

Piénsese por ejemplo, en los problemas que puede suscitar la contradicción del derecho a la reclamación judicial con posterioridad al despido con los plazos de prescripción o caducidad vigentes en cada uno de los Estados (y ello a pesar de la supuesta imprescriptibilidad de los derechos fundamentales⁶³); piénsese igualmente en las necesarias reformas procesales que puede requerir la entrada en escena de sujetos con legitimaciones novedosas, como los organismos especializados en materia antidiscriminatoria.

A modo de conclusión, la propuesta de reforma de la Directiva 76/207 supone un ajuste imprescindible para la acomodación de la normativa antidiscriminatoria por razón de sexo a la doctrina judicial del TJCE y a las innovaciones introducidas en el TCE por el Tratado de Amsterdam. Pero es sobre todo parte de una trilogía normativa que podría sintetizar la dirección en la que se mueve la política social comunitaria: en el contexto actual podría decirse que las políticas armonizadoras tradicionales en el ámbito laboral han cedido espacio a políticas más novedosas, entre las que se encuentra sin duda la nueva postura frente a la discriminación, la mayor preocupación por las consecuencias transnacionales de las normas laborales o las formas atípicas de contratación. Desde esta perspectiva, las tres directivas antidiscriminatorias podrían ser la primera de las consecuencias normativas de una nueva etapa en la política social inaugurada con el Tratado de Amsterdam. Probablemente entre ellas, la propuesta de reforma de la Directiva 76/207 sea la que desde el punto de vista material tenga un contenido más limitado, básicamente porque la mayoría de los aspectos que se introducirían ya vendrían anticipados por una doctrina jurisprudencial muy elaborada y voluminosa. Ello, con todo, no resta importancia a las repercusiones que, de aprobarse, la reforma normativa generará en la normativa comunitaria y de los Estados miembros.

⁶³ Recuérdese por ejemplo que en la sentencia del Tribunal Constitucional 7/1983, de 14 de Febrero (entre otras sobre el mismo tema) se consideró pese a la constatación de concurrencia de discriminación por razón de sexo con relación a la excedencia por matrimonio que no podía ejercitarse el derecho por haberse superado el plazo de prescripción para el ejercicio de los derechos. La sentencia contenía un voto particular en el que se defendía la imprescriptibilidad de los derechos fundamentales. Un análisis, por todos, por GALIANA MORENO, "No discriminación por razón de sexo y excedencia forzosa por matrimonio en la doctrina del Tribunal Central de Trabajo y del Tribunal Constitucional", *REDT*, 14, 1983.

EL DESAFÍO DE LA IGUALDAD*

MARZIA BARBERA
Catedrática de Derecho del Trabajo
Universidad de Brescia (Italia)

EXTRACTO

En las páginas que siguen la autora se enfrenta al reto de descifrar cuáles son las claves de la relación entre la igualdad y el contrato de trabajo, tanto individual como colectivo, un tema éste que siempre se ha encontrado en el punto de mira de la doctrina iuslaboralista y de la jurisprudencia.

Partiendo de la idea de una tradicional e irreductible oposición entre el contrato de trabajo y el principio de igualdad, como *la enésima manifestación del antagonismo existente entre la libertad* (en este caso la libertad contractual) *y la igualdad*, y de la implícita preferencia por el principio de libertad, por la asignación a la libertad de un primado (fundamentalmente moral) sobre el principio de igualdad en el ámbito de las relaciones contractuales, la autora realiza un recorrido por las diferentes teorías emanadas de la doctrina iuslaboralista y de la jurisprudencia, que vienen a cuestionar estas afirmaciones iniciales y a anticipar otras cuestiones sobre las que necesariamente se discutirá en los años venideros. Se trata, en definitiva, de plantear un reto: descifrar el punto de equilibrio entre la libertad (individual y colectiva) y la garantía de igualdad sustancial.

* Traducción realizada por F. Javier Calvo Gallego y María Luisa Pérez Guerrero, Profesor Titular de la Universidad de Sevilla y Becaria FPI de la Universidad de Huelva, respectivamente.

ÍNDICE

1. El espíritu de la igualdad
2. Los exorcismos de la doctrina y de la jurisprudencia
3. La función del principio de igualdad como criterio de legitimación del poder
4. La igualdad tomada en serio
5. El Derecho del Trabajo y el reto de la diferencia

1. EL ESPÍRITU DE LA IGUALDAD

En las páginas que siguen intentaré, como frecuentemente hacen doctrina y jurisprudencia, descifrar el sentido de construir la relación entre igualdad y contrato de trabajo (individual o colectivo); y trataré de mostrar el reto que la igualdad supone para el contrato de trabajo.

Comenzaré destacando que hablar de reto significa reclamar inmediatamente la idea de una oposición irreductible entre el contrato y el principio de igualdad, oposición ésta que, a su vez, no sería otra cosa que la enésima manifestación del antagonismo existente entre la libertad (en este caso la libertad contractual) y la igualdad. Hago notar desde ahora que aquellos que sostienen la existencia de este conflicto parten frecuentemente de una implícita preferencia por el principio de libertad, por la asignación a la libertad de un primado (fundamentalmente moral) sobre el principio de igualdad que les lleva a considerar que, en ausencia de un específico y expreso reconocimiento de la igualdad, prevalecerá la libertad.

Que la preocupación de fondo sea la tutela de la libertad resulta, ante todo, evidente por el hecho de que la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria llegan a la negación de la subsistencia del principio de igualdad en el ámbito de las relaciones contractuales, por la preocupación de que ésta pueda abrir una vía para un control externo susceptible de destruir la esencia misma de la autonomía privada. Pero el razonamiento se para aquí (como observa Del Punta, 1995, p. 327), casi como si no fuera necesario ir más allá, refutando de forma directa la existencia de una regla de igualdad en las relaciones entre privados.

Este plano de indagación es absolutamente prevalente en el debate italiano. En Francia, la doctrina lo enfoca desde una perspectiva distinta, según la cual el Derecho del Trabajo sería «alérgico» al principio de igualdad porque su instinto corrector de las desigualdades de hecho le lleva a compensar, a través de reglas de diferenciación, la disparidad de poder existente, a nivel vertical, entre las partes de la relación de trabajo y a nivel horizontal, la disparidad de orden social o natural existente entre los trabajadores (Lyon Caen, 1990).

Recientemente, también en Italia, la igualdad ha sufrido el ataque de la diferencia, o, mejor, de las diferencias asumidas esta vez como valor. El ataque proviene de una doble dirección: de un redescubrimiento y de un descubrimiento. El redescubrimiento es el del individualismo liberal que proclama la ineliminable unicidad del individuo y su capacidad de autodeterminación más

allá de la protección paternalista de la ley y de la contratación colectiva; y el descubrimiento, también reciente, es el del multiculturalismo que se funda sobre la repetición de reconocimiento de diferencias colectivas de identidad que desean permanecer como tales (Habermas, Taylor, 1999). Finalmente, la igualdad parece ser cuestionada por las grandes tendencias de los procesos sociales y jurídicos en curso: por la diversificación de los modos de producir y trabajar a los cuales corresponde la diversificación de los modelos contractuales, y por la diversificación y flexibilización de las reglas laborales inducidas con el fin de adaptar el mercado de trabajo a la transformación del sistema económico y productivo. En una palabra (que desde el momento de su mutación por el léxico de las ciencias cognoscitivas y sociológicas ha perdido por el camino gran parte de su valor explicativo), la igualdad parece haber sido cuestionada por la «complejidad» del mundo así como nos aparece hoy en día.

Parece, pues, que hoy sea sobre todo la diferencia y no la igualdad la que vuelve a iluminar el contrato y el Derecho del Trabajo. La igualdad sería una intrusa, un elemento molesto, una espina en el flanco que «no se logra ni extirpar ni asimilar del todo hasta convertirla en indolora» (De Luca Tamajo, 1997, p. XI); sería un «istmo», el igualitarismo que, como retazo de épocas pasadas, tiene adscrito el dudoso mérito de haber iniciado y después haber provocado el declive de la parábola del sindicato italiano (Accornero, 1992, pp. 29 y ss). Su aparición viene señalada, así, como el fruto de un silogismo errado que indebidamente trasvasa el principio en cuestión del plano de la ciudadanía al de las relaciones productivas (Romagnoli, 1994); como una penetración de la lógica de la justicia distributiva en el proscenio de la relación de trabajo, que estaría presidida por la diversa lógica de la justicia conmutativa (Pedrazzoli, 1999, p. 125); como una tentativa antihistórica de imponer a la discrecionalidad empresarial vínculos demolidos ya por el propio legislador (otra vez De Luca Tamajo, 1997, p. XII); como una brecha a través de la cual hacer pasar una arbitraria destrucción de los equilibrios alcanzados en el mercado, por obra de sujetos extraños a la lógica del hacer económico (Mazzotta, 1990); o, finalmente, como causa de una «extraordinaria dilatación de los poderes jurisdiccionales [...] que terminaría por ejercitarse de manera inevitablemente subjetiva, relativa, variable y contrastante (Casación, Sección Unida, n. 6030 / 93) ¹, provocando una incertidumbre y una incoherencia de las reglas cuyo peso económico resultaría insostenible para los actores del mercado. En definitiva, la igualdad frustraría la libertad de ser diversos y de escoger la propia diversidad reclamada por la multitud de figuras que han suplantado el monolítico ideal-tipo de trabajador subordinado.

¹ Cass., Ss. Uu. 29 de mayo 1993, n. 6030, en *Dir. Prat. Lav.*, 1993, p. 1935. La Corte se ha expresado en términos de conformidad con otras sentencias dictadas el mismo día y en el mismo sentido (Cass. nn. 6031, 6032, 6033, 6034). [Nota de traducción, la referencia a la Casación Unida puede equipararse a las resoluciones judiciales dictadas en Sala General].

Y, sin embargo, la igualdad vuelve hoy al discurso de los iuslaboralistas como jamás había ocurrido en el pasado. Éste es el primer reto que la igualdad plantea al Derecho del Trabajo: que su negación la mantiene viva, como ocurre con el espíritu que, en Hamlet, torna a visitar a los vivos a pesar de sus «malignos golpes», porque es «invulnerable como el aire» y porque, si no puede interrogar, es rápido para ser interrogado y para desvelar «pensamientos más allá de nuestras almas» (Hamlet, primer acto, primera y tercera escenas).

2. LOS EXORCISMOS DE LA DOCTRINA Y DE LA JURISPRUDENCIA

Como sabemos, la Sentencia de la Corte Constitucional n. 103/89² ha evocado el espíritu de la igualdad para, lejos de cerrar la cuestión de la subsistencia del principio de igualdad en las relaciones entre privados, poner en marcha un verdadero exorcismo por parte de la doctrina primero y de la jurisprudencia después.

La doctrina ha iniciado la operación a través de una minusvaloración de la principal innovación de la sentencia: recuerdo por todos Scognamiglio y Ferraro, según los cuales la *Consulta* no habría enunciado un verdadero y auténtico principio de paridad, sino que habría remachado el orden del sistema vigente en el que existe un equilibrio entre la libertad económica y negocial y la garantías de inspiración social (Scognamiglio, 1989, p. 127), o todo lo más, habría indicado un «criterio de cognoscibilidad y exteriorización de los actos empresariales» relevante sobre todo a nivel probatorio (Ferraro, 1991, p. 165).

Posteriormente, aparecen algunas sentencias de la Casación en sentido contrario que han dado aplicación a los principios enunciados por la Corte Constitucional³; pero, antes de que esta orientación se consolidase, se ha pronunciado la *intervención de la Sección Unida de la Casación*, cuyas sentencias número 6030 y 6034 de 29 de mayo de 1993 van a contabilizarse entre las decisiones políticas de esta Corte, fruto de un diálogo a distancia entre la doctrina (o mejor, una parte de la doctrina) y la jurisprudencia (o una parte de ésta) claramente identificable por el tipo de argumentación utilizada. Es evidente que una de las máximas autoridades judiciales hace una elección de campo opuesta a la realizada por la otra Alta Corte. No debe sorprender, por tanto, que el contraste venga enmascarado a través de la afirmación, por sí misma desconcertante, de una línea de continuidad entre las dos sentencias: la Casación realiza un ejercicio de «diplomacia judicial», quizás hipócrita, pero, en cualquier caso, necesario (Del Punta, 1995, p. 326).

² Sentencia de la Corte Constitucional de 9 de marzo de 1989, n. 103, en *Riv. it. dir. lav.*, 1991, II, p. 389; con nota de Pera.

³ Cfr., en particular, Cass. 8 de marzo de 1990, n. 1888, en *Riv. it. dir. lav.*, 1990, II, p. 799, con nota de Cassata, y Cass. 9 de febrero de 1990, n. 947, *ibídem*, p. 380.

Los jueces constitucionales, dice la Sección Unida, no han intentado afirmar en absoluto la subsistencia de un principio general de igualdad de tratamiento, sino sólo *indicar la existencia de una línea de tendencia* en la que la paridad de tratamiento vuelve a encontrarse entre los *objetivos de las políticas legislativas*. En ausencia de una *norma específica concursiva* reconocer a los jueces la facultad de controlar, o eventualmente corregir, las normas de la autonomía colectiva significaría «minar las bases mismas de la autonomía colectiva»; sustituyendo el punto de encuentro de la voluntad de las partes sociales por las valoraciones de un sujeto —el juez—, «distante de la realidad del mercado, del sector, de la empresa, con efectos destructivos de la autonomía privada, individual y colectiva».

Los poderes correctores que la Casación está dispuesta a reconocer a la jurisprudencia derivarían sólo de la mera reafirmación del principio de legalidad, que liga al juez a la necesidad de aplicar la ley y la contratación colectiva y lo habilita para intervenir «en caso de conflicto entre la contratación colectiva y las normas de derecho positivo». Una interpretación distinta, se sostiene, llevaría al efecto paradójico de prevenir una ilógica diferenciación bajo el ámbito probatorio y sancionador, entre los casos de violación del principio de paridad de tratamiento, en los cuales sería suficiente probar las meras diferencias de trato para que recaiga sobre el empleador la obligación de probar los motivos justificativos de la disparidad, y los casos de sospechada violación de las prohibiciones específicas de discriminación en las que el recurrente debe aportar también la prueba del motivo discriminatorio. En todo caso, concluye la Casación, el pronunciamiento de la Corte Constitucional no podría considerarse vinculante tratándose de una sentencia interpretativa de rechazo; idónea para basar sólo una preclusión endoprocésal, esto es, para impedir que las partes y el juez puedan reproducir la misma cuestión de legitimación constitucional en base a las mismas conclusiones.

El espacio que deja libre la igualdad es ocupado por la libertad, entendida como libertad para diferenciar el tratamiento de los trabajadores: «en los casos dudosos —precisa la Corte— deberá prevalecer la admisibilidad de la diferenciación, constituyendo la autonomía privada la regla, y el principio de igualdad, la excepción».

En el mercado, en suma, rige un principio de relación entre los sujetos opuesto al enunciado en la famosa frase de Isaiah Berlin: «es la igualdad la que tiene necesidad de razones, la desigualdad no las tiene». No hay, por tanto, espacio para una indagación sobre los motivos de la elección adoptada por la autonomía privada, individual o colectiva, ya que su racionalidad «es intrínseca» y coincide con el punto de encuentro de los intereses de las partes o con la composición del conflicto sindical. No hay espacio para un control de razonabilidad, entendido aquí en sentido contrario al del control de racionalidad, porque va más allá de la verificación de la coherencia de la elección realizada por la autonomía privada a la luz de su lógica interna, para llegar a considerar

si los motivos de diferenciación son coherentes con un sistema de valores dados⁴.

La imposibilidad de proceder a un juicio de razonabilidad en un ámbito privatísimo se derivaría de la contraposición de los intereses de valores de referencia unitarios. Para la Corte ni tan siquiera el sistema de valores en los que se inspira el ordenamiento jurídico serviría, ya que éste permanece inoperante ante la ausencia de una norma legislativa que le dé aplicación.

La posición de la Corte necesitaría un comentario extenso, no sólo porque (insólitamente) las argumentaciones son insólitamente extensas, sino sobre todo porque cada afirmación plantea cuestiones de gran relevancia. Así, por ejemplo, cabe pensar, en relación al concepto de racionalidad, que la Casación resuelve afirmando que es racional aquello que las partes prefieren con su elección negocial: no estamos muy lejos de la idea de racionalidad que ha inspirado a Amartya Sen la imagen de lo «insípido racional» (Sen, 1986, p. 168). O la falta de comprensión de la especificidad de las prohibiciones de discriminación respecto al principio de igualdad, que lleva a la Corte a considerar menos gravosa la posición de los empleadores en las controversias en temas de discriminación tipificadas, mientras en realidad ocurre exactamente lo contrario. Si, de hecho, es verdad, como recuerdan los jueces, que en los casos de discriminación, al actor le corresponde también la prueba del motivo discriminatorio (que se entiende, en todo caso, precisaría en sentido objetivo y no subjetivo y cuya demostración queda remitida a un mecanismo probatorio especial diseñado específicamente considerando la tipicidad del mismo motivo) la consecución de tal prueba restringe, sin embargo, enormemente, respecto al juicio ordinario de la igualdad, el ámbito de la justificación de la elección empresarial hasta anularlo casi del todo en los casos de discriminación directa⁵. Pero esto no es más que otro ejemplo de la pobreza teórica que sufre la aproximación a la discriminación de la jurisprudencia italiana.

Sin embargo, no conviene detenernos más en estas decisiones porque no han puesto fin a las controversias sobre la igualdad en las relaciones de trabajo. En los años sucesivos, la Sección de Trabajo ha desobedecido las indicaciones de la Sección Unida (de forma no muy diferente a como la Sección Unida había desobedecido a la Corte Constitucional) y ha buscado recortar un espacio de eficacia interpretativa al principio de igualdad⁶, con diversas motivaciones sentadas sobre cláusulas generales de corrección y buen fe, sobre la existencia de figuras sintomáticas de arbitrariedad en las elecciones empresariales deri-

⁴ En relación a la consideración de las modalidades de control de igualdad..., debo reenviar, para un tratamiento más extenso, a Barbera, 1991, pp. 24 y ss.

⁵ También en este punto debo reenviar a lo escrito en otras ocasiones a propósito de la estructura del juicio de igualdad (Barbera, 1991 y Barbera, 1994).

⁶ Cfr. Cass. 8 de julio de 1994, n. 6448, en *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, pp. 304 y ss. con nota de Bolego; Cass. 17 de febrero de 1994, n. 1530, en *Mass. giur. lav.*, 1994, p. 158; Cass. 2 de marzo de 1994, n. 3024, *ibidem*, 1994, p. 157.

vadas de la «total ausencia de razones manifiestas de diferenciación», o sobre una visión comunitaria de la empresa que, retomando lejanas sugerencias de Pietro Rescigno y de las orientaciones más recientes de la propia Casación que habían aplicado la figura del exceso de poder a los actos discrecionales del empleador, lleva a leer las cláusulas discrecionales en clave de garantía contra diferenciaciones de tratamiento privadas de «apreciables y justificados motivos» (Cass. 6448/94).

Se trata todo lo más de aperturas cautas tanto respecto a la profundidad del control judicial sobre el ejercicio de la autonomía privada individual y colectiva – que llega a controlar sólo la *total* ausencia de justificación –, cuanto por lo que se refiere a los posibles efectos de desestabilización de las decisiones empresariales y de los contratos colectivos que no vienen arrollados por las consecuencias resarcitorias unidas al juicio de legalidad. Y, no obstante, la sentencia en cuestión no ha dejado de tener valoraciones muy severas⁷.

Las críticas se centran sobre dos cuestiones: por una parte, sobre el intento de la jurisprudencia de ir más allá de una concepción puramente atomística de la relación de trabajo, dando relevancia a la reinserción de las diversas prestaciones de trabajo en una articulada red de relaciones organizativas e institucionales que tienen «una propia jerarquía y un orden global propio» (Cass. 6448/94); por la otra, una vez más, sobre su pretensión de someter al control judicial los éxitos de la regulación de intereses alcanzados en sede sindical.

Bajo el primer prisma, las objeciones se refieren a lo que viene a interpretarse como una «rehabilitación» de las teorías institucionalistas o comunitarias de la empresa que implican no solo la indivisibilidad de las posiciones de los intereses de los trabajadores y la interdependencia de sus posiciones recíprocas, sino también la «remoción de los conflictos de intereses en la empresa, en nombre de intereses superiores o comunes al empresario y a sus trabajadores» (Castelvetri, 1995, p. 472).

En el pasado, existió la preocupación de salvaguardar la naturaleza contractual de la relación de trabajo y, con ella, la posibilidad de delimitar de forma específica las obligaciones del trabajador, atribuyendo al contrato la función de «permitir un control de tipo paritario en una realidad tendencialmente negadora de la igualdad» (Napoli, 1980, p.163), para llevar a una infravaloración del funcionamiento de la empresa en cuanto *sistema social*, o en cuanto red de relaciones subjetivas interconexas. La empresa, para los iuslaboralistas, de forma no muy diferente que para la teoría económica, era una «caja negra». Esta perspectiva no se separa mucho de la conocida reconstrucción de Persiani del contrato de trabajo como contrato de organización (Persiani, 1966), que sirve para describir no la estructura social en la que la relación de trabajo

⁷ Por ejemplo la sentencia del Tribunal de Milán de 22 de enero de 1994 (en *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, p. 32) tachada de «extremista» y «solipismo» (Del Punta, 1995, p. 326), mientras otros, desde una posición crítica, (Liebman, 1995, p. 336), han visto allí originalidad y audacia argumentativa.

está destinada a desarrollarse, sino la relación de colaboración que se constituye al ajustar la relación de cambio entre trabajo y retribución con el efecto de una ampliación contractual del trabajador.

Hoy la empresa post-fordista viene analizada por los iuslaboralistas no sólo como modelo técnico y organizativo, sino también como sistema cultural y de valores (Castelvetri, 1998) y se puede observar una novedosa atención a la particular función del contrato de trabajo como instrumento indispensable para el funcionamiento de la organización de la empresa (Zoli, 1997, pp. 241 y ss.). También en este caso, no obstante, en la aproximación de los iuslaboralistas, la preocupación que prevalece es la de avalorar o desmentir concepciones del contrato de matiz institucionalista, o avalorar o desmentir la superación de la tradicional línea de separación entre trabajo autónomo y trabajo subordinado. (Véase para un reepilogo de las diversas posiciones, Castelvetri, 1998).

Hay, en realidad, una parte de la doctrina que manifiesta una consideración particular hacia el elemento de la organización en la relación de trabajo, una consideración que, aún siendo tributaria de la precedente reconstrucción, se separa de ella en la idea de que la inserción del trabajador en una organización determina una ampliación causal del contrato de trabajo. Recientemente, ha sido sobre todo Mario Napoli quien ha valorado, como objeto del contrato de trabajo, el cambio entre retribución y colaboración, entendida esta última en el sentido etimológico y no ideológico del término, como «trabajar juntos, trabajar con otros»: «el objeto del contrato de trabajo es un trabajar juntos con otros en sentido vertical necesariamente (con el empleador), en sentido horizontal normalmente» (Napoli, 1995, p. 1118 y ss.). El término colaboración expresaría la implicación de la persona, no separable de la prestación, y «la dignidad intrínseca del trabajar con otros». Pero, curiosamente, a este *trabajar con otros* no sigue que la interrelación entre las posiciones de los trabajadores tenga una relevancia jurídica. Y esto, quizás, porque, aún otra vez, la referencia a la organización sirve sobre todo para especificar el objeto de la prestación laboral, del cambio contractual que connota la relación entre empleador y trabajadores, y no, en cambio, a indagar en el plano de las relaciones horizontales entre los trabajadores.

También hay quien niega que «el sólo hecho de rechazar una concepción integralmente atomística de las relaciones contractuales en la empresa equivalga por sí misma a aceptar el punto de vista institucional y comunitario» y afirma la existencia, «aunque sea en un estado magmático», de «un área intermedia entre al esfera individual y la colectiva que tiende insuprimiblemente a emerger en la experiencia jurídica concreta» (Del Punta, 1995, pp. 332 y ss.). No obstante, las consecuencias de tales afirmaciones permanecen aún en el estado magmático.

Finalmente, hay quien, como Santucci, a pesar de aceptar la inexistencia de un principio general de paridad, considera que subsiste, en cambio, un principio de paridad de retribución ante trabajos iguales, que no sólo se deduciría de específicos indicios normativos (del artículo 36 de la Constitución italiana) sino que podría también constituir «objetivos de una sagaz gestión empresarial de

los recursos humanos» (Santucci, 1997, p. 205). El temor a funcionalizar la actividad de los sujetos que actúan en el mercado lleva, sin embargo, al autor a funcionalizar el principio de igualdad al mercado, enganchando el criterio de justificación de la disparidad retributiva a la racionalidad técnico-organizativa de la empresa para la cual estaría justificada cualquier disparidad motivada «por necesidades de gestión que sea posible mostrar». Sin querer detenerme en la efectividad práctica de un control del sentido racional de la actividad empresarial conducido a la medida de una «racionalidad ideal – típica» que conviva con la ausencia de un control de mérito. Lo que sorprende es que se olvida casi completamente de la ingente jurisprudencia sobre el art. 37 de la Constitución y la, ya casi aún más copiosa, jurisprudencia comunitaria sobre la igualdad retributiva de hombres y mujeres. Éstas demuestran cómo el juicio de igualdad asume connotaciones muy complejas como consecuencia de la posibilidad de hacer referencia a causas de justificación, tanto internas como externas a la racionalidad de la empresa; y también por la presencia de concepciones diversas de la misma racionalidad económica.

Asimismo, las posiciones más inclinadas a admitir una (al menos) tendencial interpretación del principio de igualdad, por medio de los artículos 36 y 41 de la Constitución o de las cláusulas generales de corrección y buena fe, se paralizan frente a la autonomía colectiva, que viene reconstruida no sólo como libertad sino como inmunidad, ya que, si se considera que la presunción de legitimidad del poder legislativo estatal encuentra un auténtico límite en el principio de igualdad, la presunción de legitimidad que asiste a la autonomía colectiva se interpreta como una presunción absoluta. Son menos los que sostienen que la sentencia de la Corte impone «un replanteamiento de la afianzada discrecionalidad de los actores de las relaciones industriales en relación al tratamiento diferencial de los trabajadores y también, más en general, de los esquemas de la negociación colectiva de acuerdo con reglas más coherentes con los principios fundamentales del ordenamiento» (Perulli, 1991, p. 226).

La contratación colectiva, afirma la doctrina, no puede ser racional, sino que, sobre todo, se adhiere a una específica situación de equilibrio de las fuerzas en campo (Liebman, 1995, p. 340); no mira a «resultados razonables, racionales, equos, o cuanto menos socialmente útiles, sino que sólo persigue alcanzar aquellos resultados que sean contingentemente posibles» (Castelvetri, 1995, p. 465).

De la misma opinión era, como recordábamos antes, la Sección Unida de la Casación, según la cual la autonomía colectiva «por su naturaleza, no debe ser razonable». Me parece que esta afirmación se contrapona a aquella lectura según la cual la Casación veía en la negociación el único instrumento capaz de «hacer descender efectivamente el principio de igualdad al terreno de las relaciones sociales» (Del Punta, 1995, p. 327). Doctrina y jurisprudencia convergen en realidad hacia una línea de pensamiento que hace a la libertad sindical *indiferente* al problema de la igualdad, que viene completamente resuelto y disuelto por el de la efectividad de la autotutela colectiva.

A través de la contratación colectiva se da vida a «un pacto que legitima una determinada política de gestión del personal y precluye en línea de prin-

cipio la arbitrariedad», ya que «también gestiona globalmente los eventuales conflictos entre los potenciales titulares de las diversas posiciones profesionales, según criterios de selección y sacrificio de sus respectivos intereses predefinidos, en línea de principios, con el concurso de todos» (Castelvetri 1995, p. 457). Siguiendo esta corriente, mientras puede también parecer legítimo configurar un deber de injustificada desigualdad «cuando el ejercicio de la iniciativa económica incide en el ámbito de una interrelación (potencialmente no libre) sobre el plano individual», «cuando la interrelación se desenvuelve entre el poder empresarial y el contrapoder colectivo, debe presumirse, por el solo hecho de que existe ejercicio de la autotutela, que la participación de la libertad y la dignidad del trabajador en tal proceso es una realidad» (Scarpelli, 1993, pp. 273 y ss.). El encuentro de poderes paritarios en este punto puede legítimamente emanar reglamentaciones que abstractamente, desde fuera, puedan parecer en cierto modo injustas, «pero cuya "injusticia" encuentra su razón de ser en la completa elección de los sujetos que, sobre el plano colectivo, deben considerarse plenamente conscientes y capaces de determinarse».

Si el acuerdo colectivo representa la mayoría del mundo posible, entonces, no hay espacio siquiera para el disenso de los representantes; y, de hecho, se deduce que el ordenamiento, una vez que ha garantizado «las reglas fundamentales del juego», se desinteresa del desacuerdo individual, el cual resulta absorbido por el propio resultado emanado del comportamiento colectivo (Scarpelli, 1993, p. 239).

Es decir que, mientras la jurisprudencia parece continuar ignorando la conexión existente entre la representación y la igualdad, tal conexión no escapa a cuantos, como Laura Castelvetri, han visto en el razonamiento seguido por la Corte constitucional en la sentencia de 1989, la confirmación de la posibilidad de configurar un deber de *fair representation* a cargo de los sujetos colectivos. Este deber, todavía, se desprende no del ordenamiento constitucional, sino de la misma reconstrucción en términos negociales del fenómeno sindical, de la naturaleza típicamente circular del acuerdo del que nace la organización sindical, análogo al de un consorcio, del que derivaría «un deber de comportamiento correcto a cargo de cada uno de los miembros respecto de todos los otros, así como a cargo de su ente exponencial en los conflictos de los intereses individuales representados» (Castelvetri, 1995, p. 467).

La reserva formulada respecto a aquello tiene su base en la ausencia de una clara conexión con el derecho positivo (Del Punta, 1995, p. 334) y quien la ha formulado tiene la modestia intelectual de reconocerle una «eficacia cuasi exclusivamente heurística» (Castelvetri, 1995, p. 466). No parece, en cambio, que venga unida la otra crítica, según la cual el mecanismo se abandona «a los muy volátiles y tautológicos fines del principio de efectividad». Según este planteamiento, de hecho, el deber de lealtad encuentra un límite en el «interés mismo del sujeto contratante», que es aquél que no compromete los fines globales al alcanzar con el contrato. La conexión con el criterio de efectividad permite únicamente un control de la coherencia interna del proceso de forma-

ción del contrato, de su transparencia y comprensibilidad, sin la posibilidad de oponer, a los criterios de valoración de las partes, criterios diversos.

La conclusión es en cierta medida paradójica: la sanción civil que se aplica por la violación de la obligación de representación formal recaería única y exclusivamente sobre el empleador, mientras que en el plano de las relaciones colectivas se podría imaginar otra consecuencia que «la reprobación política de la acción colectiva por parte de cada uno». Para evitar esta sanción, el empresario podría regularizar él mismo el vicio, recurriendo a su propia prerrogativa según la regla de la coherencia consolidada, y se supone, también según la regla, que la corrección como comportamiento no discriminatorio (Castelvetri 1995, p. 472 y ss.).

Otras propuestas se refieren a la posibilidad de establecer límites precontractuales a la propia autonomía colectiva o de garantizar por ley la expresión de la minoría (Scarpelli, 1993, p. 288); cabría preguntarse por qué no se toma en consideración el hecho de que tal función de garantía de la minoría ha existido tradicionalmente unida al principio de igualdad, en cuanto regla antidiscriminatoria correctora de la «tiranía de la mayoría».

En todo caso, según estos autores, sería ilegítimo aquel control de mérito de razonabilidad que terminase por atribuir al universo de las personas las convicciones del juez valoraciones que la Constitución atribuye a la autonomía colectiva o a la ley.

Desde esta preocupación, la Sección Unida volverá a ocuparse nuevamente de la igualdad en la sentencia n. 4570 de 1996⁸. Retoma los asuntos abordados ya en la Sentencia de 1993, pero esta vez cierra decididamente el camino de la posibilidad de que las cláusulas generales de corrección o buena fe sirvan como trámite para introducir el principio de igualdad en las relaciones contractuales. Las cláusulas generales «atienden a la modalidad del contrato y no pueden ser forzadas hasta el extremo de introducir en la relación derechos y obligaciones patrimoniales que el contrato no contempla y casi excluye». Parecen pasados los tiempos de cuando Stefano Rodotà relefa las cláusulas generales como fuentes de integración del contrato y trámite de actuación de los principios constitucionales y, en primer lugar, del principio de solidaridad (Rodotà 1969).

Pero, en este punto, la Casación se encuentra con la Sentencia de la Corte Constitucional número 268/94⁹, que, rechazando la cuestión de legitimidad constitucional del artículo 5 primer párrafo de la Ley n. 223/91 (en la parte que atribuye a la autonomía colectiva la facultad de individualizar criterios de elección para la movilidad de los trabajadores alternativos a los establecidos por la Ley) sometía el acuerdo colectivo al respeto de los principios de racionalidad

⁸ Cass. Ss. Uu. . 17 de mayo de 1996, n. 4570, en Riv. it. dir. lav. II, p. 765, con nota de Chicco, 1996.

⁹ Corte Constitucional, 30 de junio de 1994, n. 268, en Riv. it. dir. lav. . 1995, II, p. 1, con nota de Manganiello.

o razonabilidad, de acuerdo con los cuales los criterios admisibles habían de poseer los caracteres de objetividad y de generalidad y debían ser coherentes con el fin del instituto de la movilidad. La decisión fue escasamente apreciada por la doctrina, no sólo porque había introducido ulteriores y no previstos límites a la autonomía colectiva que reducían indudablemente el amplio margen de valoración dejado al legislador, sino también por la distinción que realiza la Corte entre contratos colectivos normativos y contratos colectivos de gestión (Persiani, 1995, pp. 15 y ss.).

En realidad, es esta distinción la que permite a la Casación afianzarse en la lectura reduccionista de la sentencia n. 103/89 y evitar cualquier contraposición con la jurisprudencia más reciente de la Consulta: es el contenido normativo de los acuerdos sindicales en materia de criterios de elección el que haría diversa la función de la contratación, siendo así posible aquel control de racionalidad que venía excluido con carácter general. La Corte, en la tentativa de dar coherencia *ex post* a sus propias posiciones y a las de la Consulta, parece olvidar aquí sus propias reservas sobre la posibilidad de utilizar las mencionadas cláusulas como vehículo de un control de razonabilidad.

Se podría alterar el razonamiento sosteniendo, legítimamente, que la Corte Constitucional, con la sentencia n. 268/94, no ha hecho otra cosa que un ejercicio de coherencia, reafirmando, en relación a un particular tipo del contrato colectivo, la posición ya expresada, en términos generales, en la sentencia n. 103/89 a propósito de los límites que encuentra el ejercicio de la autonomía colectiva, allí donde el deber de respetar los preceptos constitucionales se refiere a «todas las partes, incluso las sociales» y a las «posibles disparidades y diferenciaciones de tratamiento» realizadas por la negociación colectiva, que son consideradas «tolerables» sólo con la condición de que «sean justificadas y en todo caso razonables». Ya a partir de aquella decisión, contrariamente a lo que se ha considerado (Del Punta 1996, p. 1913), el *canon* de la razonabilidad en cuanto parámetro de verificación del respeto al principio de igualdad se había impuesto también respecto de la negociación colectiva.

Es verdad sin embargo, que tal coherencia parece reducirse en una decisión más reciente (la n. 344 de 1996)¹⁰ en la que la misma Corte, aunque sin renegar de la distinción asumida a propósito de la naturaleza jurídica y de los convenios colectivos, parece asumir la posición de la Sección Unida de la Casación, afirmando que, en su función típica de medio de composición de conflicto de intereses entre empresarios y trabajadores, el contrato colectivo «es impermeable a cualquier control de racionalidad».

La posición de la jurisprudencia sería en este punto la siguiente: el control de racionalidad y razonabilidad, excluido para los convenios normativos, podría en cambio ejercitarse para los contratos de gestión. Confieso no saber por qué, como ya habían afirmado las Secciones Unidas y como implícitamente parecía sostener la Corte Constitucional en la más reciente sentencia, el

problema de la ecuánime distribución de los derechos por obra de la contratación colectiva debería plantearse sólo en relación al segundo tipo de convenio a menos que no se mantenga aquí una aplicación gradual del principio igualdad conmensurada al grado de institucionalización alcanzado por la negociación colectiva, casi como si se considerara que el poder colectivo invade cada vez más las posiciones de los individuos a medida que se institucionaliza. Lo que en todo caso resulta evidente es la fractura entre doctrina y jurisprudencia en relación a si la función reguladora delegada por la ley a la contratación colectiva es o no idónea para modificar la naturaleza y las funciones de los actos de autonomía colectiva. No sólo la jurisprudencia considera que tales modificaciones subsisten, sino que tiende también, al verificarse estas condiciones, a someter el convenio colectivo a los mismos límites a los que es sometida la función delegada, en primer lugar el límite de la razonabilidad.

A través de la brecha de la razonabilidad, como ya había sucedido en el pasado, re-emerge una vez más el principio de igualdad, como reconoce abiertamente la Corte de Casación en una de sus sentencias más recientes en la que ha tenido que aplicar las indicaciones de la Corte Constitucional¹¹. Ni siquiera en esta ocasión podemos decir que el exorcismo haya sido exitoso.

3. LA FUNCIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD COMO CRITERIO DE LEGITIMACIÓN DEL PODER

Recapitulando lo dicho hasta ahora, no parece que en sustancia haya otra alternativa para analizar la incidencia del principio de igualdad sobre la autonomía individual que, o bien adherirse a una concepción contractualista de la relación de trabajo, lo que nos lleva a una visión conflictual de los intereses en juego y a una concepción de los poderes empresariales como poderes libres y no contractualizados, lo que supondría una concepción atomística del contrato de trabajo y exclusión en él del principio de igualdad; o, del otro lado, la adhesión a una concepción institucionalista de la relación misma, marcada por una visión comunitaria de los intereses y por la funcionalización de la actividad del empresario que llevaría a dar relevancia jurídica a las relaciones entre cada uno de los trabajadores y, por tanto a la posibilidad de estar gobernados por el principio de igualdad.

En suma, como nos dice desde hace tiempo la doctrina alemana y como doctrina y jurisprudencia italiana parecen sostener, la igualdad presupone comunidad. Sólo la afirmación del carácter *holístico*¹² de la empresa conse-

¹¹ Casación, 24 de abril de 1999, n. 4097, en *Mass. giur. lav.*, 1999, p. 940, con nota de Castelvetti.

¹² Consideramos en este punto necesario introducir una definición del concepto antropológico de holismo, aunque la autora no lo haga, para comprender correctamente el significado del mismo. Como describe Marvin Harris, citando a Comte, «los estudios holistas son los únicos... en que el estudio de las partes debe estar siempre dominado por el estudio del sistema». (N. del T.)

¹⁰ Corte Constitucional, 18 de octubre de 1996, n. 344, en *Mass. giur. lav.*, 1996, p. 691, con nota de Suppiej.

tiría juicios de carácter comparativo y estos podrían fundarse únicamente sobre un ordenamiento de valores compartidos.

Personalmente disiento de esta opinión. Ha sido Louis Dumont quien ha demostrado «lo extraño» de los términos *holismo* y jerarquía en relación a los términos individuo e igualdad y su radical polaridad. Han sido sus estudios antropológicos sobre las sociedades tradicionales (la India de las castas, la China y el Japón) los que han venido a confirmar lo que ella consideraba evidente sobre el plano lógico, esto es que «el *holismo* implica jerarquía y el individualismo implica igualdad» (Dumont, 1984, p. 19). Antes de que el individualismo se impusiese como valor cardinal de las sociedades occidentales, aquello que las sociedades *holísticas* privilegiaban no era la igualdad, sino sobre todo el orden y por tanto la conformidad de cada elemento con su papel en el conjunto (Dumont, 1984, p. 18)¹³, como nos cuenta la antigua parábola de Menenio Agrippa. En las sociedades modernas, sólo con el triunfo de la ideología liberal sobre la ideología tradicional, ha comenzado a ser valorado el ser humano individual como tal «igual a cualquier otro hombre, y libre».

Esto no significa, observa Dumont, que en la realidad las sociedades *holísticas* hayan dado todas la misma relevancia a la jerarquía, ni las sociedades individuales a la igualdad. Históricamente, en relación al menos a un determinado punto de vista, la igualdad siempre ha parecido un valor. Así, en la antigua Grecia todos los ciudadanos eran iguales pero lo principal era la polis y no el individuo, y esto explica por qué la esclavitud no fue considerada por Aristóteles contraria a la razón. Y, por otra parte, el individualismo no implica sólo la igualdad, sino también la libertad, y «libertad e igualdad no siempre convergen» (Dumont, p. 19).

Pero esto no impide que, a partir de las grandes revoluciones burguesas, los valores generales de referencia en las sociedades occidentales sean ya la libertad y la igualdad. Si un conflicto existe, sus dos polos no son, por tanto, como parece deducirse necesariamente de la opinión antes señalada, *holismo* y libertad sino igualdad y libertad. Si consideramos lo que Dumont ve como residuos de *holismo* en tales sociedades, esto es, fenómenos tales como la estratificación social o el racismo, más que retener los indicativos del hecho de que «la ideología no tiene el poder de transformar la sociedad sino dentro de ciertos límites» (Dumont, 1984, p. 28), podríamos considerarlos como expresiones de que el problema de la tensión existente entre igualdad (sobre todo como igualdad que se refiere a los grupos y no sólo a los individuos) y libertad en las sociedades modernas es un problema irresuelto, si bien la invención del Estado social puede considerarse hasta hoy como la tentativa más seria para lograr la conciliación de los dos principios.

¹³ Dumont distingue entre la sociedad holística y la sociedad totalitaria. Sobre la relación entre totalitarismo e ideología moderna, que constituye una de las grandes cuestiones teóricas de nuestro siglo, no puedo, obviamente, más que reenviar a lo escrito por los autores

No es extraño que la crítica de los *neocomunitaristas* al liberalismo na sobre todo como una crítica a la modernidad, de la cual surge más tarde la tentativa de proponer de nuevo una imagen del individuo *embedded* en la comunidad de la que forma parte, comunidad de que asume, además, un sistema de creencias y valores compartidos con los que participa con un altruismo que llegar a ser una virtud cívica (MacIntyre 1981). Esto no puede verse como una vuelta a la teoría comunitaria clásica, porque el problema del que parten se centra cómo construir una concepción de lo que está bien para la sociedad sin renunciar al pluralismo de los valores (Walzer, 1987), siendo las respuestas más menos coherentes con el punto de partida.

Precisamente porque ninguna teoría de los derechos ni ningún sistema constitucional de derechos puede ser hoy otra cosa que pluralista, disiento también de la opinión según la cual la igualdad presupone necesariamente aplicación de valores de referencia unitarios, terminando así por confluir tanto con la concepción constitucional de la libertad de iniciativa económica y de libertad sindical como libertades no funcionalizadas, cuanto con la natural conflictiva de los intereses en juego.

Se trata de objeciones bien conocidas por los constitucionalistas, y que son diferentes por el hecho de que nos encontremos en el ámbito de los poderes privados, en lugar de estar referidas al poder público. Tampoco son diferentes las respuestas que se han dado ante estas objeciones: que la igualdad es un límite externo y no interno, si por límite externo se entiende aquel que protege las fronteras al ejercicio de un poder tutelando intereses de otro; y que, en las constituciones contemporáneas, la afirmación de la igualdad convive con el pluralismo de los valores y, por tanto, también con el valor de la libertad y con la concepción de la actividad legislativa y de la actividad económica como actividades libres en sus fines dentro del espacio normativo diseñado por la Constitución.

El problema, por tanto, no es el de la incompatibilidad estructural entre libertad, pluralismo de los valores e igualdad, sino la permanente validez de la separación de la esfera pública y privada, que subyace a la afirmación de la inexistencia de una fuente normativa que reconozca y sancione la operatividad del principio de igualdad en las relaciones entre privados. En su versión más radical, aunque ya vuelve a plantear también el debate *iuslaboralista*, esta orientación conlleva que el mercado debe operar libremente en el ámbito de la producción y estar sujeto a correcciones sólo en el ámbito de la distribución. En cuanto a la satisfacción de las necesidades fundamentales de las personas, tanto ciudadanas y ciudadanos, no en cuanto a trabajadoras y trabajadores. En su versión más atemperada, doctrina y jurisprudencia han tomado conciencia desde hace tiempo de la ruptura de la antigua y monolítica contraposición entre autoridad pública y libertad privada, que sigue al reconocimiento de los derechos sociales (Lombardi, 1970, p. 5) destinados a incidir por su mismo contenido en el ámbito de los privados, pero esta toma de posición se para detener ante la lectura de las cláusulas de igualdad como límite también de los poderes privados.

Una esfera del contrato sería por definición la esfera de la libertad que admite sólo intervenciones limitadas por la voluntad del legislador cuando considere necesario corregir la disparidad de hecho existente entre las partes, y que no puede en cambio permanecer expuesta a un límite indeterminado como es la igualdad. Esto seguiría siendo así también para aquella particular forma de intercambio contractual que se produce en la contratación colectiva, y ello porque el constituyente ha delegado en favor de la autonomía colectiva la consecución del mejor equilibrio posible entre los intereses en juego.

La libertad es, pues, el valor central y «la igualdad va interpretada a partir de la libertad y bajo su vínculo» (Veca, 1991, p. 197). Es esta la ventaja que la retórica de la libertad, entendida como arte de la argumentación, reivindica sobre la retórica de la igualdad: la elección del punto de vista normativo destinado a prevalecer. La libertad no tiene necesidad de justificación ni de definición y ello no es una ventaja baladí.

Pero, ¿verdaderamente la libertad no tiene necesidad de justificación ni de definición? Esto significaría que existe un consenso casi unánime sobre una concepción común de la libertad, mientras «la mayor parte de las disputas recientes sobre los derechos surgen realmente porque, aparte de la retórica, un concepto de esta naturaleza no existe» (Bellamy, 1994, p. 229).

En parte ello es debido a que los derechos son siempre un conjunto de varios elementos de los cuales algunos tienen un papel central y otros un papel sólo accesorio, de tal modo que el término derecho viene en cada caso utilizado para referirse a posiciones subjetivas de contenido y estructura también bastante diverso.

La libertad de iniciativa económica y la autonomía negocial del empleador gozan frecuente e indebidamente de la defensa de la libertad propuesta por los fautores de la libertad negativa, que es elemento central sobre el cual se fundan derechos cuyo contenido consta fundamentalmente en el no deber o tener una determinada conducta sobre otros, lo que se acompaña frecuentemente del elemento de la inmunidad, esto es, el no deber observar prescripciones de otros (sobre estas definiciones podemos ver a Castignone, Guastini, Tarello, 1988, p. 67 ss.). No me pararé aquí en la debatida cuestión de si los derechos de libertad negativa se resuelven efectivamente en estos dos elementos o si, en cambio para ser ejercitados no se expresan también en pretensiones activas. Solo querría señalar que los derechos a los que alude el art. 41 no son describibles sólo en términos de libertad o inmunidad sino también en términos de pretensión. Su ejercicio no sólo se concreta en la fijación de un límite a la intervención del Estado y de los terceros, sino que genera también un poder económico y social que otorga una ventaja a sus titulares.

La doctrina iuslaboralista tiende a distinguir la libertad empresarial de operar en el mercado de la libertad de gestionar la relación negocial y la organización del trabajo, admitiendo la posibilidad de distinguir, igualmente, el papel del empresario plenamente libre (salvo limitación de la ley) en la adopción de decisiones económicas y el del empleador libre sólo en la medida en que se lo permite el contrato (Scarpelli, 1996, p. 28). El fin, una vez más, es

sobre todo evitar la conmixción, la mezcla de cosas diversas, convicciones institucionales de la empresa, cerrando la posibilidad de reconocer al empleador otros poderes distintos a los surgidos de la relación negocial.

Pero la opción contractualista se transforma en ilusión contractualista cuando se extiende hasta el punto de hacer creer que el poder del empleador tiende a tomar la aptitud de un poder crediticio, casi enteramente informado por el principio de tipicidad de los actos y privado por tanto de toda discrecionalidad.

Los «derechos contractuales» del empleador (de los cuales prefiere hablar los contractualistas «puros») tienen en cambio, como elemento central el poder de imponer jurídicamente a otros las propias decisiones y como característica peculiar la de permanecer en parte indeterminados y variable al modificarse las exigencias de la empresa, de tal forma que, por su naturaleza dinámica tienden «a sustraerse a calificaciones de ilicitud relacionadas con connotaciones estructuralmente típicas» (Treu, 1974, p. 53). Observando tales características se llega a afirmar que «el poder exigido por el art. 209 [...] coincide con el poder general de dirección de la empresa» (Napoli, 1997, p. 1133).

Y es esta la razón por la que el principio de igualdad ha hecho su aparición en el Derecho del Trabajo: porque *el problema de la igualdad está íntimamente ligado al problema del poder y su legitimación*. El núcleo de la Sentencia de la Corte Constitucional se encuentra en esta frase: «con la afirmación del principio de igualdad el poder arbitrario se limita». Si la igualdad se admite como principio que desvela las razones por las que el poder encuentra justificación (Peces Barba 1993, p.180), es desde el entero sistema constitucional desde donde se recaba esta idea, no de una singular o específica norma. No me parece que sea nada «ambiguo y contradictorio» en la posición de los jueces constitucionales.

En la relación de trabajo la igualdad se manifiesta en la exigencia de conferir una legitimación razonable al poder privado, y, por tanto, esencialmente, en clave negativa, como prohibición de injustificadas y arbitrarias discriminaciones (Ventura 1984), no en clave de paridad de tratamiento. En el razonamiento de la Corte no es la disparidad de tratamientos la que lesiona la dignidad humana (como ha sido críticamente revelado), sino la ausencia de «buenas razones». Estas no coinciden con aquellas que aparecen como tales ante el juez, sino que son recabadas de los principios fundamentales del ordenamiento constitucional.

Esta exigencia de justificación, añade la Corte, vale «para todas las partes, incluso las sociales»: también vale, por ejemplo, respecto del poder sindical. La aceptación del pluralismo se produce sin reservas: corresponde al poder colectivo establecer «en una determinada situación de mercado» cuál sea «el punto de encuentro, de equilibrio y de coordinación de los conflictivos intereses de trabajadores y de empresarios». Pero es también una aceptación crítica; esto es, diferenciaciones de tratamiento son tolerables y posibles pero siempre que sean «justificadas y en todo caso razonables».

4. LA IGUALDAD TOMADA EN SERIO

Es un discurso complejo el de la Corte constitucional y, aunque fuese verdad que está expresado en un texto «descuidado y presuroso», no me parece que la búsqueda de su sentido y de su exégesis sea para los juristas (como se ha descrito) una «tarea ingrata». Siempre me ha llamado la atención el hecho de que buena parte del edificio de la tutela antidiscriminatoria y de las teorías pluralistas de la igualdad haya sido construida por la cultura jurídica norteamericana, basándose en un nota escrita a pie de página de una sentencia de 1938 que versaba sobre el comercio interestatal de la leche en cajas (United States v. Carolene Products). El hecho es que aquella cultura siempre se ha tomado en serio la igualdad (también en los momentos en los que, como sucede ahora, ésta ha sido reconducida al origen de las concepciones formales) en virtud de una ascendente concepción iusnaturalista que ve en la igualdad un derecho fundamental de la persona.

Entre nosotros, la primera reacción a la sentencia de la Corte Constitucional ha sido la de no tomarla en serio; lo que, en el fondo, no deja de ser paradójico, ya que «depende también de la cultura jurídica que los derechos [...] sean tomados en serio» (Ferrajoli, 1998, p. 29). El hecho es que el discurso jurídico sobre la igualdad y la libertad nos lleva siempre a una particular idea de lo que son los derechos y la sociedad, pero esta idea, en el debate italiano, ha permanecido frecuentemente oculta por el recurso a argumentos de tipo positivista. Se puede plantear una hipótesis: ha jugado un papel importante en la remoción del problema de la igualdad no sólo aquella «preferencia moral» por la libertad que señalábamos al principio, sino también una tradición de tipo historicista que aúna todas las orientaciones políticas e ideológicas, y que lleva a la exaltación de la efectividad de las relaciones sociales y puede (como ocurre en el caso de la remoción del problema de la *fair representation* de los grupos minoritarios) llevarnos a dar la razón a la parte más fuerte. Lo que, en el fondo, ha sido siempre uno de los vicios del historicismo.

Una de las preocupaciones principales parece haber sido la de no enfatizar el papel de los jueces en el gobierno de los intereses privados, pero esta preocupación no explica todo; especialmente, no explica por qué ésta puede llevar a la negación de la operatividad del principio de igualdad en las relaciones entre privados. De hecho, existiría la posibilidad de alcanzar un *standard* consolidado de juicio (de forma similar a cuanto ha acaecido cada vez que la jurisprudencia se ha encontrado en la tesitura de tener que trabajar con principios cuyo modo de aplicación no sea la subsunción), en particular con el empleo del *balancing test* (Mengoni, 1996, p. 128).

Los efectos de la afirmación del principio de igualdad dependen en gran medida de dos elementos: de la definición del ámbito de comparación (que postula una respuesta al problema: ¿iguales y desiguales respecto a quién y qué cosa?) y de la individualización del tipo de justificación admitida (que postula una solución al problema: cómo distinguir las buenas y las malas razones, o bien qué modelo normativo y axiológico debe orientar la elección de diferen-

ciar o de uniformar el trato). Discutir sobre estas cuestiones habría significado indagar en los límites no sólo de la intención del juez, sino también de la vigencia misma del principio de igualdad, y en particular sobre cuál sea el sujeto *standard* de empleador y de trabajador, en relación a los cuales se construye la regla de igualdad y sobre cómo sea posible distinguir entre «buenas» y «malas» razones.

En este sentido, no me parece que pueda coincidir del todo con quien identifica completamente la igualdad con una *metanorma*, con una norma de segundo grado, que no disciplina directamente los contenidos y la conducta sino que versa más que nada sobre la producción de otras normas, prescribiendo el principio según el cual situaciones iguales serán tratadas de igual modo y situaciones desiguales lo serán de modo desigual (Guastini, 1992; Giancoformaggio, 1996). Así entendida, la igualdad no presupondría valores o fines particulares, sino que impondría que aquellos valores y aquellos fines fueran desarrollados dentro del sistema de referencia (ley o contrato) de manera coherente, de forma lógica, sin contradicciones o arbitrariedades. En el fondo desde esta perspectiva, la igualdad podría determinar si el sistema se ha desarrollado en coherencia con los presupuestos o la finalidad que se le ha dado libremente, y con los valores o bienes que ha elegido perseguir (Chieco, 1990, p. 786).

Esto implica detener la atención sobre uno sólo de los significados de la igualdad: la igualdad como regla de tratamiento. Entendida de este modo, la verdad que la igualdad, para ser aplicada, requiere en primer lugar un sistema de valores distintos de la propia igualdad, ya que una regla no es arbitraria o sí misma, lo llega a ser sólo en la medida en que permanece injustificada.

Sin embargo, hay otro significado de la igualdad que, de algún modo orienta la búsqueda del sistema de valores de referencia: la igualdad como derecho fundamental de la persona. Significado que la Corte Constitucional asume cuando identifica en la violación de la igualdad una lesión de la dignidad de la persona, entendida, ya sea en un sentido absoluto como conjunto de derechos y libertades dirigidas al desarrollo de la personalidad civil y moral del trabajador, ya sea en un sentido relativo haciendo referencia a la posición social y profesional ocupada por el ciudadano en su condición de trabajador dependiente.

Tal significado tiende a poner la igualdad más allá del ámbito de control sobre la coherencia *interna* de los actos de ejercicio de un poder. El control de igualdad tiende a alejarse de los medios para centrarse en los fines, como, por otra parte, parece indicar la misma Corte cuando sostiene que el ejercicio de poder del empresario «debe ser sostenido por una causa coherente con los principios fundamentales del ordenamiento». Así, pone la dignidad humana en el centro de la reivindicación de la igualdad, también allí donde las condiciones de trabajo parecen referirse erróneamente sólo a los aspectos patrimoniales de la relación, en virtud de la «valoración de una subjetividad global de la persona indivisa en su contemporánea condición de trabajador y ciudadano» (Baylos, 1998, p. 63). ¿Qué es más lejano del espíritu neofuncionalista que inspira hoy

el derecho del trabajo que esta afirmación? Hay que extrañarse de que la sentencia en la que ésta se encuentra inscrita haya sido vista por algunos como un paréntesis anacrónico que cerrar lo más pronto posible.

Y aún más, ¿cuáles son esos riesgos de deestructuración de los que hablan la doctrina y la jurisprudencia?, ¿se refiere sólo a los riesgos de deestructuración de los equilibrios contractuales alcanzados en el mercado, o también a la deestructuración de alguna de las categorías sobre las cuales se ha construido el actual Derecho del Trabajo, comenzando por la categoría del interés colectivo como interés indivisible? En este segundo caso, la reacción de cierre ante la igualdad sería también una reacción de conservación por parte del Derecho del Trabajo, una tentativa de defensa de su propia racionalidad, sometida ya a la presión casi insostenible de la racionalidad económica. Es como si el Derecho del Trabajo advirtiese que tomar hoy en serio la igualdad sería por sí mismo un riesgo mortal, pero ¿de verdad del Derecho del Trabajo puede desinteresarse del problema de la distribución de los derechos y de las oportunidades? ¿no sería también esto un riesgo mortal: el de perder la propia identidad de especie por un derecho que es parte fundamental del diseño constitucional de reequilibrio de las desigualdades sociales?

5. EL DERECHO DEL TRABAJO Y EL RETO DE LA DIFERENCIA

Hoy sin embargo, como recordaba al principio, se pone a prueba la igualdad en base a otra reivindicación, la de las diferencias. Las diferencias que se derivan del giro hacia la desestandarización de las relaciones de trabajo y de la creciente falta de homogeneidad de los intereses que piden ser representados por la autonomía colectiva, y las diferencias, hasta ahora, poco analizadas, de las que es portador e intérprete el multiculturalismo.

«Complejidad», se ha dicho, es el término preferido para designar estos nuevos modelos sociales, culturales y postmodernos, y los conflictos que surgen en ellos. Hay una actitud, esta sí, postmoderna, que lleva a considerar los conflictos no resolubles y a neutralizar por esto la mirada crítica que nos presentaba como otros tantos retos, o bien, como problemas en espera de una solución política. (Habermas, 1999, p. 30). Si se quiere mantener esta mirada crítica e intentar transformar el diagnóstico de estos conflictos en otros tantos retos políticos, es necesario adaptar el discurso jurídico sobre la igualdad a las nuevas premisas que la ruptura de la organización moderna nos coloca delante. Esto es posible porque la igualdad misma es compleja, no menos que la nueva modernidad que debería abrirle camino. Lo demuestra concretamente el desarrollo del concepto de discriminación indirecta, que se une al perfil diferenciador de la igualdad, es decir, a aquel que impone tratar en modo desigual al desigual y que mira a la dimensión de grupo de la desigualdad social.

Es por esto que ha sido cuanto menos un visionario quien, como Massimo D'Antona, ha creído que la misma igualdad podría ser la respuesta al desafío de la diferencia. En primer lugar, porque «restituir al trabajador cuotas de

libertad contractual puede ser peligroso si no son continuamente producidas las condiciones de igualdad en la negociación». En segundo porque «el pasaje obligado para una adecuación del Derecho del Trabajo rónimo al desafío de la individualización es [...] una *concepción distinta igualdad*», una igualdad entendida como «igual oportunidad de escoger mantener, también en la relación de trabajo, la propia y diferente identidad propia y personal proyecto de vida». Y, en tercer lugar, porque la solicitud una distribución igualitaria de los derechos por parte de la contratación lleva al «constitucionalismo y a los modelos de la democracia política que lleva del mismo modo a la igualdad (D' Antona, 1991, pp. 485-487

Cada una de estas afirmaciones alude a una posible solución de las cuestiones principales sobre las que discute actualmente la comunidad jurídica, o anticipa otras cuestiones sobre las que necesariamente discutirá años venideros. Y al mismo tiempo, abre interrogantes más amplios. ¿Cada punto de equilibrio entre libertad individual y garantía de igualdad sustantiva que consiente abandonar la vieja lógica paternalista de la tutela del contrato débil sin caer en el «falso contento» de los dogmas neoliberales? ¿Efectivamente la noción de discriminación indirecta, en la que está implícita la distinción no sólo de comportamientos de *non facere*, sino también de comportamientos de *facere*, conlleva modificaciones concretas de las estructuras sociales (en nuestro caso de la estructura empresa) tales que no sólo tolere sino que revalorice la diversa identidad subjetiva? ¿Hasta qué punto el Derecho del Trabajo debe secundar la exigencia de iguales derechos culturales, separados de la cultura de la mayoría, sin romper los lugares de trabajo, principios de los centros donde se ubica el nacimiento de la solidaridad y la cohesión social, la reivindicación orgullosa de la originalidad de la representación sindical (como forma de organización de intereses, distinta de la representación política, «expresión de autogobierno social» (según la más clásica reconstrucción pluralista del fenómeno sindical) (Napoli 1999) puede prescindir, frente a la puesta en discusión por parte de la minoría o de los *outsiders* del fundamento de la legitimación de la representación sindical, del método de la democracia política, que se ha demostrado históricamente capaz de garantizar la legitimidad en virtud de sus características procedimentales, y de la cual la igualdad es también parte?. Y ¿en qué modo se deberá articular el método democrático en relación a quién, entre los representantes, y dentro o fuera de la organización sindical?

Son éstas las cuestiones que hoy evocan la discusión sobre la igualdad en el contrato de trabajo, y por estas razones «aquí y ahora, el tema de la igualdad es todo uno con el de la racionalidad – de la justificación, del fundamento incluso, podríamos decir, en el Derecho del Trabajo» (D'Antona, 1992, p. 5

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Accornero A. (1992), *La parabola del sindacato italiano*, Bologna, Il Mulino

- Barbera M. (1991), *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, Gluffrè.
- Barbera M. (1994), *La nozione di discriminazione*, in *Legge 10 aprile 1991*, n. 125 (1994).
- Baylos A. (1998), *Eguaglianza, uniformità e differenza nel diritto del lavoro*, in *Diritto lavoro alteità. Figure della diversità e modelli culturali* (1998).
- Bellamy R. (1994), *Tre modelli di cittadinanza*, in *La cittadinanza* (1994).
- Castelvetri (1995), *L'obbligo di correttezza come limite esterno alle prerogative imprenditoriali e alla gestione collettiva degli interessi dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, pp. 453 ss.
- Castelvetri L. (1998), *Contratto di lavoro e qualità totale*, in *q. Riv.*, pp. 431 ss.
- Castiglione S., Guastini R., Tarello G. (1988), *Introduzione teorica allo studio del diritto*, 5ª ed., Genova, Ecig.
- Chieco P. (1996), *Le Sezioni Unite e la parità di trattamento: gli equivoci del nuovo diniego della Cassazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, II, pp. 777 ss.
- D'Antona M. (1991), *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1991, pp. 455 ss.
- D'Antona M. (1992), *Uguaglianze difficili*, in *Lav. dir.*, pp. 597 ss.
- D'Antona M. (1993), *In ricordo di Ugo Natoli*, in *q. Riv.*, n. 4, pp. 79.
- De Luca Tamajo R. (1997), *Prefazione a Santucci* (1997).
- Del Punta R. (1995), *Parità di trattamento e autonomia collettiva*, in *Riv. it. dir. lav.*, II, pp. 325 ss.
- Del Punta (1996), *Parità di trattamento e clausole generali nel rapporto di lavoro: un nuovo intervento delle Sezioni Unite*, in *Giust. civ.*, 1996, I, pp. 1913 ss.
- Del Punta R. (1996), *Parità di trattamento e clausole generali nel rapporto di lavoro: un nuovo intervento delle Sezioni Unite*, in *Giust. civ.*, I, pp. 1908 SS.
- Diritto lavoro alterità. Figure della diversità e modelli culturali* (1998), a cura di F.A. Cappelletti, L. Gaeta, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane.
- Dumont L. (1984), *Homo aequalis. Genesis e trionfo dell'ideologia economica*, Milano, Adelphi.
- Ferrajoli L. (1998), *Diritti fondamentali*, in *Teoria Pol.*, pp. 3 ss.
- Ferraro G. (1991), *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, pp. 159 ss.
- Gianformaggio L. (1996), *Eguaglianza formale e sostanziale: il grande equivoco*, in *Foro it.*, I, cc. 1961 ss.
- Guastini R. (1992), *La grammatica di «eguaglianza»*, in *Lav. dir.*, pp. 205 ss.
- Habermas J. (1999), *La costellazione pos-nazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, Milano, Feltrinelli.
- Habermas J., Taylor C. (1998), *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Milano, Feltrinelli.
- La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti* (1994), a cura di D. Zolo, Roma-Bari, Laterza.
- Legge 10 aprile 1991*, n. 125. *Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro. Commentario sistematico* (1994), a cura di N. Ballestrero, T. Treu, in *Nuove leggi civ. comm.*, pp. 1 ss.
- Liebman S. (1995), *Funzione giuridica del contratto collettivo e principi di parità*, in *Riv. it. dir. lav.*, II, pp. 335 ss.
- Lyon Caen A. (1990), *L'égalité e la loi en droit du travail*, in *DS*, pp. ss.
- Lombardi G. (1970), *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, Utet.
- MacIntyre A. (1988), *Dopo la virtù*, Milano, Feltrinelli.
- Mazzotta O. (1990), *Parità di trattamento e autonomia collettiva: dal mercato economico al mercato giudiziario*, in *Foro it.*, I, cc. 2887 ss.
- Mazzotta O. (1993), *La resistibile ascesa della parità di trattamento rapporto di lavoro*, nota a Cass. Ss.Uu., 29 maggio 1993, n. 6031, in *F. it.*, 1993, I.
- Mengoni L. (1996), *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, in *Ermenetica e dogmatica giuridica*, Milano, Giuffrè.
- Napoli M. (1980), *La stabilità reale del posto di lavoro*, Milano, Angeli.
- Napoli M. (1995), *Contratto e rapporti di lavoro*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, Giuffrè.
- Napoli M. (1999), *Sindacato*, in *Digesto*, IV Ed, vol. XVI comm., Tori Utet.
- Peces-Barba G. (1993), *Teoria dei diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè.
- Pedrazzoli M. (1999), *Dal lavoro autonomo al lavoro subordinato*, in *Atti di giornate di studio di diritto del lavoro*, Salerno, 22-23 maggio 1999, Milano, Giuffrè.
- Persiani M. (1966), *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, Cedam.
- Persiani M. (1995), *Diritto del lavoro e razionalità*, in *Arc. dir. lav.*, n. 1.
- Rodotà S. (1969), *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, Gluffrè.
- Romagnoli U. (1994), *Eguaglianza e differenza nel diritto del lavoro*, in *Giur. dir. lav. rel. ind.*, n. 3, pp. 545 ss.
- Santucci (1997), *Parità di trattamento, contratto di lavoro e razionalità organizzative*, Torino, Giappichelli.
- Scarpelli (1993), *Lavoratore subordinato e autotutela collettiva*, Milano, Gluffrè.
- Scarpelli F. (1996), *Iniziativa economica, autonomia collettiva, sindacato giudiziario*, in *Lav. dir.*, pp. 15 ss.
- Scognamiglio R. (1989), *Considerazioni sulla sentenza n. 103/89 della Corte Costituzionale in tema di parità di trattamento retributivo dei lavoratori subordinati*, in *Mass. giur. lav.*, pp. 127 ss.
- Sen A. (1986), *Sciocchi razionali: una critica dei fondamenti comportamentistici della teoria economica*, ora in *Scelte, benessere, equità*, Bologna, Mulino.
- Treu T. (1974), *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, Milano, Angeli.
- Veca S. (1991), *Questioni di giustizia*, Torino, Einaudi.

- Ventura L. (1984), *Il principio di eguaglianza nel diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè.
- Walzer M. (1987), *Sfere di giustizia*, Milano, Feltrinelli.
- Zoli C. (1997), *Subordinazione e poteri dell'imprenditore tra organizzazione, contratto e contropotere*, in *Lav. dir.*, pp. 241 ss.

MERCADO DE TRABA