es bien sabido, a declarar la aplicación igualitaria de las normas. Al contrario, comporta una obligación fundamental respecto al *criterio de la justicia*, esto es, respecto a la selección de la cualidad relevante de la distribución. Es un principio que, por una parte, *limita* la actuación de los poderes públicos impidiendo la arbitrariedad de sus distinciones jurídicas. Por otra, les impone la *tarea* de nivelar las desigualdades injustas y construir una sociedad más equitativa.

Este entendimiento de la igualdad —que lo convierte en uno de los principios de mayor fuerza normativa de la Constitución— es fruto de un largo proceso político y jurídico. Más aún, como un prestigioso historiador del Derecho ha llegado a afirmar, ningún principio constitucional es interpretado y reinterpretado como él, para fundar las más variadas y en ocasiones ingenuas esperanzas (3). En este trabajo se exponen, de un lado, los principales *precedentes históricos* y los *fundamentos filosófico-políticos* del principio de igualdad (II); de otro, se explican las sucesivas *etapas* en su evolución en Europa (III), con un énfasis especial en el llamado «cambio de significado de la igualdad» (III.C) y en las implicaciones del progresivo entendimiento de la igualdad como tarea del Estado (III.D).

El primer epígrafe procura ser sintético, sin entretenerse en exceso en los precedentes remotos y tratando de ofrecer una exposición concisa de las bases

(2) BOBBIO, N., «Eguaglianza», *Enciclopedia del Novecento*, vol. II, Roma, Istituto della enciclopedia italiana, 1977, págs. 357-358. Un claro ejemplo de esta variedad de criterios se aprecia en la propia distinción aristotélica entre la igualdad *aritmética* que postula la democracia («lo mismo para todos») y la igualdad *proporcional*, que distribuye los derechos en función de cualidades y merecimientos específicos (*vid. Ética a Nicómaco*, 1131a y b, cit., págs. 74-76, y *Política*, 1301b, cit., pág. 2001a).

(3) STOLLEIS, M., «Historische und ideengeschichtliche Entwicklung des Gleichheitssatzes», en WOLFRUM, R. (ed.), *Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz*, Heidelberg, Springer, 2003, pág. 8.

filosóficas prerrevolucionarias. Por su mayor interés jurídico, los siguientes apartados resultan más exhaustivos. No se trata, sin más, de describir acríticamente una secuencia de hechos, sino de poner de manifiesto aspectos poco atendidos de la evolución histórico-jurídica del principio, aclarar otros que aún parecen oscuros y, por último, reflexionar sobre las hondas implicaciones dogmáticas que han supuesto las sucesivas transformaciones de la igualdad jurídica.

II. SÍNTESIS DE LOS PRECEDENTES HISTÓRICOS Y FILOSÓFICO-POLÍTICOS

A) *Precedentes históricos*

1. El principio jurídico de igualdad del que somos directamente tributarios no hace su aparición hasta las revoluciones liberales de finales del siglo XVIII. Algunos han querido ver en la condición romana de *cives* un precedente del principio moderno de igualdad, pero lo cierto es que, a lo largo de su historia, la república romana retuvo suficientes instituciones en número e importancia como para afirmar lo contrario (4). Más cerca está, sin duda, la *isonomía* de la *polis* griega aunque, también en este caso, conviene evitar una identificación acrítica con el moderno principio de igualdad (5).

2. La primera idea de antiguo cuño que denota una cierta igualdad en el *status* de las personas hemos de buscarla en la *humanitas* de la *escuela estoica*. Surgida del círculo de Escipión —cónsul en el año 147 a. C.—, se extiende en la época republicana para expresar la sublimidad propia del ser humano (6). Esta comprensión de la dignidad humana es asumida y objeto de profundización en *el cristianismo*, y da lugar también a obligaciones morales de justicia. En el

(4) Cfr. MICHEL, J.-H., «L'inégalité en droit romain», en BUCH, H.; FORIERS, P., y PERELMAN, C., *L'Égalité*, vol. I, Bruselas, Bruylant, 1971, págs. 159-175.

(5) Al respecto señala Hannah Arendt que la *isonomía* (o *isegoría*, o en palabras de Polibio, *isología*), «no significa que todos sean iguales ante la ley ni que la ley sea la misma para todos sino, simplemente, que todos tienen el mismo derecho a la actividad política» (ARENDR, H., *Was ist Politik?*, Múnich, Piper, 1993, pág. 40). No se puede olvidar, por otro lado, que la *isonomía* griega excluía a la mayoría de la población de la *polis*. Lapidariamente ha descrito Tocqueville aquella forma de gobierno: «Atenas, con su sufragio universal, no era, después de todo, más que una república aristocrática donde todos los nobles tenían un derecho igual al gobierno» (TOCQUEVILLE, A., *De la démocratie en Amérique*, II, en *Oeuvres complètes*, t. I-2, París, Gallimard, 1961, pág. 67).

(6) Vid. SCHULZ, F., *Principles of Roman Law*, Oxford, Clarendon Press, 1936 (reimpr. 1967), págs. 189-190. Vid. también SENECA, L. A., *Epistolae morales ad Lucilium*, Carta 48, § 3 (ed. Gredos, Madrid, 2001), y EPICTETUS, *Dissertationes ab Arriani digestae*, I, §§ 3 y 9 (Madrid, ed. Gredos, 1993).

seno de la comunidad eclesial las diferencias sociales se relativizan. La idea de igualdad de todos los hombres adquiere un énfasis particular en la expresión, propia de la tradición bíblica, de que Dios no hace «acepción de personas» (προσωπολημψα: προσωλημψια) (7). Aunque no se trate de un principio de igualdad jurídica, constituiría un grave error, sin embargo, desconocer su profundidad e importancia como presupuesto ontológico y ético (8). La propia formulación del principio, «todos los hombres son iguales ante la ley», se encuentra inequívocamente emparentada con el principio cristiano de que «todos los hombres son iguales ante Dios» (9) —más aún incluso, constituye, en palabras de Habermas, una traducción secular del principio religioso (10).

3. A la caída del Imperio Romano le sucede el régimen feudalista, basado en una pluralidad heterogénea y dispersa de estados de sujeción jurídico-pública (11). Este sistema iría cristalizando en la sociedad estamental, cimentada a su vez en una dualidad entre *rex* y *regnum* en la que pervivía la heterogeneidad de privilegios y derechos adquiridos; no habiendo un Derecho general, faltaba, como se ha dicho, el supuesto para la igualdad jurídica (12). Sólo con el fortalecimiento del Príncipe se fue creando el presupuesto social que haría posible *la formación del Estado moderno en el siglo XVI*. Aunque el régimen absolutista

(7) *Vid.*, al respecto, DASSMANN, E., «Ohne Ansehen der Person. Zur Frage der Gleichheit aller Menschen in frühchristlicher Theologie und Praxis», en *Staat, Kirche, Wissenschaft. Festschrift zum 65. Geburtstag von Paul Mikat*, Berlín, Dunker & Humblot, 1989, págs. 475 y sigs.; *vid.* también LACTANTIUS, *Divinarum Institutionum Libri Septem, Libri V*, § 15 (ed. Walter de Gruyter, 2003, reimpr. 2009), y GREGORIUS NAZIANZENUS, *Orationes Theologicae*, IV, Cap. 6, §§ 19-20 (Friburgo, ed. Herder, 1996).

(8) *Vid.*, al respecto, SPAEMANN, R., *Zur Kritik der politischen Utopie*, cit., págs. 160-161. Konrad Hesse ha distinguido tres puntos de vista desde los que se impone el trato igualitario: criterio *social, político y ético* [«Der Gleichheitsgrundsatz in Staatsrecht», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 77, 1951-52, págs. 177-204; cit. en RUBIO LLORENTE, F., *La forma del poder*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pág. 648]. Tanto el político como el social encuentran su motivación última en un criterio *ético* —que a su vez se halla en función de una determinada comprensión del ser humano. La *stoa* y, sobre todo, el cristianismo, aportan una comprensión y un criterio ético de trato igual basado en la igual dignidad.

(9) Coinciden en ello, v. gr., ERICH KAUFMANN y HANS NAWIASKY en «Die Gleichheit vor dem Gesetz», *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 3, De Gruyter, 1927, págs. 4 y 29).

(10) HABERMAS, J., «Vorpolitischen Grundlagen des demokratischen Rechtsstaates?», en HABERMAS, J., y RATZINGER, J., *Dialektik der Säkularisierung*, 2.ª ed., Friburgo, Herder, 2005, pág. 32.

(11) *Vid.*, en general, SABINE, G., *A History of Political Theory*, Holt, Rinehart and Winston, 3.ª ed., Nueva York y otras, 1961, págs. 200 y sigs.

(12) GARCÍA-PELAYO, M., «La constitución estamental», en *Obras completas*, III, 2.ª ed., Madrid, CEPC, 2009, págs. 2202 y 2207.

no parece jugar un papel digno en la historia de la igualdad, la realidad es que el nacimiento del Estado constituye en sí mismo un hito histórico ineludible en cuanto destructor de la dispersión jurídica y la igualación de los súbditos bajo un único Estado o *status*. No en vano ha llegado a afirmar Tocqueville que «son los reyes absolutos quienes han trabajado más por nivelar los rangos entre sus súbditos» (13). Huelga decir, de todos modos, que la nivelación referida es un mero compartir la carencia de derechos frente al soberano (14).

4. Los primeros movimientos igualitarios modernos surgen bajo las condiciones políticas que proporcionaba el Estado. En particular, se encuentran estrechamente ligados al calvinismo de la segunda mitad del siglo XVI y la primera del XVII (15). Resulta obligada la referencia, en primer lugar, al movimiento de los *levellers*, cuyo principal manifiesto, el *Agreement of the People* (1647), postulaba con una claridad del todo nueva el principio de igualdad jurídica (16). El origen del *individualismo igualitario* ha de buscarse, sobre todo, entre los puritanos de Inglaterra y, más exactamente, entre los congregacionalistas ingleses o independientes. Fundado por Robert Browne, el congregacionalismo llegó al Nuevo Mundo a través de los *pilgrims* que se embarcaron en el *Mayflower*. Los colonos de Nueva Inglaterra —ha dicho Tocqueville— se embarcaron hacia el Nuevo Mundo no en busca de aventuras sino con la misión de dar forma política a una doctrina que «se confundía en muchos puntos con las teorías democráticas y republicanas más absolutas» (17). Estas teorías se hicieron realidad por vez primera en los *covenants* con que se fundaron las primeras colonias americanas, empezando por el *Mayflower Compact*, de 11 de noviembre de 1620.

(13) TOCQUEVILLE, A., *De la démocratie en Amérique*, II, cit., pág. 104. En la misma línea, afirma Hermann Heller que «la concentración de los medios de dominación y, señaladamente, de la creación jurídica en manos del rey absoluto, la constitución del Estado como unidad jurídica, estuvieron necesariamente unidas, de hecho, a una mayor o menor igualdad jurídica» (HELLER, H., *Staatslehre*, Leiden, A. W. Sijthoff's, 1934, pág. 136).

(14) Cfr. HOBBS, T., *Leviathan, or the Matter, Forme, and Power of a Common-Wealth Ecclesiasticall and Civill*, Londres, Andrew Crooke, 1651, págs. 60 y 64.

(15) *Vid.* más en general, sobre la impronta calvinista del constitucionalismo norteamericano, REY MARTÍNEZ, F., «La ética protestante y el espíritu del constitucionalismo», en VV.AA., *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, Congreso de los Diputados y CEPC, 2002, págs. 3-56.

(16) «That in all laws made or to be made every person may be bound alike, and that no tenure, estate, charter, degree, birth, or place do confer any exemption from the ordinary course of legal proceedings whereunto others are subjected» (*Agreement of the People*, IV.4).

(17) TOCQUEVILLE, A., *De la démocratie en Amérique*, I, en *Oeuvres complètes*, t. I-1, París, Gallimard, 1961, pág. 31.

B) *Fundamentos filosófico-políticos del principio constitucional de igualdad jurídica: Locke, Rousseau, Sieyès*

1. En la segunda mitad del siglo XVII, únicamente el pensamiento de Locke dio un impulso hacia la igualdad política y jurídica superior al de los *levellers* en los años de la Guerra Civil. En su *Second Treatise of Government*, de 1690, la igualdad jurídica está presente como idea rectora desde las primeras páginas, tanto en el estado natural como en el estado civil.

El estado de naturaleza es descrito por Locke como «un estado de igualdad, dentro del cual todo poder y jurisdicción es recíproco, no teniendo nadie más que otro; [...] sin subordinación ni sujeción». La «igualdad natural de los hombres» se presenta a sus ojos como una verdad «en sí misma evidente» y «más allá de toda discusión» (18). Se trata sencillamente de un estado en el que todos los individuos tienen *igual derecho a ejecutar por sí mismos la ley natural* (19). En este estricto sentido de *igual derecho de jurisdicción* es entendida la igualdad jurídica natural. No es, por tanto, una tarea a realizar, sino un punto de partida que hay que respetar, como explicita más adelante: «el derecho igual que todo hombre tiene a su libertad natural, sin estar sometido a la voluntad o autoridad de ningún otro hombre» (20).

De esta igualdad originaria se deriva, precisamente, la necesidad de fundar contractualmente la sociedad (*pactum societatis*) y el poder político (*pactum subjectionis*): «siendo los hombres, como se ha dicho, libres, iguales e independientes por naturaleza, ninguno puede ser arrancado de este estado y sujeto al poder político de otro sin su propio consentimiento» (21). Y una vez establecido el poder político, la representación en la elaboración de las leyes es la garantía esencial de la igualdad jurídica, lo que supone que «la constitución del legislativo» es «el acto original y supremo de la sociedad» (22) y, «en todo caso, mientras subsiste el gobierno, el legislativo es el poder supremo» (23).

(18) LOCKE, J., *Two Treatises of Government and A Letter Concerning Toleration*, New Haven, Yale University Press, 2003, pág. 101 (§§ 4-5).

(19) Según el pensador inglés, todos gozan de *ius puniendi* en este estado de naturaleza, pues «en aquel estado de perfecta igualdad, donde naturalmente no hay superioridad ni jurisdicción de uno sobre otro, lo que cualquiera puede hacer para forzar el cumplimiento de la ley todos deben necesariamente tener el derecho de hacerlo» [LOCKE, J., *Two Treatises of Government and A Letter Concerning Toleration*, cit., pág. 103 (§ 7)].

(20) *Ibid.*, pág. 123 (§ 54).

(21) *Ibid.*, pág. 141 (§ 95).

(22) *Ibid.*, pág. 170 (§ 157).

(23) *Ibid.*, pág. 166 (§ 150).

2. En el siglo XVIII, el filósofo de la igualdad por antonomasia fue Jean-Jacques Rousseau. *El contrato social* fue escrito en 1762, y estuvo precedido por una reflexión de 1755, el *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, que puede considerarse como su primera parte.

En su *Discurso*, Rousseau parte, como los demás contractualistas, del estado de naturaleza. Inmerso el individuo en un estado de despreocupación e indolencia, la desigualdad «apenas es sensible en el estado de naturaleza» y «su influencia es casi nula» (24). De las dos desigualdades que Rousseau concibe, que son la desigualdad natural y la desigualdad moral (25), sólo concede verdadera importancia a la segunda, la cual no existe hasta el advenimiento del estado civil, inaugurado con la apropiación de las cosas y fuente del desordenado afán de destacar sobre el resto (26). Así, del *derecho del primer ocupante* se pasa al *derecho del más fuerte* (27), con lo que se llega, al igual que en Hobbes, a la igualdad absolutista de la desnudez total de derechos: «todos los particulares vuelven a devenir iguales porque no son nada», y los sujetos «no tienen otra ley que la voluntad del amo, ni el amo otra regla que sus pasiones» (28). A diferencia de Hobbes, Rousseau sólo ve en ello una etapa de tránsito, ilegítima, que goza de la vigencia de lo fáctico «hasta que nuevas revoluciones disuelvan totalmente el gobierno o lo aproximen de nuevo a la institución legítima» (29).

Nadie tiene un título para mandar sobre los demás por naturaleza, ni tampoco para enajenar lo que la naturaleza le ha dado. El fin del *Contrato Social* es, por lo tanto, descubrir cuál es la forma política «por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca más que a sí mismo y permanezca tan libre como antes» (30). Rousseau cree resolver el problema estableciendo una república absolutamente igualitaria y omnipotente al mismo tiempo (31), en la que el individuo sacrifica la libertad individual para recuperarla como libertad política; deja de ser hombre para devenir ciudadano: «dándose cada uno por entero, la condición es igual para todos, y siendo la condición igual

(24) ROUSSEAU, J.-J., «Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité», en *Oeuvres complètes*, vol. III, París, Gallimard, 1964, pág. 162.

(25) *Ibid.*, pág. 131.

(26) *Ibid.*, pág. 164.

(27) *Ibid.*, pág. 176.

(28) *Ibid.*, pág. 191.

(29) *Ibid.*, pág. 187.

(30) ROUSSEAU, J.-J., «Du contrat social», en *Oeuvres complètes*, vol. III, París, Gallimard, 1964, pág. 360.

(31) *Ibid.*, pág. 372.

para todos, nadie tiene interés en hacerla onerosa a los demás»; porque «en fin, dándose cada uno a todos no se da a nadie, y como no hay un asociado sobre el cual no se adquiriera el mismo derecho que se cede sobre él, se gana el equivalente de todo lo que se pierde, y más fuerza para conservar lo que se tiene» (32). Se sustituye así, «con una igualdad moral y legítima, aquello que la naturaleza había podido poner de desigualdad física entre los hombres» y, «pudiendo ser desiguales en fuerza o en genio, devienen todos iguales por convención y derecho» (33).

Las disposiciones mediante las que el soberano decide sobre sí mismo constituyen lo que Rousseau denomina la *volonté general*. Es *voluntad* del soberano y no gobierno, lo que para el ginebrino significa que no puede ser representada (34). Es, además, disposición del soberano *sobre sí mismo*, lo que significa que se dirige a todo el pueblo, que se funda en el interés común (35) y que considera a su objeto de un modo abstracto (36).

3. Bajo la fuerte impresión de estas ideas los revolucionarios franceses consagrarían al cabo de pocos años, de una manera lapidaria, el principio de igualdad jurídica. Guiados por Emmanuel Sieyès, sin embargo, prescindirían de la identidad rousseauiana entre representante y representado (37). Sieyès dio voz al estado llano en su famoso *Ensayo sobre los privilegios*, de 1788, en el que clamaba por su abolición y se apartaba de las opiniones de Rousseau sobre la representación. La única jerarquía necesaria, afirma, «se establece entre los agentes de la soberanía», y fuera de ella «no hay más que Ciudadanos iguales ante la ley, todos dependientes, no los unos de los otros, lo que sería una servidumbre inútil, sino de la autoridad que les protege, que les juzga, que

(32) *Ibid.*, págs. 360-361.

(33) *Ibid.*, pág. 367.

(34) *Ibid.*, pág. 368.

(35) «Hay a menudo mucha diferencia entre la voluntad de todos y la voluntad general; ésta no mira más que al interés común; la otra mira al interés privado, y no es más que una suma de voluntades particulares» (*ibid.*, pág. 371).

(36) «Cuando digo que el objeto de las leyes es siempre general, entiendo que la ley considera los súbditos como cuerpos y las acciones como abstractas, jamás un hombre como individuo ni una acción particular» (*ibid.*, pág. 379).

(37) Contra las ideas de Rousseau, Sieyès contribuyó a que se impusiese la representación de la soberanía («El pueblo no puede hablar más que por sus representantes»), principio que se realizó cuando los Estados generales convocados por el monarca se constituyeron en *Asamblea nacional constituyente*, el 17 de junio de 1789. Posteriormente, el principio representativo de la soberanía quedó consagrado en el artículo 2 del Título III de la Constitución de 1791: «La nación, de la cual únicamente emanan todos los poderes, no puede ejercerlos más que por delegación. La Constitución francesa es representativa: los representantes son el cuerpo legislativo y el Rey».

les defiende, etc.» (38). Con mayor contundencia todavía reivindica la igualdad jurídica en su célebre *Qu'est-ce que le tiers état?*, escrito en marzo de 1789, en los albores de la Revolución: «Todo aquello que es privilegiado por la ley, de cualquier manera que lo sea, sale del orden común, hace excepción a la ley común y, en consecuencia, no pertenece al estado llano. Lo hemos dicho: una ley común y una representación común, he aquí lo que hace *una* nación» (39). Casi al final de esta célebre obra, Sieyès expone con gran claridad la concepción de la ley que habrá de garantizar la igualdad jurídica en el Nuevo Régimen:

«Las ventajas por las cuales los Ciudadanos difieren entre ellos están más allá del carácter de Ciudadano. Las desigualdades de propiedad y de industria son como las desigualdades de edad, de sexo, de talla, etc. No desnaturalizan la igualdad de ciudadanía. Sin duda, estas ventajas particulares están bajo la salvaguardia de la Ley; pero no compete al Legislador crear desigualdades de esta naturaleza, dar privilegios a unos, negárselos a los otros. La Ley no otorga nada; protege aquello que existe hasta el momento en que comienza a perjudicar el interés común. Solamente ahí están situados los límites de la libertad individual. [...] La Ley, al proteger los derechos comunes de todo Ciudadano, protege a cada Ciudadano en todo lo que puede ser, hasta el momento en que aquello que quiere ser comenzaría a perjudicar el interés común» (40).

Es difícil exagerar la importancia que Sieyès tuvo en la obra jurídica de la Revolución, y en particular su influencia en la consagración del principio jurídico de igualdad. Participó muy intensamente en la elaboración de la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, de la que llegó a presentar ante la Asamblea un proyecto que fue rechazado (41); pero, sobre todo, a su paternidad se deben muchos de los preceptos de la Declaración, y en concreto el artículo 6,

(38) SIEYÈS, E., *Essai sur les privilèges*, Bibliothèque Nationale de France, ref. Lb39-781, 1788, págs. 25-26. Este aserto sería literalmente recogido por el Preámbulo de la Constitución de 3 de septiembre 1791: «ya no existe más superioridad que la de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones».

(39) SIEYÈS, E., *Qu'est-ce que le Tiers-Etat?*, Bibliothèque Nationale de France, ref. Lb39-1086, 1789, pág. 11-12.

(40) *Ibid.*, pág. 116-117.

(41) Sieyès presentó un proyecto de 42 artículos los días 20 y 21 de julio de 1789, menos de un mes antes de la aprobación de la Declaración. El proyecto fue, no obstante, rechazado por la mayoría moderada. Vid. GAUCHET, M., Voz «Droits de l'homme», en *Dictionnaire critique de la Révolution Française*, dirigido por F. Furet y M. Ozou, París, 1988, págs. 687 y sigs.; el texto escrito, en RIALS, S., *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, París, 1988, págs. 614-621; ambos cit. en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lengua de los derechos*, Madrid, Civitas, 2001, pág. 119.

que consagra la generalidad de las leyes y la igualdad jurídica (42). La igualdad ante la ley será desde este primer texto un patrimonio común del constitucionalismo, según la fórmula que recogería el artículo 3 del proyecto de Constitución de 1793: «todos los hombres son iguales por naturaleza y *ante la ley*».

III. LAS INTERPRETACIONES HISTÓRICAS DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Antes de la Revolución francesa, no es posible hablar de una sociedad fundada sobre el principio de igualdad jurídica en Europa. A partir de su inclusión en los textos revolucionarios franceses, la positivación del principio de igualdad se generaliza a ambos lados del Atlántico (43). Se trata, sin embargo, de un principio que ha sido entendido de muy diversos modos a lo largo de sus más de dos siglos de historia. A continuación se esbozan las líneas maestras que han trazado el desarrollo del principio de igualdad jurídica, distinguiendo cuatro etapas fundamentales de su vigencia.

A) *Primera etapa: la condenación constitucional del Antiguo Régimen*

Una primera etapa, que cabría identificar con la primera mitad del siglo XIX, se caracteriza por un significado principalmente reactivo del principio, afirmado como un arma con el fin de acabar con el orden jurídico-político del Antiguo Régimen. La eficacia del principio es, en ciertos momentos y lugares de esta época, puramente nominal.

(42) «La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o por medio de sus representantes. Debe ser la misma para todos, ya sea que proteja o que sancione. Siendo todos los ciudadanos iguales a sus ojos, todos son igualmente admisibles en toda dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos».

(43) Así, en Alemania aparece en algunas de las Constituciones de la Confederación del Rin y, tras el Congreso de Viena, es recogido de diferentes formas en las Constituciones de diversos Estados de la Confederación Germánica. Asimismo, se encuentra positivado en la Constitución belga de 1831 (art. 6), y más tarde fue reconocido por la Constitución suiza de 1848 (art. 4), por el proyecto de Constitución alemana de 1849 (art. 137), por la Constitución prusiana de 1850 (art. 4) y por el Estatuto Albertino de 1845 (art. 24). En Latinoamérica, encontró acogida también en los incipientes Estados independientes desde sus primeras Constituciones (cfr., v. gr., el art. 154 C. Venezuela 1811; art. 23 C. Perú 1823; art. 7 C. Chile 1823; art. 110 C. Argentina 1829; art. 11 C. Ecuador 1830; art. 132 C. Uruguay 1830; etc.).

1. *Contenido material: abolición de privilegios, legalidad e igualdad en la aplicación de la ley*

Desde un punto de vista material, el principio de igualdad fijado en la Revolución francesa supuso, ante todo, la supresión del antiguo orden de privilegios (44) y el acceso igual a cargos públicos de acuerdo con el principio de capacidad y talento (45). Pese a la fluctuante fuerza e intensidad con que se concebiría el principio en los diversos Estados, es ésa la idea clara, la primera y fundamental, que regirá en el constitucionalismo liberal de la primera mitad del siglo. Así, por ejemplo, bajo la vigencia de la Carta constitucional de 1830 escribe Firmin Laferrière en su *Droit public et administratif* que el principio de igualdad únicamente significa «que ya no habrá más privilegios fundados en los títulos de rangos para escapar a las leyes o a las jurisdicciones ordinarias». Respecto a la igualdad proporcional en la participación en las cargas públicas —consagrada expresamente por el art. 13 de la Declaración— tampoco cree Laferrière que signifique otra cosa que la prohibición de «órdenes privilegiados o de nobles que puedan librarse de la obligación de pagar impuestos». Lo mismo sucede, en fin, con la igual admisibilidad a los empleos públicos y militares. «Estos tres primeros artículos —concluye Laferrière— son, por tanto, la condenación constitucional del Antiguo Régimen, la prohibición de los privilegios de jurisdicción, de los privilegios en materia de impuestos, de los privilegios de admisibilidad a los empleos militares y civiles» (46). Incluso publicistas más tardíos como el profesor español Manuel Colmeiro —que escribe su tratado bajo la vigencia de la Constitución de 1868—, constriñen todavía el principio de igualdad jurídica a la abolición de los antiguos privilegios (47). Éste es el sentido y la misión del principio de igualdad hasta muy avanzado el siglo XIX.

(44) «Il n'y a plus, pour aucune partie de la nation, ni pour aucun individu, aucun privilège, ni exception au droit commun de tous les Français» (*Preámbulo de la Constitución de 1791*).

(45) «Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune» (art. 1 *Déclaration*); «Tous les citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et leurs talents» (art. 6 *Déclaration*).

(46) LAFERRIÈRE, L. F., *Cours de droit public et administratif*, París, Joubert, Libraire de la Cour Cassation, 1841-1846, pág. 23.

(47) COLMEIRO, M., *Elementos de Derecho Político y Administrativo*, Madrid, Librería de los sucesores de Escribano, 1881, pág. 214-215.

2. Reconocimiento constitucional y eficacia jurídica

a) Reconocimiento constitucional

Como hemos indicado más arriba, el reconocimiento jurídico del principio de igualdad fue muy amplio a partir de su aparición en la Revolución Francesa. No puede afirmarse, sin embargo, que se extendiese a todas las Constituciones de esta centuria. La diversidad al respecto puede apreciarse contrastando la regulación constitucional española, francesa y alemana.

1. En nuestro país, no se reconoció un principio general de igualdad en ninguno de los textos constitucionales, y sólo en la *Constitución de Cádiz* —vigente entre 1812 y 1814 y entre 1820 y 1823— gozó de una normatividad implícita (48). El *Estatuto Real de 1834* no reconocía, desde luego, ningún principio de igualdad jurídica. Sí figura parcialmente en la *Constitución de 1837*, que proclama, entre los derechos individuales, la igual admisibilidad de los españoles «a los empleos y cargos públicos, según su mérito y capacidad» (art. 5), y el principio de unidad de fuero (art. 4) (49). Con la *Constitución de 1845* irrumpe en España el liberalismo doctrinario, que hallaría su continuidad —tras el sexenio revolucionario— en la *Constitución de 1876*. Ambas Constituciones reconocían la igualdad de acceso a cargos públicos (50), aunque ninguna de ellas incorporaba una máxima general de igualdad jurídica. Ni siquiera en la más igualitaria de todas nuestras Constituciones decimonónicas, *la de 1869*, se positivaba el principio general de igualdad (51), pese a incluir algunas concreciones del mismo (52).

(48) *Vid.* más ampliamente, los argumentos concluyentes de LORENTE SARIÑENA, M., *Las infracciones de la Constitución de 1812*, Madrid, CEC, 1988, págs. 200-206.

(49) No había, sin embargo, una máxima general de la igualdad, debido seguramente al decidido rechazo del liberalismo de esta época a las fórmulas iusracionalistas de la Revolución. El ejemplo constitucional a seguir ya no era la Francia de la Convención sino la Francia orleanista, así como la Constitución belga de 1831 y la experiencia constitucional británica [*vid.* VARELA SUANZES-CARPEGNA, J., «La Constitución de Cádiz y el liberalismo español del siglo XIX», en *Política y Constitución en España (1808-1978)*, cit., pág. 89].

(50) Artículo 5 Constitución 1845 y artículo 15 Constitución 1876.

(51) Al igual que sucedía en la Carta Magna de 1812, el principio de igualdad sólo se hallaba aquí como principio rector, mas tampoco fue expresamente positivado. Algunos autores, como Carmen Serván, ven detrás de esta omisión el «silencio encubridor» de una noluntad de abolir drásticamente —sin contar con los Diputados de Ultramar— la esclavitud en América. Sobre este tema, *vid.* más ampliamente SERVÁN, C., *Laboratorio constitucional en España: El individuo y el ordenamiento, 1868-1873*, Madrid, CEPC, 2005, págs. 57-66.

(52) En el Título I («De los españoles y sus derechos») se reconoce la igualdad de acceso a los cargos públicos (art. 27) y la igualdad tributaria (art. 28), además de inéditos derechos de

2. En Alemania, el amplio reconocimiento del principio que hicieron las Constituciones del primer constitucionalismo no se corresponde, ni mucho menos, con su eficacia real. Fue positivado muy tempranamente en algunas constituciones de los Estados de la Confederación del Rin (53) y, después del Congreso de Viena, en algunas Constituciones de los Estados de la Confederación Germánica (54). En el Preámbulo de la Constitución del Reino de Baviera de 26 de mayo de 1818 se hablaba, incluso, de la «igualdad de las leyes y ante la ley» (*Gleichheit der Gesetze und vor dem Gesetz*). Lo cierto es, no obstante, que las previsiones igualitarias se vieron muy limitadas merced al artículo XIV del Acta Federal de Viena, de 8 de junio de 1815, que consagraba explícitamente los privilegios nobiliarios; y, de otro, en virtud de las numerosas excepciones que incorporaban los propios textos constitucionales (55). Pese a algunas proclamas igualitarias, el orden estamental del Antiguo Régimen se conservó, pues, en el primer constitucionalismo alemán (56).

3. A diferencia de lo sucedido en los Estados alemanes, en Francia, el principio de igualdad consagrado por la Revolución destruyó definitivamente el orden estamental del Antiguo Régimen. Toda la historia posterior tiene, como ha explicado García Pelayo, un propósito y una estructura homogénea: «ordenar la convivencia política con arreglo a los principios jurídico-políticos fundamentales de la Revolución» (57). Hay que decir, pese a ello que, hasta el advenimiento de la Tercera República en 1875, la historia constitucional francesa está llena de convulsiones y *no existe una auténtica discusión jurídica sobre este principio* (58). De todos modos, la violencia con que el orden estamental quedó sepultado en la Francia de después de la Revolución carece de parangón en el

indudable contenido político como el derecho de reunión y de asociación (art. 17) o el sufragio universal masculino (art. 60).

(53) Cfr., v. gr., artículo 10 de la Constitución de Westfalia de 1807 y artículo 11 de la Constitución de Francfort de 1810.

(54) Cfr. Preámbulo C. Baviera 1818, artículo 7 C. Baden 1818; artículo 21 C. Württemberg 1819; artículo 18 C. Hesse 1820, etc.

(55) *Vid.* artículo 23 C. Baden 1818, que otorga naturaleza constitucional a los privilegios concedidos a los antiguos estamentos y caballeros por el Edicto de 23 de abril de 1818; la misma protección constitucional concedían a la nobleza los artículos 37 y 38 de la Constitución de Hessen de 1820.

(56) *Vid.* más ampliamente HILKE, J., *Grundrechte im deutschen Frühkonstitutionalismus*, Berlín, Duncker & Humblot, 2005, págs. 190 y sigs.

(57) GARCÍA-PELAYO, M., *Derecho Constitucional Comparado*, en *Obras completas*, vol. I, 2.ª ed., Madrid, CEPC, 2009, pág. 600.

(58) JOUANJAN, O., «Gleichheitssatz und Nicht-Diskriminierung in Frankreich», en WOLFRUM, R. (ed.), *Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz*, Heidelberg, Springer, 2003, pág. 61.

resto del Continente. Ello explica que las Constituciones postrevolucionarias retuviesen el postulado de la igualdad jurídica (59). Incluso en el régimen político de la primera Restauración, que hizo patente la inconciliable contradicción entre la burguesía y la antigua nobleza (60), la Carta de 1814 reconocía, en sus tres primeros artículos, la igualdad ante la ley de todos los franceses (61).

b) Eficacia jurídica del principio

1. El ideal de igualdad expresado en la Revolución Francesa tuvo una *eficacia desigual en los distintos Estados del continente*. En el país galo puso fin, violentamente, al Antiguo Régimen, mientras que en otros como España o Alemania contribuyó poderosamente a su erosión. En la primera mitad del siglo no existe propiamente, sin embargo, una interpretación jurídica de la Constitución, y las reflexiones en torno a ella son protagonizadas por filósofos de la política.

Dentro de la teoría alemana del período del *Vormärz* se aprecia con claridad la lucha de *dos lecturas distintas del principio de igualdad*: la liberal y la conservadora (62). El principio de igualdad no supuso en Alemania, en definitiva, una ruptura clara con el Antiguo Régimen y, del lado conservador —que fue, en definitiva, el lado triunfante del Congreso de Viena— careció de fuerza revolucionaria y fue contrapesado con un auténtico principio de la desigualdad. Sólo para los liberales constituyó un programa material racional, lo que se reflejó principalmente en las Constituciones del sur de la Confederación. Desde un *punto de vista jurídico-formal*, sin embargo, su eficacia quedó muy disminuida por la primacía del Acta Federal, que elevaba a un rango constitucional los privilegios de sangre.

(59) La Constitución directorial del Año III, v. gr., establece la ley como «voluntad general expresada por la mayoría de los ciudadanos» (art. 6); y la Constitución del Año VIII (Consulado), que trató de satisfacer las aspiraciones burguesas, pretendía fundarse «en los derechos sagrados de la propiedad, igualdad y libertad» [*Proclamación de los Cónsules de la República de 24 frimario* (15 de diciembre de 1799)]. Las siguientes Constituciones no hicieron sino acrecentar el poder de Napoleón, salvaguardando, con todo, los principios del Nuevo Régimen.

(60) *Vid.*, sobre las contradicciones y las antinomias presentes en ella, GARCÍA-PELAYO, M., *Obras completas*, vol. I, cit., págs. 611 y sigs.

(61) Artículo 1: «Los franceses son iguales ante la ley, cualesquiera que sean sus títulos y sus rangos». Artículo 2: «Contribuirán indistintamente, en proporción a su fortuna, a las cargas del Estado». Artículo 3: «Todos son igualmente admisibles a los empleos civiles y militares». Estos tres artículos abren también la Carta de 1830.

(62) *Vid.*, entre los liberales, v. gr., ROTTECK, C. V., «Gleichheit», en ROTECK/WELCKER, *Staatslexikon*, vol. VI, Altona, 1847 (reimpr. Keip, Francfort del Meno, 1990), págs. 47-48. Del lado conservador, *vid.*, v. gr., STAHL, F. J., *Die Philosophie des Rechts*, II/1, 2.^a reimpr. de la ed. de Tubinga, de 1878 (reimpr. Olms, Hildesheim, 2000), págs. 331-333.

2. Fijada esta diversidad de interpretaciones, hay que añadir que el contenido del principio de igualdad, en su entendimiento genuinamente liberal —como derogación constitucional del Antiguo Régimen mediante la supresión de los privilegios— se llevaría a cabo, principalmente, a través de la ley. Sobre los presupuestos filosóficos de Locke, Rousseau y Sieyès se identifica, en consecuencia, con la reivindicación de *la ley general como fundamento de todo el Derecho*. Para que el principio de igualdad sea respetado la ley ha de ser, como ha señalado Rubio Llorente, el único *tertium comparationis* jurídicamente relevante (63). Así lo entenderían todos los tratadistas liberales (64).

3. Esta identificación entre *ley* e *igualdad* no justifica sin embargo, como bien ha explicado Olivier Jouanjan, una reducción de su aplicabilidad al ámbito de la Administración. La reiterada afirmación de que el principio de igualdad significa únicamente la *igualdad en la aplicación de la ley* no aparece en Francia ni en Alemania hasta finales del siglo XIX; en el constitucionalismo revolucionario, por el contrario, la igualdad no es sino «una propiedad que cualifica a los ciudadanos u hombres» ante la ley (65). Eso dice, por lo demás, el artículo 6 de la Declaración francesa, que recalca el hecho de que la ley «debe ser la misma para todos», y que ésta no puede hacer acepción de personas [«siendo todos los ciudadanos iguales a sus ojos (*à ses yeux*)...»]. Aunque el carácter igualitario de la ley parlamentaria parezca darse por supuesto en la expresión «todos son iguales ante la ley», esta fórmula no deja de suponer una verdadera vinculación del legislador a la igualdad. La vinculación del legislador se ve con toda claridad en la garantía arriba citada, prevista en el Preámbulo de la Constitución de Baviera de 1818, de la «igualdad de las leyes y ante la ley» (*Gleichheit der Gesetze und vor dem Gesetz*). No se quiere decir aquí, desde luego, que la razonabilidad de las distinciones legales fuese fiscalizable por los jueces —que evidentemente no lo era. Se trata de negar más bien que, sobre la base de esa ausencia de control, quepa negar igualmente la vinculación del legislador al principio. Tal suposición sería del todo ajena al modo de pensar del constitucionalismo revolucionario, el cual no pudo plantearse seriamente este problema, sencillamente, porque el legislador no era contemplado como la amenaza sino como el garante de la igualdad.

(63) RUBIO LLORENTE, F., «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción», en *La forma del poder*, cit., pág. 653.

(64) *Vid.*, v. gr., HAURIU, M., *Principios de Derecho Público y Constitucional*, cit., pág. 126.

(65) JOUANJAN, O., «Gleichheitssatz und Nicht-Diskriminierung in Frankreich», cit., pág. 60. Sobre el caso alemán, *vid.*, v. gr., HUBER, E. R., *Verfassungsgeschichte*, vol. 1, Kohlhammer, 2.^a ed., Stuttgart, 1990, pág. 352.

4. A las ideas señaladas [eficacia desigual en el continente, principio de legalidad y vinculación (normalmente implícita) del legislador] hay que añadir, lógicamente, la igualdad en la aplicación de la ley. Según el testimonio de Tocqueville, en los años anteriores a la Revolución se hallaba muy extendida la práctica de hacer distinciones en la aplicación de las normas, hasta el punto de que «quien quisiera juzgar el gobierno de aquel tiempo por la colección de sus leyes caería en los errores más ridículos» (66). La igualdad jurídica o igualdad ante la ley trató de realizar no sólo la supresión de privilegios con una ley común, sino también, y sobre todo, el fin de las excepciones a la hora de aplicarla.

B) *Segunda etapa: el desarrollo del principio de igualdad en el Derecho administrativo*

En la segunda mitad del siglo XIX y, sobre todo, en su último cuarto, el principio de igualdad ha ido adquiriendo, progresivamente, perfiles normativos propios cada vez más amplios. Un análisis netamente jurídico del principio se ha podido hacer gracias a su desarrollo sectorial en la doctrina y en la jurisprudencia administrativa. A partir del momento en que la Jurisdicción contencioso-administrativa comienza a conocer conflictos frente al poder público como una auténtica jurisdicción separada, será la propia tutela judicial, unida a la apertura que posee el enunciado de la igualdad jurídica, la que propicie un ensanchamiento progresivo de su contenido frente a la Administración. Este proceso —que ilustraremos sucintamente sirviéndonos de la doctrina y de la jurisprudencia francesa y alemana— puede calificarse como la *segunda etapa* en la evolución del principio.

1. *Ámbitos de aplicación del principio de igualdad en la evolución del Derecho administrativo*

El desarrollo al que nos referimos tiene lugar sobre todo, como hemos indicado, a finales del siglo XIX, y se produce a la par que el legislador y la justicia administrativa van identificando ámbitos de agravio comparativo. El contenido material que en esta época recibe el principio puede clasificarse en dos grupos, a saber, el de sus *concreciones legales sectoriales* y el principio, de más antiguo

(66) TOCQUEVILLE, A., *L'Ancien Régime et la Révolution*, en *Oeuvres complètes*, t. II-1, París, Gallimard, 1952, pág. 134.

origen, de la *igualdad en la aplicación de la ley e interdicción general de la arbitrariedad* administrativa.

a) *Concreciones legales del principio de igualdad*

Entre los principales campos en que se concreta legalmente el principio general de igualdad en la segunda mitad del siglo pueden destacarse los siguientes:

1. *Acceso igual a empleos y cargos públicos*. El principio de igualdad permite, en este punto, impugnar cualquier nombramiento arbitrario que contradiga un interés legítimo. Para que este interés concurra es preciso, sin embargo, que exista una lista reglamentada de candidatos, dado que, en su ausencia, el candidato «de hecho» carecería de un «motivo» para cuestionar el nombramiento discrecional y elevarse sobre el funcionario seleccionado (67).

2. *Igualdad ante los servicios públicos*. Este principio consiste en que «todos los individuos que reúnen determinadas condiciones, establecidas de manera general e impersonal» por las leyes y reglamentos «tienen el poder jurídico de exigir la prestación que es el objeto del servicio público» (68). Resulta aplicable a la generalidad de los servicios públicos: correos, enseñanza, expedición de títulos universitarios, asistencia médica, ferrocarriles, etc.

3. *Igualdad en la contratación administrativa*. La importante expansión que experimenta la figura del contrato administrativo a lo largo del siglo XIX obliga a incluirlo en esta clasificación. Uno de los grandes principios que guiaban la adjudicación era, junto con el de publicidad y competencia, el principio de igualdad entre los competidores (69).

4. *Igualdad ante el impuesto*. El campo esencial de aplicación del principio de igualdad ante las cargas públicas ha sido, sin lugar a dudas, el de la igualdad ante el impuesto. Sucede, sin embargo, que de acuerdo con la reserva de ley tributaria —fijada ya en los primeros textos constitucionales (70)—, el

(67) *Arrêt Lefevre*, de 28 de noviembre de 1887; *arrêt Mathiew*, de 10 de julio de 1908; *arrêt Pourciel*, 10 de julio de 1908.

(68) JÈZE, G., *Principios generales de Derecho administrativo*, vol. III, Buenos Aires, Depalma, 1949, pág. 24.

(69) *Vid.*, entre otros, el *arrêt Caillette*, de 21 de marzo de 1890.

(70) Artículo 14 *Declaración de derechos* 1789 y artículo 1.º, Sec. 1.ª, Cap. II, Tít. III, *Constitución* 1791.

establecimiento del impuesto ha sido desde entonces competencia del poder legislativo, lo que hacía difícil su fiscalización (71).

5. *Igualdad ante las cargas y responsabilidad patrimonial de la Administración.* Al margen de la igualdad fiscal, una de las aplicaciones más interesantes del principio de igualdad ante las cargas públicas fue la que sirvió como fundamento a las reclamaciones frente a daños de carácter especial causados por la Administración. El Consejo de Estado francés recurrió al principio de igualdad ante las cargas públicas para justificar dicha garantía, en la medida en que «exceden por su gravedad las cargas que deben ser normalmente soportadas por los particulares en contrapartida a las ventajas que resultan del ejercicio del servicio público» (72). Esta distribución desigual de las cargas se producía, a su vez, cuando concurrían las siguientes circunstancias: *a)* una injerencia de la Administración, *b)* de carácter «anormal» o «extraordinario» y *c)* que producía un daño injustificado (73). Hay que destacar por último que, también en Alemania, autores como Otto Mayer fundan completamente la garantía de la responsabilidad patrimonial jurídico-pública en el principio de igualdad (74).

b) Igualdad en la aplicación de la ley e interdicción de la arbitrariedad

1. Más allá de sus diversas concreciones legales, desde finales del siglo XIX el principio de igualdad es contemplado, en gran medida, como sinónimo de *igualdad en la aplicación de la ley*. A principios del siglo pasado, el administrativista Fritz Fleiner ilustraba esta idea con abundante literatura y jurisprudencia, y la resumía en dos exigencias: *a)* por una parte, en la prohibición —debatida a la sazón en la doctrina— de resolver individualmente, mediante actos administrativos, cuestiones que habían sido encomendadas por la ley a la regulación general del reglamento, y *b)* por otra, en la prohibición del

(71) Vid. HAURIU, M., *Principios de Derecho Público y Constitucional*, cit., pág. 170-171.

(72) *Arrêt Lecomte*, de 24 de junio de 1949 y, en el mismo sentido, *Arrêt Couiteas*, de 30 de noviembre de 1923. Vid. también WALINE, M., *Traité élémentaire de Droit Administratif*, Paris, Sirey, 1950, págs. 493, 580 y 594 y sigs.

(73) Vid. LEIBHOLZ, G., *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, Múnich y Berlín, Beck, 1959, pág. 44, que critica la deficiente explicación de estos conceptos por parte de la doctrina francesa —en especial por Jèze.

(74) MAYER, O., *Derecho administrativo alemán*, t. IV, Arayú, Buenos Aires, 1954, págs. 226-227.

privilegio en la aplicación de cualquier disposición de carácter general (leyes o reglamentos) (75).

2. En cuanto principio autónomo y distinto de la mera legalidad, la máxima de igualdad jurídica cobra su mayor intensidad, en Alemania, como *interdicción general de la arbitrariedad*. Un autor como Rudolf Gneist advertía en 1879, por ejemplo, que los Tribunales administrativos habían de tutelar *in genere* frente a la «medida partidista», que «fija el sentido de las leyes administrativas para bien de uno y para mal de otro» (76). Con más contundencia, Walter Jellinek explica en 1928 que el principio de igualdad únicamente posee una eficacia autónoma, independiente de la ley, en relación con la actividad *discrecional* de la Administración. Respecto a su actividad reglada, por el contrario, el principio de legalidad anula la iniciativa de aquélla y, en gran medida, convierte al de igualdad en superfluo (77). Para la Administración alemana, el principio de igualdad habría de consistir entonces, sobre todo, en no ejercer su discrecionalidad arbitrariamente (78). No es en absoluto casual el hecho de que precisamente en Alemania, donde la igualdad en la administración había cristalizado en la categoría de la «interdicción de la arbitrariedad» (*Willkürverbot*), se recurriese precisamente a esta categoría, algunos años más tarde, para definir la igualdad en la legislación.

2. Concepción jurídico-objetiva del principio de igualdad

1. Otro aspecto que caracteriza a la concepción jurídica de la igualdad en este segundo estadio de desarrollo es que *no fue entendida como un verdadero derecho público subjetivo*. Para León Duguit, «es difícil, en efecto, concebir la igualdad como un derecho o, al menos, como un derecho distinto de los otros derechos; ella es la consecuencia de que los hombres tengan derechos derivados de su cualidad de hombres y, por lo tanto, deban ser iguales» (79). Con más cla-

(75) Vid. más ampliamente FLEINER, F., *Instituciones de Derecho Administrativo*, Barcelona, Labor, 1933, págs. 111-114.

(76) GNEIST, R., *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte*, 1879, pág. 272; cit. en JELLINEK, W., *Verwaltungsrecht*, Berlín, Springer, 1928, pág. 294.

(77) En este sentido llega a afirmar Rubio que «el principio de igualdad queda subsumido en el principio de legalidad» (RUBIO LLORENTE, F., «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción», en *La forma del poder*, cit., pág. 653).

(78) Vid. JELLINEK, W., *Verwaltungsrecht*, cit., pág. 155. Vid. también la pág. 430, donde se citan numerosas decisiones judiciales al respecto.

(79) DUGUIT, L., *Manuel de Droit Constitutionnel*, 14.^a ed., París, E. de Boccard, 1923, pág. 219 (§ 58).

ridad todavía se expresa el gran administrativista Georges Vedel: «la igualdad no es un derecho natural, sino el fundamento mismo de todo derecho natural, dado que no existen derechos naturales si los hombres mismos no son iguales entre ellos, o lo que es lo mismo, si los hombres no existen. La igualdad es la condición misma del reconocimiento del hombre» (80). En contra de la subjetivización del principio de igualdad se pronuncia con penetrante juicio Maurice Hauriou. Así como la libertad es sentida como diferencia, como posibilidad de «autoafirmación», la igualdad no es para él sino un «ideal de justicia» que tiende a superar por la razón de la ley los impulsos del sentimiento: «si los hombres son *iguales ante la ley*, es porque la ley ha establecido e impuesto esta igualdad». Según Hauriou, no podemos explicar este principio —y esto es lo que más nos importa— desde la lógica del derecho fundamental, que es la de un *poder* radicado en el individuo que el ordenamiento se limita a reconocer, sino que hemos de hablar de un principio jurídico-objetivo (81).

También en Alemania el principio se consideró en esta etapa como puramente objetivo. Según Georg Jellinek, «la fundamentación de un derecho subjetivo no se da, como regla general, en aquellas reglas jurídicas que contienen principios dirigidos a la promulgación de futuras leyes o a la interpretación de las existentes. Así, principios como los que proclaman la *igualdad jurídica de los ciudadanos*, [...] contienen en sí mismos derecho *objetivo*, no subjetivo» (82).

2. A la idea del principio objetivo correspondían en su caso —y esto es lo más relevante desde el punto de vista jurídico— vías de control objetivo. Tal mecanismo es, por excelencia, el recurso por *excès de pouvoir*. Así lo explicaba uno de los grandes iuspublicistas franceses en 1910: «del carácter objetivo de la igualdad ante la ley se deduce que, en principio, no existe, para hacerla prosperar en justicia, acción fundada sobre la violación de un derecho, sino únicamente el recurso contencioso-administrativo de anulación de decisiones administrativas, recurso que se funda en la violación de la ley (recurso por exceso de poder)» (83). En el ámbito alemán Jellinek sostenía, en un sentido del todo similar, que cuando el Derecho positivo confiere un recurso para anular normas que contradigan principios objetivos (v. gr., el principio de igualdad citado), no se está sino ante una acción popular (*Popularklage*): «se confiere al individuo una capacidad que, en

(80) VEDEL, G., «L'égalité», en COLLIARD, C.-A., et al., *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, París, Documentation Française, 1990, pág. 173.

(81) Vid. HAURIU, M., *Principios de Derecho Público y Constitucional*, Granada, Comares, 2003, págs. 125-127.

(82) JELLINEK, G., *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tubinga, Mohr, 1905 (reimpr. Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1963), págs. 71-72 (la cursiva es mía).

(83) HAURIU, M., *Principios de Derecho Público y Constitucional*, cit., págs. 127-128.

el Estado moderno, corresponde por lo general a los órganos estatales encargados de la garantía del orden jurídico» (84). Desde un punto de vista material, el poder jurídico se considera, también aquí, una acción *en interés de ley*.

C) *Tercera etapa: el «cambio de significado» del principio de igualdad*

1. *Vinculación jurídica del legislador: el debate doctrinal*

a) *Las propuestas de Leibholz y Triepel*

En Europa, el primer país en aceptar el control jurisdiccional del legislador con base en el principio de igualdad fue Suiza, y el debate lo suscitó en Alemania un escrito de Heinrich Triepel publicado en 1924 (85). Uno de los argumentos centrales a favor de este «cambio de significado» (*Bedeutungswandel*) era la presencia del principio de igualdad en la Segunda Parte de la Constitución de Weimar, dedicada a los derechos fundamentales. Conviene señalar, sin embargo, que la comprensión de los derechos por parte de la doctrina fue fluctuante a lo largo de todo el período weimariano. Según el gran historiador del Derecho público Michael Stolleis, hubo un primer período, que avanza desde 1919 hasta 1924, caracterizado por una mezcla de crítica y desatención hacia el catálogo de derechos, en el que se subrayaba su carácter ajurídico, asistemático y político. En 1924 comenzaría un nuevo período en el que se reivindicaría su naturaleza como derechos públicos subjetivos, gracias a las importantes contribuciones de Anschütz y Thoma, por un lado, y a la *Teoría de la Constitución* de Schmitt, por otro. Los hitos decisivos para apuntalar la nueva comprensión jurídica de los derechos fundamentales fueron, sin embargo, según Stolleis, las dos reuniones de la Asociación de Profesores de Derecho Público en torno al principio de igualdad (1926) y a la libertad de expresión (1927) (86). Especialmente el

(84) JELLINEK, G., *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, cit., pág. 72.

(85) TRIEPEL, H., *Goldbilanzen-Verordnung und Vorzugsaktien: Zur Frage der Rechtsgültigkeit der über sogenannte schuldverschreibungsähnliche Aktien in der Durchführungsbestimmung zur Goldbilanzen-Verordnung enthaltenen Vorschriften. Ein Rechtsgutachten*, Berlín, De Gruyter, 1924. Aunque existía una referencia anterior de JULIUS HATCHEK en el primer volumen de su *Deutschen und preußischen Staatsrecht*, de 1922, la cuestión empieza a ser discutida seriamente por la doctrina, como subraya Leibholz, a partir de 1924/1925 [cfr. LEIBHOLZ, G., «Höchstrichterliche Rechtsprechung und Gleichheitsatz» (1930), en *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, cit., págs. 214-215].

(86) STOLLEIS, M., *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland 1914-1945*, vol. III, München, Beck, 1999, pág. 110.

debate de la igualdad fue central en el desarrollo de los derechos fundamentales como límites al legislador, hasta tal punto que, en 1932, un jurista podía afirmar con rigor que «cuando hoy se habla entre nosotros de los límites del poder, se abre paso el pensamiento acerca de la igualdad (o desigualdad)»; «parece que es el *leitmotiv* de la Constitución o, por lo menos, de buena parte de ella» (87).

Hecha la precedente observación, volvamos sobre la propuesta de Triepel —la aplicabilidad del principio de igualdad del art. 109.1 de la Constitución de Weimar también en el control de la legislación—, desarrollada un año más tarde por Gerhard Leibholz, discípulo suyo, en una tesis doctoral dedicada a la interpretación de este precepto (88). Apelando a la *formulación literal* del principio (89), a la *praxis* norteamericana y suiza (90) y al clásico principio de «*interdicción de la arbitrariedad*» (*Willkürverbot*) (91), la «igualdad ante la ley» del artículo 109 de la Constitución de Weimar quedaba definida por Leibholz como «el establecimiento no arbitrario, según la conciencia jurídica de cada momento, del Derecho dirigido a los sujetos jurídicos a través de la legislación y la ejecución (justicia y administración)» (92).

b) La discusión en la Reunión de Profesores de Derecho Público

La discusión en torno a la interpretación que había de recibir el principio de igualdad se convirtió, como hemos anticipado, en uno de los más importantes debates de la iuspublicística de Weimar. En marzo de 1926, la Asociación Alemana de Profesores de Derecho Público, presidida a la sazón por el mismo Triepel, dedicó su tercera reunión anual, celebrada en Münster, al debate sobre

(87) JAHREISS, H., «Die Staatsbürgerliche Gleichheit», en ANSCHÜTZ, G., y THOMA, G., *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, II, Tubinga, Mohr, 1932, pág. 624.

(88) LEIBHOLZ, G., *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, Berlín, O. Liebmann, 1925; citaré en adelante la segunda edición, complementada con nuevos ensayos, publicada por Beck en 1959.

(89) *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, cit., pág. 35. Al parecer de Leibholz, en la expresión «ante la ley» (*vor dem Gesetz*) ha de entenderse también incluida la Ley de leyes, la Constitución. Consecuentemente, la ley misma ha de respetar la igualdad, esto es, la igualdad ha de concebirse como un presupuesto inmanente de cada ley.

(90) *Ibid.*, págs. 36 y sigs. En relación al caso norteamericano, *vid.* la Sentencia del Tribunal Supremo *Yick Wo vs. Hopkins*, 118 U.S. 356, 369 (1886): «... *the equal protection of the laws is a pledge of the protection of equal laws*»; en relación al caso suizo, *vid.* *Decisión del Tribunal Federal* de 2 de abril de 1880 (*BGE* 6, 171: caso *Jäggi*), pág. 178. *Vid.* también al respecto el interesante trabajo de IMBODEN, M., «Der Schutz vor staatlicher Willkür» (1945), en IMBODEN, M., *Staat und Recht*, Basilea, Helbing & Lichtenhahn, 1971, pág. 149.

(91) *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, págs. 72-115.

(92) *Ibid.*, pág. 87.

el controvertido principio. Se discutieron sendas ponencias de Erich Kaufmann y Hans Nawiasky sobre el significado del principio de igualdad del artículo 109 de la Constitución. Las posiciones a favor y en contra de la nueva orientación quedaron fijadas en la discusión, que se convirtió prácticamente en un debate entre iuspositivismo y iusnaturalismo:

1. *La ponencia de Kaufmann.* A semejanza de Triepel y Leibholz, el profesor Erich Kaufmann propuso una interpretación del artículo 109 según la cual éste había de dirigirse en primer término al legislador, pues de lo contrario sería superfluo. En su opinión, dicho entendimiento representaba un ejemplo de la superación del positivismo mediante la apelación a un principio suprapositivo. Su tesis se resumía, en definitiva, en que «las distinciones del legislador deben ajustarse a la naturaleza intrínseca del orden de las relaciones vitales afectadas» (93). Frente a esta interpretación, consideraba un error derivado de la fe del iusnaturalismo racionalista en la generalidad abstracta reducir el sentido del principio a la formulación general de las normas (94). Tampoco admitía el recurso a la literalidad del precepto para negar la vinculación del legislador al principio: «referido sólo a la aplicación de la ley, el principio de igualdad únicamente afirma algo evidente, no es sino una trivialidad» (95).

2. *La ponencia de Nawiasky.* Partiendo de premisas positivistas, antagónicas a las de Kaufmann, Hans Nawiasky llegó a conclusiones muy distintas a las del primer ponente. La expresión «todos los hombres son iguales ante la ley» se encuentra emparentada con el principio cristiano clásico de que «todos los hombres son iguales ante Dios», y significa, en su sentido más abstracto, que *la ley no hace distinciones, no hace acepción de personas*. Mientras que la idea de igualdad ante Dios sólo puede entenderse como perteneciente al orden del ser, la idea de igualdad ante la ley puede y debe interpretarse como una *norma* (96), según este autor. Ahora bien, ¿cuál es exactamente el contenido de esta norma? Nawiasky analiza con gran agudeza las tres interpretaciones usuales de la misma y examina la legitimidad de cada una de ellas:

a) Acepta, en primer lugar, el significado más obvio del principio en aquel momento, a saber, la «igualdad en la aplicación de la ley». Frente a la tesis de

(93) Vid. KAUFMANN, E., «Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung», *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 3, De Gruyter, 1927, pág. 23.

(94) *Ibid.*, pág. 9.

(95) *Ibid.*, pág. 6.

(96) NAWIASKY, H., «Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung», cit., pág. 29.

Triepel —utilizada por Kaufmann en su ponencia— de que sólo frente al legislador cobra un sentido propio el principio de igualdad, objeto con razón Nawiasky que este principio ya de por sí tiene un significado propio, como había puesto de manifiesto la doctrina administrativista de la última centuria (97).

b) Se pregunta igualmente si no podría entenderse también como una prohibición oponible al legislador de hacer distinciones entre determinados grupos, lo que él denominaba *una prohibición de entablar diferenciaciones en sentido personal o subjetivo*. Este segundo significado del principio resultaba altamente defendible, según Nawiasky, desde una interpretación sistemática del precepto. Y es que eran numerosos los artículos constitucionales dirigidos a la eliminación de privilegios de sangre, clase o sexo, empezando por los expresamente citados en el artículo 109 CW (98). Desde el punto de vista del profesor de Múnich, del conjunto de preceptos cabía extraer un principio de interpretación de la regla general prevista en el artículo 109, según el cual ésta había de entenderse como una prohibición general de diferenciaciones basadas en la pertenencia a determinados grupos sociales que la Constitución equiparaba. En este específico sentido, pues, cabría oponer el principio también al legislador, y no simplemente como refuerzo de otras normas sino con un cierto valor autónomo, dado que algunas equiparaciones establecidas expresamente por la Constitución sólo gozaban de eficacia plena en conjunción con el artículo 109 —v. gr., el aseguramiento de iguales medios de desarrollo a los hijos extramatrimoniales, tarea remitida a la ley por el art. 121 CW.

c) No sucedía lo mismo con el pretendido mandato, más general, de un tratamiento igual de supuestos de hecho que merecen ser tratados igual (*igualdad en sentido objetivo*). Esta innovación era hermenéuticamente inadmisibles según Nawiasky, dada la imposibilidad de derivar tal principio del conjunto del texto o del tenor literal del artículo 109 CW (99). A su parecer constituía además un serio peligro, porque requería emitir un juicio de valor de carácter completamente subjetivo acerca de la justicia de la distinción. Las consecuencias de seguir esta línea eran, lógicamente, el «centralismo» —derivado de la aplicación del principio frente a los legisladores de los *Länder*— y el «reinado de los jueces» (*Richterkönigtum*) (100).

3. *El debate posterior a las ponencias: tesis desfavorables al «cambio de significado»*. El debate que siguió a las ponencias quedó ciertamente marcado

(97) *Ibid.*, págs. 37-38.

(98) *Vid.*, más en detalle, *ibid.*, págs. 30 y sigs.

(99) NAWIASKY, H., cit., pág. 33.

(100) *Ibid.*, págs. 40-41.

por el planteamiento iusnaturalista del problema hecho por Kaufmann, hasta el punto de que Kelsen afirmó que era ése el problema más importante que el profesor de Bonn había planteado (101). El jurista vienés —cuya opinión respecto al control de la acción del legislador a partir de normas de principio era en general negativa (102)— centró su intervención más en la crítica a la metodología de Kaufmann que en responder a la pregunta sobre la aplicación del principio de igualdad. Desde idénticas premisas iusfilosóficas, Ernst von Hippel, Richard Thoma y Gerhard Anschütz se opusieron también a la aplicabilidad de un principio general de igualdad frente al legislador, que supondría, según ellos, dejar las leyes al albur de lo que los jueces tuviesen por justo. Anschütz llegó a ironizar diciendo que no faltaría algún juez que, a partir de este principio, dedujese que una reducción de los impuestos del vino había de llevar consigo también una reducción de los de la cerveza (103). Su desconfianza hacia el gobierno de los jueces era extensible, como regla general, a cualquier revisión de la ley a partir de los derechos fundamentales. Consideraba Anschütz, en cualquier caso, que la postura de Triepel, Leibholz y Kaufmann era una tesis minoritaria en la doctrina alemana.

4. *El debate: tesis favorables al «cambio de significado».* La tesis de que la mayoría de la doctrina estaba por mantener el significado tradicional fue refutada por Triepel, el cual observó —y el tiempo terminaría dándole la razón— que la mayoría de los autores se inclinaba progresivamente hacia la nueva interpretación (104). Respecto al debate entre iusnaturalismo y iuspositivismo, Triepel

(101) «Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung. Gespräch», cit., pág. 43.

(102) *Vid.*, con particular claridad, su exposición en KELSEN, H., «Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit», *VVDStRL*, 5, Berlín y Leipzig, 1929, págs. 68-70. La tesis es lapidaria: «Que el sentido de la Constitución no puede ser el de hacer depender la ley aprobada por el parlamento de la libre discrecionalidad de un colegio político, compuesto más o menos arbitrariamente, a través del uso, sin concreción ulterior, de una palabra tan ambigua como “justicia” u otra similar [en la página anterior concretaba: igualdad, libertad, equidad, moralidad, etc.], es algo que se entiende por sí solo. Por lo tanto, si se debe evitar semejante desplazamiento de poder [...] del Parlamento a una instancia fuera del mismo, que puede ser exponente de fuerzas políticas muy distintas de las que el Parlamento expresa, en ese caso, si la Constitución establece un Tribunal Constitucional debe abstenerse de semejante fraseología; y si quiere fijar principios, pautas o límites para el contenido de las leyes que se aprueben, ha de determinarlos con la mayor precisión posible» (pág. 70).

(103) «Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung. Gespräch», cit., pág. 49.

(104) Además de los referidos autores que tomaron la palabra en Münster, se posicionaron igualmente a favor del cambio de significado otros como Aldag, Stier-Somlo, Goldschmidt, Arndt, Holstein, Fleiner, Bühler, Jerusalem, Hensel, etc. Coincido con L. VILLACORTA MANCEBO, que se

rehusó entrar de lleno y se limitó a defender a Kaufmann subrayando, siguiendo a Stammler, que todos los juristas están abocados a recurrir, hasta en los casos más sencillos, a la idea no escrita del Derecho justo. También Hermann Heller se mostró más cercano a esta tesis que a las de Nawiasky y de Kelsen, cuyo formalismo consideraba sólo en apariencia objetivo. Su juicio quedaba matizado al admitir, no obstante, que las objeciones relativas a la división de poderes eran ciertamente dignas de consideración (105). Walter Jellinek intervino por último para denunciar cierta exageración en las críticas vertidas por Thoma y por Anschütz y para adherirse a la nueva interpretación, siempre dentro de los límites que sus propugnadores habían reconocido (106).

c) Otras tesis respecto al principio de igualdad

1. Aunque nunca llegó a ser una opinión mayoritaria, es obligado hacer una referencia a *la tesis de Carl Schmitt* acerca del principio de igualdad. Su postura —que discurría por un cauce distinto al marcado por la reunión de Münster— era que quebrantaban el principio aquellas leyes «que no contienen nada más que decisiones individuales, concretas, dirigidas contra personas individualmente determinadas» (107). Semejantes actos no serían leyes sino «medidas», puesto que estarían dominados por el *telos* de la situación concreta —por la cláusula *rebus sic stantibus*— y no por consideraciones generales de justicia (108). Con la mayor claridad expresaría esta idea en 1928, en su *Teoría de la Constitución: «la igualdad ante la ley es inmanente al concepto de ley del Estado de Derecho*, es decir, ley es sólo la que en sí misma contiene la posibilidad de una igualdad, o sea, la norma general. [...] El artículo 109 CW prohíbe, por tanto, la ley de excepción en sentido propio, es decir, la ley dirigida por motivos individuales frente a una persona determinada o una pluralidad de personas individuales determinadas» (109).

opone a la opinión de Santamaría Pastor, Rodríguez-Piñero y Fernández López de que en el debate prevaleció claramente la defensa de la doctrina entonces tradicional [*vid.* «Principio de igualdad y legislador: arbitrariedad y proporcionalidad como límites (probablemente insuficientes)», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 130, 2005, pág. 43].

(105) *Ibid.*, pág. 51.

(106) *Ibid.*, págs. 60-61.

(107) SCHMITT, C., *Unabhängigkeit der Richter, Gleichheit vor dem Gesetz und Gewährleistung des Privateigentums nach der Weimarer Verfassung*, Berlín, De Gruyter, 1926, pág. 22.

(108) *Ibid.*, «Die Diktatur des Reichspräsidenten», *VVDStRL*, 1, 1924, pág. 97.

(109) *Ibid.*, *Verfassungslehre*, 8.ª ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1993, págs. 154-155.

Una de las principales críticas a esta tesis la formuló Heller en la reunión de la Asociación Alemana celebrada en Múnich en marzo de 1927. En su ponencia, que versaba sobre el concepto de ley de la Constitución, se refirió expresamente a la teoría de la igualdad de Schmitt, ligada a lo que éste denominaba el concepto de ley del Estado liberal burgués. «Cuando Schmitt recurre a la sólida fundamentación de su teoría de la igualdad y declara en contradicción con ésta las leyes “que no contienen nada más que decisiones individuales, concretas, dirigidas contra personas individualmente determinadas”, la fundamentación se desplaza repentinamente, aunque no acertadamente, de la lógica a la ética. Porque todo lo que, en contraposición al ideal de igualdad, es caracterizado como arbitrariedad, depende de si el concepto de arbitrariedad puede formalizarse lógicamente en el sentido de Schmitt». La tesis de Schmitt, basada aparentemente en la pura lógica, era resultado de una formalización del concepto de arbitrariedad mediante su conversión en una categoría dogmática: la *ley-medida*. Heller se oponía a esta formalización porque «tirano no es, como Carl Schmitt afirma, quien toma decisiones fuera de la ley, sino aquel que las toma arbitrariamente y en contra de las leyes vigentes» (110).

2. Una referencia merece también *el trabajo de Rümelin* sobre la igualdad ante la ley, que inteligentemente introdujo la *teoría de la integración* de Smend en la discusión sobre la igualdad (111), dotando de una mayor solidez a la nueva doctrina. Erigido en fundamento de la unidad en el Estado liberal, el principio de igualdad constituye un insoslayable elemento de legitimación material y se sitúa en la cúspide misma del ordenamiento. Frente a las objeciones históricas que apelaban a la intención del constituyente para oponerse al cambio de significado, la teoría de la integración proporcionaba un argumento para el cambio no menos histórico y de mayor fuerza, como reconoció Leibholz: «el cambio estructural del artículo 109.1 no se desprende decisivamente hoy, en última instancia, de la concepción del principio de igualdad —difícil de fijar con seguridad— de la Asamblea Nacional, ni tampoco de “nuevos principios jurídicos añadidos”, sino de la reestructuración radical del orden jurídico ligada a la caída de la Monarquía, con la cual los fundamentos materiales de legitimidad han experimentado un profundo cambio en el sentido de un aumento del significado de los derechos fundamentales» (112). Un cambio determinante en el sentido de

(110) HELLER, H., «Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung», *VVDStRL*, 4, 1928, pág. 109.

(111) Vid. RÜMELIN, M., *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, Tubinga, Mohr, 1928, págs. 24 y sigs.

(112) Vid. «Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Rezension», cit., pág. 199.

los derechos fundamentales: ésa era, en definitiva, la idea-fuerza que abría paso a la nueva interpretación.

2. *El principio de igualdad como derecho subjetivo*

Ha de abordarse, finalmente, la cuestión de si la igualdad había de ser entendida como un auténtico derecho subjetivo o si, por el contrario, seguía constituyendo, bien que reforzado, un principio puramente objetivo. A lo largo del siglo XIX, la doctrina europea había sido reacia a hablar, como hemos estudiado, de un auténtico derecho a la igualdad. Parecía que se trataba de un principio básico fundante de los derechos, de una idea que informaba el orden jurídico mismo basado en los derechos, aunque no se consideraba que, como tal, constituyese un derecho subjetivo. Al despegarse de las categorías del Derecho administrativo y centrar la disputa en los derechos fundamentales, la nueva interpretación tornaba insoslayable su consideración como derecho subjetivo. Leibholz se ocupó explícitamente de esta cuestión en una conferencia pronunciada en la *V Jornada de Juristas Alemanes en Checoslovaquia*, celebrada en Franzensbad el 24 de mayo de 1931. La ponencia, que llevaba por título: «¿Fundamento del principio de igualdad de todos ante la ley, expresado en varias Constituciones, un derecho subjetivo realizable?», trató principalmente las ideas que su autor venía defendiendo desde 1925. Sólo al final Leibholz formulaba una conclusión nítida sobre la cuestión planteada, que merece ser reproducida literalmente:

«Los derechos públicos subjetivos pueden ser pensados, en correspondencia con sus fundamentos histórico-ideales iusnaturalistas, como derechos humanos, inalienables y preestatales, cuya integridad no puede ser dañada por ningún poder estatal. Pero también desde un enfoque positivista —el único estimado como decisivo en este contexto— el concepto de derecho subjetivo tiene su propio significado. Y es que cabe separar el material normativo establecido por el Estado entre aquellos principios que son creados principalmente en interés general, y aquellos creados principalmente en interés del individuo y que amplían la esfera individual; y se pueden caracterizar estos últimos, que protegen los intereses individuales reconocidos por el orden jurídico, como derechos subjetivos. Ciertamente, el principio de igualdad es, en primer término, el fundamento material general, de eficacia jurídico-obligatoria, del Estado de Derecho liberal-burgués, aun en su fuerte afectación social actual [...]. A pesar de este significado integrador y fundante de la unidad, no es desacertado ver en el principio de igualdad, como en el resto de derechos fundamentales, un fundamento apropiado para el establecimiento de derechos públicos subjetivos. Porque el principio de igualdad, al igual que el resto

de derechos fundamentales, recibe su significado fundamental para el sistema cultural nacional, en primer lugar —y en congruencia con la historia continental-europea de los últimos siglos— a través de su propia referencia esencial a los miembros individuales de la comunidad, a cuya protección sirve [...].

Los derechos públicos subjetivos emanados en particular del principio de igualdad exigen un tratamiento no desigual del ciudadano mediante la legislación, la ejecución y la jurisprudencia. Al igual que sucede con los derechos constitucionales de libertad, no se trata de una pretensión dirigida a una actuación positiva de las instancias estatales —por ejemplo, a la aprobación de una ley— sino, negativamente, a la omisión de perturbaciones ilícitas de la igualdad jurídica» (113).

La idea de la igualdad como *derecho subjetivo* se sitúa, como puede apreciarse, plenamente ligada a su adquisición de pleno significado como *derecho fundamental*, vinculante para todos los poderes públicos. Con la iusfundamentación del principio de igualdad queda definitivamente fuera de discusión su *cualidad subjetiva*. Ya no es sólo un principio inspirador de los derechos fundamentales o de otros derechos subjetivos en el plano legal, sino un derecho subjetivo autónomo, oponible frente a todos los poderes públicos. Igual que un tratamiento arbitrariamente desigual se dirige inmediatamente contra el individuo, el propósito tuitivo del principio de igualdad consiste en socorrerle frente a dicho *agravio comparativo*. Sin perjuicio de su significado fundante del entero orden político-democrático, al erigirse el principio de igualdad en un derecho fundamental, no había razón alguna para negar su finalidad protectora individual ni, en consecuencia, para dejar de calificarlo como derecho subjetivo.

3. *El cambio de significado en la jurisprudencia*

Nuestro estudio sobre el «cambio significado» de la igualdad no puede desconocer que el debate doctrinal no se desarrolló herméticamente, sino que estuvo acompañado por un paralelo viraje en la judicatura (114).

1. La primera vez que el *Reichsgericht* se planteó el asunto desde una nueva perspectiva fue en una Sentencia de 4 de noviembre de 1925, dictada por su Sala Quinta. Sin llegar a tomar postura en el incipiente debate, el Tribunal de-

(113) LEIBHOLZ, G., «Begründet der in den verschiedenen Verfassungen ausgesprochene Grundsatz der Gleichheit aller vor dem Gesetze durchsetzbares subjektives Recht?» (1931), en *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, cit., 1959, págs. 233-235.

(114) Sobre la jurisprudencia de Weimar en relación con el principio de igualdad, *vid.* más ampliamente LEIBHOLZ, G., «Höchsrichterliche Rechtsprechung und Gleichheitssatz», cit., págs. 202-215.

sestimaba la inconstitucionalidad de una norma impugnada por la supuesta violación del principio de igualdad, afirmando explícitamente que, en aquel caso, el tratamiento legal diferenciado no carecía de la justificación racional requerida por la más nueva doctrina (115). Al poco tiempo, en enero de 1926 —antes, por lo tanto, de la célebre Reunión de Profesores de Derecho Público, el Tribunal se pronunció de un modo similar respecto al tratamiento diferenciado de acciones societarias en la llamada *Goldbilanzenverordnung* —norma sobre la que Triepel había escrito su famoso dictamen. Sin llegar a declarar la inconstitucionalidad de la norma, el *Reichsgericht* reiteró —como haría en los años sucesivos— el reconocimiento de la nueva interpretación y su hipotética aplicación en caso de tener que enjuiciar una norma legal arbitraria (116).

Tienen interés dos decisiones de diferentes Salas del *Reichsgericht*, discrepantes entre sí, de 30 de noviembre y 3 de diciembre de 1929. Al margen del problema de fondo —la suspensión mediante ley de determinados procesos arbitrales en curso en el marco del Derecho de pensiones— lo importante de estas decisiones es que revelaban dos concepciones diversas, ambas vinculantes para el legislador, del principio de igualdad. La primera se aproximaba a la tesis de Schmitt, dado que declaró inconstitucional una ley prusiana por considerar que, a pesar de su formulación abstracta, se trataba de una ley de excepción (*Ausnahmegesetz*) «calculada exclusivamente sobre dos casos particulares» (117). En sentido contrario, la Sentencia del 3 de diciembre sostuvo la constitucionalidad de la ley, dado que, a su entender, su formulación abstracta no era una simple forma de ocultar una injerencia individualizada, sino que se basaba en argumentos materiales generales. Añadía además, en consonancia con la nueva doctrina, que también una ley general se opondría, en caso de ser arbitraria, al principio de igualdad (118).

2. Aparte de la citada Sentencia del *Reichsgericht*, algunas decisiones de otros Altos Tribunales propugnaron igualmente la nueva interpretación. Muy cauteloso se mostró el *Staatsgerichtshof* que, sólo a principios de 1930, afirmó expresamente que la interpretación del artículo 109.1 CW favorable a la vinculación del legislador constituía la «opinión dominante» en la doctrina (119). Por el contrario, el Tribunal Constitucional austríaco, así como el Tribunal Supremo

(115) Sentencia del *Reichsgericht* de 4 noviembre de 1925 (RGZ 111, págs. 320 y sigs.).

(116) Sentencia del *Reichsgericht* de 29 de enero de 1926 (RGZ, 113, pág. 13).

(117) Sentencia del *Reichsgericht* de 30 de noviembre de 1929 (RGZ, 126, págs. 163-164).

(118) Sentencia del *Reichsgericht* de 30 de noviembre de 1929 (RGZ, 126, págs. 165 y sigs.). Vid. más ampliamente, además del trabajo citado de LEIBHOLZ (págs. 107-109), VOLKMAR, D., *Allgemeiner Rechtssatz und Einzelakt*, Berlín, Duncker & Humblot, 1962, págs. 245-247.

(119) Sentencia del *Staatsgerichtshof* de 17 de febrero de 1930 (RGZ, 128, págs. 1 y sigs.).

de Danzig y el Tribunal Supremo de Baviera, se destacaron como avanzada jurisdiccional de la nueva doctrina. Sin limitarse a afirmar la igualdad en la aplicación de la ley, en 1925 y 1926, el Tribunal Constitucional austríaco declaró contrarias al principio de igualdad del artículo 7 de la Constitución de este país algunas normas de rango legal que establecían discriminaciones basadas en condiciones personales como la religión o el sexo. Más lejos llegó el Tribunal Supremo del Danzig al declarar como obligatoria, en una decisión plenaria de 18 de enero de 1926, la interpretación del principio de igualdad que lo hacía vinculante, con carácter general, para el legislador. En los años posteriores, esta resolución sería asumida por el Tribunal Administrativo del Danzig (1927), por el Tribunal Administrativo de Baviera (1929) y por el Tribunal Superior Administrativo de Hamburgo (1930) (120). Cabe señalar, pues, que en los últimos años de Weimar, la tesis de Triepel-Leibholz había encontrado un firme asiento en la doctrina y una buena acogida en gran parte de la jurisprudencia.

4. *La consolidación del cambio tras la Segunda Guerra Mundial*

Resta únicamente, para completar este tercer apartado, hacer una referencia a la consolidación definitiva del nuevo entendimiento del principio después de la Segunda Guerra Mundial.

1. La tensión entre la nueva y la vieja interpretación se puso de manifiesto, ya desde sus comienzos, en el *proceso de redacción* de la Ley Fundamental de Bonn. La Comisión que redactó el borrador de Herrenchiessee trató de zanjar la antigua discusión con el inequívoco artículo 14.2 del proyecto: «el principio de igualdad vincula también al legislador» (121). Esta precisión fue, sin embargo, eliminada tempranamente por una Comisión parlamentaria (la *Grundsatzausschuss*). Particularmente crítico con la vinculación del legislador al principio de igualdad fue el profesor Richard Thoma, a la sazón miembro del Consejo Parlamentario. Retomando la interpretación que había defendido en la célebre reunión de 1927, Thoma calificó como «abiertamente falso» que el principio de igualdad pudiese requerir del legislador «atribuir iguales derechos y obligaciones a todos los hombres». En su lugar, recomendó estatuir un mandato que asignase al legislador la tarea de tratar igualmente lo igual y desigualmente

(120) *Vid.* LEIBHOLZ, G., «Höchsrichterliche Rechtsprechung und Gleichheitssatz», cit., pág. 213.

(121) La evolución histórica de los trabajos preparatorios de la Comisión Parlamentaria para la Ley Fundamental se encuentra recogida en el *Jahrbuch des öffentlichen Rechts, neue Folge*, vol. 1, 1951. *Vid.* el texto citado en la pág. 66.

lo desigual. A ello objetó Von Mangoldt que no era pertinente obligar al legislador a tratar desigualmente lo desigual, sino únicamente permitirlo. Así, tras muchas discusiones, para la redacción del primer epígrafe del artículo 3 prevaleció inicialmente la siguiente propuesta de Mangoldt: «Todos los hombres son iguales ante la ley. La ley debe tratar igual lo igual, aunque puede tratar lo distinto según sus peculiaridades. En todo caso, los derechos fundamentales no pueden ser afectados» (122).

Esta versión fue mantenida por la Comisión principal (*Hauptausschuss*) y por la Comisión General de Redacción (*Allgemeine Redaktionsausschuss*). Curiosamente, de cara a la tercera lectura en la Comisión Principal, la segunda y tercera frase del artículo fueron eliminadas sin mediar explicación (123). El texto permaneció invariable desde entonces, tanto en la Comisión como en el Pleno.

2. Pese a que la vinculación del legislador pretendida por el borrador de Herrenchiessee desapareció finalmente del texto, ésta no tardó en ser asumida por la *jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal*, quedando con ello definitivamente zanjada la vieja polémica. En la tercera decisión del Tribunal, de 23 de octubre de 1951, la Sala Segunda se expresó del siguiente modo al respecto: «conforme al artículo 1.3 y 20.3 LFB», el principio de igualdad «vincula al legislador». El Tribunal interpretaba el significado de este principio según la idea que llega hasta nuestros días: «el principio de igualdad sólo prohíbe que lo que es esencialmente igual sea tratado desigualmente». En suma, interpretaba la igualdad —siguiendo a Leibholz— como *interdicción de la arbitrariedad*: «El principio de igualdad es vulnerado cuando no puede hallarse un fundamento razonable para la diferenciación legal o la igualación, derivado de la naturaleza de las cosas o de otro modo materialmente convincente, o dicho brevemente, cuando la disposición ha de ser caracterizada como arbitraria» (124).

D) *Cuarta etapa: de la igualdad como límite a la igualdad como tarea del Estado*

Aunque ya no sea posible una confianza en el legislador democrático semejante a la de autores como Anschütz, es del todo oportuno recordar sus advertencias y comprender los peligros que encierra el control de la *arbitrariedad*

(122) *Vid. JöR* n. F. 1, 1951, pág. 68. *Vid.* también STERN, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, IV-2, Múnich, Beck, 2011, pág. 1468.

(123) *Vid. JöR* n. F. 1, 1951, págs. 72-72, y STERN, K., *cit.*, pág. 1469.

(124) STCF 1, 14 (*Südweststaat*), pág. 52.

del legislador. La abstracción del «juicio de razonabilidad» ha abierto en gran medida la argumentación jurisprudencial al espacio de lo metajurídico o, mejor dicho, ha introducido lo metajurídico en el ámbito de protección de la Constitución. Este proceso, en el que destacadas voces han apreciado un tránsito hacia el *Estado material de Derecho* (125), ha alcanzado su culminación, como veremos en este último epígrafe, con el tránsito desde la igualdad como *límite* a la igualdad como *tarea* del Estado. Esta cuarta etapa es difícil de localizar en el tiempo, y parece más bien un proceso inacabado, en el que seguimos inmersos. Puede decirse que mantiene con las anteriores una doble relación de continuidad y discontinuidad, lo que nos permitiría calificar este último epígrafe como un epílogo al resto del trabajo.

1. *Síntesis histórico-jurídica*

Los primeros gérmenes del principio de igualdad real se perciben ya en la segunda mitad del siglo XIX, aunque éste florece, principalmente, en el Estado democrático del siglo XX. Podemos afirmar con Alexis de Tocqueville que constituye una tendencia natural propia de los pueblos democráticos. «La primera y más viva de las pasiones que la igualdad de condiciones hace nacer» es «el amor a la misma igualdad», un amor que es «mucho más ardiente y mucho más tenaz» que el que se tiene por la libertad. Es este *deseo de igualar las condiciones* «el hecho particular y predominante» que singulariza los tiempos democráticos, así como «la pasión principal que agita a los hombres en esos tiempos»: una pasión «ardiente, insaciable, eterna, invencible», unida al deseo de libertad o, si es preciso, a su costa (126).

Antes de exponer las implicaciones teóricas del entendimiento de la igualdad jurídica como tarea, conviene que nos detengamos muy brevemente en su *génesis y evolución histórica*. Como se ha señalado, el principio jurídico de igualdad real es fruto, sobre todo, de un proceso que ha ido transformando paulatinamente las funciones del Estado contemporáneo. Es imposible, en consecuencia, hacer un análisis exhaustivo del mismo, por lo que nos centraremos sumariamente en algunos de sus principales hitos:

1. En nuestro continente, el *principio de igualdad real* se encuentra vinculado, como es bien conocido, al nacimiento del *Estado social de Derecho* y al

(125) Vid. BÖCKENFÖRDE, E.-W., «Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs», en *Recht, Staat, Freiheit*, Francfort del Meno, Suhrkamp, 2006, págs. 164-168.

(126) Vid. TOCQUEVILLE, A., *De la démocratie en Amérique*, II, cit., págs. 101 y 104.

reconocimiento de un *catálogo de derechos sociales*. La aparición de éstos en la Constitución de Weimar dio lugar, según observó Mortati en un trabajo clásico, a «la sustitución de la anteriormente vigente concepción estrictamente formal de la igualdad por otra sustancial» (127).

a) Respecto al llamado *Estado social de Derecho*, se trata de un concepto muy poco claro en su génesis (128), aunque interpretado tempranamente mediante la referencia al principio de igualdad. De nuevo, la fecundidad de la cláusula constitucional se hizo manifiesta en una reunión de la Asociación Alemana de Profesores de Derecho Público, esta vez de octubre de 1953. Por lo que aquí interesa, fue a la sazón Otto Bachof quien, en su ponencia, hizo una alusión expresa a la importancia del principio del Estado social de Derecho para interpretar el principio de igualdad del artículo 3 LFB y, más concretamente, sus apartados segundo y tercero —sobre la igualdad de derechos entre mujeres y hombres y la interdicción de las discriminaciones odiosas (129).

c) El principio de igualdad real encuentra una primera *consagración específica* en el artículo 3, párrafo 2.º, de la Constitución italiana de 1947, base del artículo 9.2 CE (130). En los primeros años de andadura de la Constitución italiana, algunos autores trataron de negarle la eficacia jurídica, aunque esta tesis, siempre minoritaria, resultó definitivamente desechada gracias a un influyente trabajo de Vezio Crisafulli sobre la eficacia jurídica de las normas constitucionales de principio (131).

(127) MORTATI, C., «Una valoración de conjunto sobre la experiencia de la Constitución de Weimar» (1946), en VV.AA., *La Constitución de Weimar*, Madrid, Tecnos, 2010, pág. 57.

(128) Como es bien sabido, el término fue acuñado en 1929, sin apenas explicación de su significado, en el escrito de HERMANN HELLER *Rechtsstaat oder Diktatur?* (*Gesammelte Schriften*, vol. II, 2.ª ed., Tubinga, Mohr Siebeck, 1992, págs. 443-462). Esta fórmula recibió su expresión positiva, después de la II Guerra Mundial, en el artículo 20.1 y en el artículo 28 de la Ley Fundamental de Bonn, aunque tampoco entonces estaba claro su contenido. «Nadie podrá decir —escribió en 1965 Werner Weber— que esta historia de la formación de la cláusula del Estado social suministraba, más allá del puro tenor literal de la cláusula, información alguna respecto al sentido otorgado por sus creadores» (WEBER, W., «Die Verfassungsrechtlichen Grenzen sozialstaatlicher Forderungen», *Der Staat*, núm. 4, 1965, pág. 412).

(129) BACHOF, O., «Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates», *VVDStRL*, núm. 12, Berlín, De Gruyter, 1954, págs. 41-42.

(130) «Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país».

(131) CRISAFULLI, V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milán, Giuffrè, 1952, págs. 27 y sigs.

2. En cuanto al *ámbito material del principio de igualdad real*, en su origen se encuentra vinculado a la lucha por la integración social y política del denominado por Jünger «cuarto Estado» (*vierte Stand*) (132), esto es, de la clase trabajadora. No obstante, en su decurso histórico, el principio ha ensanchado notablemente su ámbito de protección. Y así como el principio de igualdad ante la ley tiene un doble carácter —por usar la terminología de Nawiasky— *objetivo* (interdicción general de la arbitrariedad) y *subjetivo* (interdicción especial de la discriminación de determinados grupos), también el principio de igualdad real opera en dos direcciones con distinta eficacia: de un lado, como principio *general objetivo*, exige una acción niveladora del Estado en todos los ámbitos; de otro, como un mandato *específico subjetivo*, ordena la integración de aquellos grupos históricamente excluidos. De esta forma, el principio de igualdad real evoluciona con la identificación de nuevos *soggetti deboli*, según la adecuada expresión italiana.

3. En última instancia, el principio de igualdad real representa la aspiración de alcanzar *un resultado* igualitario. Es por ello que su estudio ha de centrarse no tanto en el principio como tal cuanto en *las distintas técnicas jurídicas que de él se han derivado*. La igualación de la riqueza pasa, como es obvio, por un *sistema desigual redistributivo de beneficios y cargas económicas*. La «igualdad real» de otros grupos preteridos se viene realizando, por su parte, mediante *sistemas desiguales redistributivos de beneficios y cargas jurídicas*. Ha de destacarse en particular la llamada «acción positiva» (*affirmative action*) o «discriminación inversa» (*reverse discrimination*), que constituye un régimen privilegiado en el sentido literal del término (*privum legum*) con el fin de promover el ascenso social de sus destinatarios. La eclosión de este tipo de medidas en Estados Unidos se produjo en el ámbito educativo en los años setenta, con el fin, sobre todo, de luchar contra la segregación y fomentar la diversidad racial (133) y, siguiendo un camino no exento de polémicas, su aceptación jurisprudencial ha ido consolidándose. En las últimas dos décadas, también en Europa las medidas de acción positiva parecen considerarse no sólo como algo lícito sino incluso debido, hasta el punto de ser incorporadas a

(132) JÜNGER, E., *Der Arbeiter* (1932), en *Sämtliche Werke*, vol. 8, Stuttgart, Klett-Cotta, 1982, págs. 22-23.

(133) *Vid.* las importantes Sentencias del Tribunal Supremo norteamericano *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, 402 U.S. 1 (1971); *Regents of the University of California v. Bakke* 438 U.S. 265, págs. 311 y sigs. (1978); y *Fullilove v. Klutznick*, 448 U.S. 448 (1980). Sobre este tema, *vid.* más ampliamente MARTÍN VIDA, M. A., «Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos. Nacimiento y desarrollo de las medidas de acción afirmativa en Derecho estadounidense», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 68, 2003, págs. 151 y sigs.

algunas constituciones europeas y a los tratados de la Unión (134). Particular relevancia al respecto tuvo la autorización expresa de este tipo de medidas, en 1997, en el Tratado de Ámsterdam, a raíz de la cual el Tribunal de Luxemburgo empezó a admitirlas (135). Cuál sea el enjuiciamiento que merecen desde el punto de vista del principio de igualdad es algo que no puede esclarecerse sin tener en cuenta la doble naturaleza del mismo, a saber, su carácter de *límite* y de *tarea* del Estado.

2. Corolarios sobre el principio de igualdad jurídica entendido como límite y como tarea

Como hemos anticipado, la exigencia de la igualdad *como tarea* no puede concebirse como meramente yuxtapuesta a la exigencia de la igualdad *como límite*, antes bien, constituye un complemento inescindible de aquélla, junto con la cual conforma *un único principio de igualdad jurídica*. Ello nos obliga a concluir este trabajo desarrollando algunas conclusiones acerca de las especificidades de una y otra dimensión del principio y, sobre todo, del lugar en que ambas confluyen:

1. Hemos de referirnos, en primer lugar, a las características que parecen contraponer a ambos principios. Desde el *punto de vista estructural*, el principio de igualdad *formal* prohíbe entablar diferenciaciones basadas en un criterio de distinción o *tertium comparationis* irrelevante. El principio de igualdad *real* exige, por el contrario, la equiparación respecto a un criterio de igualación o *tertium æquationis* relevante. Expresado de otro modo, la igualdad como *límite* y la igualdad como *tarea* se basan respectivamente en el respeto a las *diferencias* —que *no deben* fundamentar la diferenciación— y la lucha por erradicar las *desigualdades* —que *deben* fundamentar la diferenciación (136).

(134) *Vid.* artículo 3.2 de la Ley Fundamental de Bonn, en su redacción fijada en 1994; artículo 7.2 *in fine* de la Constitución austríaca, introducido en 1998; artículo 10 bis de la Constitución belga, introducido en 2002; etc. *Vid.* más ampliamente MARTÍN VIDA, M. Á., «Medidas de acción positiva en los países miembros de la Unión Europea», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 12-13, 2003-2004, págs. 322 y sigs. *Vid.* también los artículos 157.4 TFUE y 23.2 CDFUE.

(135) El tránsito de una comprensión a otra se revela en el contraste entre la STJCE *Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, de 17 de octubre de 1995, y STJCE *Marschall c. Westfalen*, de 11 de noviembre de 1997. *Vid.* con posterioridad las STJCE *Badeck y otros c. Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen*, de 28 de marzo de 2000; *Lommers c. Minister van Landbouw y otros*, de 19 de marzo de 2002; etc.

(136) FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, 2.^a ed., Madrid, Trotta, 1997, pág. 907.

2. Sin perjuicio de su indiscutible eficacia como principio autónomo —objeto de un sinfín de trabajos y monografías— la igualdad material adquiere una peculiar relevancia dogmática —y esto es lo principal, por lo que aquí interesa— en su relación con la dimensión formal del principio de igualdad jurídica. *La vertiente material y la vertiente formal del principio conforman una única igualdad jurídica*, lo que se manifiesta con toda claridad en la discusión sobre las acciones positivas. Estas medidas, siendo *prima facie* discriminatorias, pretenden una redistribución de oportunidades *de facto*. Su principal fundamento teórico se encuentra, según Ronald Dworkin, en la distinción entre el *derecho a un tratamiento igual* y el *derecho a ser tratado como un igual*. Frente a la pura igualdad aritmética, que ordenaría «un tratamiento igual», Dworkin apela al «derecho a ser tratado como un igual», o lo que es lo mismo, al derecho a ser tratado «con la misma consideración y respeto» (137).

3. La tesis de Dworkin es enormemente sugerente, aunque no deja de moverse en el plano de la reconstrucción filosófica. En su contra juega el hecho de que, al menos en su expresión jurídica tradicional, el principio antidiscriminatorio postula la existencia de un verdadero *derecho al tratamiento igual*. No de otro modo puede interpretarse una prohibición normativa de las distinciones basada en rasgos como la raza o el sexo. De hecho, la evolución del principio de igualdad jurídica siempre sugiere un *tertium comparationis* que empieza a considerarse odioso por la sociedad y que, consecuentemente, queda proscrito. En el constitucionalismo revolucionario, la condenación del Antiguo Régimen se traducía en una pura y simple prohibición del régimen de privilegios, esto es, en un *derecho a un tratamiento igual* en relación con algo fácil de identificar: el nacimiento. Igualmente, en el debate alemán acerca de la vinculación del legislador al principio de igualdad, la tesis de Nawiasky pretendía aceptar la vinculación del legislador en tanto que se mantuviese la seguridad jurídica, o lo que es lo mismo, en tanto que el *tertium comparationis* proscrito fuese predeterminado normativamente. Y es que el principio de igualdad sólo posee un contenido jurídico reconocible por todos en la medida en que funda una prohibición clara, en la medida en que opera como el *derecho a un tratamiento igual* en relación con un rasgo determinado. Por eso, lo que Nawiasky mantenía no era más que un *derecho al tratamiento igual* respecto a ciertos rasgos fijados por la Constitución misma. En contra de esta tesis, el «cambio de significado» llamaría al intérprete a fijar los criterios relevantes para la distinción.

(137) DWORKIN, R., *Taking rights seriously*, Duckworth, Londres, 1978, pág. 227, y *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Cambridge, 2000, pág. 411.

4. Con el cambio de significado, sin embargo, el principio de igualdad continuó siendo un *derecho al tratamiento igual*, una prohibición de emplear como criterio de diferenciación en la distribución de cargas y beneficios un *tertium comparationis* irrelevante. Lo que verdaderamente cambia respecto a la tesis de Nawiasky es que la «irrelevancia» del *tertium comparationis* ya no es declarada por la Constitución, sino que es definida *praeter legem*. Identificado el criterio «irrelevante», sin embargo, no puede negarse que existe un *derecho al tratamiento igual*.

5. El avance de la igualdad como *tarea* ha supuesto, en lo que a la dogmática jurídica se refiere, una transformación importante, puesto que permite soslayar los «criterios irrelevantes» establecidos por la norma y generalizados en la praxis jurídica en aras de la propia igualdad. Ciertamente, el principio de igualdad sigue siendo un *derecho al tratamiento igual*, esto es, una proscripción de toda distinción basada en criterios irrelevantes. Lo que la igualdad como *tarea* ha alterado es la fuerza limitativa de los criterios prohibidos según la norma y la praxis jurídica. Si el «cambio de significado» exigió al intérprete determinar los «criterios irrelevantes» al margen del texto («igualdad *praeter legem*»), el interés dogmático de la acción positiva reside en que, apelando a la igualdad como *tarea*, permite tomar por relevante un criterio de diferenciación normativamente considerado como «irrelevante» («igualdad *contra legem*»). ¿Cómo es esto posible? Dworkin ha mostrado brillantemente con su razonamiento el modo en que se justifica esta operación hermenéutica: allí donde la Constitución parece prohibir el uso de un determinado criterio, el recurso al mismo se justifica apelando a un criterio superior de igualdad, esto es, a la *igual consideración y respeto* o al *derecho a ser tratado como un igual*. El «mandato de no discriminación» (igualdad-límite) es contrarrestado por el «mandato de equiparación» (igualdad-tarea) ascendiendo en el plano axiológico hasta la «igual consideración y respeto» o el «derecho a ser tratado como un igual» (igualdad valor), que sirve de fundamento a uno y otro mandato.

6. En efecto, es en su fundamentación donde parecen coincidir la igualdad *formal* y la igualdad *material*, la igualdad como *límite* y la igualdad como *tarea*. Ascendiendo en el orden valorativo resulta muy difícil predecir, en consecuencia, el resultado del enjuiciamiento de una medida de «discriminación inversa», o lo que es lo mismo, de una «discriminación para la igualdad». Quienes sostienen la inconstitucionalidad de semejantes medidas a favor de los grupos sociales históricamente preteridos, ¿no lo hacen acaso sobre la base de la «igual consideración y respeto» que como tal merece *el individuo* postergado en el caso concreto —esto es, sobre la base de su «derecho a ser tratado como un igual»? Y al revés, quienes defienden la legitimidad de tales medidas, ¿no lo ha-

cen partiendo de la «igual consideración y respeto» o del «derecho a ser tratado como un igual» de los miembros del *grupo social históricamente preterido*? El principio de la «igual consideración y respeto» funda el *derecho al tratamiento igual (igualdad-límite)* tanto como justifica el *tratamiento distinto (igualdad-tarea)*. Acudiendo a un criterio superior de orientación para decidir entre uno y otro, lo que parece llevarse a cabo es un aumento de la discrecionalidad del intérprete, cuya vinculación a la interdicción de la discriminación prevista normativamente ha sido mitigada.

7. Tiene también interés notar que, aunque con un fundamento axiológico común, la *igualdad-límite* y la *igualdad-tarea* tutelan, respectivamente, a los *individuos* y a los *grupos*. Consecuentemente, la opción por uno y otro principio está estrechamente ligada a las convicciones políticas, más o menos individualistas o colectivistas, del intérprete. Desde una perspectiva liberal, la optimización de la igualdad exigirá normalmente la interdicción de la discriminación (*igualdad como límite*), y desde una perspectiva socialista, será más habitual decantarse por una justificación de la distinción equiparadora (*igualdad como tarea*). En ambos casos, privilegiar la igualdad como límite o la igualdad como tarea sólo podrá hacerse desde el punto de confluencia entre ambas, esto es, desde el «valor igualdad». Es éste un punto de llegada que no siempre es advertido con claridad, y que se alcanza ascendiendo progresivamente hacia el común fundamento axiológico de la igualdad *formal* y la igualdad *material*, a saber, hacia el *valor* de la igualdad.

8. En el debate de Weimar sobre el cambio de significado del principio de igualdad, desde el positivismo se advirtió de la carga valorativa que entrañaba la consagración de una máxima general de interdicción de la arbitrariedad de la ley. Sólo unos criterios expresamente prohibidos escaparían a dicha discrecionalidad, y es por ello que fueron los únicos en ser admitidos por Nawiasky como contenido posible de un principio de igualdad vinculante para el poder legislativo. En la actualidad, el tránsito desde la igualdad como límite hacia la igualdad como tarea del Estado ha dado lugar a una serie de *conflictos de igualdad* que suelen resolverse, a mi juicio, penetrando en los arcanos de la valoración social y política más que desde la argumentación jurídica. La confluencia del principio de igualdad *material* y *formal* en el valor *igualdad*, subrayada entre otros por Ferrajoli (138), hace que sea en este ámbito donde se resuelvan, como hemos dicho, todas las tensiones y aparentes contradicciones entre uno y otro principio. ¿Cuándo una medida de acción positiva está justificada? ¿En qué casos prevalece la finalidad de equiparación *social* de una medida diferenciadora

(138) Vid. con todo acierto FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., págs. 907-908.

sobre la discriminación *individual* que eventualmente entraña? ¿Cuándo cabe afirmar que un criterio de diferenciación, *prima facie* prohibido como *tertium comparationis*, ha de imponerse debido a su razonabilidad como *tertium æquationis*? Es en cierta medida lógico que esta cuestión continúe suscitando una de las más apasionadas discusiones político-jurídicas de nuestro tiempo, cargada de defensores y de detractores. Después de todo, su solución se dilucida en la optimización de un valor: ¿qué realiza más la «igualdad», la discriminación inversa *sub examine* o el respeto al mandato de no discriminación? En la respuesta jurisdiccional a este interrogante podemos entrever la *culminación* de algo que recorre todo este trabajo, a saber, la fusión de lo axiológico con lo jurídico-positivo (139).

RESUMEN

El principio constitucional de igualdad constituye una de las bases del moderno Estado democrático de Derecho. En Europa, su evolución jurídica permanece envuelta en una nebulosa de dudas y tensiones que dificulta una interpretación pacífica de su significado histórico. En el presente trabajo, el autor indaga en su génesis y desarrollo constitucional con un doble propósito: 1. Por una parte, trata de definir con precisión los principales estadios de su evolución en Europa, desde el constitucionalismo revolucionario hasta la inclusión de la igualdad «real». 2. Por otra, resalta los desafíos que, en nuestro tiempo, ha supuesto la afirmación de un principio general de razonabilidad de las leyes, así como la síntesis contemporánea de la igualdad como límite y la igualdad como tarea del Estado.

PALABRAS CLAVE: derecho a la igualdad; derechos fundamentales; derechos subjetivos; acción positiva; jurisprudencia de valores; separación de poderes.

ABSTRACT

The constitutional principle of equality is one of the foundations of the modern Democratic State. In Europe, its juridical evolution still gives rise to controversy and this makes difficult a correct interpretation of its historical meaning. This article investigates the genesis and development of the principle of equality. Its purpose in doing so is two-fold: 1. On the one hand, it tries to define the main stages of the principle's development in Europe. 2. On the other hand, it analyses the challenges derived from the contemporary tasks that the principle must perform. In particular, containing laws

(139) Vid. SMEND, R., «Verfassung und Verfassungsrecht», en *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 2.^a ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1968, pág. 139.

within the limits of reasonableness, and ensuring it operates both negatively, as a limit, and, positively, as a concrete goal of the State. These two dimensions configure a highly abstract principle of equality.

KEY WORDS: right to equal protection; fundamental rights; individual rights; affirmative action; jurisprudence of values; separation of powers.