

En busca de la ontología de la igualdad en lo social

Reflexiones propósito de la obra de MANUEL ÁLVAREZ DE LA ROSA, ‘El valor de la igualdad y el Derecho del Trabajo’

DOI: <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6052>

Los humanos somos profundamente diversos. Cada uno de nosotros es distinto de los demás, no solo por las características externas que derivan de nuestra procedencia social, del medio ambiente natural en el que nos desarrollamos, sino también por nuestras características personales (edad, sexo, propensión a enfermedades, condiciones físicas y mentales). Por ello cualquier demanda de igualdad debe partir de la omnipresente diversidad humana. Sin embargo, el objetivo de la humanidad ha sido trascender esa diversidad y acercarse al mundo de la lógica matemática representada por Euclides en sus Elementos: “las cosas iguales a una misma cosa, son iguales entre sí”. Mujeres y hombres han buscado y siguen buscando materializar esta lógica en el plano social y han construido la idea jurídica de igualdad como mecanismo de reacción frente a aquellas diferencias que, nacidas de factores subjetivos y sociales indisolublemente unidas a la condición de la persona, no pueden ser soslayadas por la sola acción de la voluntad del individuo. Un ser humano debe ser igual a otro ser humano cualesquiera que sean las circunstancias que en él concurren.

Abordar intelectualmente con rigor y honrada conceptual este complejo salto es una tarea reservada a unos pocos. Muchos han sido los que han oído los cantos de sirena (como los que recibía Ulises en su viaje de vuelta a Ítaca) de este atractivo y sugerente tema y se han dejado arrastrar por él, pero muy pocos han vuelto victoriosos de esa aventura. Y ello porque para

acampar en esas tierras es necesario ir pertrechado de un enorme bagaje de reflexiones sobre lo que significa la propia idea de “ser humano”. Lo político, lo social, lo económico, lo filosófico, lo jurídico y una larga lista de espacios del pensamiento entran en juego para abordar ese “ideal popular pero misterioso” (Dworkin), “central, aunque evasivo” (Rosenfeld), difícilmente aprehensible pero permanentemente perseguido por los hombres que es la igualdad.

No sorprende por ello que una persona sabia como lo es el Profesor Álvarez de la Rosa haya querido regalarnos con una reflexión de conjunto sobre esta materia. Y es que solo él, con su profundo conocimiento al que añade una larga experiencia jurídica y una enorme capacidad de reflexión, podría ser capaz de salir airoso de una tarea de este calado. *El valor de la igualdad y el Derecho del Trabajo* es una obra imprescindible para recorrer, como él nos propone, los caminos de la igualdad y para comprender el valor de la igualdad desde lo jurídico y desde lo ético y es que, dice el autor, “la igual (desigualdad) es un concepto moral que llega al Derecho”.

Es, precisamente, esa premisa de la que parte el estudio y desde la cual se construye una reflexión de enorme calado sobre lo que cabría calificar como las concepciones sociales y políticas de la igualdad, para lo que, con gran arrojo, se asoma a hombros de gigantes: Rawls, Dworkin y Sen. Un acercamiento que no es suficiente para el autor quién en inteligente diálogo con sus lectores afirma: “me encuentro con la irresolu-

ción, con la incertidumbre y el desasosiego ante preguntas centrales en la igualdad y referidas a justicia distributiva: quién reparte y cómo reparte”. Una cuestión a la que se dedican enjundiosas páginas que concluyen con una reflexión que me parece del máximo interés: la conexión entre dignidad y solidaridad. Debo confesar que siempre me ha resultado sugerente este par conceptual y, por ello, he disfrutado particularmente de las páginas dedicadas en el libro a esta cuestión. Y es que la solidaridad es, como la igualdad, un concepto también misterioso que esconde el legado de dos siglos de reflexión sobre la relación entre lo individual y lo social. En él está envuelta toda la historia del concepto contemporáneo de “sociedad”. Una poderosa idea que, como expresa Marie-Claude Blais, busca conciliar dos demandas contradictorias e inseparables: la individual libertad y la justicia social. Y es que, como afirma el autor, la “solidaridad conduce hacia la igualdad y es un presupuesto necesario”.

Conformada la proyección político social de la igualdad, el autor se enfrenta a una de las que pudiéramos llamar obsesiones de la Constitución Española: la consagración, múltiple y de variadas formas, de la trascendencia de la igualdad en la conformación del “Estado Social y Democrático de Derecho”. La igualdad, en el sentido más amplio del término, ha sido objeto de un reconocimiento, no ya plural en sus manifestaciones, sino, sobre todo, plural en los instrumentos jurídicos que tratan de garantizarla. La igualdad proclamada constitucionalmente se concreta hasta en tres vertientes en el propio articulado constitucional, surgiendo así tres conceptos de igualdad: como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE), como principio de igualdad real o sustancial (art. 9.2 CE) y como derecho fundamental a la igualdad jurídica (art. 14 CE). Definidas las “perspectivas de la igualdad en la Constitución de 1978”, el autor inicia su viaje por lo jurídico.

Son diversas las rutas que se siguen en ese viaje que tiene como fin último proyectar las dimensiones de la igualdad en el terreno laboral. El principio de igualdad formal además de igualdad en la ley o ante la ley, es también igualdad en la

aplicación de la ley. Además de prohibir que el legislador discrimine estableciendo diferencias de trato irrazonables, prohíbe también que los jueces discriminen, resolviendo casos iguales de modo distinto. Pero los vínculos de la igualdad, como expresa el autor de esta obra, no solo alcanzan al legislador. De una u otra forma, también se proyectan sobre la autonomía de la voluntad y sobre la autonomía colectiva. Y es que, como dejó sentado el Tribunal Constitucional en su STC 36/2011, “una decisión empresarial de diferenciación (...) adoptada en el ejercicio de la autonomía de la voluntad podría, aun sin ser estrictamente discriminatoria, resultar constitucionalmente reprochable en la medida en que fuera por completo irracional, arbitraria o directamente maliciosa o vejatoria”. De igual modo, el Tribunal Supremo también ha precisado que un convenio colectivo estatutario, como fuente normativa que es de las relaciones laborales, tiene que someterse al principio de igualdad de trato y no solo al principio de no discriminación por una serie de causas constitucional y legalmente enumeradas, a diferencia de los pactos individuales y las decisiones empresariales unilaterales que únicamente se encuentran sometidos al principio de no discriminación (Recientemente, entre otras muchas, en la SSTS de 8 de octubre de 2019, Rº 3366/2018, o de 22 de octubre de 2019, Rº 1288/2018, 2616/2018, 2622/2018, 3690 y 3685/2018).

Especial atención presta la monografía a la discriminación sufrida por las mujeres. La misma ha constituido (y constituye) una antigua y persistente lacra que, aunque haya adoptado las más diversas formas –desde la brutal violencia a las formas más sofisticadas que se apoyan en comportamientos falsamente protectores– y se haya proyectado (y lo siga haciendo) sobre los más diversos espacios, no ha conseguido separarse del devenir de nuestra sociedad. Simone de Beauvoir escribía en 1949 una de las obras emblemáticas de la teoría feminista, *El segundo sexo*, donde se preguntaba ¿qué significa ser mujer? Indagando en las distintas versiones que de ello han ofrecido la historia, la biología, la antropología o la psicología, respondía a la pregunta desde una construcción cultural: “No se nace

mujer: se llega a serlo”. Transformar esa concepción y hacer de la mujer un sujeto en igualdad de condiciones con el hombre exige introducir en la acción social nuevas pautas que, de forma progresiva, modulen las caducas estructuras patriarcales y den lugar a un verdadero cambio axiológico que, del mismo modo que las acciones a favor de la igualdad de raza pretenden una sociedad “ciega a las diferencias en el color”, consigan, en expresión de Kymlicka, una “sociedad ciega por lo que hace al sexo”.

Las democracias avanzadas y entre ellas, sin duda alguna, la nuestra, han dado pasos en esa dirección. Pero el camino hacia una sociedad “sexualmente neutral” es largo y está lleno de sombras, como ponen de manifiesto los lamentablemente demasiado habituales episodios de violencia doméstica, los ataques sexuales y una visión anacrónica del papel de la mujer en el trabajo. En nuestro país, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, supuso un paso importante en este camino, proclamando desde su frontispicio el deseo de alcanzar la “igualdad entre mujeres y hombres” al proclamarla como el objetivo primordial de la Ley (art. 1.1). Aunque los escenarios desde aquel momento han sido cambiantes, la acción normativa en los últimos años ha dado importantes pasos en esta dirección. Uno de esencial importancia es el avance en una idea esencial pero de difíciles perfiles cuando se proyecta sobre lo jurídico: la corresponsabilidad.

No obstante, las formas de discriminación se vienen declinando en plural de modo que, como analiza como detalle el autor, esta categoría ha expandido su ámbito de cobertura a la etnia, religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación e identidad sexual, incluso, ha potenciado su alcance a través de fórmulas como la discriminación por asociación directa que vio la luz de la mano del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Coleman (STJUE de 17 de agosto de 2008 -asunto C-303/06-) y que luego constituyó la discriminación por asociación indirecta en el caso *Chez Razpredelenie Bulgaria AD* (STJUE 26 de junio de 2015 -asunto C 83/14-).

Los retos de la igualdad son permanentes y se enfrentan al devenir humano. Aunque como dijera el Barón d’ Holbach, “sea individualmente o en masa, los hombres son los mismos en todos los tiempos y en todos los lugares”, su orteguiana circunstancia es variable. Estamos sometidos a la brutalidad del curso de la historia y de sus transformaciones. Por ello, la igualdad se modula en función del devenir social. Excelentes y muy reveladoras son en este sentido las páginas de esta obra que se contienen en el apartado: “Mujeres, conciliación laboral y acciones positivas ante un cambio de paradigma”.

Y es que, efectivamente, estamos ante un salto de paradigma en el modelo tutelar de la igualdad. Buen ejemplo de ellos es la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de diciembre de 2019 (asunto WA), que estableció que el artículo 60 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, sobre el complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema era contrario a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. Y lo hizo por entender que resulta discriminatorio que se reconozca un derecho a un complemento de pensión por aportación demográfica para las mujeres (con al menos dos hijos), “mientras que los hombres que se encuentran en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento”. El pronunciamiento es impecable porque, como explica nuestro autor con ironía e inteligencia, “Desde la perspectiva de la construcción de su enunciado (reconocimiento de un complemento por maternidad a las mujeres por su aportación demográfica a la Seguridad Social), resulta evidente que el legislador eligió un supuesto normativo imposible de constatar y absurdo, porque “la aportación demográfica”, así dicho, es cuestión de la reproducción humana; o sea, cosa de dos”. No sorprende por ello que el legislador haya tenido que decir “dije donde dijo Diego” y modificar el referido régimen jurídico mediante el Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la

brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico, ahora sobre una base mucho más sólida. Pues, como explica su Exposición de Motivos, la “brecha de género constituye la principal insuficiencia en la acción protectora de la Seguridad Social en el ámbito de las pensiones como reflejo de una discriminación histórica y estructural de las mujeres en el mercado de trabajo por la asunción del rol de cuidadoras de los hijos e hijas. En este sentido, se constata que la maternidad afecta decisivamente a la trayectoria laboral de la mujer en su etapa en activo y es esta una, si no la más importante, causa de esa brecha: cuanto mayor es el número de hijos, menor es el número de años cotizados, menor es la proporción de contratos a tiempo completo o equivalente, y menor es, en última instancia, la pensión reconocida”.

Pero los retos no acaban aquí y el Profesor Álvarez de la Rosa es consciente de ello y por eso muestra una confianza firme en que “el Derecho del Trabajo será, desde luego, elemento fundamental para la necesaria convergencia de los derechos civiles y políticos con los económicos y sociales”. La lucha por la igualdad no acaba nunca y ahora está llamada a enfrentarse con los retos del cambio tecnológico: la “discriminación algorítmica”. Entendiendo por esta la que se produce cuando un individuo o colectivo recibe un tratamiento arbitrario como consecuencia de la toma de decisiones automatizadas, la misma está obteniendo, por el momento, respuestas desde nuestras actuales técnicas conceptuales pero que requerirían probablemente también de nuevas herramientas jurídicas de análisis. La discriminación algorítmica en el acceso al empleo comienza a ser una realidad. Pero la discriminación algorítmica aparece también en el desarrollo de la propia actividad laboral. La delegación del

empresario de buena parte de sus decisiones en los algoritmos resulta especialmente trascendente en las nuevas formas de trabajo. Buen ejemplo es la reciente sentencia del Tribunale Ordinario di Bologna que, en una reciente sentencia de 31 de diciembre de 2020 (N. R.G. 2949/2019) ha declarado discriminatorio el algoritmo Frank utilizado por Deliveroo en su plataforma online para clasificar o definir el “ranking reputacional” de los riders.

Concluyo. En la confrontación que realiza Toynbee sobre las maneras de concebir o de pensar un libro de situarse frente a él, rabínica o hebreaica o helenística, siempre me he manifestado a favor de la segunda. En ella el libro es un instrumento auxiliar del propio discurso. Es algo que nos suscita palabras o ideas y que, problemáticamente, nos permite que seamos nosotros mismos quienes lleguemos a conquistar un resultado intelectual. El libro que tiene el lector en sus manos pertenece, por su concepción y por lo que sugiere, sin duda, al pensar helénico. La presente obra busca, honesta y sinceramente, plantear un paisaje de problemas y construir una arquitectura posible de soluciones, probablemente porque la ciencia jurídica se construye sobre conceptos y categorías institucionales históricamente condicionadas a las que no son útiles ni dogmatismos ni falsos artificios. El Profesor Álvarez de la Rosa es consciente de ello y por eso sale brillante vencedor de la batalla intelectual que libra en esta obra de obligatoria lectura.

JESÚS R. MERCADER UGUINA
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad Carlos III
de Madrid
ORCID ID: 0000-0001-6301-6788
jesus.mercader@uc3m.es