

SEBASTIÁN MARTÍN

DIE GLEICHHEIT VOR DEM GESETZ
ORÍGENES POLÍTICOS DEL CONTROL
DE CONSTITUCIONALIDAD (*)

1. Dimensión constitucional de la labor judicial en el *Novecento posmoderno*. — 2. Silencio constitucional, intervención doctrinal. — 3. Primeras manifestaciones de la defensa del *Prüfungsrecht*. — 4. La igualdad como puerta de acceso. — 5. Igualdad formal contra igualdad material. — 6. Igualdad y legalidad interna de los institutos burgueses. — 7. Igualdad y generalidad de la ley. — 8. Conclusión: democracia y absolutismo judicial.

1. *Dimensión constitucional de la labor judicial en el Novecento posmoderno.*

Atendiendo a la secuencia acuñada para la historia jurídica por Paolo Grossi, podemos distinguir, para la época contemporánea, dos fases bien diferenciadas.

De una parte, la *modernidad jurídica*, inaugurada — más bien, reimpulsada — por la revolución francesa y el imperialismo bonapartista, que colocó la ley del Estado, como expresiva de la voluntad general de la nación, a disposición siempre del titular del poder político, en la cima del sistema de fuentes del derecho. En un acto expropiatorio, arrinconó a la jurisprudencia, tanto a su vertiente interpretativa erudita como a su plasmación judicial, en una posición subalterna, ancilar respecto del dictado de la ley ⁽¹⁾. Con el código

(*) Este trabajo fue discutido, en un seminario celebrado al efecto en el Centro florentino el 21 de marzo del presente año, con los profesores Paolo Cappellini, Giovanni Cazzetta, Pietro Costa, Luca Mannori, Bernardo Sordi e Irene Stolzi. Quede testimonio de mi gratitud per las valiosas observaciones y sugerencias que me realizaron.

⁽¹⁾ Se trata de referencias que se pueden encontrar en los trabajos reunidos bajo su bien difundido título *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 31 y ss.

como consecución máxima, dotado de una capacidad fundacional de la propia sociedad, se verificaría el llamado *absolutismo jurídico*, que redujo al jurista a mero exégeta acrítico de la ley codificada y convertiría al juez en su aplicador mecánico (2).

La *posmodernidad jurídica*, cuyas raíces pueden apreciarse en el cambio de siglo, con la crisis de la hegemonía liberal y la irrupción de nuevas corrientes socializadas, y que arranca con la Constitución de Weimar, supuso un regreso de la complejidad social — de la *fattualità* — al mundo del derecho. La ley estatal dejó de ser fuente absorbente del mismo por la autorregulación de los cuerpos sociales, la unidad y la plenitud del código se quebró por la proliferación de nuevos ámbitos regulatorios particulares y la interpretación judicial, debido a la importancia central de los principios y de la misma equidad, recobró una relevancia capital en la producción del derecho (3).

En lo que hace a los principios, la inclusión de un amplio catálogo de derechos fundamentales en las nuevas constituciones dislocó las relaciones entre el juez y la ley. De la supremacía decimonónica del legislador se pasa a un escenario en el que la interpretación judicial comporta un momento ineludible de la concreción del derecho. La dimensión axiológica de las constituciones posmodernas, entre otras vías a través de la « nueva noción de igualdad », habría permitido así a la jurisprudencia constitucional actualizar las normas fundamentales, velando por su congruencia social. El concepto constitucional de igualdad habría dado cobertura para elaborar, en cuanto « canon orientativo », un *principio di ragionevolezza* « que, superando las rigideces de la mera racionalidad », habría permitido a la alta jurisprudencia ponderar « los valores concretamente involucrados » en los « hechos vitales » sometidos a su escrutinio, logrando con ello incluso, ante el silencio legal, ampliar el catálogo de los derechos (4).

(2) Abundan las consideraciones al respecto en las contribuciones recogidas en P. GROSSI, *Absolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998.

(3) Todas ellas son características del *Novecento giuridico: un secolo posmoderno*, Napoli, 2011, p. 39 y ss.

(4) P. GROSSI, *L'invenzione dell'ordine costituzionale: a proposito del ruolo della Corte*, en ID., *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017, p. 61. Idéntico

Pero la rematerialización del derecho compone un fenómeno extensible a todo el ordenamiento, no solo ceñido a su vértice constitucional. Su visibilidad en terrenos como el administrativo, el civil o el penal estaría impulsando un desplazamiento del centro de gravedad desde el vetusto « principio de legalidad » al más complejo y actualizado « principio de juridicidad » ⁽⁵⁾, cuya implicación fundamental — a saber, la correspondencia del derecho con las necesidades sociales — requeriría siempre de la integración judicial.

Esta sucesión de paradigmas responde al relevo de sistemas jurídicos en la Europa continental entre los siglos XIX y XX. Paolo Grossi proporcionó con ella a la disciplina iushistórica una utilísima contraposición didáctica que permite, ante todo a efectos docentes, presentar con tino la evolución del derecho en las dos últimas centurias. Ahora bien, a efectos investigadores, en lo que hace a la posición de la justicia, este marco interpretativo encierra alguna tensión problemática, procedente, no de su virtualidad explicativa, sino del registro expositivo adoptado, pues no se despliega en un plano puramente descriptivo, sino en uno de carácter prescriptivo, según el cual la revalorización de la función judicial, incluso su eventual colocación por encima de la ley, significa un avance en términos de justicia. La historia jurídica europea y americana muestran que, al igual que la centralidad absorbente de la ley en el sistema jurídico decimonónico conllevó insuficiencias y exclusiones, la habilitación de dispositivos judiciales contramayoritarios también dio lugar a abusos, como los que, en los años 1920 y 1930, se denunciaban bajo el nombre de *government by judiciary*. A un absolutismo jurídico cabía que estuviera sucediendo un absolutismo judicial no exento de desdichas.

El presente estudio atiende al debate que tuvo lugar en la ciencia alemana del derecho público en torno al principio de igualdad ante la ley, entendido al modo indicado por Grossi, como compuerta constitucional que justifica el control por parte de la magistratura de la razonabilidad material de la legislación parlamentaria. Olvidado generalmente por la doctrina actual, o presentado

señalamiento en Id., *Sulla odierna 'incertezza' del diritto*, en Id., *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015, p. 73.

(5) GROSSI, *Sulla odierna 'incertezza' del diritto*, cit., p. 87.

como un antecedente neutro y a celebrar sin más ⁽⁶⁾, emergen en él aristas problemáticas implicadas en la supremacía judicial posmoderna. Se va a intentar reconstruir así, en su contexto, la espinosa procedencia de algunas categorías caras al maestro florentino, para detectar hasta qué punto pueden estar en tensión con su ponderación crítica de la modernidad jurídica y hasta con sus atendibles propósitos ético-políticos de fondo.

2. *Silencio constitucional, intervención doctrinal.*

La cuestión del control de constitucionalidad de las leyes, bien operativa en latitudes americanas desde hacía décadas, no resultaba novedosa en la tradición alemana. Ya el art. 126 de la Constitución de Frankfurt de 1849 atribuía a « la competencia del *Reichsgericht* » el conocimiento de los recursos « por violación de la Constitución ». El asunto fue tratado en el Comité constitucional de la Asamblea constituyente de Weimar a raíz de una moción planteada por el diputado liberal Bruno Ablaß: propuso que cien diputados del *Reichstag* — como mínimo — pudieran instar al *Staatsgerichtshof* a pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley — o sobre la adecuación de los actos administrativos a los principios y disposiciones constitucionales —. Precisamente por considerar que el control de constitucionalidad, sin atribución expresa, no podía corresponder a los tribunales, pretendía que tal competencia cupiese solo a instancia parlamentaria y en un solo órgano jurisdiccional supremo ⁽⁷⁾. La moción fue rechazada, el debate sobre el particular no volvió a suscitarse y la *Reichsverfassung* (RV, en adelante) terminó por no pronunciarse expresamente sobre el tema.

⁽⁶⁾ FRANCISCO RUBIO LLORENTE, *Juez y ley desde el punto de vista del principio de igualdad*, en ID., *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Madrid, CEC, 1993, pp. 665-83 (677-80).

⁽⁷⁾ Lo exponían, por ejemplo, RICHARD THOMA, *Das richterliche Prüfungsrecht*, en « Archiv des öffentlichen Rechts » (« AöR », en adelante), 43, N. F. Bd. 4 (1922), pp. 267-286 (268), y ERNST HECKING, *Untersuchungen über die Zuständigkeit des Richters zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen nach der Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919*, Diss., Marburg, Universitätsverlag von Robert Noske, 1927, p. 6. Si en el debate constituyente Hugo Preuss se pronunció en favor del control judicial, Hugo Sinzheimer lo hizo en contra.

Cierto es que, en su art. 19, facultaba al propio *Staatsgerichtshof* para resolver las *Verfassungsstreitigkeiten* — o « litigios constitucionales » — suscitadas « al interior de un *Land* », lo que muy bien podía materializarse en el control de la constitucionalidad de las leyes promulgadas por los parlamentos regionales. Incluso alguna constitución regional como la de Baviera sancionaba la competencia. No obstante, la cuestión capital del control de constitucionalidad de las leyes emanadas del propio *Reich* había quedado sin responder en la norma fundamental.

Ante el silencio de la constitución, quedando la cuestión irresuelta, opinión más o menos compartida por los iuspublicistas del momento fue que su determinación correspondía entonces a la doctrina, e incluso a la propia magistratura ⁽⁸⁾, pues de la indefinición constitucional « no cab[ía] inferir sin más la negación de la competencia judicial para el control de la ley » ⁽⁹⁾. Los juristas, en el entendido de que continuaban cultivando una ciencia objetiva cuyas conclusiones debían ser atendidas por la política y los tribunales, se ocuparon entonces con preferencia de colmar esa laguna. Pero la confrontación de opiniones al respecto mostró la heterogeneidad que, desde el campo de la política práctica, se había infiltrado en el ámbito de la ciencia jurídica, marcada anteriormente por una acentuada homogeneidad socio-cultural.

Dicha confrontación, que iba mucho más allá de la célebre polémica entre Schmitt y Kelsen sobre el *Hüter der Verfassung* ⁽¹⁰⁾, oponía, en el derecho público germano-parlante, a los dos sectores siguientes: de un lado, la fracción liberal-conservadora partidaria del *Prüfungsrecht* de los magistrados apoyado en una interpretación nacionalista de los « derechos fundamentales », y de otro, su sección liberal-demócrata y socialista, que, salvo contadas excepciones — la

⁽⁸⁾ Para algunos partidarios del control, el silencio constitucional dejaba la cuestión también en manos de « la jurisprudencia »: FRITZ MORSTEIN MARX, *Variationen über richterliche Zuständigkeit zur Prüfung der Rechtmäßigkeit des Gesetzes*, Berlin, Grunewald, 1927, p. 33.

⁽⁹⁾ HECKING, *Die Zuständigkeit des Richters*, cit., p. 33.

⁽¹⁰⁾ Choque este marcado por la incommensurabilidad de las posiciones respectivas, dado el dispar concepto de constitución que ambos autores manejaban: JOSU DE MIGUEL BÁRCENA, JAVIER TAJADURA TEJADA, *Kelsen versus Schmitt. Política y derecho en la crisis del constitucionalismo*, Madrid, Escolar y Mayo, 2018, p. 236.

de Hugo Preuss, por ejemplo —, se alzó contra este poder de disposición de los jueces sobre el contenido de las leyes ⁽¹¹⁾.

Aquí va a interesar solamente el flanco de opiniones que apoyaron el control judicial. Para exponerlas con precisión, resulta conveniente realizar una delimitación previa. El asunto controvertido fundamental consistía en lo que convencionalmente se denomina control « difuso » de la legislación por cualquier juez, en el contexto de un proceso concreto, aunque la afirmación de su pertinencia se extendía naturalmente al reconocimiento de esa facultad también para las jurisdicciones supremas. El nudo problemático radicaba, por otro lado, en lo que se llamaba control *material*, en admitir una revisión judicial del fondo de la ley, ponderando la adecuación de sus contenidos a los principios éticos abstractos, susceptibles de variadas interpretaciones, enunciados en la norma fundamental.

Ante el alcance de un dispositivo semejante, desde bien pronto se señaló que el contraste entre sus ventajas y desventajas prácticas era de complicada evaluación; se trataba de una cuestión ligada a intereses subjetivos, cuya solución era más del orden de « la voluntad » (política) que de « la lógica » (racional objetiva) ⁽¹²⁾. Nosotros vamos a recorrer pareceres que, por diferentes razones políticas, entendieron conveniente su adopción en toda su extensión, tanto formal como material. No lo concibieron como un *derecho* subjetivo de los jueces, sino como una *competencia* objetiva, por lo que, más que de *Prüfungsrecht*, se hablaba de la *richterliche Prüfungszuständigkeit* ⁽¹³⁾. Y si había que decantarse en favor de esa competencia judicial era porque todos los demás medios jurídicos de defensa de la constitución frente a la ley, o bien eran solo útiles para proteger las normas fundamentales de

⁽¹¹⁾ Sobre esta « instrumentalización de los derechos fundamentales contra el legislador » de la « corriente antipositivista », y las advertencias críticas de la opinión liberal-demócrata (« positivista ») de G. Anschütz o R. Thoma, vid. Michael STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, III: *Weimarer Republik und Nationalsozialismus*, München, Beck, 2002, pp. 112-4. Idéntica contraposición se abordaba en Christoph GUSY, *Richterliches Prüfungsrecht. Eine verfassungsgeschichtliche Untersuchung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1985, pp. 91-111.

⁽¹²⁾ THOMA, *Das richterliche Prüfungsrecht*, cit., pp. 270 y 272.

⁽¹³⁾ MORSTEIN MARX, *Variationen*, cit., p. 3, y, en idéntico sentido, HECKING, *Die Zuständigkeit des Richters*, cit., p. 3.

los *Länder* — como el veto del *Reichsrat* (art. 74) — o bien estaban fuertemente mediatizados por la mayoría que había aprobado la propia ley puesta en cuestión — como las diferentes fórmulas de iniciativa o referéndum (art. 73) — (14).

3. *Primeras manifestaciones de la defensa del Prüfungsrecht.*

Las primeras manifestaciones de defensa del instituto se formularon todavía según el esquema doctrinal sobre el particular de la iuspublicística imperial. En ella se había negado la pertinencia de la competencia judicial para el control sobre la base de dos argumentos: porque la promulgación (*Ausfertigung*) de la ley por parte del Jefe del Estado implicaría una presunción *iure et de iure* de su constitucionalidad y porque la revisión judicial supondría un atentado contra el principio de la separación de poderes.

Respecto del primer reparo, se señalaba que « ya no exist[ía] un poder estatal monárquico en cuyo interés deb[iera] limitarse el derecho de revisión » (15). Bajo la jefatura de Estado monárquica, un respeto reverencial a su figura como encarnación simbólica de la unidad política, y una confianza plena en su corroboración de la constitucionalidad de las leyes que promulgaba, hacían del todo impertinente plantear un control ulterior de la misma por los tribunales, instancias en rigor subalternas respecto de la jefatura estatal.

Las cosas cambiaban, sin embargo, con una jefatura electiva, con un Presidente del *Reich* al que « la Constitución ha[bía] colocado en la más completa dependencia respecto del *Reichstag* » (16). De forma implícita, se daba por supuesto que semejante subordinación le inhabilitaba como encarnación neutral y superior de la unidad, pues

(14) Karl Heinz JONAS, *Das richterliche Prüfungsrecht im Selbsturteil der Gerichte*, Diss. (Referent: Ernst von Hippel), Königsberg Pr., 1930, pp. 15 y 33. Similar consideración sobre las dificultades para que la constitución « se protegiese a sí misma », en MORSTEIN MARX, *Variationen*, cit., pp. 20-4, 36 y 73-86.

(15) Othmar BÜHLER, *Sind die ordentlichen Gerichte verpflichtet, verfassungswidrige Gesetze anzuwenden?*, en « Deutsche Juristische Zeitung », 26 (1921), pp. 579-82 (582).

(16) Vamos a exponer opiniones tempranas, que sentaron doctrina, de Heinrich TRIEPEL, *Der Weg der Gesetzgebung nach der neuen Reichverfassung*, en « AöR », 39 (1920), 4, pp. 456-546 (535-8).

tanto su elección como su actuación se encontraban mediadas por la lógica partidista imperante en sede parlamentaria. Ciertamente es que el art. 70 establecía que el Presidente del *Reich* había de promulgar las '*verfassungsmäßig zustandekommenen*' Gesetze, esto es, las leyes aprobadas conforme al orden competencial y procedimental previsto en la constitución, lo que implicaba « un juicio valorativo » e incluso « la obligación de comprobar si la ley se ha [b]a aprobado de conformidad con la Constitución », es decir, con arreglo al procedimiento legislativo diseñado en la misma. Pero ninguna disposición indicaba que semejante juicio plasmado en el momento de la promulgación fuese obligatorio o vinculante ulteriormente para los tribunales, esto es, para un poder independiente del ejecutivo. Por lo tanto, aunque cupiese admitir la « presunción de constitucionalidad formal » de la ley contenida en su promulgación, no podía construirse — al modo tradicional ⁽¹⁷⁾ — como *praesumptio juris et de jure* « absolutamente incapaz de ser refutada en un juicio ». Sostener lo contrario entrañaba, a juicio de Heinrich Triepel, a quien seguimos, una « *petitio principii* bastante descarada ».

Si ello resultaba evidente en el caso de la constitucionalidad formal, que era el único aspecto a comprobar por la jefatura del Estado antes de promulgar la ley, parecía indiscutible entonces que esa presunción, tuviera el alcance que tuviese, no cubría en ningún caso la llamada constitucionalidad material. Para Triepel, en ambas hipótesis, los tribunales habrían de resultar competentes para el control: fundado su estatuto en la vinculación de los jueces a la ley, debiendo los tribunales « aplicar la ley y solo la ley », debía considerárseles « autorizados, e incluso obligados », para comprobar si lo que tenían ante sí, por más que se presentase externamente como ley, era, o no, « una ley válida ». Podrían a menudo no darse las condiciones propicias para que realizasen una comprobación de este género, pero lo que no podía considerarse es que tuviesen « prohibido » hacerla. Los tribunales, en suma, debían poder considerar « incorrecto » el juicio aprobatorio incluido en el acto de promulgación; no permitirle esa facultad tendría « consecuencias monstruo-

⁽¹⁷⁾ Del que seguiría siendo anacrónico ejemplo G. ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919*, Berlin, Georg Stilke, 1921, pp. 129-30, comentando el art. 70.

sas, mucho más monstruosas que los abusos prácticos que supuestamente conlleva el derecho de revisión judicial ».

Con esta defensa del control en contra de la presunción de constitucionalidad que entrañaba el acto de promulgación, quedaba claro, a juicio de Triepel, que « instituciones que [habían podido] ser tolerables bajo la monarquía constitucional », podían tornarse « absolutamente intolerables en la república parlamentaria » (18).

Y si a esta última forma de Estado cabía aplicarle el argumento de la separación de poderes, era con un sentido también favorable al control judicial. El dogma de la separación como garantía abstracta de la libertad había sido desautorizado por la ciencia del derecho público, que prefería, como más científica, la doctrina de la distinción de funciones del Estado. Pero su empleo continuaba siendo útil para este menester. En una república democrática la « protección de la libertad civil » debía enderezarse, ante todo, frente a « un parlamento ávido de poder », contra el peligro del *Parlamentabsolutismus*. « Al hacer que el ejecutivo depend[iese] totalmente de los representantes del pueblo » (19) — a diferencia de lo que ocurría en tiempos monárquicos, cuando el gobierno dependía ante todo del criterio de la corona como símbolo y garante de unidad —, « el gobierno parlamentario [había] elimina[do] un pilar importante del sistema de equilibrio de poderes ». Solo el control judicial podía restaurarlo. Y es que « [s]i se permit[ía] al *Reichstag* decidir con plena soberanía si sus decisiones legislativas se ajusta[ba]n a la Constitución, se priva[ba] a una gran parte de los derechos fundamentales de su protección constitucional » (20).

(18) TRIEPEL, *Der Weg der Gesetzgebung*, cit., p. 538. Afirmación glosada de modo elocuente por JONAS, *Das richterliche Prüfungsrecht*, cit., p. 33-4, expresando mayor confianza en la autolimitación del monarca constitucional que en la parlamentaria.

(19) La apreciación, en realidad, resulta bastante discutible respecto del gobierno del *Reich* e incluso del jefe del Estado: vid. Gertrude LÜBBE-WOLFF, *El concepto de democracia de la Constitución de Weimar*, en *Estado y Constitución en la República de Weimar*, Leonardo Álvarez (ed.), Madrid, Marcial Pons, 2021, pp. 61-84 (64-5 y 75-80).

(20) TRIEPEL, *Der Weg der Gesetzgebung*, cit., n. 109^a, consideraba irrelevante el peligro de « inseguridad jurídica ilimitada » que algunos autores apreciaban si se autorizaba a los jueces « examinar las leyes estatales para determinar su conformidad con los derechos fundamentales » por consistir muchos de ellos « en promesas jurídicas bastante indefinidas ».

El argumento de la separación no podía quedarse así en la cáscara formal del principio, como fundamento de una división horizontal entre los poderes, que veta las injerencias mutuas; debía, por el contrario, realzar su dimensión « esencial », la que conectaba con su impulso genuino, recordando que « el equilibrio de poderes » componía ante todo un artefacto « destinado a proteger la libertad frente a la arbitrariedad ilegítima » (21). Y el riesgo más temible de esa arbitrariedad en una democracia procedía del legislador, pues el parlamento pluripartidista, para Triepel, « no aparecía como el más alto órgano del Estado », sino como una instancia hasta potencialmente disolvente y « antiestatal » (22).

4. *La igualdad como puerta de acceso.*

En el sistema anterior, la cuestión de la constitucionalidad de las leyes se planteaba, ante todo, en lo que respectaba a las relaciones entre el *Reich* y los *Länder*. En el sistema republicano, con su declaración constitucional de los derechos fundamentales, se había desplazado a las relaciones entre el Estado y los individuos, vinculándose ahora a la necesidad de proteger las libertades frente a posibles abusos del legislador estatal (23). El debate sobre el particular había pasado así a una nueva fase cultural, en la que lo esencial resultaba el contraste entre la ley y los derechos individuales (24).

Aún hubo argumentos técnico-jurídicos en apoyo de la conveniencia del control, aunque ceñidos a un caso particular, el del conflicto competencial. El propio Triepel vio un reconocimiento del *Prüfungsrecht* en el citado art. 19, que atribuía al *Staatsgerichtshof* la facultad de resolver los « litigios constitucionales » entre los *Länder* o entre el *Reich* y un *Land*. A su juicio, no había razón para pensar

(21) Remataba así el argumento en H. TRIEPEL, *Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern*, en *Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl zum Doktorjubiläum: am 19. April 1923*, Tübingen, Mohr, 1923, pp. 93-4.

(22) GUSY, *Richterliches Prüfungsrecht*, cit., p. 102.

(23) « [L]a inclusión de los derechos fundamentales en la constitución » solo podía significar que « en relación con ellos debía trazarse una barrera a la legislación ordinaria »: TRIEPEL, *Der Weg der Gesetzgebung*, cit., pp. 537-8.

(24) Señalaba la novedad de registro en la polémica tras la guerra JONAS, *Das richterliche Prüfungsrecht*, 29 y 34.

que el precepto — que permitía a los *Länder* recurrir por cualquier disputa jurídico-pública contra el *Reich* — vetase el acceso al propio tribunal a aquel *Land* que « lanza[se] la acusación de violar la Constitución a la cara del *legislador del Reich* » (25). Pero lo que estaba sobre el tapete era la atribución a todos los jueces de la capacidad de disponer, por razones constitucionales tanto formales como materiales, de la aplicación de la ley. Ante tal pretensión, se necesitaba un anclaje constitucional de carácter general, al que cualquier tribunal pudiera recurrir.

Fue el mismo Triepel quien, en un dictamen fechado en marzo de 1924, terminó consumando el paso de fundamentar la facultad de control en el terreno material de los principios. Introdujo para ello un modo singular de interpretar la cláusula de la igualdad ante la ley (26). Lo hizo al hilo de la llamada *Goldbilanzenverordnung* (8-XII-1923), reglamento aprobado por el gobierno sobre la base de la segunda de las leyes de autorización (8-XII-1923), dentro del paquete de medidas para enfrentar las consecuencias de la inflación (27), encargado de regular el modo de conversión en marcos oro de las acciones de las sociedades mercantiles. Su informe se centraba en dos párrafos concretos, el 20 y el primer inciso del 28. Este último establecía límites al reembolso obtenible por la colocación de « acciones preferentes », un tipo de participación que representaba un porcentaje importante del capital de algunas compañías neurálgicas como las eléctricas. Con esta distinción, se trataba arbitrariamente de forma diferenciada a un sector del accionariado, haciendo recaer sobre él un « *privilegium odiosum* ».

Fue en este punto cuando Triepel interpretó el *Gleichheitssatz* de un modo que se revelaría fértil: como interdicción dirigida al legislador — y no solo a jueces y administradores, según se entendía en el régimen político anterior — de incurrir en arbitrariedad

(25) Vid. TRIEPEL, *Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern*, cit., pp. 88-92.

(26) Vid. para lo sucesivo, salvo anotación expresa, H. TRIEPEL, *Goldbilanzenverordnung und Vorzugsaktien*, Berlin und Leipzig, Walter de Gruyter, 1924, pp. 3-6, 9, 11, 16 y 26-32.

(27) Mientras aliviaba a los deudores, la inflación devaluaba el ahorro y la tenencia de capital, de ahí el complicado manejo legal: STOLLEIS, *Weimarer Republik und Nationalsozialismus*, cit., p. 189.

haciendo distinción entre grupos de personas. La igualdad contemplada en la constitución no podía limitarse a significar una exclusión genérica de toda *Klassengesetzgebung*, esto es, de toda legislación que, a la hora de individualizar grupos o realizar clasificaciones para atribuir derechos e imponer obligaciones, distinguiese entre burgueses y proletarios. Esquivando el desafío bolchevique, tal era la prescripción mínima que la igualdad ante la ley albergaba para muchos juristas ⁽²⁸⁾, pero su contenido apuntaba más alto. No podía desde luego suponer un mandato de equiparación mecánica entre todos los destinatarios de las normas, pues « [l]a igualdad absoluta produciría la mayor desigualdad ». La igualdad ante la ley solo cabía entenderla como « igualdad *proporcional* », esto es, como deber de « tratamiento igualitario de los hechos que *merecen* ser tratados de igual manera en un determinado contexto », lo que, formulado en negativo, suponía la regla a tenor de la cual las leyes habían de « tratar como igual todo aquello que tratar de forma desigual significa[se] *arbitrariedad* ». Por eso el *Gleichheitsprinzip* resultaba quebrantado por aquellas distinciones establecidas por las leyes « para las que no se p[odía] aducir ninguna razón [...] que [fuese] aceptable para cualquier persona razonable y cabal ».

Para decidir si las distinciones realizadas por las leyes entre grupos de personas eran, o no, lícitas, Triepel se remitía, por tanto, como parámetro de control, a la borrosa opinión social hegemónica y, sobre todo, a un *reasonable ground* solo discernible, en última instancia, en sede judicial. Conectando con la jurisprudencia del *Bundesgericht* suizo y, sobre todo, con la de la Corte Suprema estadounidense, especialmente con su muy frecuente aplicación del principio de la *equal protection of the laws*, Triepel sugería que la magistratura podría decidir si las discriminaciones realizadas en la legislación se adecuaban al precepto constitucional de la igualdad. En caso de que no lo hiciesen, les correspondería, como facultad suya, considerar la ley como inconstitucional por arbitraria y no aplicarla. Aparte de la *Goldbilanzverordnung* aludida, con su diferenciación injustificada entre las acciones preferentes y las ordina-

⁽²⁸⁾ Este era el contenido que le atribuía un crítico moderado de la nueva lectura como Ernst v. HIPPEL, *Zur Auslegung des Artikels 109 Absatz I der Reichsverfassung*, en « AöR » 49, N. F. 10 (1926), pp. 124-152.

rias, ponía otros ejemplos de inconstitucionalidad supuestamente razonable: el que una ley estableciese « un impuesto a un único grupo de ciudadanos », o que introdujese « restricciones a la propiedad » a sectores particulares, y no « *d'une manière générale, égale pour tous* » (29).

5. *Igualdad formal contra igualdad material.*

Gerhard Leibholz, discípulo de Triepel, elevó la cláusula constitucional de la igualdad a expresión del « vínculo del legislador al derecho », a un derecho suprapositivo equivalente a la justicia material (30). La igualdad ante la ley impondría así a todos los órganos estatales, pero muy en especial a los encargados de la legislación, el deber de un « *tratamiento no arbitrario, según la respectiva conciencia jurídica, del derecho dirigido* » a los individuos y las personas jurídicas. Y no serían sino los aparatos de justicia los encargados de apreciar si la ley correspondiente (del *Land*, pero también del *Reich*) había incurrido, o no, en esa posible arbitrariedad que le restaba toda juridicidad, convirtiéndola en inválida desde el punto de vista de su aplicación.

Leibholz terminó con ello de colocar la cuestión del control judicial de la ley en el terreno escarpado de los principios y valores. Lo hizo no solo en referencia al parámetro susceptible de emplearse

(29) El *Reichsgericht* se pronunció sobre la cuestión en una decisión de 4-XI-1925 que acogió el planteamiento, aunque rechazó la conclusión, es decir, se presentó legitimado para calificar las « deplorables iniquidades » de la normativa, pero consideró que las diferenciaciones introducidas en ella no eran tan sangrantes como para constituir « distinciones arbitrarias » que violasen el principio de igualdad; sobre el § 28 consideró que « en ningún caso » cabía afirmar que fuese « una medida arbitraria », pues « el trato diferente » que introducía entre sectores del accionariado se basaba « en consideraciones económicas razonables »: cit. por Gerhard LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz. Ein Nachwort zur Auslegung des Art. 109 Abs. 1 RV*, en « *AöR* », 51, N. F. 12 (1927), pp. 1-36 (28); e ID., *Höchstrichterliche Rechtsprechung und Gleichheitssatz*, en « *AöR* », 58, N. F. 19 (1930), pp. 428-442 (432).

(30) Vamos a emplear, para todo lo que sigue, salvando anotaciones expresas, G. LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, Berlin, Otto Liebmann, 1925, pp. 29, 40-41, 45, 74, 77-78, 86-88, 98, 100, 106, 112 y 124; ID., *Die Gleichheit vor dem Gesetz. Ein Nachwort*, pp. 2-3, 8-10, 15, 19-20, n. 47, 22-3, 25, 30-1 y 36.

en dicho control, sino a la propia metodología utilizada por el derecho público. ¿Eran tan evanescentes y subjetivos los valores como hoy pudiera pensarse? Creer en su carácter tangible resultaba a algunos un gesto coherente con las corrientes en alza en el pensamiento filosófico, de la ética de Scheler a la fenomenología de Husserl, y también en el jurídico, donde empezaban a predominar las llamadas *Geistwissenschaften* y el «idealismo objetivo»⁽³¹⁾. Leibholz engrosaba esas filas. Sus planteamientos sobre la igualdad se hallaban así estrechamente conectados a una singular fundamentación metodológica de la disciplina que cultivaba.

Se trataba ante todo de rehuir del positivismo jurídico de carácter formalista y logicista. Con su instrumental cognitivo, «indiferente a los valores», ajeno a «los poderes sociales, históricos y políticos que inciden en la ley», no cabía una ciencia del derecho público satisfactoria. Cumplía incorporar la constatación idealista y fenomenológica de que el ordenamiento se hallaba siempre referido a estructuras axiológicas de carácter objetivo, no dependientes de la voluntad del observador, ni susceptibles de ser captadas de una vez por la razón. En el caso del derecho, ese valor objetivo cristalizado en normas no era otro que el de la justicia, mas no entendido al viejo modo iusnaturalista, que le atribuía un contenido esencial invariable. Se admitía que su contenido no podía precisarse de una vez para siempre, pues mudaba en función de las circunstancias históricas y culturales, pero esa mudanza interna no negaba su existencia objetiva, no la degradaba, a través del relativismo nihilista, a pura y caprichosa creación subjetiva. Su variación acaso tan solo consolidase la convicción de que su identificación concreta, más que resultado de una dilucidación analítica racional, era el fruto de una «percepción intuitiva directa».

Leibholz reconocía que el principio de igualdad, entendido como vía constitucional de acceso más directo al valor de la justicia, consagraba una idea de estirpe liberal-clásica, la propia de aquella «burguesía ascendente» que negaba las diferencias estamentales y abogaba por «el imperio de la ley general y la exclusión» de todas

(31) José MEDINA ECHAVARRÍA, *La situación presente de la filosofía jurídica. Esquema de una interpretación*, Madrid, Revista de Derecho privado, 1935, sobre todo «V. Idealismo objetivo».

las discriminaciones arbitrarias, fundadas en razones heterónomas de estatus. Era ese tipo de igualdad formal el que había sido expresamente heredado por la democracia instaurada en Weimar, es decir, « por una democracia específicamente social, cuando no socialista ».

Ahora bien, el alcance del *Gleichheitssatz*, debido al « giro revolucionario » experimentado a nivel de los « fundamentos jurídico-políticos » de la convivencia, había cambiado drásticamente respecto de su formulación liberal anterior, vinculando ahora también en primer término al legislador. El Estado de derecho, de base parlamentaria, consagrado en la nueva constitución exigía garantías por entero diferentes a las operativas bajo la monarquía constitucional. Como ya se ha indicado, era convencimiento compartido el que la declaración de los *Grundrechte* había trastocado « la relación entre el individuo y el Estado », obligando a alzar nuevos contrafuertes que asegurasen la libertad individual. Y la propia relación « entre el poder legislativo y el judicial » había cambiado también en virtud de los nuevos principios constitucionales: ya no cabía ver en los jueces a simples funcionarios jerárquicamente sometidos al poder ejecutivo, como sucedía en el sistema anterior. Su independencia los colocaba ahora en pie de igual dignidad respecto del legislativo en el proceso de concreción del ordenamiento.

Leibholz no ocultaba además el motivo por el que, a su juicio, se hacía imprescindible recurrir al control judicial de la ley en la Europa de posguerra: se había roto la identidad entre « ley formal y derecho material » que, de forma ingenua, se daba por sentada en el Estado liberal. Con la democracia parlamentaria republicana, y el pluralismo partidista que la caracterizaba, se había reducido « la confianza en la identidad entre ley y derecho » que regía con anterioridad, por lo que se hacía del todo necesario que los jueces tuvieran la facultad de comprobar que la legislación no incurría en arbitrariedad.

¿Qué concepto de igualdad había de manejar la magistratura para ejercer tal fiscalización? Constatado que el concepto convencional, marcado por la igualdad política — operada por el sufragio universal — y económico-material, « t[erminaba] a ser radicalmente expansivo », se había hecho evidente « la necesidad de ponerle límites para frenarlo ». Su reflexión se dirigía entonces a contrarrestar la ten-

dencia igualadora que del plano político — con la participación sin restricciones — amenazaba con saltar al plano económico — promoviendo la redistribución de rentas —. Por parafrasear al propio Leibholz, se trataba de emplear la igualdad *ante* la ley para bloquear las tentativas — parlamentarias — de promover la igualdad *a través* de la ley. El intento de procurar incrementar la igualdad real a través de la legislación — es decir, mediante una discriminación positiva recogida en la ley — era lo que, desde el punto de vista liberal de Leibholz, podía encerrar mayores peligros de arbitrariedad.

La constitución alemana en ningún caso preveía « la aplicación de una igualdad mecánica »; más bien registraba como punto de partida « las diferencias entre los seres humanos », « la desigualdad real entre las personas », fundadas en última instancia en « la esencia de las cosas ». Como su propio maestro Triepel había apuntado, la igualdad solo podía entenderse entonces en su acepción clásica, como « igualdad proporcional », como derivación del principio aristocrático que permite distinguir los tratamientos jurídicos en función de las desigualdades naturales a la hora de la « distribución de derechos y deberes ». Las diferencias que la legislación podía legítimamente tener presente, sin incurrir por ello en arbitrariedad, eran así las que se basaban en las diversas capacidades, dones y facultades que los individuos supuestamente tienen por naturaleza. Reproduciendo la cosmovisión liberal tradicional en tiempos posliberales, y aplicando una comprensión neo-estamental de la justicia como *suum cuique*, Leibholz subrayaba la ilegitimidad de la ley como mecanismo de corrección de las desigualdades, que, alojadas en la naturaleza de las cosas, resultaban para él inalterables.

Por consiguiente, toda aquella legislación que estableciese, por razón de pertenencia a « un determinado partido, clase, grupo, confesión », o cualquier otro colectivo, un estatuto legal diferenciado « en un sentido favorable o desfavorable », podía caer en la órbita de la arbitrariedad y considerarse inválida por el poder judicial. No se trataba de una operación mecánica. Dado el contenido cambiante del valor justicia, el parámetro de valoración que los jueces debían utilizar para detectar la arbitrariedad era la « conciencia jurídica » de la comunidad, irritable ante los abusos del legislador: tal era el « factor decisivo » para determinar la vigencia efectiva del « concepto político de igualdad », que por eso servía al juez para

dictaminar si una « demanda de igualdad » resultaba compatible, o no, con la idea de justicia compartida en sociedad.

El principio constitucional de igualdad no es que prohibiese al legislador tratar de forma diferenciada en la ley a grupos acotados de personas. La interdicción contenida en él se dirigía a los casos radicales de diferenciaciones arbitrarias, sin fundamento moral atendible. El « concepto de arbitrariedad » jugaba así como una suerte de « concepto correlativo opuesto » al de la justicia. Resultaba imposible de codificar de antemano en términos formales, previendo todas sus potenciales aplicaciones, mas esta imposibilidad no suponía, como los críticos de la nueva doctrina objetaban, atribuir a los jueces la facultad de desaplicar las leyes que se les antojasen, sin más, « injustas ». Los planteamientos que Triepel o Leibholz defendían se dirigían a los casos extremos en que una disposición legal introducía discriminaciones injustificables ante el sentimiento jurídico hegemónico.

Una disposición arbitraria sería así aquella desprovista de todo « contenido de justicia » para cualquier observador externo y neutral capaz de razonar jurídicamente ⁽³²⁾. Suscitaría una « incompatibilidad sustantiva pública, objetivamente constatable, con las exigencias de justicia ». No se trataba de ponderar los contenidos de las leyes desde cualquier perspectiva ética subjetiva, sino de apelar — por parte de los jueces — a la « conciencia jurídica » dominante en la *deutsche Volksgemeinschaft*, entendida como un patrón objetivo.

Leibholz era consciente de que, con tal parámetro de referencia, y ante la polarización política reinante, este era el flanco débil de su lectura. Mas no por eso renunciaba a su validez. Antes al contrario, pensaba que solo tomando como punto de apoyo la « conciencia jurídica de la comunidad » podía objetivarse el valor material de la justicia que prestaba sustento a todo ordenamiento, pues, de otro modo, la justicia consistiría en una mera proyección subjetiva y el derecho quedaría a disposición caprichosa del legislador de turno. Solo esa conciencia social compartida en torno a lo que es justo posibilitaba « la existencia objetiva, aun sujeta a fluc-

(32) Esa aptitud para el raciocinio en términos de derecho debe remitirse, en Leibholz, a una fundamentación argumental en valores, a una capacidad de manejo prudencial de magnitudes ético-materiales.

tuciones de contenido, de la idea de derecho como algo existente más allá de la conciencia del derecho ».

Era en este punto donde Leibholz respondía — mostrando tanto la coherencia interna como las debilidades de su tesis — a la fundada objeción de Ernst von Hippel, según la cual la nueva consideración de la igualdad condenaba a la contraposición de « la conciencia jurídica del legislador con la de la justicia ». A su juicio, la observación carecía de fundamento, pues, desde el momento en que los tribunales, interpretando « la conciencia jurídica general », hubieran inferido que « la mayoría parlamentaria » había incurrido en arbitrariedad, « ya no se [podría] seguir hablando de conciencia jurídica de los órganos legislativos », pues no se habrían guiado « por consideraciones legales » sino antijurídicas.

También salía al paso Leibholz de los temores de quienes señalaban que, de adoptarse la nueva teoría, se fundaría una « aristocracia judicial incompatible con el fundamental carácter democrático del Estado moderno ». Semejante inquietud le parecía anacrónica, irrealista y, en el fondo, poco democrática. El mito de la ley general capaz de prever toda circunstancia particular, el anhelo racionalista de que el ordenamiento jurídico-positivo regulase « de manera exhaustiva y completa todas las relaciones de la vida humana », había decaído ante la creciente complejidad social. La actividad integradora de la interpretación judicial había devenido ineludible. Y solía desplegarse con apoyo en conceptos jurídicos indeterminados, como el del *Wohl der Allgemeinheit*, « no menos fluctuantes que el concepto de arbitrariedad ». La aplicación del principio de igualdad contra el tenor de la ley se confiaba a una elite profesional, en efecto, mas no se trataba por ello de una « aristocracia política, sino de una aristocracia compatible » con la democracia, que siempre había de recurrir a « personalidades intelectuales cualificadas para velar por la integridad de los principios constitucionales últimos ». Por lo tanto, viendo que se trataba de levantar garantías solo frente a casos extremos y generalmente palmarios de « arbitrariedad legislativa », evitando con ello su aplicación, los críticos podían respirar aliviados porque *der Richter wird nicht zum Gesetzgeber*.

Pero, qué tenía en mente Leibholz como ejemplos posibles de leyes arbitrarias y, por consiguiente, inconstitucionales por atentar

contra la igualdad. Muchos casos manifestaban vetos a la discriminación por motivos raciales o religiosos aceptados a día de hoy, y problemáticos por entonces, por lo que su teoría puede considerarse un avance en el reconocimiento y garantía de los derechos. El aspecto vidrioso de sus concepciones radicaba en su utilización en el terreno económico-laboral, como freno del intervencionismo estatal, muy atento a cuando la legislación pudiera introducir diferencias entre *Arbeitnehmern und Arbeitgebern*. Aquí, al igual que Triepel, la aplicación judicial que Leibholz tenía como ejemplo a secundar se correspondía con el uso invertido que de la XIV Enmienda había realizado la conservadora Corte Suprema estadounidense ⁽³³⁾. El trato igual de las leyes se convertía en imposibilidad de tomar como punto de partida las desiguales posiciones ocupadas en sociedad a fin de generar resultados igualitarios. En este plano, el principio de igualdad prohibiría, como regla, « limitar la esfera de la libertad individual más de cuanto [fuese] necesario para la conservación de la comunidad » ⁽³⁴⁾. Por eso, a su juicio, podían incurrir en arbitrariedad, por ejemplo, leyes que gravasen a las sociedades, por suponer una discriminatoria « doble imposición », o que regulasen « los precios de las viviendas de alquiler », por discriminar a los propietarios de tales inmuebles.

En definitiva, las leyes dirigidas a proporcionar « ventajas o desventajas económicas » a « determinados individuos » no solo resultarían arbitrarias si se fundaban, por ejemplo, en « consideraciones confesionales » o raciales, sino también si atendían a « la pertenencia de las personas a determinados estamentos y clases ». Todo el derecho laboral democrático, así como toda la imposición progresiva en materia fiscal, dos ámbitos de actuación preferente del constitucionalismo social, quedaban así, desde los postulados « igualitarios » de Leibholz, constantemente sometidos a escrutinio judicial.

⁽³³⁾ Véase al respecto el clásico de Raoul BERGER, *Government by Judiciary. The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Harvard University Press, 1977.

⁽³⁴⁾ G. LEIBHOLZ, *Das Wesen der Repräsentation unter besonderer Berücksichtigung des Repräsentativsystems. Ein Beitrag zur allgemeinen Staats- und Verfassungslehre*, Berlin-Leipzig, De Gruyter, 1929, p. 70.

6. *Igualdad y legalidad interna de los institutos burgueses.*

La conversión del principio de igualdad en puerta de acceso jurisprudencial directo al « derecho natural » se consumó en la conocida alocución de Erich Kaufmann ⁽³⁵⁾. En ella, el *Gleichheitsatz* aparecía ya como expresión de « la fe en principios jurídicos que se encuentran más allá del derecho legal (*Gesetzesrecht*), a los que el legislador se halla vinculado », lo que suponía la creencia en « un orden suprapositivo » que presta fundamento, legitimación y límite al ordenamiento. Su carácter vinculante derivaba del hecho de que los artículos constitucionales referidos a derechos fundamentales de contenido tangible, no los que meramente introducían declaraciones programáticas « para el legislador futuro », « constituían inmediatamente derecho vigente », y, por consiguiente, « pauta y límite también para el legislador ».

El principio de igualdad implicaba para Kaufmann una prohibición de dictar « leyes excepcionales ». Como axioma liberal-democrático, la igualdad exigía que, contra la existencia de cualquier « régimen personal », se instaurase un gobierno de « leyes generales y abstractas » a cuya elaboración hubiese contribuido « la generalidad o totalidad de los ciudadanos ». Al remitir la igualdad formal a una « *ciudadanía homogénea* » en términos nacionales, prohibía realizar discriminaciones en la ley por motivos « estamentales, de clase, confesión, etnia o raza »; es decir, de tales « diferencias sociales » no cabía extraer « diferenciaciones legales ». Ahora bien, por obra de una diversificación social integradora cada vez más acentuada, el ideal ilustrado de la generalidad abstracta de la ley había fracasado y las distinciones de trato cabían ya en la legislación. La igualdad, en el nuevo sistema democrático, no podía continuar entonces significando una prohibición general de introducir en la ley cualquier tipo de particularización subjetiva, pero sí comportaba una delimitación de su « *contenido* » específico en cada caso con-

⁽³⁵⁾ Cf., para lo que sigue, E. KAUFMANN, *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung*, en *Verhandlungen der Tagung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlin, De Gruyter, 1926, pp. 3-24 (3-7, 9-12 y 15-23). Stolleis indica que la ponencia, marcada por su vaporosidad y sesgo político, hasta « atentó deliberadamente contra las normas de corrección profesional »: *Weimarer Republik und Nationalsozialismus*, cit., p. 191.

creto. Así, como había dictado la jurisprudencia del *Bundesgericht* suizo, la igualdad prohibiría « *todas las diferenciaciones injustificadas y todas las no-diferenciaciones injustificadas* », es decir, todas las diferencias introducidas en la ley que no se apoyasen en la *Natur der Sache* y fuesen, por tanto, « injustas ».

El principio de igualdad ante la ley también se convertía entonces con Kaufmann en un mandato de justicia material a cumplir por el legislador cuando, en sus disposiciones, realizase distinciones entre grupos de personas. La justicia de las normas no podía consistir tan solo en un valor formal y en una exigencia procedimental, de cumplimiento « de un *método* y de unas *reglas* para las discusiones ». La juridicidad de las normas solo se lograba a la vieja manera, por la correspondencia de las proposiciones jurídico-positivas con una *materielle Ordnung* anterior y superior a la ley, que prescribía determinados contenidos queridos por una entidad trascendente. La identificación intelectual plena de tales contenidos resultaba imposible, por tratarse, más que de una magnitud externa observable, de un « objeto de conocimiento inmediato », inmanente a « nuestra conciencia », única capaz de distinguir — por participar de la trascendencia y no constituir pura instancia psicológica subjetiva — entre el bien y el mal, entre lo justo y lo injusto ⁽³⁶⁾.

Partiendo de esta noción premoderna de la justicia, como evidencia inmediata obtenida de la conciencia en la medida en que se participa de la superioridad, Kaufmann, con un gesto igualmente premoderno, situaba el criterio para calibrar la corrección de las decisiones en el fuero de la personalidad y sus reacciones intuitivas reflejas. Si toda esta construcción podía revestir cierta actualidad, era por lo que ya sabemos, la regurgitación que de la filosofía tradicional hizo la fenomenología con su pretendido regreso a las esencias primeras. Desde esta perspectiva, normas justas eran entonces las producidas por una « personalidad justa », por alguien « *de corazón puro* », apto para traducir a sus creaciones concretas los

⁽³⁶⁾ Era justo a esta evidencia de que participamos « de algo que está por encima de nosotros », y nos prescribe reglas obligatorias de justicia, a la que se referían nociones, por eso plenamente convenientes a su juicio, como *Rechtsgefühl* o *Rechtsbewußtsein*: KAUFMANN, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, cit., p. 12.

eternos mandatos divinos. Si la idea de lo justo no podía cristalizar en « *normas abstractas, generales y neutras* », si tan solo cabía su plasmación en decisiones concretas adoptadas por individuos probos, estaba claro entonces quién estaba llamado a resolver sobre la justicia de las distinciones legislativas. Solo personalidades concretas de intachable conducta podían llevar a cabo esa tarea, distinguiendo qué tipo de justicia — « conmutativa, distributiva, vindicativa » — resultaba más apropiada en cada caso. Y esos individuos autorizados por su rectitud moral no eran otros para Kaufmann que los jueces.

El siguiente postulado con el que fundamentar el control judicial procedía de la doctrina institucional. Por más inapresable que fuese el « orden material » de valores trascendentes que las decisiones normativas concretas habían de realizar, sí cabía identificar una trama institucional esencial e indisponible, constitutiva de la propia comunidad política, conformada por el « matrimonio, la Iglesia, la propiedad, el contrato », institutos que contaban con su propia « legalidad específica », de la que emanaban, « con independencia de todo derecho escrito, ciertas proposiciones jurídicas que el juez de[bía] encontrar y aplicar ». El legislador, a este respecto, no podía considerarse entonces como « *el creador del derecho* », limitándose a declararlo, mientras el juez se colocaba en una posición más adecuada para la identificación y aplicación rutinarias de dichas « proposiciones jurídicas fundamentales ».

Cierto es que Kaufmann no defendía una concepción absolutamente inmovilista de los institutos jurídico-privados. Admitía que cada generación incorporase a ellos su sello espiritual. Tampoco promovía un veto judicial absoluto a la legislación social al modo estadounidense, pues chocaría con otros principios decisivos de la Constitución de Weimar, y, por lo tanto, con convicciones bien difundidas en la sociedad alemana. Pero con sus planteamientos, en los que la « actividad judicial » se distinguía « por el hecho de *presuponer la existencia de normas racionales* » suprapositivas, sí cabía construir un amplio *Prüfungsrecht* en favor de la magistratura. Su parámetro de referencia para controlar la ley, aunque indirectamente constitucional, se correspondía también con el « sentimiento jurídico » prevaleciente en la « comunidad popular », con « las representaciones de la legitimidad características de la época ». No significaba semejante facultad de control material de la ley la atri-

bución a los jueces de una competencia legislativa, consistente en la facultad de dictar leyes generales, pero sí la capacidad de erigirse en instancia de revisión y fiscalización permanente de la justicia material de la legislación en nombre de valores éticos supralegales, representativos de toda la sociedad y coincidentes, en su aspecto institucional, con la propiedad privada, el contrato individual y la familia sacramental. Además, en la medida en que los jueces materializaban tales concepciones comunitarias de la legitimidad, no aprobarían leyes, pero sí contribuían a producir, de un modo cualitativamente superior, « derecho ». Pero justo esta contraposición virtual permanente entre la ley parlamentaria y el derecho de la comunidad que justificaba el control judicial, permitía a los magistrados velar por una « juridicidad objetiva y verdadera, independiente del proceso democrático »⁽³⁷⁾.

7. *Igualdad y generalidad de la ley.*

La última acepción de la igualdad como cláusula constitucional de aplicación judicial directa en el control de la ley se encuentra en Carl Schmitt. Concretamente, en un dictamen sobre sendos proyectos de ley, uno comunista y el otro liberal-demócrata, concernientes a la expropiación de las antiguas dinastías reinantes⁽³⁸⁾. El proyecto comunista suspendía los procedimientos de reclamación por parte de las viejas familias reales hasta la entrada en vigor de la ley que dispusiese de sus patrimonios, mientras que el liberal-demócrata atribuía a los *Länder* la competencia para expropiar y resolver los litigios sobre la indemnización correspondiente, con exclusión de los tribunales ordinarios.

Dejando a un lado otros pormenores, el punto fuerte de su argumentación señalaba el indispensable carácter « general » de la ley, por contraste con el carácter particular de las « medidas ». Si se

⁽³⁷⁾ GUSY, *Richterliches Prüfungsrecht*, cit., p. 102.

⁽³⁸⁾ Los párrafos que siguen, salvo las múltiples indicaciones añadidas de manera expresa, se han construido sobre la base de C. SCHMITT, *Unabhängigkeit der Richter, Gleichheit vor dem Gesetz und Gewährleistung des Privateigentums nach der Weimarer Verfassung*, Berlin und Leipzig, Walter de Gruyter, 1926, pp. 10-1, 16, 19-24 y 27.

quería dar realización a un Estado de derecho, y no prestar continuidad a las prácticas propias del absolutismo, entonces la ley solo podía contener previsiones generales y abstractas cuyos destinatarios fuesen, en principio, la generalidad indiferenciada de los nacionales. Y eso no acontecía con la pretensión comunista de suspender procedimientos judiciales ni con la autorización demócrata expedida en favor de los *Länder* para expropiar y juzgar, ambas cosas « medidas concretas » de excepción encaminadas a saltarse los procedimientos y disposiciones ordinarios « de protección de la propiedad privada ». El hecho de que ese régimen excepcional *ad hoc* se dirigiese « a determinados ciudadanos alemanes singulares, concretamente a los miembros de las antiguas familias gobernantes », obligaba a concluir que ambos proyectos violaban el principio de igualdad.

Schmitt se sumaba así, en apariencia, a quienes, rompiendo con la interpretación convencional de preguerra, consideraban el *Gleichheitssatz* como un límite impuesto al legislador consistente en la prohibición de leyes arbitrarias por discriminatorias. Su argumentación, sin embargo, era de naturaleza diversa, y no se trataba solo de una cuestión de acento. Algunos años después del dictamen reconocería que « la ‘nueva doctrina’ de la igualdad introducida por Triepel y Leibholz », con su conversión del art. 109.1 en una suerte de « principio general de justicia » aplicable directamente por los jueces contra las leyes, promovía la mutación del sistema político en un *Justizstaat*. La teoría expuesta hasta el momento, más que extraer las consecuencias inmanentes del ordenamiento constitucional para su coherente desarrollo, sería una interpretación invertida, contraria a los propósitos constituyentes, destinada a subvertir la arquitectura constitucional inicialmente concebida. Y es que a Schmitt no le cabía duda de que lo « pensado y querido como tal por la Constitución de Weimar » era « un *Estado legislativo* », no « un *Estado judicial* », que es a lo que se desembocaba en última instancia cuando se atribuía al juez la capacidad para decidir si la ley había incurrido en « injusticia » ⁽³⁹⁾.

⁽³⁹⁾ C. SCHMITT, *Derechos de libertad y garantías institucionales en la Constitución del Reich* (1931), en Id., *Posiciones ante el derecho*, Madrid, Tecnos, 2015, pp.

Schmitt, radicalmente enfrentado al gobierno parlamentario desde el primer momento, no contemplaba con disgusto ese propósito de neutralizar al legislador mediante la labor de los jueces. Como también expresaría años después, el *Justizstaat* podía bien constituir « el medio más apropiado para la conservación del *statu quo* social y de los derechos adquiridos », dada « la tendencia conservadora frecuentemente comprobada en toda administración de justicia ». Solo dudaba de su eficacia operativa en un momento objetivamente revolucionario, en el que se cuestionaba justo la legitimidad general de tales derechos, empezando por el de propiedad ⁽⁴⁰⁾. Y problemático le resultaba además confiar en la justicia como guardián de la *Verfassung*, una tarea que iba más allá de salvar incongruencias entre normas de diferente rango, pues aludía más bien a la protección institucional del « modo y la forma de existencia política » de una comunidad nacional, y para ese menester se requería « una instancia política suprema con un poder político especialmente intenso » ⁽⁴¹⁾.

Mas a nuestros efectos interesa descifrar su opinión sobre el principio constitucional de igualdad, como fundamento general del control judicial, a la altura de 1926. Y ahora estamos en condiciones de precisar en qué consistía la singularidad de su formulación: en lanzar una lectura del mismo que fuese congruente con el « Estado burgués de derecho », con el « Estado legislativo » supuestamente en vigor, en el que, precisamente por aspirarse al « gobierno [impersonal] de las leyes, no de los legisladores », la ley solo podía consistir en « una norma general, aprobada mediante discusión parlamentaria pública » ⁽⁴²⁾. Esto implicaba sostener que las leyes, en el nuevo sistema republicano, debían continuar en todo caso siendo generales, y dirigirse a la generalidad de los nacionales sin excepciones. Por eso serían improcedentes aquellas « que no con-

179-242 (228-9); ID., *El defensor de la Constitución* (1931), en *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional*, Madrid, Tecnos, 2009, p. 39.

⁽⁴⁰⁾ C. SCHMITT, *Legalidad y legitimidad* (1932), Madrid, Aguilar, 1971, pp. 6-7 y 11-2.

⁽⁴¹⁾ C. SCHMITT, *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung*, en *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, Otto Schreiber (Hrsg.), I, Berlin und Leipzig, Walter de Gruyter, 1929, pp. 154-178 (158).

⁽⁴²⁾ *Ibid.*, p. 156-7.

t[uviese]n más que decisiones individuales concretas dirigidas contra personas singularmente determinadas ».

En su caso el énfasis recaía en el hecho de que « no cualquier cosa p[odía] ser tratada en forma de ley »; en sus previsiones no cabía, como Rousseau aseverase, « ningún *objet individuel* »⁽⁴³⁾. Perfecto conocedor de las estrategias impersonales y abstractas de dominación desplegadas por el liberalismo, Schmitt indicaba con razón que, al sostener tal requerimiento, no hacía otra cosa que asumir « la consecuencia necesaria de la doctrina de la separación de poderes y de la estricta distinción entre la ley y la aplicación de la ley », es decir, no hacía más que admitir las implicaciones forzosas de la doctrina fundante del Estado liberal de derecho. Sabía que lo que se hallaba « en consonancia con el viejo punto de vista liberal — que él, por tanto, se limitaba aquí a acatar y reproducir — e[ra] atar al legislador a su propia ley y hacer que los avances, las excepciones y las medidas individuales [fuesen] imposibles para él ». Con el mandato de generalidad y abstracción de las leyes no hacía sino aceptar la visión burguesa del derecho como instrumento de protección de los derechos patrimoniales adquiridos, no removibles ni alterables por el legislador, tan solo revisables las disputas particulares en torno suyo por los tribunales. Aplicaba con ello al sistema constitucional republicano las distinciones de cuño decimonónico que hablaban de *gouvernement arbitraire* cuando se actuaba con medidas particulares e individualizadas tomadas contra los derechos subjetivos, y de *gouvernement légal* cuando el poder actuaba a través de normas generales preestablecidas.

Ahora ya sabemos cómo, en la argumentación de Schmitt, podían los jueces apoyarse en el principio de igualdad para justificar su facultad de control. Empleaba para ello un giro ya realizado por Triepel, impreso aquí en sentido diverso. Si el estatuto constitucional del juez se cifraba en su « independencia », garantizada por su sola vinculación a la ley (art. 102 RV), debía poder valorar si lo que tenía frente a sí, como regla a aplicar, era una ley válida, o no. Como

⁽⁴³⁾ C. SCHMITT, *Referendum e proposta di legge d'iniziativa popolare. Un contributo all'interpretazione della costituzione weimariana e della dottrina della democrazia diretta* (1927), en *Id.*, *Democrazia e liberalismo*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 25-86 (76, n. 24, 83).

los jueces solo estaban sometidos a las leyes, mas no a los mandatos concretos que suspendiesen el derecho general ordinariamente aplicable, se encontraban constitucionalmente facultados para, en nombre de la ley general, no aplicar las medidas concretas dirigidas, en términos discriminatorios, a grupos específicos de personas, por más que tales medidas hubiesen sido adoptadas por el parlamento. A esta finalidad precisa servía el principio constitucional de la igualdad, a permitir al juez desechar la aplicación de una norma con apariencia exterior de ley, pero consistente, en realidad, en una medida particular, contraria, por tanto, al mandato de generalidad contenido en él. Pero igual servían otros preceptos, como el propio 102, para « denegar la posibilidad de aplicación a leyes de manifiesto carácter excepcional » (44).

Ahora bien, lo que estaría en juego con este *richterliche Prüfungsrecht* no sería en rigor un control de constitucionalidad, sino la propia defensa de la posición constitucional del juez « frente a órdenes individuales inadmisibles » o « privaciones » ilegítimas, defensa que llevaría a cabo aplicando una norma general en lugar de otra (45). Por eso el alcance de su decisión sería solo « incidental », un simple *Akzessorium der Justiz*, útil para el proceso que se estuviera ventilando, sin comportar, por consiguiente, la anulación de la ley en cuestión, ni ejercer nada parecido a una « jurisdicción constitucional », ni atentarse por ello contra la separación de poderes (46), pues del mismo modo que ésta imponía al legislativo la aprobación solo de normas generales, obligaba al judicial a limitarse a aplicar esas normas a controversias particulares.

Importaba, pues, deshacer el equívoco usual de que la ley quedaba materialmente definida « sobre la base de su paternidad » (47), ya que la asamblea muy bien podía dictar órdenes concretas y no leyes generales; como enseñaba el precedente jaco-

(44) O también el 103, que prohibía los tribunales de excepción: vid. SCHMITT, *El defensor de la Constitución*, cit., p. 32.

(45) SCHMITT, *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung*, cit., pp. 161-2 y 166-7.

(46) Aclaraba de este modo la posición de Schmitt, defendiendo que con ella se lograba más bien el respeto a la separación de poderes, JONAS, *Das richterliche Prüfungsrecht*, cit., p. 24.

(47) SCHMITT, *Referendum e proposta di legge d'iniziativa popolare*, cit., n. 24.

bino, para adoptar medidas con plena legitimidad necesitaba erigirse en « gobierno revolucionario ». Solo entonces podría adoptar disposiciones fácticas concretas, situadas fuera del ordenamiento constitucional, dirigidas a ciertos sectores de la población, y encaminadas a fundar una nueva ordenación social. Por eso resultaba urgente disipar la extendida « ilusión » de que era factible « encontrar procedimientos legales » hasta « para las aspiraciones, objetivos y movimientos más radicales y revolucionarios », lográndose, por consiguiente, « sin violencia y sin subversión », por obra del mero derecho formal, fundar un nuevo orden ⁽⁴⁸⁾. Una vez sofocado el desafío revolucionario en 1918 y tomada la senda constitucional, las reformas que pretendiesen tocar la distribución existente de la propiedad, solo podrían ser legítimas si cumplieran con el derecho privado ya en vigor o contaban con su mismo grado de generalidad. Salirse de ese marco prestablecido, implicaba colocarse, en realidad, en un escenario revolucionario de hecho, y los jueces podían jugar un papel esencial para impedirlo, restando toda eficacia a las decisiones parlamentarias que tuvieran la forma de medidas.

O gobernación ordinaria liberal-conservadora o situación revolucionaria en la que se afirmaría el predominio socio-económico liberal-conservador, tal era la endiablada disyuntiva implícita a la disquisición de Schmitt sobre la igualdad. Lo que importa resaltar, para concluir, es que también él, como Triepel, Leibholz y Kaufmann, recurrió subsidiariamente a la justicia para contrarrestar la capacidad decisoria de las mayorías en lo que afectaba a la ordenación económica de la sociedad. Consciente de la concurrencia agónica de cosmovisiones que reinaba, lo hizo sin apelar al « valor material de la justicia » como criterio para discernir la « arbitrariedad de las leyes »; empleó en su lugar factores estructurantes del *Rechtsstaat* como la debida generalidad de las leyes y la separación de los poderes. Cosa diferente es que no simpatizase abiertamente con el « control judicial de la ley » basado en « los principios generales del derecho », al modo de la Corte Suprema estadounidense, como forma de proteger el « orden social y económico

(48) SCHMITT, *Legalidad y legitimidad*, cit., p. 15.

existente » (49). El supuesto peligro entrañado por los « conceptos [jurídicos] indeterminados » — « buena fe », « derecho justo », « equidad »... — que la justicia debería en ese caso aplicar le resultaba infundado pues sus contenidos se hallaban ya precisados por « las opiniones de los jurisconsultos y la jurisprudencia ». La cuestión estribaba en que ni esa labor era propiamente judicial, sino política (50), ni la nueva doctrina de la igualdad, ni tampoco la propia magistratura alemana habían aspirado a tanto, conformándose más bien la primera con una intervención en casos extremos de arbitrariedad, que dejaba intacta la discrecionalidad del legislador, y la segunda con una versión formalista del juicio de constitucionalidad como cotejo de normas, en lugar de como salvaguarda de un modo institucionalizado de vida comunitaria.

8. *Conclusión: democracia y absolutismo judicial.*

Las páginas precedentes han querido delimitar un debate en el que se acuñaron algunas categorías caras al maestro florentino. Para Grossi, el régimen liberal constituyó un Estado ‘monoclase’ en el que la burguesía propietaria se sirvió del código a fin de consolidar su dominación social. Por eso celebraba que ese dominio fuese resquebrajado por el movimiento obrero finisecular que, con sus prácticas y con las reformas que inspiraba, quebraba el absolutismo absorbente de la ley. Lo expuesto permite apreciar cómo la creación judicial del derecho contó con una clara valencia conservadora en el contexto de las nacientes democracias parlamentarias. El pluralismo que Grossi celebraba para las décadas entre *Otto e Novecento* se había instalado en los órganos legislativos, mientras que las estrategias jurídicas de dominación social en favor de la minoría burguesa se habían transferido a los órganos judiciales. Todas las opiniones resaltadas así lo muestran, al coincidir en su propósito de preservar el orden institucional burgués, sobre todo en su aspecto dominical y familiar, frente a las reformas impulsadas por el legislador. Censurar

(49) SCHMITT, *El defensor de la Constitución*, cit., pp. 34-6, también para citas siguientes.

(50) Esto es, en lenguaje schmittiano, « decisionista » y « autoritaria »: SCHMITT, *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung*, cit., p. 166.

que el derecho sea un instrumento de dominación en favor de una minoría, en vez de un dispositivo con el que poder articular la pluralidad social, como Grossi hacía, obligaría a rechazar la instrumentalización minoritaria del derecho (aunque se verificase en su fase judicial) y a celebrar el derecho como mecanismo de coordinación de la pluralidad (aun cuando ello se lograra mediante ley parlamentaria).

Las opciones institucionales no son positivas o negativas en términos absolutos sino relativos, en relación a los contextos en las que operan y a los fines perseguidos con ellas. En contextos sociales de concentración del poder económico y de satelización consecuente de los organismos estatales, y en relación a la finalidad ética de garantizar derechos y libertades, la atribución a los jueces de una potestad de revisión de la ley no tiene por qué conducir a resultados satisfactorios. Puede desde luego tenerlos, y hay episodios que ilustran acerca del papel beneficioso para la ampliación de los derechos que la jurisprudencia (constitucional) puede jugar. Pero puede también tener efectos perniciosos. De hecho, hay demasiadas evidencias de que, ante una magistratura culturalmente homogénea y políticamente tendenciosa, la opción de atribuirle un papel de limitación del legislador se traduce, no en mayores y mejores garantías para los derechos ⁽⁵¹⁾, sino en otra suerte de « absolutismo », una amenaza no menos temible para los propios equilibrios de la democracia constitucional ⁽⁵²⁾.

⁽⁵¹⁾ En especial los sociales, Mark TUSHNET, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, 2007. Agradezco a Gilberto Bercovici la referencia.

⁽⁵²⁾ Y recuérdese aquí la denuncia de Bartolomé Clavero a la « jurisimprudencia » de los altos tribunales españoles: *Constitución a la deriva*, Barcelona, Pasado & Presente, 2019.