

IGUALDAD Y ESTADO LIBERAL: PERSPECTIVA DE UN DESENCUENTRO

LUIS VILLACORTA MANCEBO (*)

SUMARIO: 1. IDEAS PREVIAS. 2. LA AFIRMACIÓN DE LA IGUALDAD DURANTE EL PROCESO REVOLUCIONARIO. 3. MONARQUÍA CONSTITUCIONAL E IGUALDAD JURÍDICA. 3.1. *El Estado liberal legislativo europeo del siglo XIX: generalidad, universalidad de la Ley e igualdad.* 3.2. *La igualdad jurídica reducida al momento de la aplicación de la Ley: el Estado liberal como Estado de las desigualdades*

(*) Profesor titular de Derecho Constitucional. Universidad de Cantabria.

1. IDEAS PREVIAS

Durante los siglos XVII y XVIII, Europa Occidental y América del Norte han sido los escenarios de un movimiento inicialmente intelectual y luego experimental que conocemos con el nombre de «constitucionalismo»; movimiento que se construye desde la denuncia del Antiguo Régimen en términos de injusto y carente de racionalidad, postulando en su sustitución la razón y la justicia (1). La definición del término «constitucionalismo» es compleja, porque en él se reúnen múltiples ideas bajo un mismo nombre, pero enlazan todas ellas, como bien se sabe, con los postulados de la concepción liberal originaria, producto fundamentalmente de las convicciones racionalistas que cristalizan a partir de la segunda mitad del siglo XVII y son posteriormente asumidas por la burguesía revolucionaria. El movimiento se apoya, básicamente, en la idea de limitar y racionalizar el ejercicio del poder del Estado al objeto de garantizar la seguridad y libertad de los ciudadanos, y recibe el nombre de constitucionalismo debido a que utiliza el término Constitución para denominar al texto escrito establecido por medio de un acto unitario del poder constituyente, a partir del cual la Norma Fundamental recibe su forma jurídica definitiva y su unidad lógica (2). En esta dirección, el constitucionalismo consideró que asegurar el ejercicio de los derechos políticos de acuerdo con formas representativas o

(1) Reinhold ZIPPELIUS, «Der Gleichheitssatz», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Walter de Gruyter, Berlin/New York, núm. 47, 1989, pp. 8-9 y 13 y ss.

(2) Hermann HELLER, *Teoría del Estado*, Comares, Granada, 2004, pp. 285 y ss.

democráticas implicaba un ejercicio de los mismos conforme a la igualdad política, que se constituye de este modo en fundamento del orden liberal-democrático. La igualdad política, mantiene en efecto Rivero, «*est consubstantielle à la conception classique de la démocratie*» (3); y la idea, con las consiguientes transformaciones, perdura hasta nuestros días (4). No obstante, la reivindicación de la igual participación de todos en el poder del Estado, según se ha subrayado, estuvo abocada de inmediato al choque «por muchas vías y de muchas maneras distintas», con una realidad «siempre mucho más compleja que el modelo» (5).

Congruentemente con estos postulados, en el marco de ese gran cambio de ideas y socio-político, la igualdad y la libertad fueron presentadas como los pilares ideológicos básicos; en lógica consecuencia, ambos principios han sido las exigencias que determinaron el Derecho europeo durante el siglo XIX, y de forma más concreta el principio de igualdad «tuvo la mayor significación a principios de siglo» (6). Por lo tanto, desde los inicios del constitucionalismo la libertad y la igualdad tienen relación recíproca respecto a su contenido, en tanto se ha visto siempre «en la coexistencia de libres y no libres una violación del principio de igualdad. Con ello, el principio de igualdad se convirtió en vehículo del principio de libertad. La libertad debía realizarse mediante la equiparación de los no libres con los libres, así como, viceversa, la falta de libertad se percibió sólo con la observación de la desigualdad (...) Una sociedad en la que todos careciesen de libertad y con ello

(3) Jean RIVERO, «Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français», en *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international, Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, 1961-1962*, Vol. XIV, Dalloz, Paris, 1965, p. 345.

(4) Modernamente la vinculación estricta entre igualdad y democracia es una reivindicación constante de los sistemas democráticos, puede verse en Gerhard LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, Berlin, 1925, 2ª ed., C.H.Beck, München/Berlin, 1959, pp. 16 y ss., y p. 23 y ss. Y recientemente Peter HÄBERLE, *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 139.

(5) Francisco RUBIO LLORENTE, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, 2ª ed., Madrid, 1997, pp. 644-645.

(6) Hans HATTENHAUER, *Los fundamentos histórico-ideológicos del Derecho alemán. (Entre la jerarquía y la democracia)*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, p. 45.

fuesen iguales en su falta de libertad difícilmente habría podido abrirse paso hacia la exigencia de libertad e igualdad» (7).

Se puede así sostener que la lucha por la igualdad jurídica y su desarrollo está estrechamente vinculada a la lucha por la libertad y la igualdad política y su evolución (8). En este sentido, si algo resulta posible afirmar con claridad respecto del principio de igualdad es su historicidad; también aquí se podría decir que «surge y se va haciendo fragmentariamente» desde la perspectiva de su contenido, manteniéndose, sin embargo, prácticamente idéntico el lacónico enunciado inicial. De este modo, se ha reconocido que si existe un precepto constitucional respecto del cual el enraizamiento histórico se revela decisivo en cuanto a su comprensión, su aplicación, y, en consecuencia, también en lo que concierne a sus aciertos, sus errores o incertidumbres, es el dedicado a la igualdad (9). Ahora bien, supeditada siempre la igualdad en su realización práctica a la cultura espiritual de cada época, la aludida historicidad del «principio» no significa precisamente en este caso —como en tantos otros— que, rastreando su perspectiva histórica, haya presentado unos contenidos o perfiles precisos y haya seguido una evolución lineal. Antes al contrario, la igualdad jurídica evidencia abundantes rasgos bastante difíciles de reducir a esquemas lógicos, algo perfectamente comprensible, dada la naturaleza del principio y las transformaciones históricas producidas en las estructuras políticas y sociales. Por consiguiente, la historia de la igualdad jurídica dista de ser lineal, a veces parece un tanto caótica, o cuando menos francamente compleja, en cuanto jalonada de rupturas, de avances, de retrocesos, por demás, como el movimiento constitucional en su conjunto, si bien, en el caso concreto de la igualdad, esa evolución cíclica o sinusoidal es aún más acusada (10).

(7) Hans HATTENHAUER, *Los fundamentos histórico-ideológicos...* op. cit., p. 46.

(8) Aspecto considerado por Georg MÜLLER, «Der Gleichheitssatz», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Walter de Gruyter, Berlin/New York, núm. 47, 1989, pp. 46 y ss.

(9) Referido a Francia y a la historia de su Derecho público, Stéphane CAPORAL, *L'affirmation du principe d'égalité dans le droit public de la Révolution Française (1789-1799)*, Economica P.U.A.M., Paris-Aix-en-Provence, 1995, p. 283.

(10) Reinhold ZIPPELIUS, «Der Gleichheitssatz», en op. cit., pp. 8 y ss.; y Georges VEDEL calificará a la institución en términos de «*contradictoire et énigmatique*», «L'égalité»,

De este modo, a través de la evolución de la igualdad jurídica se visualiza perfectamente, con carácter general, el desarrollo complejo del constitucionalismo, movimiento, como aludimos más arriba, dominado siempre por la reivindicación más o menos abierta de la igualdad. En efecto, el constitucionalismo en cuanto «técnica de la libertad, debe entenderse necesariamente como un proceso de liberación personal y de reducción de las desigualdades» (11), y aun cuando es evidente que los ritmos de evolución no son exactamente los mismos en todos los países del mundo occidental, sí se pueden trazar en líneas generales grandes etapas coincidentes, básicamente, con las clásicas fases del constitucionalismo, sobre todo si tenemos en cuenta que, al margen de las concretas experiencias históricas de cada país y de las peculiaridades propias del respectivo ordenamiento, la igualdad jurídica constituye un buen ejemplo de lo que apunta a un «Derecho Constitucional común de los Estados occidentales» (12).

No obstante, las raíces de la igualdad son bastante antiguas. Si *M. Scheler*, por ejemplo, se refiriera a la igualdad como un tema eterno desde la sofística, diversos autores constatan que incluso en el pensamiento presocrático se hablaba de igualdad en una triple dimensión: *isocracia* o igualdad de poder; *isegoría* o igualdad de palabra; e *isonomía* o igualdad ante la Ley. Posteriormente, en la Grecia clásica se emplea el término *isonomía*, que como sinónimo de igualdad en un sentido particularmente pleno sólo se corresponde entre ciudadanos –no entre todos los individuos–, y era considerada principio esencial de una democracia, manifestándose más concretamente en la concepción de la justicia como *dike* (13). La libertad, según se sostuvo, residía en la

en *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ses origines, sa pérennité (Actes du colloque universitaire tenu les 6, 7 et 8 mars 1989 à la Sorbonne et à l'Assemblée nationale sous le Aut. Patronage du Président de la République)*, La Documentation Française, Paris, 1990, p. 172.

(11) Isidre MOLAS, «Encuesta sobre la orientación actual del Derecho Constitucional», en *Teoría y Realidad Constitucional*, 1998, núm. 1, p. 61.

(12) Christian STARCK, citado por Markus GONZÁLEZ BEILFUSS, *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 7, nota núm. 13.

(13) Puede apreciarse en el idealismo y suprarrealismo de Platón, en su búsqueda de la justicia y la ciudad ideales, por ejemplo, *República*, VIII, 14. En cuanto a ARISTÓTELES,

sumisión a la Ley, que era la misma para todos y protegía contra el arbitrio; en definitiva, la esencia de la democracia «se consideró en que las leyes de Atenas debían valer para todos igualmente» (14). Pero esta igualdad civil griega poco o nada tenía que ver con la igualdad política o social.

Asimismo, las revoluciones burguesas en esta cuestión de la igualdad -como en algunas otras- estuvieron considerablemente influidas por el cristianismo, o si se quiere más precisamente por «la tradición nunca interrumpida del Derecho Natural cristiano» (15); filosofía que había evolucionado en este punto desde la vieja «igualdad de clase» conferida en la antigüedad sólo a los ciudadanos griegos, hacia una igualdad de naturaleza, pero espiritual y trascendente. Lo ha explicado con precisión *Hattenhauer*, al reconocer que el problema de la igualdad era ya abordado por el Nuevo Testamento, donde se mantiene que todos los hombres son «criaturas de Dios e iguales ante su tribunal», si bien, esta «igualdad ante Dios» no tenía aún por consecuencia la igualdad ante la ley; no obstante, «el apóstol San Pablo aconseja a los esclavos que permanezcan en su estado de esclavitud, ya que el fin del mundo es inminente (...) de este consejo puede desprenderse que ya San Pablo tuvo que enfrentarse con la idea de la igualdad ante la ley. Es notorio que había esclavos que se habían hecho cristianos y por ello pretendían también la equiparación con los cristianos libres. La doctrina que otorgaba a todos los hombres igual rango ante Dios llevaba a la idea de que

trayendo a tierra a PLATÓN, afirmarí: «Se cree que el Derecho es igualdad, y es cierto, pero igualdad para iguales, no para todos. Y se cree asimismo que la desigualdad es Derecho, y también es cierto, pero no para todos, sino para los desiguales (...) parece que la justicia es igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales», y manifiesta al mismo tiempo la preocupación porque la igualdad jurídica (considerada esencial para la democracia) no se transmute en igualdad económica a través de un uso distorsionado del sufragio universal. También advierte acerca de la obligación de precisar la relación entre igualdad y justicia, al admitir en nombre de la justicia distributiva la posibilidad de que existan desigualdades entre unos ciudadanos y otros, *Política*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997. Es frecuente asimismo la cita correspondiente a su obra *Ética a Nicómaco* donde se encuentra la idea de que la esencia de la justicia es la igualdad: tratar de forma igual a lo que es igual, e igualmente desigual a lo desigual, en definitiva, tratar de forma adecuada y proporcionalmente igual.

(14) Hans HATTENHAUER, *Los fundamentos histórico-ideológicos...*, op. cit., p. 47.

(15) Hermann HELLER, *Teoría del Estado...*, op. cit., p. 311.

también era querida por Dios la igualdad de todos los hombres en el mundo sometido a Dios, esto es, ante la ley» (16). Y fueron los anteriores planteamientos apretadamente resumidos, y en cierta medida reiterados más o menos esporádicamente durante el Medievo, los que prepararon la concepción de la igualdad orientada por la universalidad y la racionalización, perspectiva que cobra nueva vida a partir del Renacimiento y muy particularmente en el siglo de las luces (17).

Referido más concretamente a la Edad Media, es cierto que no conoce aún derechos individuales sino *status* específicos que terminan por aparecer como un conjunto de privilegios, entre otras razones porque las categorías jurídicas medievales no deben entenderse desde su comparación con las modernas, en cuanto fueron construidas desde y para una realidad diferente de la nuestra. En este sentido, si aceptamos de verdad sumergirnos en la Edad Media, se advierte enseguida que «tenía sin duda su propio modo de garantizar *iura y libertates*», aun cuando dada su «estructuración corporativa (...) muy raramente la práctica medieval reconoce *iura y libertates* en cuanto tales, como al contrario es característica fundamental del derecho moderno, desde las declaraciones revolucionarias de derechos en adelante» (18). Para el pensamiento político medieval la organización política era una *societas perfecta*, una comunidad perfecta y autosuficiente, por lo que no fue sino hasta la llegada del individualismo y el racionalismo del Renacimiento y posteriormente de la Ilustración burguesa –siempre pensando asimismo en el individuo– cuando se atribuyera al Estado una existencia referida a los derechos e intereses del individuo, concibiéndole, por tanto, en su manifestación general y en su orden concreto como una creación necesitada de la justificación de la razón humana. Además, el

(16) Hans HATTENHAUER, *Los fundamentos histórico-ideológicos...*, *op. cit.*, p. 47. La idea de la igual dignidad de todos los hombres, expresará Gustavo ZAGREBELSKY, «como consecuencia de la participación de la “humanidad” en la divinidad, y en la concepción universalista del hombre encuentra el punto de contacto con el anuncio revolucionario paulino de la igualdad de todos en Cristo (Gálatas 3, 28)», *El Derecho dúctil. Ley, derecho, justicia*, Trota, Madrid, 1997, p. 105.

(17) En este sentido Jovanna SCHMIDT, «La notion d'égalité dans la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis d'Amérique», en *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1987, p. 44.

(18) Maurizio FIORAVANTI, *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones*, Trota, Madrid, 1996, pp. 27 y 30, respectivamente.

concepto medieval del mundo, basado en el orden jerárquico por nacimiento y estamento social, junto con la influencia de los poderes de «consagración» y «jurisdicción» de la Iglesia, dejaba en principio escaso lugar para la idea de la igualdad de derechos de todos, si bien asimismo encontramos en algunas «ciudades» medievales planteamientos tempranos de la igualdad de derechos ciudadanos que definitivamente no cristalizan. Ahora bien, la época medieval, desde un punto de vista ético, espiritual e ideológico, viene dominada por la concepción desde la que se anuncia que todos los hombres son hijos de Dios, tienen una naturaleza y una dignidad común, y ante Dios los siervos se hallan en situación de igualdad a los señores; y, evidentemente, algunos orígenes de estas ideas se tocan con la igualdad de derechos políticos. De este modo, también recuerda *Zippelius* que la igualdad ante la Ley hunde sus raíces en la idea cristiana de la semejanza de cada ser humano con Dios y en el concepto de la igualdad de los hombres ante Dios, concepción que desempeñó un papel importante en torno a las ideas reformadoras de la Edad Media, sobre todo para *Marsilio*, y más tarde para *Lutero* (19). En consecuencia, a la teoría del «sacerdocio general» se une posteriormente la «idea de la igualdad original de derechos políticos de todos los ciudadanos» (20), en los términos sintetizados de nuevo por *Hattenhauer*: «¡Todos los hombres son hijos de Dios!. Todos los hombres son sacerdotes y tienen un acceso igualmente cercano e inmediato a Dios. La doctrina del sacerdocio general fue el presupuesto ideológico de las Guerras de los Labradores y de la exigencia campesina de igualdad. El principio de igualdad no fue descubierto de modo abstracto o abstraído, en su realización, de la ética de la Reforma. Antes bien, fue entendido como instrumento para la realización de la verdadera voluntad de Dios. El principio de igualdad se realiza primeramente en el grupo social de la comunidad calvinista» (21).

(19) Reinhold ZIPPELIUS, «Der Gleichheitssatz», en *op. cit.*, p. 10. A juicio de Marsilio DE PADUA, la autoridad para dar la ley pertenece sólo a la totalidad de los ciudadanos. En cuanto a Martin LUTERO, reclamaría la igualdad a favor del hombre, desde la justificación de que éste ha llegado a ser justo por medio de la fe y de la gracia.

(20) Reinhold ZIPPELIUS, «Der Gleichheitssatz», en *op. cit.*, p. 10.

(21) Hans HATTENHAUER, *Los fundamentos histórico-ideológicos...*, *op. cit.*, pp. 48-49. Por lo que se refiere a Erich KAUFMANN, sostuvo que de la igualdad de los hombres ante Dios deriva el principio de igualdad ante la Ley, «Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 3, Walter de Gruyter, Berlin, 1927, p. 4.

Estas raíces cristianas, como se ha expresado en diversas oportunidades, anticipan y favorecen el reconocimiento burgués-revolucionario de la igualdad, y el inicio de una nueva época en la historia constitucional europea, o más propiamente el inicio de la época constitucional propiamente dicha. Precisamente, estas ideas se concretaron en la teoría contractual del poder, es decir, de la base de consenso sobre la que se asienta —o debe— el poder del Estado, y fue más tarde la concepción dominante al menos durante la primera fase de la Revolución Francesa, expresada como demanda de representación política con igualdad de derechos por el Tercer Estado. En efecto, la tesis de que cada ciudadano debe participar en un orden común en igualdad de derechos recorre todo el contractualismo de *Hobbes* a *Locke*, y más tarde se manifiesta en *Rousseau*, por citar sólo a alguno de los autores cumbre. Con posterioridad encuentra su justificación ética más profunda en la concepción kantiana de que cada persona es una instancia moral merecedora del mismo respeto, porque la conciencia del individuo, guiada por la razón, constituye la fundamentación última hasta la cual ha de ser capaz de llegar nuestro esfuerzo por alcanzar la inteligencia moral y, ello es especialmente importante, la justicia (22). Entre tanto, el Derecho natural que se construye «sobre los fundamentos que habían sido puestos por la Reforma», es el que produce la secularización del principio de igualdad en los términos acogidos por los procesos revolucionarios: «de la igualdad de todos los hombres ante su Creador nació la igualdad ante la ley, la igualdad fundamental de todos los hombres entre sí. Esta igualdad fue afirmada con la doctrina del contrato social: todos los hombres concluyen un contrato entre sí para fundar el orden estatal» (23). Más tarde, tales formulaciones se fueron propagando imparablemente hasta conferir legitimidad a la democracia, y desplazaron progresivamente asimismo las «calificaciones» en función del nivel de renta —de las posesiones— opuestas al sufragio universal, motivando la «equiparación» de todos los ciudadanos en el Estado (24); por ello, como toda norma jurídica, aunque en este caso de manera singular, el principio de igualdad desarrolló asimismo «una función política. Bajo su bandera ganó luchando el estado llano progresista de Europa occidental el poder

(22) Reinhold ZIPPELIUS, «Der Gleichheitssatz», en *op. cit.*, pp. 10-12 y 15-17.

(23) Hans HATTENHAUER, *Los fundamentos histórico-ideológicos...*, *op. cit.*, p. 49.

(24) Reinhold ZIPPELIUS, «Der Gleichheitssatz», en *op. cit.*, p. 9.

político» (25). Por último, se concretaron en la «idea de clase media universal» –*Kaufmann*–, para desembocar finalmente y mucho más próximas en el tiempo, en equiparaciones cívicas concretas y específicas, como por ejemplo la igualdad de sexos, raza etc. (26).

En definitiva, y con carácter general, es preciso tener en cuenta que la propia organización estatal encuentra precisamente el fundamento de su legitimación en una especie de «trauma originario» consustancial a su nacimiento, pues son efectivamente los graves conflictos de religión –y las ideas sobre ésta– los que constituyen inicialmente su justificación histórica como forma de organización política. Sin embargo, durante el Estado Absoluto la igualdad se traduce meramente en el sometimiento a la misma autoridad, a esa *suma potestas* encarnada, o mejor expresado elevada a distancia infinita sobre los poderes, y que disuelve los vínculos verticales y horizontales del orden político medieval. Y como la lógica del Estado absoluto le llevaría, en el límite, a ignorar también absolutamente a las sociedades inferiores –«gusanos en las entrañas del *Leviathan*», en frase archiconocida–, durante la etapa final de este tipo histórico de Estado las disparidades se agravan como consecuencia de los privilegios, exenciones y demás obstáculos a la igualdad. Ahora bien, el proceso crítico que la burguesía entabla de ruptura política con el Antiguo Régimen, se acompañará lógicamente de una ruptura jurídica en la que uno de los puntos centrales va a ser la afirmación del principio de igualdad jurídica. De este modo, en sus primeras formulaciones la igualdad jurídica constituye el «instrumento político de la supresión de los estamentos privilegiados (...) y podríamos citar paradigmáticamente el Preámbulo de la Constitución francesa de 1791» (27). El *Ancien Régime*, fundado sobre los privilegios y la desigualdad, es destruido en nombre de la igualdad (28).

(25) Hans HATTENHAUER, *Los fundamentos histórico-ideológicos...*, *op. cit.*, p. 49.

(26) Reinhold ZIPPELIUS, «Der Gleichheitssatz», en *op. cit.*, p. 9.

(27) Pedro CRUZ VILLALÓN, «El principio de igualdad y otros conceptos afines», en AA.VV. *Los derechos individuales en la Constitución española: la doctrina del Tribunal Constitucional*, Fundación El Monte, Sevilla, 1993, pp. 42-43.

(28) René BRUNET, *Le principe d' égalité en droit française*, Félix Alcan Éditeur, Paris, 1910, p. 58.

2. LA AFIRMACIÓN DE LA IGUALDAD DURANTE EL PROCESO REVOLUCIONARIO

Desde el punto de vista histórico, y no obstante los antecedentes -a algunos de los cuales se ha hecho brevemente mención-, el principio de igualdad se configuró en Europa y en EE.UU. con un contenido ideológico vinculado a los procesos revolucionarios burgueses, tal como asimismo hemos apuntado más arriba. A tenor de las consideraciones anteriores, se puede afirmar que cuando «el principio de igualdad» hizo su primera aparición en las Declaraciones de Derechos a finales del siglo XVIII, la cláusula de «igualdad ante la Ley» iba dirigida, en primer lugar, contra los privilegios de clase. Inicialmente se trataba de lograr la igualdad ciudadana o jurídica, es decir, la asignación de iguales derechos y obligaciones a todos los ciudadanos al objeto de preservar los intereses individuales preexistentes a la Sociedad misma. En efecto, ha sido una idea fundamental del liberalismo político la oposición del Estado a la Sociedad burguesa, y concebir al primero como instrumento de la comunidad; algo que expresó de manera paradigmática *Locke*, para quien el sentido y la función del Estado se hallaba en garantizar la libertad y la propiedad del individuo (29). De este modo, la formulación del principio de igualdad se encuentra en el origen, en la génesis misma del constitucionalismo moderno, y aparece como uno de sus propios fundamentos. Así, se ha destacado la importancia asumida por el valor igualdad en la historia de la cultura occidental como componente esencial de los varios sistemas políticos y éticos y, sobre todo, como presupuesto necesario para la legitimación de las teorías contractualistas más o menos expresamente inspiradoras de la ideología propia del constitucionalismo. En efecto, el ideal del movimiento liberal-democrático se presenta indisoluble del principio del contrato social, de la idea del acuerdo de cada uno con todos los otros sobre algunas reglas fundamentales de la convivencia; por consiguiente, el principio contractualista puede desarrollar la función propia de legitimación en cuanto venga presupuesta la igualdad de los contratantes -aunque sea implícitamente-, esto es, la paridad de condiciones entre los sujetos titulares del poder constituyente entre los que se realiza el acuerdo.

(29) Sin embargo, Georg Friedrich Wilhelm HEGEL no lo entendió en los mismos términos, en cuanto concebía la Sociedad burguesa como la realización de la idea ética, mientras en la Economía Política de Karl MARX se iba a dar la vuelta a esta relación.

Por lo tanto, el concepto liberal de igualdad se ha fraguado en el marco polémico-teórico y en la lucha real contra el feudalismo y el absolutismo. Ahora bien, es preciso la llegada del Estado liberal y la configuración del poder como manifestación jurídicamente regulada, al objeto de que la igualdad cambie de naturaleza, pierda su anterior aspecto patrimonial adecuado a un proceso de privatización característico del Estado absolutista, y con el nuevo tipo histórico de Estado adquiera verdaderamente un carácter individualista y abstracto propio de la filosofía contractualista (30); a partir de ese momento la igualdad se convierte en uno de los principios fundamentales del Derecho público europeo.

En todo caso, aparece como algo fuertemente polémico si en el «universalismo dogmático, racionalista y cartesiano» –por utilizar la expresión de *E. Herriot*– propio del contexto revolucionario, la igualdad se concibió más como una idea filosófica que como una máxima política; e incluso mucho más intensa ha resultado la discusión acerca de si llegó realmente entenderse y operar en la práctica como una auténtica cláusula jurídica. Pero, ciertamente, en cuanto constitutiva de una de las ideas matrices de la Revolución, la igualdad estaba muy presente en la Francia de 1789. En efecto, no obstante estar precedida por la afirmación de la libertad, la Revolución francesa, inversamente a la americana, pretendió ser la Revolución de la igualdad más que la de la libertad; revolución igualitaria de la que se ha dicho tuvo lugar fundamentalmente «en la célebre noche de 4 de agosto, con la supresión de la nobleza, de los derechos feudales, de las jurisdicciones especiales y de los fueros» (31). Algo por demás inevitable, si la pretensión revolucionaria era establecer un derecho justo, un modelo válido para todos los países, para todos los hombres y para todos los tiempos; una declaración, en suma, de principios comunes a todos los gobiernos, ideas inspiradas por *Mirabeau* y expresadas claramente desde el Preámbulo de

(30) En este sentido E. L. LLORENS, *La igualdad ante la ley*, Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Murcia, Murcia, 1934, p. 24.

(31) Francisco RUBIO LLORENTE, *La forma del poder...*, *op. cit.*, p. 641. En este mismo sentido, por lo que concierne a nuestros textos «revolucionarios», el Estatuto de Bayona se refiere a la supresión de privilegios –artículo 118– y requisitos de nobleza –artículo 140–; y la Constitución de 1812, en su artículo 172.9, dispuso: «No puede el Rey conceder privilegio exclusivo a persona ni corporación alguna».

la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea el 26 de agosto de 1789: «*Les représentants du peuple français, constitués en Assemblée nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seuls causes des malheurs publics et de la corruption des gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme afin que cette déclaration, constamment présente à tous les membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs; afin que les actes du pouvoir législatif et ceux du pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés; afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous*». Los derechos naturales previos e indisponibles, recogidos por primera vez en un catálogo y del que se deduce aún su carácter fundamentalmente contractual, se afirman esencialmente contra el sistema de privilegios propio del Antiguo Régimen, contra todo un sistema político y social considerado fuente de injusticia y al que se pretendía destruir. En este sentido, el artículo 16, el más clásico de todos los artículos de la Declaración, individualiza en la garantía de los derechos –en la Sociedad– el núcleo esencial «de un régimen constitucional no despótico» (32): «Toda Sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada carece de Constitución». E importa recordar que según el artículo 2 de la Declaración: «*Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme*».

Sin embargo, ni la Declaración de 1789 llega a expresar una definición de la igualdad, ni tampoco ésta se encontraba finalmente recogida entre los derechos enumerados en el artículo 2, aun cuando en su artículo primero sí efectúa el reconocimiento de: «*Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits*» –«Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos»–. Sin embargo, el punto segundo de este mismo artículo introduce una reserva considerada con frecuencia insidiosa: «*Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune*» –«Las distinciones sociales no pueden estar fundadas

(32) Mauricio FIORAVANTI, *Los Derechos Fundamentales...*, op. cit., p. 61.

más que en la utilidad común»—, puerta dejada definitivamente abierta para restaurar los privilegios abolidos el 4 de agosto, o para introducir otros nuevos incluso más sustanciales. Manifestaciones de la igualdad —naturalmente de carácter liberal— han sido consideradas el reconocimiento del principio de soberanía nacional por el artículo 3: «*Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément*»; así como lo establecido por los artículos 4, 5 y 6. En el primero se reconoce: «*La liberté consiste à pouvoir faire tout ce que ne nuit pas à autrui: ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par loi*». El artículo 5, dispuso: «*La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas*». En cuanto al artículo 6, afirma netamente la vinculación entre la Ley como expresión de la voluntad general y la igualdad, artículo del que se ha dicho expresa propiamente el significado de la igualdad ante la Ley: «*La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tout 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*». Además, el artículo 13 recoge el principio de igualdad fiscal —igualdad en el reparto de las cargas públicas—, más tarde perfilada en el sentido de afirmar la proporcionalidad como elemento determinante, entre otros, a través del Decreto de 7 de octubre de 1789: «*Toutes les contributions et charges publiques, de quelque nature qu'elles soient, seront supportées proportionnellement par tous les citoyens et par tous les propriétaires à raison de leurs facultés*». En fin, el artículo 17 exige la correspondiente justa indemnización en caso de expropiación de la propiedad privada —«derecho inviolable y sagrado»— por razón de necesidad pública y en virtud de Ley. E, inmediatamente después, el Preámbulo de la Constitución de 3 de septiembre de 1971, afirmarí el carácter rupturista —abolicionista— del nuevo régimen desde su misma implantación, con independencia de que la aplicación y desarrollo de la tarea derogatoria se dejara en manos del legislador:

«L'Assemblée Nationale voulant établir la Constitution française sur les principes qu'elle vient de reconnaître et de déclarer, abolit irrévocablement les institutions que blessaient la liberté et l'égalité des droits. Il n'y a plus ni noblesse, ni pairie, ni distinctions héréditaires, ni distinctions d'ordres, ni régime féodal, ni justices patrimoniales, ni aucun des titres, dénominations et prérogatives qui en dérivait, ni aucun ordre de chevalerie, ni aucune des corporations ou décorations, pour lesquelles on exigeait des preuves de noblesse, ou qui supposaient des distinctions de naissance, ni aucune autre supériorité, que celle des fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions. 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. Il n'y a plus ni jurandes, ni corporations des professions, arts et métiers. La loi ne reconnaît plus ni vœux religieux, ni aucun autre engagement qui serait contraire aux droits naturels, ou à la Constitution». Por su parte, mediante el Título I —«Disposiciones fundamentales garantizadas por la Constitución»— se pretende establecer un límite para la acción del legislador en los siguientes términos: «Le pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois qui portent atteinte et mettent obstacle à l'exercice des droits naturels et civils consignés dans le présent titre et garantis par la Constitution».

Posteriormente, la ruptura constitucional se iniciará, básicamente, a partir de una proclamación de la igualdad y libertad en posición de paridad, el 20 de septiembre de 1792, al declarar la nueva Asamblea el propósito de dotar a Francia de «une Constitution fondée sur les bases de la liberté et de l'égalité». De forma más concreta, la «Déclaration girondine» de 22 de abril de 1793 —en realidad un proyecto, parcialmente adoptado por la Convención el 29 de mayo—, parte desde la consideración de la igualdad como derecho natural, civil y político —«Todos los hombres son iguales y por naturaleza y ante la Ley»—. Al tiempo, establecería en su artículo 7 una especie de definición de la igualdad: «consiste en ce que chacun puisse jouir des mêmes droits»; mientras los artículos 8 y 9, afirman respectivamente la igualdad de todos ante la ley, así como la admisión de todos los ciudadanos a los empleos públicos. Las declaraciones siguientes no separarán ya la igualdad de la libertad y de la propiedad. Así, después de reiterar la afirmación de que «tous les hommes sont égaux par la nature et devant la loi», el artículo 2 de la

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, de 24 de junio de 1793 –«*Déclaration montagnarde*»–, de espíritu sensiblemente distinto –el objeto de la asociación política ya no es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre sino el «bienestar común», en tanto el artículo 25 establecía: «*La souveraineté réside dans le peuple; elle est une et indivisible, imprescriptible et inalienable*»–, hace referencia a una serie de derechos «*naturels et imprescriptibles reconnus à l'homme*», entre los que la igualdad reveladoramente ocupa el primer rango, para terminar la Constitución recogiendo el principio de que «la Ley no puede ordenar más que lo que es justo y útil a la Sociedad y prohibir todo lo que es perjudicial». Y en términos próximos se manifestaría el artículo 1 de la «*Déclaration de 5 fructidor de l'an III*, de 22 de agosto de 1795, mientras el artículo 3 dispondría: «*L' égalité consiste en ce que la loi est la même pou tous, soit qu' elle protège, soit qu' elle punisse. L' égalité n'admet aucune distinction de naissance, aucune hérédité de pouvoirs*»; a su vez la Constitución dispuso que «las Declaraciones de derechos contienen las obligaciones del legislador».

De otro lado, y ello es importante de resaltar, los revolucionarios de 1789 consideraban que la Declaración era expresiva de la filosofía política de la Revolución –«el Evangelio político», en los términos de *Mirabeau*–, del conjunto de creencias y valores expresivos de una determinada concepción del mundo. A su vez, se enlazaba con la filosofía de la Ilustración en la que la igualdad ocupa el mismo lugar que la libertad –la una no va lejos sin la otra–, como termina por poner de relieve la divisa de la Revolución. La Declaración tenía un valor suprapositivo, por tanto, reconocido ahora como Derecho por el Estado, entendido como un conjunto de principios destinados a guiar e iluminar al legislador, y expresivos de los fines a los que debía atender éste –el citado *Mirabeau* sostuvo el 18 de agosto que la Declaración era el enunciado de máximas generales que deben guiar al legislador–. En este sentido, *Duguit* llegaría a opinar que la Declaración, aunque no llegara a expresarse en forma de mandatos, tuvo la naturaleza de una verdadera ley, superior a las leyes ordinarias y superior aún a la ley constitucional: «el Código de Napoleón y la Declaración francesa de los derechos del hombre de 1789 determinan la conclusión de una larga evolución en el orden jurídico, la culminación de una construcción jurídica que, por otra parte, no carece de grandeza ni de fuerza. Los hombres de

1789 y los autores del Código de Napoleón (...) consideraban que aquél era un sistema de Derecho definitiva, que se imponía con el rigor y la evidencia de un sistema de geometría» (33); aun cuando su tesis finalmente no prosperara en el debate doctrinal desarrollado al efecto durante la IIIª República francesa. En fin, la vocación de la Declaración de imponerse no sólo al legislador sino también a la propia Constitución ha sido reconocida más recientemente por diversos autores, entre otros *Bacot* (34), *Ganzin* (35), o *Caporal*, autor este último que se refiere al valor supra-constitucional de la Declaración en la medida en la que la referencia al derecho natural permitía legitimar una nueva visión del Derecho y de la Sociedad (36).

Ahora bien, como ya se ha aludido, se pretendía asimismo por los revolucionarios que la Declaración tuviera valor jurídico-positivo, aunque no fuera más que por la simple razón de tratarse de una declaración de derechos, redactada en artículos por especial empeño entre otros de *Siéyès*, y en la que se contienen continuas referencias a la Ley; naturalmente, en el polo opuesto, los conservadores insistirán en su ineficacia jurídica, idea defendida asimismo con posterioridad por importantes sectores de la doctrina científica francesa (37). Resulta significativo,

(33) Léon DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon*, Felix Alcan Éditeur, Paris, 1912, p. 5; en definitiva, defendió el valor supraconstitucional de la Declaración, *Traité de Droit constitutionnel*, 3ª ed., De Boccard, Paris, 1927-28, Vol. II, pp. 187-188, y Vol. III, pp. 599 y ss. A partir de estas premisas pretendió durante la IIIª República que el principio de igualdad pudiera limitar inmediatamente al legislador, *op. cit.*, Vol. II, pp. 183 y ss., y: «le principe d' égalité est une règle de notre droit public positif s' imposant au législateur», *op. cit.*, Vol. III, p. 368. En cuanto a Maurice HAURIUO, señaló que la igualdad es una idea objetiva que a través de la generalidad de la Ley debe impregnar todo el ordenamiento jurídico, *Précis de Droit constitutionnel...*, *op. cit.*, pp. 640-641. Sin embargo, René BRUNET observa que a pesar de los intentos de Léon DUGUIT encaminados a demostrar el valor jurídico de la Declaración de derechos, la doctrina ha reconocido que el principio de igualdad no se impuso al legislador, *Le principe d' égalité...*, *op. cit.*, p. 146.

(34) Guillaume BACOT, «La Déclaration de 1789 et la Constitution de 1958», en *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, núm. 32, 1989, pp. 685 y ss.

(35) M. GANZIN, «La déclaration des droits de l' homme et du citoyen: droit naturel et droit positif», en *Les Principes de 1789*, ed. de Jean IMBERT, Presses Universitaires d' Aix-Marseille, Aix-en Provence, 1989, pp. 88 y ss.

(36) Stéphane CAPORAL, *L' affirmation du principe d' égalité...*, *op. cit.*, p. 39.

(37) Por ejemplo, en uno de los más claros representantes del positivismo jurídico como es Raymond CARRÉ DE MALBERG, se muestra el rechazo a ver en la Declaración de

recuerda *García de Enterría*, que por la propia Declaración se citara «once veces la palabra “Ley” y dos más el adverbio “legalmente”», y de este modo, en lo que ahora interesa, estamos con ello ante una elocuente prueba de cómo «desde el principio» se lleva a cabo la «colocación de la Ley en el centro mismo del sistema de los derechos» (38). En este sentido, el 23 de agosto de 1789 se enfatizó que los derechos no eran la Ley, que los derechos son previos en todo tiempo a la Ley; el objetivo era afirmar su primacía jurídica ante la Ley encargada de positivizar tales derechos: «La ley no reconoce ni voto religioso ni ningún compromiso que sean contrarios a los derechos naturales o a la Constitución»; es decir, la Declaración expresa el derecho natural a que determinadas acciones sólo sean reguladas por medio de Ley. De este modo, se explica que la Constitución de 1971 –de cuyo cuerpo normativo la Declaración no forma parte– sostuviera que el poder legislativo «no podrá hacer ningún género de leyes que supongan atentados y planteen obstáculos al ejercicio de los derechos naturales y civiles consignados en el presente título y garantizados por la Constitución». En definitiva, la proclamación de los derechos naturales opera «como legitimación de una potestad legislativa, que en el ámbito de la dirección renovadora que tiene confiada, es soberana» (39). Pues bien, esta distinción derechos/ley permite establecer límites frente al legislador, y así en el Título I de la Constitución de 1971, denominado «Disposiciones fundamentales garantizadas por la Constitución», se establecía: «El poder legislativo no podrá hacer ninguna Ley que coarte o ponga obstáculos al ejercicio de los derechos naturales y civiles». Pero, al mismo tiempo, los derechos sólo se considerarán garantizados «cuando los legisladores son, efectivamente, los representantes del pueblo» (40), con lo que se termina estableciendo una relación paradójica entre derechos y Ley: si de un lado la Ley fija los límites de los derechos –de su ejercicio–, los derechos trazan igualmente las fronteras a las intervenciones del legislador, puesto que es preciso reiterar no es él quien crea los derechos.

1789 el enunciado de auténticas «*règles juridiques susceptibles d’être appliquée pratiquement par un juge*», *Contribution à la Théorie générale de l’État spécialement d’après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, Recueil Sirey, Paris, 1922, Vol. II, p. 581.

(38) Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los Derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución francesa*, Alianza Editorial, Madrid, 1994, p. 80.

(39) Gustavo ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil...*, *op. cit.*, p. 52.

(40) Francisco RUBIO LLORENTE, *La forma del poder...*, *op. cit.*, p. 637.

De esta forma, el sentido originario de la igualdad jurídica es el sentido dado a la igualdad en 1789: la igualdad «*aux yeux de la loi*». Los ciudadanos «*étant égaux à ses yeux*, enuncia el artículo 6-; norma que, en cuanto expresión de la voluntad general, se convierte en la autoridad suprema e instrumento fundamental de la Revolución. Además de los correspondientes artículos de la Declaración que reflejan esta idea, el artículo 3 de la Constitución de 1791 expresaría: «*il n'y a point en France d'autorité supérieure à celle de la loi*», principio que marcará durante largo tiempo toda la tradición iuspublicista francesa nacida con la Revolución, para terminar constituyéndose —como antes nos hemos referido— en uno de los principios decisivos del Derecho público moderno. Por ello, la existencia de parámetros jurídicos que se sobrepusieran a la misma Ley se entendía como una pura imposibilidad lógica, como una genuina *contradictio in terminis*. Apunta Zagrebelsky la diferencia en este sentido entre la realidad americana y el contexto revolucionario francés, pues mientras en Norteamérica existía una actitud de cautela ante la Ley, porque «la concepción individualista de los derechos como patrimonio natural conducía a desconfiar de las asambleas omnipotentes, en las que se diluyen las conciencias individuales», en la Francia revolucionaria «de la ley siempre se esperaba un bien» (41).

Pero la Ley, expresión de la voluntad general a través del depositario de la soberanía, es por esta razón algo más y distinto de un instrumento técnico al objeto de «garantizar mejor los derechos y libertades que ya se poseen (42)». Quiere ello decir que a la distinción de rango se superpone una distinción de esencia que hace difícil toda relación real, eficaz y de carácter normativo, entre derechos naturales e imprescriptibles y normas jurídicas positivas. Conviene recordar cómo el citado artículo 5 de la Declaración de derechos de 1789, disponía: «Todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordena», lo que equivaldría a decir que sólo la Ley como máxima fuente del derecho con sus «clásicos caracteres de generalidad y de abstracción, expresión de la voluntad general, puede prohibir e impedir, obligar y ordenar, en una palabra,

(41) Gustavo ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil...*, op. cit., p. 56.

(42) Maurizio FIORAVANTI, *Los Derechos Fundamentales...*, op. cit., p. 62.

limitar los derechos y libertades de los ciudadanos» (43). En estas circunstancias, van a ser en la práctica las leyes las encargadas de asegurar el respeto norma a norma, Ley por Ley, de los derechos: «sólo la ley establecerá las condiciones de ejercicio de los derechos por todos los ciudadanos» (44), por lo que los derechos terminarán ciertamente por perder en parte su carácter normativo que pasará a ser propio de las leyes.

Desde esta perspectiva, se puede decir que muy probablemente el interés inicial de la Declaración era afirmar la limitación del legislador por los derechos, pero fue imposible pensar e incorporar un mecanismo jurídico eficaz con el fin de permitir la realización de tales límites; e innecesario a la postre, al ser finalmente considerado el legislador, en su condición de órgano superior, poco menos que infalible en la interpretación de la voluntad suprema del Estado, y a su vez la Ley, como suprema norma jurídica, «de una parte, manifestación de soberanía y de otra, fuente de los derechos ciudadanos» (45). A tal efecto, el monopolio del legislador en la producción jurídica frente a las autoridades administrativas está afirmado expresamente por la Constitución de 1791, en el Título III, Cap. IV, Sect. II, Art. 3, y asimismo frente al poder judicial en el propio Título III, Capítulo V, Artículo 3: «*Le tribunaux ne peuvent, ni s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif, ou suspendre l'exécution des lois*». Ha de resaltarse que la exigencia de la Ilustración no fue propiamente «la igualdad ante el Derecho, sino la igualdad ante la ley», y en consecuencia en el orden positivo resultó fácil la reducción del concepto de Derecho «a la ley, y con ello a un concepto que pudo ser formulado por los mismos profetas del principio de igualdad» (46).

En este contexto, el principio de igualdad prácticamente se agota «en la construcción del concepto de ley (expresión de la voluntad general) y el legislador no tiene frente a sí ningún límite a la hora de establecer diferenciaciones en la realidad» (47); o, expresado de otro modo,

(43) Maurizio FIORAVANTI, *Los Derechos Fundamentales...*, op. cit., pp. 39-40.

(44) Carlos DE CABO MARTÍN, *Sobre el concepto de ley*, Trota, Madrid, 2000, p. 19.

(45) Carlos DE CABO MARTÍN, *Sobre el concepto de ley...*, op. cit., p. 24.

(46) Hans HATTENHAUER, *Los fundamentos histórico-ideológicos...*, op. cit., p. 53.

(47) Francisco RUBIO LLORENTE, *La forma del poder...*, op. cit., p. 642.

el concepto de Ley aparece indisolublemente vinculado al de igualdad: la ley debe ser igual, no por responder a un límite extrínseco derivado de una fuente superior, presupuesto incompatible con el principio de la «soberanía parlamentaria», sino en virtud de los caracteres que por definición le son propios. No obstante, se ha podido también distinguir entre la eficacia jurídica del principio y su carácter de valor. La primera se refiere a los medios de realización o de sanción de una norma o de un principio y puede estar mejor o peor asegurada con técnicas jurídicas; el valor se instaura en el orden ideal, y, en este sentido, como hemos visto, han abundado opiniones desde las que se considera que el valor jurídico de la Declaración y de todos sus contenidos fue verdaderamente alto.

Por lo tanto, y según se deduce de lo expuesto, en la ideología liberal-revolucionaria la igualdad jurídica y la política coinciden, resolviéndose en una prohibición de distinguir por razones subjetivas; pero es necesario recordar que, hasta cierto punto, el establecimiento de la igualdad ante la Ley implicaba también para los revolucionarios la armonización social (48). Evidentemente, la contraposición entre igualdad social y libertad es lógicamente insostenible por lo que concierne a las constituciones de la Francia revolucionaria, pues el clamor de la *fraternité* no solamente se refería a la eliminación de las desigualdades jurídicamente establecidas y a la consagración de la igualdad jurídico-formal (49). En la Francia revolucionaria surgía de las clases medias y bajas la exigencia de ir más allá de una equiparación meramente jurídica, al objeto de llegar a una *égalité de fait* –igualdad de hecho (50)–.

(48) En este sentido se manifiesta, entre otros, Reinhold ZIPPELIUS, «Der Gleichheitssatz», en *op. cit.*, pp. 15-16, donde recuerda que con el clamor de la *égalité* surgía también el de la *fraternité* para que desaparecieran las diferencias de linaje y todos se convirtieran en iguales por razón de nacimiento.

(49) Reinhold ZIPPELIUS, «Der Gleichheitssatz», en *op. cit.*, pp. 15-16. Sin embargo, Livio PALADIN interpreta que la igualdad revolucionaria es plena y efectiva, si bien, circunscrita al plano jurídico-formal, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 23.

(50) Reinhold ZIPPELIUS, «Der Gleichheitssatz», en *op. cit.*, pp. 15-16. «L'*égalité de fait*», era el título del famoso artículo aparecido en *Le Patriote français*, el 29 de diciembre de 1792, en el que se afirmaba: «*Dans toute démocratie, les lois doivent détruire et prévenir la trop grande inégalité de fait entre les citoyens, sans cela l'égalité de leurs droits serait une chimère*».

A tal efecto, recuerda *Zippelius* la exigencia planteada por *Babeuf* de «bienestar para todos, instrucción para todos y felicidad para todos», al tiempo que reconoce el componente social perceptible en las primeras declaraciones francesas (51). Pues bien, esta concepción del principio de igualdad se fundamentaba en la consideración de que, normalmente, la desigual acumulación de bienestar no era atribuible al mérito personal, sino, entre otras cosas, a la suerte, no pocas veces precisamente a la falta de escrúpulos, y, en fin, sobre todo, a la cooperación de otras personas; incluso la aparente valía personal es, al menos en parte, tan sólo el resultado inmerecido de una disposición felizmente heredada. De ahí que pareciera justo –cuando menos– corregir las desigualdades provocadas por la diversidad de fortunas (52).

Por lo que se refiere a la contemporánea Declaración americana, operante ciertamente en una realidad social mucho menos compleja que la francesa lo que posibilitó una fundamentación del poder distinta así como una diferente articulación jurídica del Estado, hace asimismo una acogida significativa de la igualdad, aunque haya sido considerada más bien la revolución de la libertad. La *Declaration of Independence* de 4 de julio de 1776 (53) –impensable, por otro lado, sin el *Bill of Rights* de Virginia (54)–, partiendo de la igualdad como una verdad evidente en términos de *Jefferson*, contiene los siguientes fundamentos: «Consideramos como incontestables y evidentes por sí mismas las siguientes verdades: que todos los hombres han nacido iguales, y que ha sido dotados por el Creador con ciertos derechos inalienables, entre los cuales deben colocarse en primer lugar la vida, la libertad y la persecución de la felicidad. Que los Gobiernos han sido instituidos entre los hombres

(51) Citado por Reinhold ZIPPELIUS, «Der Gleichheitssatz», en *op. cit.*, pp. 15-16. La doctrina constitucionalista francesa considera que *Le Manifeste des égaux* fue el prolegómeno de las Declaraciones de derechos de 1789 y de 1793. Asimismo acerca de G. BABEUF y «*Le manifeste des égaux*», puede verse Pierre DANEY, *Le principe d'égalité*, René Samié, Bordeaux, 1927, pp. 223 y ss.

(52) Reinhold ZIPPELIUS, «Der Gleichheitssatz», en *op. cit.*, p. 16.

(53) Véase Livio PALADIN, *Il principio costituzionale...*, *op. cit.*, pp. 13 y ss. No obstante, el autor mantiene una posición más matizada, pues se refiere a la escasa sensibilidad de los constituyentes americanos respecto del valor de la igualdad jurídica, *op. cit.*, pág. 16.

(54) Hans-Peter SCHNEIDER, *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 122.

para asegurar estos derechos, derivando sus justos poderes del consentimiento de los gobernados» (55). Unas fechas antes, en el *Bill of Rights of Virginia*, de 12 de junio de 1776, la igualdad apareció como una exigencia natural junto con la libertad y la justicia, no en vano se estableció en el artículo 1 que «todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libres e independientes y poseen determinados derechos innatos –«*all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights*»–, de los que, si entran en el estado de sociedad, no pueden privar o desposeer a sus descendientes mediante acuerdo alguno, y que son concretamente los derechos al disfrute de la vida y de la libertad, y la posibilidad de adquirir y poseer propiedades y de perseguir y alcanzar felicidad y seguridad» –asimismo de interés el punto IV 4: «ningún hombre o grupo de hombres tiene derecho a privilegio o ventajas exclusivas o separadas de la comunidad»; y en similares términos las declaraciones de *Pennsylvania* (1776), *Massachusetts* (1780)–. Adicionalmente, la diferente concepción de los derechos y de la Ley que cristaliza en Norteamérica como consecuencia de la imposición del principio de constitucionalidad, hasta llegar justamente a una situación contraria a lo sucedido en el ámbito francés, ha sido un aspecto subrayado por la doctrina científica en diversas oportunidades: en Estados Unidos la Ley derivaba de los derechos (soberanía de los derechos), en Francia los derechos derivaban de la Ley (soberanía de la Ley)» (56); aunque como bien se sabe, el proceso de constitucionalización de los derechos se llevó a cabo básicamente mediante la aprobación de las diez primeras enmiendas a la Constitución Federal. En todo caso, habrá de esperarse al término de la guerra civil y a la aprobación de la XIVª enmienda –1868–, en la que se contenía la cláusula general de la *equal protection of the laws*, para que puesta en relación con la Vª Enmienda, la igualdad sea expresamente garantizada por la Constitución Federal e interpretada por la jurisprudencia –fundamentalmente a partir de finales del siglo XIX– como prohibición de tratamientos diferenciados no racionales y, en consecuencia, que dieran lugar al establecimiento de diferenciaciones objetivamente arbitrarias (57).

(55) José ASENSI SABATER, *La época constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 83.

(56) Gustavo ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil...*, *op. cit.*, p. 55.

(57) Acerca de la *reasonable basis*, Gerhard LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz...*, *op. cit.*, pp. 79 y ss., así como el divulgado trabajo de Joseph TUSSMAN/Jacobus

3. MONARQUÍA CONSTITUCIONAL E IGUALDAD JURÍDICA

3.1. *El Estado liberal legislativo europeo del siglo XIX: generalidad, universalidad de la Ley e igualdad*

Después de la breve fase del constitucionalismo revolucionario, se instala en Europa un modelo constitucional correspondiente al liberalismo clásico, a la postre, considerablemente más restrictivo de la igualdad y en general de los derechos, lo que terminaría violentando en gran medida el sentido atribuido a la igualdad por el constitucionalismo liberal originario. Las razones de esta interpretación restrictiva hay que buscarlas en el retroceso general del constitucionalismo continental durante la amplia etapa de la monarquía constitucional, como consecuencia de la «gran capacidad de recuperación y resistencia» de los restos históricos del Antiguo Régimen, lo que «forzó en Europa a un compromiso de la Revolución con la vieja sociedad» (58). En realidad, fuera de las citadas declaraciones, donde sí se proclama como un principio explícito y fundamental, los primeros textos constitucionales, lejos de erigir la igualdad en máxima jurídica, se expresan en esta cuestión bajo una forma indirecta, programática y fragmentaria; parece más bien que lo esencial consiste en revocar los privilegios y las injusticias concretas, no tanto proclamar un dogma de alcance general.

De este modo, la igualdad no se concibe como un derecho individual sino más bien como una especie de regla social propia de la naturaleza de las cosas —idea que lamentablemente en parte hoy subsiste en algunas construcciones—, adquiriendo un carácter suplementario, conmutativo e individualista, que después ya no perderá durante todo el siglo XIX. Porque, no obstante haberse presentado a sí mismo el Estado

TENBROEK, «The Equal Protection of the Laws», en *California Law Review*, Vol. XXXVII, núm. 3, 1949, pp. 341 y ss.; más ampliamente sobre la igualdad, la clásica obra de Laurence TRIBE, *American Constitutional Law*, 2ª ed., Mineola/New York, 1988, pp. 474 y ss., 576 y ss., o 737 y ss., entre otros momentos.

(58) Roberto L. BLANCO VALDÉS, «La política y el Derecho: veinte años de justicia constitucional y democracia en España», en AA.VV., *Estudios de Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 420-421.

liberal como el «Estado de los hombres libres e iguales» (59), la igualdad se hurta durante el liberalismo frente a los obstáculos que le son propios, de orden social, económico y jurídico. Es cierto que desde diversas perspectivas teóricas se prosigue viendo en la igualdad un ideal, pero resulta muy difícil de realizar en la Ley y sobre todo en los hechos (60); habrá de esperarse la llegada del Estado democrático para que progresivamente se conjuguen los elementos distributivos con la tradicional base conmutativa de la igualdad.

Para el pensamiento jurídico liberal, según bien se conoce y hemos aludido, la Ley lo podía todo, porque se decía «materialmente vinculada a un contexto político-social ideal, definido y homogéneo» (61), que, en consecuencia, postulaba leyes generales y abstractas. Pero no perdamos de vista el tipo de «homogeneidad social» que presuponía el Estado liberal, en realidad reducida sólo a quienes participaban y eran titulares de derechos. La asignación de iguales derechos y obligaciones a los ciudadanos no quería decir, naturalmente, que al Estado liberal de Derecho le estuviera prohibido promulgar normas jurídicas que implicaran desigualdad de trato en el sentido esquemático. El concepto jurídico de la igualdad se limitaba más bien a establecer que determinados razonamientos para llevar a cabo diferenciaciones debían quedar descartados, si bien podían sustituirse por otros criterios de diferenciación, desde luego justos, como por ejemplo el mérito personal. Esta restricción sólo funcionaba porque, de una parte, había acuerdo sobre qué diferenciaciones era preciso tener en cuenta, y, de otra, porque existían pocas reservas a la hora de dejar a criterio del legislador el establecimiento del resto de los contenidos de una diferenciación. Las diferenciaciones

(59) Para Wilhelm VON HUMBOLDT, el máximo bien es el individuo y la verdadera realización del hombre consiste en alcanzar el desarrollo más alto y proporcionado de sus facultades respetando la singularidad de las personas. El fin del Estado es el mantenimiento de la seguridad sea contra los ataques de los enemigos externos, sea contra los peligros derivados de los disidentes internos. Al objeto de alcanzar su libertad, el individuo debe ser liberado de la presión de la comunidad, *Los límites de la acción del Estado*, Tecnos, Madrid, 1988.

(60) Francisco RUBIO LLORENTE: «en los orígenes del Constitucionalismo, del principio de igualdad no se deriva inmediatamente derecho alguno para los ciudadanos», voz «Igualdad», en *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Vol. III, Civitas, Madrid, 2001, p. 3366.

(61) Gustavo ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil...*, op. cit., p. 31.

inadmisibles se referían, ante todo, a rasgos personales, es decir, a características que el individuo no puede cambiar –como la raza, o el sexo–, o que son constitutivos de su identidad –como por ejemplo la religión– (62). Por tanto, hasta la apertura de la fase del constitucionalismo democrático –e incluso, por inercia histórica, al principio de la misma– no parecen existir demasiados inconvenientes para poder hablar en este caso incluso de igualdad personal (63). Porque, la aceptación de estas características se hubiera traducido en que el Derecho no hubiera tenido aplicaciones para determinados grupos sociales. Al impedir esta última posibilidad, el concepto de igualdad jurídica se asocia al contenido de la igualdad en la aplicación del derecho y al carácter general y abstracto de la Ley. No obstante, la generalidad y la abstracción eran elementos esenciales de la Ley, pero insuficientes para garantizar la igualdad (64); las primeras pueden permitir aún el privilegio para determinadas categorías, pero la igualdad exige normas de contenido subjetivamente universal, en sustancia, «¡leyes con un contenido universal!» (65). Muy expresivamente en esta dirección, las siguientes frases de *Jouanjan* al analizar la tesis de *Anschütz* sobre la igualdad, aunque reconoce que en este último autor no llega a identificarse la igualdad a través de la generalidad de la Ley: «*l'égalité ne prend nullement la figure formelle d'une égalité par la généralité (...)*

(62) Reinhold ZIPPELIUS, «Der Gleichheitssatz», en *op. cit.*, p. 22.

(63) Hans NAWIASKY, «Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 3, Walter de Gruyter, Berlin, 1927, especialmente ahora pp. 35 y ss. El mandato de igualdad jurídica personal continúa siendo durante el Estado democrático parte integrante del derecho fundamental a igualdad. En este sentido se pronunciaría asimismo Konrad HESSE, «Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, Bd. 77, 1951-52, pp. 172 y ss. Ahora bien, no es suficiente para explicar el derecho a igualdad de un modo definitivo, como tampoco lo era la manera cómo se hacía durante el Estado Liberal desde la idea de la generalidad formal y universalidad de la Ley, Erich KAUFMANN, «Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung», en *op. cit.*, p. 9.

(64) Livio PALADIN se refiere al importante debate mantenido en la doctrina alemana del siglo XVIII sobre la teoría de la generalidad de la Ley y la negativa a la admisión de actos legislativos de carácter personal, en general considerados lesivos de una proporcional y efectiva igualdad, *Il principio costituzionale...*, *op. cit.*, pp. 46 y ss.

(65) Subraya el fundamento kantiano de estas ideas Werner MAIHOFER, «Principios de una democracia en libertad», en *Manual de Derecho Constitucional*, ed. de Ernst BENDA/Werner MAIHOFER/Hans Jogel VOGEL/Konrad HESSE/Wolfgang HEYDE, Instituto Vasco de Administración Pública-Marcial Pons, Madrid, 1994, especialmente pp. 243 y ss.

c'est qu'elle est étrange cette idée d'assimiler l'égalité à la généralité de la règle. Elle parcourt pourtant notre littérature, non seulement explicitement chez Hauriou, Kelsen ou Schmitt, mais aussi plus subrepticement lorsque, par exemple, les auteurs français, avec une belle unanimité, fondent le principe patere regulam sur l'égalité. Cette idée exerce, comme l'écrivait Erich Kaufmann dès 1926, un véritable "pouvoir de fascination". Pourtant, si la généralité signifie que la norme délimite des catégories, qu'elle utilise pour ce faire des critères, on voit mal comment cette simple opération garantirait une égalité reconnue à tous les citoyens. Elle ne garantit qu'une identité formelle de traitement entre les membres d'une même catégorie. Admettons que cette identité puisse être qualifiée d'égalité, elle n'est tout au plus qu'une égalité intra-catégorielle (...) C'est l'universalité des citoyens qui es visée par l'égalité. Ce que voyait encore parfaitement Esmein en 1896: elle "consiste en ce que tous les citoyens ne forment qu'une classe unique de sujets à l'égard desquels la loi statue uniformément et indistinctement". Cette classe unique forme la classe universelle des destinataires de la règle égalitaire. L'égalité entre ses membres doit être assurée indépendamment de leur appartenance aux sous-ensembles que dessine le législateur au sein de la classe universelle» (66).

Es cierto que en diferente dirección se había posicionado el individualismo y el contractualismo radical-democrático de *Rousseau*, en su conocida defensa de la garantía de los derechos individuales exclusivamente a través de la generalidad y la abstracción expresadas por la

(66) Olivier JOUANJAN, «Réflexions sur l'égalité devant la loi», en *op. cit.*, p. 135; la idea, prosigue el autor, es expresada por la fórmula de la declaración de 1789: «*La loi doit être la même pour tous*», porque considera que es un imperativo de la universalidad de la ley y no de simple generalidad la que se manifiesta aquí. El mismo Carl SCHMITT sostuvo que la igualdad ante la Ley es consustancial a la generalidad de la misma, *Unabhängigkeit der Richter, Gleichheit vor dem Gesetz und Gewährleistung des Privateigentums nach der Weimarer Verfassung*, Berlin/Leipzig, 1926, pp. 22 y ss., donde señala que «la igualdad ante una ley presupone que la ley es aplicable a más de una persona, es decir, no es una norma individual», citado por Robert ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 382, nota núm. 3. Asimismo, como entiende el propio Olivier JOUANJAN, la concepción «singular» de Carl SCHMITT —así denominada por Max RÜMELIN—, ve en la igualdad ante la ley la expresión de la definición material de la ley inherente al Estado de derecho burgués, como norma jurídica general y abstracta: igualdad se identifica con generalidad, «Réflexions sur l'égalité devant la Loi», en *op. cit.*, p. 132.

«voluntad general», y, en particular, la afirmación de la igualdad con un carácter sustancialista. *Rousseau* pretende construir un concepto de Ley completamente nuevo, como decisión del pueblo soberano sobre toda la comunidad —es lo que quiere decir con la expresión *volonté générale*, que no es entendida sin embargo en sentido absoluto—, una ley que reúne la universalidad de la voluntad y la del objeto, según expresamente manifiesta: cada acto auténtico emanado de la voluntad general obliga a favorecer de modo igual a todos los ciudadanos, porque si la voluntad general debe partir de todos —en el autor tiene aún más bien el sentido de simples opiniones que de una auténtica opinión pública— ha de aplicarse a todos y mirará por definición a la igualdad. Aspira, pues, a la participación de todos los miembros de la colectividad en la producción de las normas —democracia participativa—, asegurándose de este modo la igualdad y, en definitiva la justicia, ideas que pretende reflejar la Constitución jacobina de 1793 y su definición de la Ley como «precepto general de duración indefinida» (67). Entre tanto, la tarea del Estado ha de perseguir el interés general, entendido no como interés de la colectividad objetiva y abstractamente considerada, sino como el interés —el bien— común, esto es, la suma espontánea de el interés de todos y cada uno —unidad de intereses y voluntad que ha de producirse asimismo entre gobernantes y gobernados—. De esta forma, el principio de legitimidad se fundamenta en que cada individuo al observar que los demás asumen la defensa de los intereses percibidos como propios de sí mismo, contribuye también él a la satisfacción de los intereses del resto de los miembros de la colectividad, y, por tanto, la concepción de la legitimidad está basada en el principio de «la voluntad general para el bien común convertida en ley» (68); y dos son, esencialmente, los objetivos principales a los que se reduce el fin último de todo sistema de legislación, esto es, el bien supremo de todos: el logro de la libertad y de la igualdad. Todo lo cual permite vislumbrar la pugna durante los siglos XVIII y XIX entre la igualdad liberal y la igualdad

(67) Su rechazo de las normas que persigan un objeto particular es rotundo: «*Une décision ou mesure particulière, même si elle a le peuple pour auteur, n'est plus qu'un acte de magistrature y non de souveraineté*», Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du Contrat Social...*, *op. cit.*, Libro II, Capítulo VI.

(68) Werner MAIHOFER, «Principios de una democracia en libertad», en *op. cit.*, p. 235.

democrática. Pero finalmente resultaría inaplicable a una sociedad socialmente heterogénea la categoría rousseouniana de la norma de contenido universal como garantía de la igualdad social y económica.

3.2. *La igualdad jurídica reducida al momento de la aplicación de la Ley: el Estado liberal como Estado de las desigualdades*

Para el liberalismo, como terminamos de aludir, la legislación debe ser universal no sólo general, y la igualdad jurídico-formal es la consecuencia. *Duguit* lo llegaría a expresar más tarde con claridad: igualdad y generalidad de la Ley no se identifican, una Ley general puede violar el principio de igualdad, esto es, la generalidad es una condición necesaria de la igualdad pero no una condición suficiente (69); y con apoyo en la Declaración de 1789 dice: «*le principe d'égalité est une règle de notre droit public positif s'imposant au législateur*» (70), aunque su tesis finalmente no prosperara en este último aspecto. Perspectiva desarrollada por su discípulo *Daney*, que al referirse a la «*véritable égalité*» aludida por *Duguit* se expresa en estos términos: «*le principe d'égalité est une règle de notre droit public qui s'impose au législateur. Mais cette égalité, il faut l'entendre dans le sens d'une égale protection des hommes par la loi*», en el sentido de una igualdad proporcional (71).

De esta suerte, la Ley como expresión libre y solemne de la voluntad o de la razón en el sentido kantiano (72), no podía ser sino justa en sentido material. Es suficientemente conocida la posición kantiana, según la cual, debiera ser función del Derecho delimitar la arbitrariedad de los individuos de acuerdo con una ley general de libertad al servicio de la emancipación y la dignidad del hombre, lo que permitiría asimismo lograr la convergencia entre política y moral. El problema de la igualdad comenzaba después, esto es, en el momento de la aplicación;

(69) Léon DUGUIT, *Traité de Droit constitutionnel...*, op. cit., Vol. II, especialmente pp. 141 y ss., y Vol. III, pp. 659-660.

(70) Léon DUGUIT, *Traité de Droit constitutionnel...*, op. cit., Vol. III, p. 593.

(71) Pierre DANÉY, *Le principe d'égalité...*, op. cit., pp. 217-218.

(72) Esta interpretación en Gerhard LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz...*, op. cit., pp. 20 y ss.

e igualdad significaba conformidad a la Ley, lo cual se alargaba mediante peticiones muy concretas al legislador tales como la igualdad y justicia fiscal, o la igualdad punitiva para todos los ciudadanos. En consecuencia, la igualdad no se concibe como un derecho frente al legislador en quien se reside el poder soberano. La igualdad es el resultado de la Ley, esto es, el resultado de la voluntad humana que se expresa por medio la Ley, la fuente que legitima por sí misma todo tipo de diferenciación introducida en los términos anteriormente referidos, de modo que el principio de igualdad viene a identificarse con el de legalidad (73). Por ello, la igualdad no constituyó propiamente un vínculo al contenido de la legislación, o expresado de otro modo, el legislador no se sintió realmente vinculado por el principio de igualdad, al menos en sentido positivo, y no se pudo deducir del principio –obviamente se careció de voluntad al efecto– una pretensión jurídica frente al legislador.

Carente, pues, el ciudadano de un «“derecho a la legalidad” en abstracto» –son ya los mismos procesos revolucionarios los que limitan la igualdad a los ciudadanos–, así como de «acción alguna para reaccionar frente a la desigualdad» (74), las aplicaciones igualitarias son limitadas e indirectas. En efecto, hasta la consolidación del constitucionalismo democrático se vino considerando que la igualdad concernía tan sólo a la aplicación del Derecho y no a su creación. El legislador podía establecer diferenciaciones, y en la medida en la que las leyes eran «aplicadas en todos los casos» se cumplía con «el mandato de igualdad en la aplicación del derecho» (75). A la postre, todas estas realizaciones prácticas que terminan imponiéndose durante los primeros decenios del siglo XIX para perdurar luego, supusieron el triunfo de las doctrinas, entre otros, de *Montesquieu*, *Burke*, *Blackstone*, y en cierta medida de

(73) Así, hace este acogimiento implícito del principio de igualdad de modo genuinamente liberal la Constitución española de 1812; posteriormente la Constitución de 1837 estableció en su artículo 5 la igualdad ante los empleos y cargos públicos, y en el mismo sentido se mantuvo en la Constitución de 1845, artículo 5; el artículo 27.1 de la Constitución de 1869, reguló también la igualdad ante los empleos y cargos públicos; por, su parte, la Constitución de 1876, en el artículo 15, mantuvo la igualdad ante los empleos y cargos públicos. Sin embargo el proyecto de Constitución de 1873 en el Título Preliminar, reconoce entre los derechos naturales «La igualdad ante la ley» (7^o).

(74) Francisco RUBIO LLORENTE, voz «Igualdad», en *op. cit.*, p. 3366.

(75) Robert ALEXANDER, *Teoría de los Derechos...*, *op. cit.*, p. 383.

Tocqueville, autores todos ellos que ofrecen en mayor o menor medida una cierta desconfianza hacia la igualdad, porque consideran genera despotismo e inseguridad, lo que se opone decididamente a los valores fundamentales del constitucionalismo como son la libertad y la seguridad. No obstante, también es cierto que el liberalismo en sus orígenes consideraba en general a la igualdad como un derecho a realizar mediante la Ley –si bien estimara la propiedad como valor preeminente–, y que tanto *Montesquieu* (76) como *Tocqueville* (77), por ejemplo, afirmaron la necesidad de una cierta igualdad de hecho como presupuesto de un régimen democrático.

En el polo opuesto se situaría *Rousseau*, quien de modo intenso y radical describe las condiciones materiales en las que se desenvuelve la Sociedad y prescribe el valor político de la igualdad. El ginebrino entendía que la igualdad era el instrumento idóneo para garantizar, junto la participación de todos en el poder, la indisoluble unión de justicia y utilidad; además, consideró que la democracia no podía desarrollarse en una sociedad heterogénea. Cuando se interroga acerca del peligro de una tiranía del legislador, se responde a sí mismo con carácter general que este comportamiento es imposible, porque la Ley debe ser igual para todos, y porque al ser la expresión de la voluntad de todos nadie establece para él obligaciones inútiles o inconvenientes, toda vez que utilidad y justicia discurren conjuntamente. Sostiene que la dinámica de las cosas tiende siempre a destruir la igualdad y, por consiguiente, la fuerza de la legislación debe tender siempre a mantenerla. La igualdad tiene así un valor instrumental, es un medio de asegurar la verdadera libertad, pero en tanto que tal, resulta indispensable. El autor no se contenta con ninguna igualdad puramente formal aunque es consciente de la imposibilidad de lograr una igualdad absoluta, y su gran sueño era

(76) La vinculación entre igualdad y democracia es evidente para MONTESQUIEU, pero no se trata de una igualdad material, es una igualdad de actitud, de comportamiento, *De l'esprit des lois*. Libro V, Capítulo III.

(77) No obstante, son conocidas las precauciones de Alexis DE TOCQUEVILLE respecto de la igualdad, a la que atribuía una tendencia hacia la radicalización, es decir, está patente en el autor la preocupación por la idea de que la absolutivización del principio de igualdad pudiera conducir a una suerte de dictadura de la mayoría. Y no deja de ser curiosa su observación al respecto, por cuanto, según él, la contemplación de las desigualdades es tanto más insoportable cuanto resulten más raras, y por tanto llamativas.

introducir un consenso general sobre las reglas básicas de la convivencia social haciendo que cada cual se desprendiera de sus intereses particulares hasta que el autointerés de cada uno coincidiera con el autointerés de cada uno de los demás. Adicionalmente defendía que una Sociedad creada desde los presupuestos de la «igualdad de todos», a través de un acto contractual unánime, tenía necesariamente que ser una Sociedad justa; en definitiva, estamos de acuerdo con quienes expresan que el proceso revolucionario sólo tuvo en cuenta el pensamiento del ginebrino por lo que se refiere a la forma (78).

Por consiguiente, el liberalismo clásico, y en tanto de nuevo no lograron prosperar las tesis del ginebrino, trata de realizar «el principio de libertad mediante una reducción de la igualdad, e incurre así en no menor medida en contradicción con sus propios presupuestos y objetivos, que exigen una garantía de la dignidad humana y de los Derechos humanos de libertad e igualdad» (79). De esta forma, el constitucionalismo liberal europeo del siglo XIX –muy especialmente en su primera mitad–, en el mejor de los casos apoyado en la soberanía nacional e inspirado en las ideas iusnaturalistas así como en la concepción de unos derechos individuales precedentes al Estado, traslada a la igualdad idéntica ambigüedad a la mantenida en lo referido a la idea misma de representación, y el Estado se termina configurando como un «Estado de desiguales por definición y por sustancia» (80). Como expresa *Böckenförde*, el Estado liberal burgués condujo «necesariamente no sólo a la desigualdad basada en la posesión, sino que, con su estabilización y agudización, llevó también al antagonismo clasista de la sociedad, y con ello a una nueva falta de libertad, ahora social, sobre la base de la igualdad jurídica. L. Von Stein y K. Marx fueron los primeros en comprender

(78) Con todo, no olvidamos interpretaciones desde las que se ha mantenido que el Estado absolutista ha seguido vivo en la *volonté générale* de Jean-Jacques ROUSSEAU y en la *nation* de Emmanuel SIÉYÈS, mucho más que en el más absoluto de los reyes; y aunque sea paradójico, en cierta medida sigue vivo en el Estado constitucional, que ha disuelto todos los vínculos, porque se tiene también, como recuerda Ernst CASSIRER, por investido del poder de atar y desatar –*Binden und Lösen*–.

(79) Werner MAIHOFER, «Principios de una democracia en libertad», en *op. cit.*, p. 300.

(80) Massimo Severo GIANNINI, citado por Silvio GAMBINO/Mauro RIZZO, «Le Costituzioni del '900», en AA.VV., *Estudios de Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 45.

plenamente este movimiento en su dialéctica histórica. Y a ello se añadió la pérdida de espacio vital que provocó el desarrollo industrial (Forsthoff)» (81). No obstante, también existieron algunos intentos de eliminar estas ambigüedades y contradicciones. Así, refiriéndonos al Derecho positivo y quizá al precedente primero de esta naturaleza, la Constitución de Baviera de 1818, mencionaba junto a la igualdad en la aplicación de la Ley también la igualdad en la Ley misma, no en vano enumera entre los derechos de los bávaros la igualdad de las leyes y ante la Ley –*Gleichheit der Gesetze und vor dem Gesetze*– (82); y en la propia Alemania de 1848 comienza ya a apuntarse la distinción (83), abriéndose paso en algunos círculos doctrinales una interpretación más moderna de la igualdad jurídica, esto es, una idea de igualdad modulada por las diferentes circunstancias a las que debe dar respuesta asimismo diferenciada el legislador.

Por lo que hace por ejemplo a Francia, a partir de la Constitución de 4 de noviembre de 1848 se inicia la reconciliación entre la Constitución y la igualdad; proceso que, si descontamos la leve anticipación suiza, no culmina en Europa –ante las dudas mostradas por las Leyes constitucionales francesas de 1875 y su correspondiente silencio tocante a la tabla de derechos– sino con el constitucionalismo democrático a partir de 1919 y el radical cambio de naturaleza de la norma constitucional. De otro lado, el último tercio del siglo XIX conoció el auge del positivismo normativista, y con él una contribución importante asimismo a la esclerosis del principio de igualdad. Hasta tal punto hicieron mella los postulados positivistas que, por ejemplo en un autor contrario a tales postulados metodológicos como es el caso de *Hauriou*, se mantiene una concepción formal y restrictiva del principio de igualdad: «*L'égalité entre les hommes est surtout une idée*» (84). Así, tampoco es de extrañar que la probablemente primera tesis doctoral consagrada

(81) Ernst W. BÖCKENFÖRDE, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, Trota, Madrid, 2000, p. 35.

(82) En análogos términos, la de Baden -1818- párrafos 7-10; Wütemberg -1819- párrafos 21-22; Hesse -1820- artículo 18, y Sajonia -1831-.

(83) Konrad HESSE, «Der Gleichheitssatz in der neueren deutschen Verfassungsentwicklung», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, Bd. 109, 1984, pp. 174-175.

(84) Maurice HAURIOU, *Précis de Droit constitutionnel...*, op. cit., p. 641.

al estudio del principio de igualdad en Francia –1910– concluyera en términos desoladores, esto es, negando al principio de igualdad la naturaleza de auténtica norma jurídica; se trata, diría su autor, tan sólo de un dogma vago e indeterminado, una fórmula con múltiples e imprecisas significaciones carente de sanción jurídica (85). No obstante, también se registran opiniones desde las que se considera que la «igualdad civil», el principio «quizá más fecundo de todos (entre los derechos individuales), no implica en sí reglamentación particular, o, más bien, la reglamentación se halla en la legislación entera. Es, en efecto, el primer principio cuyo respeto se impone al legislador» (86). Resulta así paradójico que en la Francia de la *égalité* sea preciso esperar hasta 1973 para encontrar una toma de posición clara y definitiva del *Conseil Constitutionnel* a favor de la vinculación del legislador por el principio de igualdad (87). Propiamente, la primera decisión se remonta a 15 de enero de 1960, pero ésta no comporta más que una aplicación implícita y fuertemente restrictiva del principio de igualdad (88). En realidad, es en 1973 –*Taxation d'office*– cuando el *Conseil Constitutionnel* eleva definitivamente al principio de igualdad al rango de valor constitucional que se impone al legislador: «*Depuis la décision du 27 décembre 1973, le principe d'égalité présente incontestablement une valeur constitutionnelle: Cette promotion entraîne nécessairement des effets importants: non seulement le débat sur la valeur juridique de l'égalité, qui agitait une partie de la doctrine, est-il entièrement clos; mais surtout apparaît une véritable "égalité dans la loi"; à savoir un droit pour les administrés à bénéficier des règles législatives identiques. Dès lors,*

(85) René BRUNET, *Le principe d'égalité...*, *op. cit.*, especialmente pp. 142 y ss.

(86) Adhémar ESMEIN/H. NÉZARD, *Éléments de Droit Constitutionnel français et comparée*, Vol. II, Recueil Sirey, Paris, 1928, p. 568. Incluso antes, el mismo Adhémar ESMEIN, *Éléments de Droit constitutionnel français et comparé*, 1ª ed., Recueil Sirey, Paris, 1896, p. 370, que considera la Declaración de 1789 como un patrimonio definitivo adquirido por el pueblo francés, *op. cit.*, p. 388, y apunta el carácter de derecho individual propio de la igualdad.

(87) François MICLO, «Le principe d'égalité et la constitutionnalité des lois», en *AJDA L'actualité juridique. Droit Administratif*, 1982, p. 118. La primera verdadera decisión del Consejo Constitucional es de 27 de diciembre de 1973, reconoce asimismo Loïc PHILIP, «La portée du contrôle exercé par le Conseil Constitutionnel (à propos de la décision du 27 décembre 1973)», en *Revue du Droit Public*, 1974, pp. 531 y ss.

(88) François MICLO, «Le principe d'égalité et la constitutionnalité des lois», en *op. cit.*, p. 115.

l'insertion du principe au sommet de la hiérarchie des normes provoque des conséquences sur le régime de compétence en vigueur», y supone «une limitation de la compétence législative» (89).

De esta forma, al margen de éstos y otros intentos, durante la fase del constitucionalismo correspondiente a las monarquías constitucionales, sustentadas mayoritariamente en textos de compromiso, si bien se sostiene el reconocimiento de la igualdad en el ejercicio de algunos derechos, no se llega a aceptar una concepción de la igualdad jurídica vinculante con carácter general para todos los poderes del Estado. En consecuencia, durante todo el siglo XIX, sólo se consideró con carácter general una igualdad limitada a la aplicación del Derecho, y asimismo reducida a lo sumo, en un sentido más pleno, a un círculo estrecho de ámbitos específicos como eran el acceso a los empleos públicos, la materia fiscal, la igualdad ante la administración de justicia, y en ocasiones ante las obligaciones militares. Se produjo así, probablemente, un alejamiento –cuando menos de manera parcial– de la idea originaria manejada en 1789: «*la loi doit être la même pour tous*», esto es, su comprensión en tanto que principio general autónomo del nuevo orden jurídico (90), como se sostuviera años más tarde por algunos autores. Todo ello culminaría con el triunfo en la patria de la Revolución de la *suveraineté parlementaire* y de la concepción formal y orgánica de la Ley (91), afianzándose, en consecuencia, la centralidad no de los derechos sino de «lo que se ha denominado el *légicentrisme*» (92). La facultad de producir normas jurídicas sin límites, sintetizaría Carré de Malberg, es función propia del poder legislativo al que están constitucionalmente subordinados tanto el poder ejecutivo como el judicial, de modo que

(89) François MICLO, «Le principe d'égalité et la constitutionnalité des lois», en *op. cit.*, p. 119.

(90) Quizá uno de los mejores exponentes de la concepción revolucionaria sean las palabras de Benjamin CONSTANT en 1796: «*nous voyons le genre humain s'avancer vers l'égalité, sur les derbis d'institutions de tout genre*», *De la force du gouvernement actuel et de la nécessité de s'y rallier*, reedición, Garnier-Flammarion, Paris, 1988.

(91) Un representante clásico aunque un tanto tardío de esta concepción sería, como se sabe, Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale...*, *op. cit.*, Vol. I, y más específicamente, *Le loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, Recueil Sirey, Paris, 1931.

(92) L. JAUME, citado por Gustavo ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil...*, *op. cit.*, pp. 53, y ss.

cada decisión, también las particulares, por el sólo hecho de emanar del parlamento revisten carácter legislativo (93). Ante lo que llegó a escribir *Schmitt*: «refiriéndose a las leyes constitucionales francesas de 1875 y a la democracia parlamentaria francesa, pudo decir, hace poco, un eminente autor francés de Derecho político, Carré de Malberg (...), que hay que rechazar todos los rasgos objetivos que caracterizan el concepto de ley, como, p. ej., el carácter general y duradero de la regulación, porque la voluntad del Parlamento es de por sí la voluntad inmediata del pueblo soberano, la *volonté générale*» (94). No es así de extrañar que en el esquema clásico de los derechos debido al propio *Schmitt*, se hiciera un sitio para la igualdad entre los derechos democráticos «de carácter esencialmente político» —«derechos del individuo en el Estado como ciudadano»— (95), como pura igualdad ante la Ley —derivada del pacto y conductora formal de la desigualdad natural—.

(93) Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la theorie générale...*, *op. cit.*, Vol. I, pp. 365-367, y Vol. II, pp. 20 y ss., y *Le loi expression de la volonté générale...*, *op. cit.*, pp. 175-213; a juicio del autor, no se podía admitir que los tribunales dejaran sin efecto las leyes «porque opondrían a ellas causas de invalidación derivadas de principios o preceptos de los cuales ellos serían dueños de establecer la lista y de atribuirles superioridad, en virtud de su libre apreciación, sería, en realidad, conferirles sobre la obra del legislador una facultad de examen y censura que, finalmente, haría depender la eficacia de toda esa obra de su potestad discrecional».

(94) Carl SCHMITT, *Legalidad y legitimidad*, Aguilar, Madrid, 1971, pp. 38.

(95) Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 1ª ed. reimpresión de 1992, pp. 173-175.