

(UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA)

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

ESPECIALIZACION EN DERECHO SOCIAL

DIRECTOR: DR. RICARDO JESÚS, CORNAGLIA.

JURADO: RICARDO CORNAGLIA - JUAN IGNACIO ORSINI, JUAN AMESTOY.

PRESENTA: TRABAJO FINAL INTEGRADOR (TESIS DE POSTGRADO)

.....

TITULO: “DISCRIMINACION OBJETIVA:

EL DESPIDO SIN CAUSA COMO ACTO DISCRIMINATORIO”

(Bases para una Teoría General de los Derechos Humanos)

ESTADO: APROBADO (DISTINGUIDO)

FECHA: 26/02/2019

.....

DIRECTOR: MOISÉS, MEIK.

AUTOR: GASTÓN L. MEDINA.

AÑO: 2019

.....

SUMARIO: I. Introito. I.1.- Sobre la concepción humanista y el precepto “pro-homine”. I.2.- La dialéctica engañosa del poder. II.- Bases y puntos de partida del desarrollo teórico. Conceptos centrales. II.1.- Discriminación: noción vulgar y técnico-jurídica. Afectación a la dignidad como fin supremo de realización humana. II. 2.- La discriminación jurídica y su configuración objetiva. Presupuestos configurativos. II. 3.- Sobre el nivel de realidad axiológico consustancial a la dignidad. III.- El despido sin causa como acto discriminatorio. Formulación de la hipótesis científica. IV.- El tratamiento legal y jurisprudencia del despido en Argentina y en Derecho Comparado. Los grados de ineficacia del despido sin causa en el Estatuto de los Trabajadores de España e Italia. La doctrina de la nulidad radical en el Tribunal Constitucional Español y su recepción por la reforma a la Ley de Procedimiento Laboral Española. V.- El protocolo de San Salvador: La opción por la restitución in natura (Nulidad, readmisión y reparación de perjuicios) en el Derecho Internacional-internalizado. VI.- La doctrina de la Corte Nacional en el fallo “Pellicori”: La prueba indiciaria. VII.- La doctrina de los fallos “Alvarez” y “Gaspar”: Comentario crítico. VIII.- El fallo “Lagos del Campo” de la Corte I.D.H. IX.- El fallo “Varela” de la nueva Corte Nacional: ¿Progreso o regreso? X.- Confirmación de la hipótesis: Formulación de la tesis científica. XI.- Doctrina autoral analizada. XII.- Doctrina jurisprudencial analizada.

Resumen:

El presente estudio, parte de la afirmación categórica, según la cual todo despido sin causa es un acto jurídicamente discriminatorio y, por ello, inconstitucional y nulo. Para así decir, re-significa términos como dignidad y discriminación, conforme un sentido estrictamente jurídico y, a la vez, elabora y elucida el concepto central de “discriminación objetiva”, indicando cuales son los elementos esenciales para su configuración.

En dicho afán, deja asentadas las bases y puntos de partida para una teoría general de los derechos humanos, que sirva de piedra angular a una futura jurisprudencia y, quizás, a una reforma legislativa, considerada necesaria para la protección legal de los derechos humanos en general y de los derechos humanos específicos laborales, como el derecho “al trabajo” y a la “estabilidad en el mismo”. Finalmente, la tesis confirma el enunciado científico inicial, según el cual, todo

despido sin causa es un acto discriminatorio, toda vez que, teniendo por causa, objetiva y real, la condición de asalariado de todo trabajador subordinado, sí y sólo sí, resultará lesivo del valor dignidad, entendido como el valor-fin supremo de realización humana.

I. Introito:

I.1. Sobre la concepción humanista y el precepto “pro-homine”.

En lo personal, hace tiempo que he dejado de creer en el mundo¹; permítaseme, al menos, seguir creyendo en el Derecho: ese invento del Hombre hecho a la sombra de la Justicia.

No se nos prive de creer, en los grandes ideales jurídicos, como aquel según el cual, al Derecho le interesa la Persona Humana, siendo ésta in-escindible del valor dignidad, que encuentra su asidero natural en el plano de lo sagrado (absoluto); configurando un límite insoslayable, inviolable, al mundano poder; del mismo modo que el “*Pomerium*” -recinto sagrado de la “*civitas*”-, aquello por lo que todo romano era capaz de morir o de matar-, era asimismo, aquel límite infranqueable que no podía traspasarse en armas, por ninguna razón de mundano poder.

¿Acaso no hemos leído suficientes impurezas y viciosas comprensiones del Derecho, mediante teorías pretendidamente “puras”, que más que neutralidad, proclamaron a cuatro vientos la amoralidad jurídica; como si el Derecho fuera algo igual a un teorema matemático o a un silogismo de la pura razón?²

¹ En el sentido teológico del término. Así, 1. Juan 2:15-16, cuando dice: “*15 No améis al mundo, ni las cosas que están en el mundo. Si alguno ama al mundo, el amor del Padre no está en él. 16 Porque todo lo que hay en el mundo, los deseos de la carne, los deseos de los ojos, y la vanagloria de la vida, no proviene del Padre, sino del mundo*” (Santa Biblia, op. cit.)

² El Derecho, no sólo es sistema de pensamiento (lógica), también lo es de valores. De modo que no puede hablarse en sentido propio de neutralidad. En su sentido impropio, al que refiere la obra de Kelsen cuando promueve un Derecho desprovisto de toda ideología política, de toda moral, de toda fe, etc, como “ideal jurídico”, creemos que tampoco

Porque, como nos ha enseñado el maestro Di Pietro (1933-2015):

“...El ordenamiento que resulta del Derecho, de ninguna manera es, como lo pretende la ciencia positivista jurídica de nuestro tiempo, el resultado de un mero pensar humano” (...), sino “el ámbito ambivalente de lo divino y de lo humano” (...) “a fin de lograr la armonía sagrada”. (Di Pietro Alfredo, 2014:399) (...) No es aquello que sostienen quienes “...Viven y pretenden hacer vivir a los demás en los juegos lingüísticos del logos humano. Cicerón mismo se sentiría sorprendido en un mundo semejante. Silencioso y oscuro. Donde el silencio se forja por el amontonamiento de múltiples ruidos y la obscuridad está urdida por los “fuegos fatuos” de tantas luces.” (Di Pietro, Alfredo, 2014:129).

Por ello, permítaseme seguir confiando en la esencia humanista del Derecho; en una de sus más claras manifestaciones, como lo es el precepto *“pro-homine”*, a saber: el ideal humanista que ordena al poder, en todas sus formas y expresiones, cualquiera sea su rostro, público o privado, estar siempre a favor del Hombre y su dignidad.

Según cuenta Comenius -1592-1670- (1986: Cap.I:1), en el frontispicio del templo de Apolo (Oráculo), en la isla de Delfos, yacía grabado en oro la siguiente frase: *“Conócete a ti mismo, y conocerás a los Dioses y al Universo”*. Aforismo, que dicho pensador atribuye al poeta griego Píndaro -518 a.C- 438 a.C-.

La célebre frase, constituye una verdadera elipsis, metafísica y universal; que es juicio de valor sobre la condición humana. Una visión global del “Hombre” y del “Mundo”: una auténtica cosmogonía, para la que el Hombre es, necesariamente, parte inseparable de la Naturaleza, con la que se integra, complementa, interactúa; compartiendo su misma esencia y cifrando en su nombre todos los ocultos saberes del Universo, del mismo modo que yacen, secretamente ínsitos, en la memoria de la pequeña semilla, todos los atributos de la esbelta araucaria.

corresponde esa calificación, puesto que toda manifestación jurídica, está siempre determinada, por una coyuntura social, política, religiosa, económica, etc, que actúa como factor determinante. Sobre el tema, remitimos a lo dicho en “La fuente de Derecho Romano ante el hecho social”, en bibliográfica consultada.

Que, así, lo sintieron los ciudadanos de Roma, cada vez que se posaba en sus labios el vocablo “*res*” que, sin duda alguna, significaba mucho más que las simples cosas del mundo. Que, así, lo sintieron los campesinos de Roma, cada vez que, encorvados sudorosos sobre el negro y fértil surco de la tierra, realizaban el “*labor Improbus*”³.

Como lo ha dicho en Roma Publio Terencio Afro -194 a.C-159 a.C-, comediante latino, estoico y miembro de la escuela de Escipión: “*Homo sum: nihil humani a me alienum puto*”, esto es, “Hombre soy: nada de lo Humano me resulta ajeno”. Y, con brillante sentido trágico, invocó al Humanismo como visión Universal en la cual, un hombre es, al mismo tiempo, todos los Hombres del mundo y, por qué no, como recordara Comenius al griego poeta Píndaro: el recinto sagrado de los secretos de la Creación.

Empero, a pesar de esta belleza y claridad primigenias, el Humanismo fue tergiversado por la sociedad industrial y de masas que, haciendo del Hombre una cosa le dio trato de tal, convirtiéndola en el engranaje de una vasta e inabarcable máquina (llamada hoy globalización); creando de este modo, al decir de Ernesto Sábato (1911-2011), citando a Nicolás Berdiaeff (1874-1948), “*una sola y gigantesca paradoja: la deshumanización de la Humanidad*”.

Y así, des-placentado⁴, camina el Hombre moderno por el mundo, errante y moribundo, entre la vida y la muerte, a medio morir... enajenado ¡Cuántas cosas

³ La expresión “*labor improbus*”, llega a nosotros de boca de uno de los poetas latinos más geniales, Virgilio; quien acuñó en su obra la expresión “*labor omnia vincet improbus*”, que quiere decir, “*el trabajo constante todo lo vence*”. Pero, merece asimismo una comprensión más profunda, en la que el trabajo tenaz y continuo (*labor improbus*), es el modo de integración humana con la naturaleza, en un auténtico encuentro de enriquecimiento recíproco. En la agricultura, el campesino participa sembrando la semilla y cuidando de la planta, mientras que la tierra (*Mater Tellus*) lo hace, dejándose fecundar y ordenar por aquel hasta su más pleno desarrollo. Así, la tierra es dócil a la acción del hombre, quien siempre asume y acepta el deber de respetarla. Henos aquí, ante el fundamento del genuino “ecologismo” (neologismo anacrónico mediante) que caracterizó a toda la cosmogonía o visión del mundo, antigua.

⁴ En el sentido de desarraigado de su matriz natural.

sagradas nos han sido arrancadas de nuestro puño apretado, desde que el hombre es Hombre! Como si el ser humano fuera una cosa más, y no la razón de ser del sistema jurídico.

Hoy, en el campo del positivista jurídico moderno; en el marco inconmensurable de la moral de mercado y la sociedad de consumo; en la abstracción fantasmal y anónima del capital globalizado, sólo resulta posible hablar de ideales o valores supra-positivos o supra-legales, como son la vida; la indemnidad; la igualdad; la libertad; la educación; el trabajo; la felicidad; sí y sólo sí, haciéndolo desde el valor de “lo absoluto”. Sí, “lo absoluto”; aunque para los tiempos que corren, éste sea – como ocurre con “sagrado”- un adjetivo proscrito y confinado al libro negro de las palabras.

Y, tal confinamiento, se debe a la moral materialista que nos rodea y nos impregna de su propia matriz de conocimiento. Una “moral” de “resultado”, más que de “medio”; de “lo relativo”, más que de “lo absoluto”; en la cual lo único sagrado parecen ser la razón y el dinero, ambos conceptos amorales. Una “moral” flexible y fluctuante, adaptable a las exigencias del mercado.

Por lo contrario, “lo absoluto” limita, contiene, restringe... pero, por sobre todo, protege la digna condición humana.

Por todo ello, la Corte de Justicia de la Nación, a buena hora, ha echado mano a este precepto que nos inquieta, para limitar de modo “absoluto”, esto es, sin excepción legal alguna, poderes pretendidamente incontrastables -como el poder político o el económico-, cuando esté en juego el respeto y la defensa de la dignidad de la Persona Humana. Dignidad, que no se halla definida en las leyes positivas, no sólo porque no es esa la función de las leyes, sino porque asimismo, pertenece al campo de las creencias y valoraciones íntimas y profundas de un pueblo, del mismo modo que en Roma, las “*mores maiorum*”, mientras representaron los vivos anhelos del “*cives romanorum*”, fueron como un consejo de sabios ancestros que, transmitidos generacionalmente, a través de gestos y de palabras, no conocieron el frío papel de los digestos ni de los códigos.

Así, el precepto "*pro-homine*" y su sentido a favor de la dignidad del Hombre, representa la expresión más clara de la vocación siempre Humanista del Derecho romano y de todo el Derecho moderno y contemporáneo de tradición romanista.

Vocación, que confiere al Hombre, el absoluto valor de los "fines", a cambio del relativo valor de los "medios o instrumentos"; constituyendo una interpretación teleológica del Ser, meta-jurídica y supra-positiva, sobre la base del absoluto valor de la dignidad.

Ya, el Corpus Justiniano, nos habló de la "*Opinio Iuris Comune*", es decir, de la conciencia jurídica universal, que es la misma que se manifiesta mediante la globalización jurídica o mundialización del Derecho. Conciencia universal, que ha sido expresada por los máximos tribunales de Justicia de la Nación y del mundo, como "*Ritmo universal de la justicia*" (CSJN, fallo "*Rusich*, 1938), o como "*Ritmo Universal de los Derechos Humanos*" (CSJN, fallos "*Vizotti*", 2004; "*Aquino*" 2004; "*Madorrán*" 2004; "*Alvarez*", 2010; "*Ledesma*", 2014, entre tantos otros).

En la República Argentina, la reforma constitucional del año 1994, permitió la consolidación y profundización de la concepción "*pro-homine*", lo cual, impregnó de unívoco sentido y unidireccional tutela a todo el sistema normativo argentino, al consagrar de modo insoslayable una "*ratio-humanitas*" que, por vía del control constitucional y convencional de razonabilidad (arts. 28 y 75 inc 22 y 23 de CN) trastocó, el tradicional sistema jerárquico piramidal (art 31 de la C.N.), por un nuevo sistema de preeminencia de la ley o principio que mejor proteja la dignidad humana. Fundando así, un nuevo sistema que podríamos llamar: Orden Público de la Dignidad.

Y, dicho orden, también es consecuencia del fenómeno de Globalización o Mundialización del capital que, más allá de sus innegables males para la Humanidad, ha significado desde lo jurídico, un límite insoslayable al poder desmesurado del mercado; una cura compensatoria; un antídoto extractado del propio veneno.

Siguiendo el sentido y alcance que, a la idea "*pro-homine*", hemos atribuido en los

párrafos precedentes, la Corte de Justicia de la Nación, se ha expresado en numerosos pronunciamientos judiciales, en defensa de la dignidad de la persona ante el poder del mercado.

Así, uno de los primeros precedentes, fue el célebre caso “*Vizzoti*” (2004), cuando dijo:

“(...) Puesto que, si de ésta se trata, resulta claro que el hombre no debe ser objeto de mercado alguno, sino señor de todos éstos, los cuales sólo encuentran sentido y validez si tributan a la realización de los derechos de aquél y del bien común. De ahí que no debe ser el mercado el que someta a sus reglas y pretensiones las medidas del hombre ni los contenidos y alcances de los derechos humanos. Por el contrario, es el mercado el que debe adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad(...)” (CSJN, 2004, “*Vizzoti*”).

En igual orden de ideas, la Corte se expresó in re “*Alvarez*” (2010), cuando falló:

“(...) admitir que los poderes (...) determinen la medida y alcances de los derechos humanos (...) importaría, pura y simplemente, invertir la legalidad que nos rige como Nación organizada y como pueblo esperanzado en las instituciones, derechos, libertades y garantías que adoptó a través de la Constitución Nacional. Por lo contrario, son dichos poderes los que habrán de adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad”. (CSJN (2010) “Alvarez”)

Porque sólo así, mediante esta inteligencia, el Derecho se ennoblece a través de su tarea de ser un límite, justo y razonable, al inhumano desarrollo de las fuerzas productivas y políticas.

I.2. La dialéctica engañosa del poder.

El resultado de la tensión histórica existente entre los sectores sociales -sector dominante y sector subordinado- constituye la síntesis cultural de un pueblo dado, en un lugar y tiempo determinados.

De tanto en tanto, inexorable como el paso del tiempo, el cambio cultural resurge de su aparente letargo, y el hombre es testigo de un nuevo paradigma. Para que ello sea posible, el péndulo del poder, que nunca descansa, debe cesar su marcha - aunque sólo de suspender se trate- sobre el sector subordinado que configura la resistencia.

Sin embargo, no todo cambio es siempre, genuino sentir de fuerzas emergentes. No toda idea reformista, conlleva progreso social, en el sentido de afianzamiento y optimización, con vocación creciente, de condiciones culturales, sociales, económicas y jurídicas, necesarias para la plena realización de la digna condición humana.

Si la función histórica del Derecho, como sistema de pensamiento, ha sido asegurar el mantenimiento de las instituciones sociales y jurídicas que sustenta a la constitución política,⁵ con mayor intensidad, hubo de manifestarse dicho devenir en el campo del Derecho del Trabajo, cuyo dato sociológico insoslayable fue, desde sus orígenes, la asimetría social representada por el binomio “asalariado-capital”.

De este modo, nos sobran motivos para desconfiar de los eventuales cambios político-jurídicos que nos ofrece la llamada dialéctica histórica,

Quizá, por esa razón, el cambio real y paradigmático, deba provenir de fuera del sistema jurídico, en un plano cultural profundo que lo mantenga vinculado a las raíces valorativas más íntimas del pueblo, en permanente sintonía con la idea la dignidad de la persona, como valor supremo de todo el sistema cultural y jurídico. Y, tal idea, sólo parece posible, desde fuera de la moral burguesa.

Pero –como anticipamos- la cultura hegemónica también se nutre de la idea reformista, aunque con distinta finalidad; como un mecanismo auto-defensivo. Y,

⁵ Siguiendo a Foucault, para quien la elaboración del pensamiento jurídico se hizo, esencialmente, en función del poder.

operando desde la superficie de la estructura; afectando únicamente elementos secundarios y accesorios, garantiza el mantenimiento y conservación de los elementos sustanciales subyacentes, en que se apoyan las relaciones de poder establecidas; generando (sólo aparentalmente) un cambio que, en efecto, consiste en la ficticia innovación, vital al mantenimiento de sus fuerzas. Un modo de pensar (racionalismo); de sentir (moral burguesa) y de actuar (liberalismo), en la vida social, que asegura su continuo devenir.

Así, la regla de Tancredi⁶ seguirá -intacta- su devenir histórico, hasta que el permanente esfuerzo de la comunidad de operadores jurídicos (estudiantes, abogados, docentes, juristas, jueces), mancomunados por la justa causa de cumplir las exigencias culturales de su tiempo, hagan realidad, la mal llamada utopía de la estabilidad real; deteniendo, sobre ella, el péndulo su curso.

La observación del devenir histórico del Derecho (*rectius*: del poder), nos muestra claros ejemplos de *pseudos* cambios culturales, a saber:

En la antigua Roma, el paso del régimen monárquico al republicano, no tuvo por motivación real la democratización del poder político ni la justicia social, sino la reinstauración de la hegemonía del patriciado latino mediante la caída de la casa etrusca Tarquina⁷.

La esclavitud, no fue legalmente prohibida por razones morales ni religiosas -que sí sirvieron de fundamento a su derogación-, sino por la necesidad de celebrar un nuevo pacto social que, a instancia del sector subordinado y fruto de una nueva consciencia, asegure la continuidad de la apropiación de la fuerza de trabajo ajena y la alienación del producto de esa fuerza en favor del capital.

Por idénticos motivos, el antiguo sistema feudal medieval sobre su trípode “religión-nobleza-ejército”, fue derogado por la revolución burguesa-masónica de fines del siglo XVIII, a fin de que las fuerzas económicas de producción quedaran en falsa

⁶ Personaje de la obra ‘El gatopardo’, de Giuseppe Tomasi de Lampedusa, quien sostenía la necesidad de cambiar todo para que nada cambiara.

⁷ Tarquina, era la casa dinástica - estirpe real – de los últimos reyes de Roma, inclusive la de su último *Rex*, bautizado por la revolución reaccionaria con el mote de “el soberbio”.

simetría de poder y, libertado el siervo del yugo del señor, quedara también, expuesto a la libre explotación de las fuerzas productivas mediante un negocio jurídico que lo obligara a vender su fuerza de trabajo al precio vil de su necesidad vital, perdiendo para siempre, la natural propiedad que todo trabajador merece, sobre el fruto del sudor de su frente⁸.

Como bien lo expresa y enseña el maestro Meik: *“La revolución francesa consagró derechos fundamentales del hombre frente al absolutismo monárquico; la libertad, igualdad y fraternidad fue una conquista del pueblo, luego la forma de representación política y la concentración de la riqueza hizo que la mayoría de la población quedara alejada de la lógica con que la democracia representativa garantizaba esos derechos del hombre, que expresados individualmente no tenían el mismo peso en la balanza frente a los que detentaban el dominio de los bienes de la producción”* (Meik, Moisés, 1. 2007: 3)

La ausencia de una legislación procesal laboral, eficaz y adecuada a la asimetría de poder y sus conflictos, es también un claro ejemplo del mecanismo reaccionario del sector dominante. Qué sentido tiene, por caso, enaltecer al principio protectorio si, en la realidad concreta del proceso, no es aplicada su virtud igualadora con acabada amplitud y marcada contundencia.

El reconocimiento de la titularidad del derecho de huelga, a partir de las Asociaciones Sindicales simplemente inscriptas (CJN; “Orellano”; 2016), sin hacerlo extensivo a todo colectivo que, informal pero seriamente, luche por el respeto de sus derechos más fundamentales, es otro caso de auto-conservación reaccionaria⁹.

⁸ Los antiguos romanos, denominaban con el vocablo “res”, a la particular relación dada entre el Hombre y las cosas. Vinculación, que se proyectaba sobre los frutos del trabajo con más razón y, cuya índole, era espiritual más que material; meta-física, antes que física o corporal. He aquí, la impronta insoslayable del rito sacro-jurídico en el *Ius Quiritum* o derecho arcaico romano, ya que de su realización dependía la eficacia del acto, que era medida, en términos espirituales o metafísicos. Y, este vínculo sacro, entre el hombre y la cosa, que estaba regido por el “fas”, era la base del señorío jurídico sobre esta, es decir, del “ius”.

⁹ En el marco de la audiencia “*Amicus Curiae*”, convocada por la Corte Nacional, previo a

En relación al tema del presente estudio, igual alcance y consideración merece, la postura de la Corte Nacional a favor del reconocimiento de la facultad de despedir sin causa, siempre y cuando, no haya un móvil discriminatorio (CJN; “Alvarez”: 2010), comprobable a nivel indiciario (CJN; “Pellicori”: 2011), es otro ejemplo más de aparental progreso. Doctrina, que la Corte con su nueva integración, ha venido a confirmar, en reciente fallo¹⁰, al decidir que el mentado derecho de todo empleador a despedir sin causa, encuentra fundamento en la garantía de libertad contractual que, al tener rango constitucional (art 14 y 17 CN), resulta de reconocimiento y tutela insoslayables (CJN; “Varela”; 2018).

Asimismo, en materia de tutela sindical, las ideas de “actividad sindical relevante”; “cuestión sindical” u “opinión gremial” que, *prima facie* se nos muestran como progresistas, son casos de pseudo-dialéctica del poder que, en rigor, coadyuvan a la restrictiva nulidad de los despidos discriminatorios antisindicales¹¹, que vacían de contenido a la garantía de libertad sindical de los art 14 bis de C.N, y arts. 47 a 52 de la ley 23551 de Asociaciones Sindicales.

Así las cosas –sin caer en futurología- la tacha de inconstitucionalidad sobre cualquier sentencia o norma que pretenda reconocer el “derecho humano al trabajo con estabilidad real”, en el sector privado, puede preverse con meridiana claridad.

Sentado lo dicho, proclamamos la importancia social del rol del juez del trabajo en esta hora de la historia, puesto que será, su ámbito natural del proceso, la puerta de acceso hacia la reforma de fondo (sustancial) de los institutos jurídicos; así, como otrora, supo hacer el “*praetor*” republicano, al adecuar el vetusto y rígido “*ius*

decidir en el caso “Orellano” (2016), expuso –en clara y contundente forma- su tesis, el maestro Ricardo Jesús Cornaglia, para quien el derecho de huelga configura un “derecho subjetivo de incidencia colectiva” que, puede o no, ser ejercido colectivamente. La Corte Nacional, en su fallo, no receptó tal postura, sino que sostuvo que dicho derecho configura una facultad jurídica reservada a los “gremios”, es decir, a las asociaciones sindicales formalizadas mediante su inscripción en un registro especial (doc. art 14 bs C.N).

¹⁰ Nos referimos al fallo de la CJN, in-re “Varela c/ Disco”, que será comentado en acápite especial.

¹¹ Los fallos “Gaspar” (CNT) y “Varela” (CJN) que, en acápite a parte se comentarán, son una clara prueba de esa argumentación.

quiritum", al innovador y justo, "*principium aequitas*".

Pues, ¡que así sea!

II.- Bases y puntos de partida del desarrollo teórico. Conceptos centrales.

Corresponde, sentado lo expuesto, desarrollar el fundamento teórico de la presente tesis científica.

II.1. Discriminación. Noción vulgar y técnico-jurídica. Afectación a la dignidad como fin supremo de realización humana.

La afirmación según la cual, la condición humana está llamada a su pleno desarrollo, es el fundamento del concepto jurídico de dignidad¹².

La dignidad, así comprendida, es un valor connatural e inherente a la condición humana, que refiere siempre a la consideración del hombre como fin en sí mismo que, no sólo debe ser reconocido desde su concepción, dentro o fuera del seno materno (art 19 CCyCN), en cualquier circunstancia (art 51 CCyCN), sino que a la vez, debe ser promovido y garantido al pleno desarrollo de sus potencias físicas y espirituales; a su máxima realización como persona.

Y ello, a pesar de que la ciudadanía haya aceptado una realidad distinta a la signada por tan noble ideal, acostumbrándose sin quejarse y sin perplejidad, a dedicar la mayor parte de su vida, a trabajar para sobrevivir, olvidándose muchas veces de vivir, y muchas más, de hacerlo plenamente.

Así, esta vocación de máximo desarrollo de la persona, que es un gran valor y que llamamos dignidad, puede ser definido, jurídicamente, como el fin supremo de realización humana.

Cuando, con justa razón, se dice del Derecho que es humanista, se está afirmando, en rigor, que ha hecho del valor dignidad el bien jurídico supremo en la escala

¹² Esta idea es fundamental para la cabal comprensión de la presente tesis.

axiológica de todos sus bienes jurídicos. No habiendo otro bien¹³, en todo el sistema, mejor reconocido ni mayormente protegido, que la dignidad de la persona humana¹⁴.

Ahora bien, sentado ello, como ocurre con todo valor, la dignidad también tiene su contravalor o valor opuesto que, pensamos se halla, en el dis-valor discriminación. Pero, qué debemos entender por discriminación en el ámbito jurídico.

La acción y efecto de discriminar, son definidos por la Real Academia Española (R.A.E), como “...dar trato de inferioridad a una persona o colectividad...” (2007:237).

Si bien, la definición expresa el significado vulgar y genérico del término, lejos está de constituir su concepto jurídico, para lo cual, resultan menester un análisis específico.

En el mundo del Derecho, o se es persona, o se es cosa, sin que medie entre ambas categorías jurídicas, status o posiciones intermedias¹⁵, al menos, en lo que respecta a la tradición jurídica continental europea.

A su vez, ambos status se hallan en relación jerárquica, en la cual, la persona se encuentra por encima de las cosas, entendidas, como todo aquello que reviste utilidad para aquella, esto es, que sirva a la satisfacción de sus necesidades e intereses lícitos. El binomio sujeto-objeto, se nos presenta así, como una relación jerárquicamente establecida¹⁶.

¹³ En el sentido de todo interés humano lícito o no reprobado por el Derecho, sea patrimonial o extra- patrimonial.

¹⁴ La garantía de inviolabilidad de la persona humana es la más férrea y absoluta de todas las garantías jurídicas, tal cual surge de la comprensión del art 51 del CCyCN.

¹⁵ El fallo de la Sala II de la Cámara de Casación Penal (de fecha 18/12/2014), que declaró a un homínido (orangután de Zumatra), como “sujeto de derecho no humano”, es una interesante innovación, sin perjuicio de lo cual, sólo se trató de un fallo aislado, fundado en doctrina autoral (libro del Dr, Zaffaroni), no en ley, y limitada a una capacidad de derecho relativa (derechos fundamentales no patrimoniales). El decisorio no “hizo escuela”; teniendo un valor meramente anecdótico, y un acontecer, claramente, extraordinario en nuestra tradición jurídica.

¹⁶ Mucha ha sido la letra de molde dedicada a hallar el fundamento más remoto de esta

Al afirmar que el Derecho moderno es humanista, equivale a aseverar que el ser humano, la persona, es la razón de ser del sistema jurídico, y no una cosa más¹⁷.

La Corte Nacional, ha receptado en su doctrina dicho estado de cosas, del siguiente modo: “(...) *Puesto que, si de ésta se trata, resulta claro que el hombre no debe ser objeto de mercado alguno, sino señor de todos éstos, los cuales sólo encuentran sentido y validez si tributan a la realización de los derechos de aquél y del bien común. De ahí que no debe ser el mercado el que someta a sus reglas y pretensiones las medidas del hombre ni los contenidos y alcances de los derechos humanos (...)*” (CJN, “Vizzoti”, 2004).

De modo que, desde el estricto sentir jurídico, el sintagma “*trato de inferioridad*” remite, como única posibilidad, a un rebajamiento del otro al sub-nivel de las cosas: a una cosificación de la persona.

Desde esta perspectiva, resulta irrelevante, la consideración jurídica de cualquier elemento subjetivo (intencionalidad) del autor del acto, ya que, como veremos más adelante, existen presupuestos de carácter objetivo atinentes a la configuración de la discriminación jurídica, como concepto técnico. Asimismo, perderá también relevancia, la nomenclatura clásica en referencia a los móviles o causales discriminatorias, como el móvil religioso, el racial, el social, el etario, el ideológico, o el sexual, entre los más citados por la legislación nacional e internacional vigente. Puesto que, en todos estos supuestos, lo que sucede a nivel jurídico, es la instrumentalización o mediatización de otra persona, con la finalidad directa e

relación. El libro del Génesis se nos presenta como uno de los textos más antiguos al respecto que, asimismo, resulta útil para reflejar el fundamento imperante en los países de tradición judeo-cristiana, según el cual, Dios, el Creador, hubo puesto el mundo a disposición del hombre, con todas sus cosas, para que lo aproveche y fructifique. Así, el mandato divino de “*dominarás la Tierra*”, parece constituirse en el fundamento primero y definitivo de la natural subordinación de las cosas al hombre y, por qué no, en la razón de ser de la propiedad privada como modalidad de apropiación de las cosas del mundo. En esta misma inteligencia, ha sido que la CJN in-re “*Vizzoti*” (2004), afirmó, categóricamente, que “*resulta claro que el hombre no debe ser objeto de mercado alguno, sino señor de todos éstos*”

¹⁷ El Corpus Justiniano decía en D.H.1.5.2: “*Hominun causa omne ius constitutum est*”, esto es, que todo el Derecho ha sido constituido por causa del Hombre.

inmediata de satisfacer un impulso, un instinto, una necesidad, o cualquier otro interés particular o colectivo, lícito o prohibido por la ley; siendo, las posibles diferencias, sólo superficiales. Así, el abanico de móviles o motivaciones discriminatorios, es muy amplio y comprensivo desde el instinto más inmoral, indecente o pervertido, pasando por lo ilícito y prohibido, hasta el impulso o la necesidad humanas, sólo reprobados por la ley (implícitamente prohibido).

En síntesis, en lenguaje jurídico, dar trato de inferioridad a alguien, es siempre, darle trato de cosa, cosificarle, rebajarlo a la categoría jurídica de la cosa.

Por su parte, el pensamiento jurídico tradicional, ha seguido la línea vulgar de significado afirmando que, para que haya discriminación en el obrar, debe mediar un móvil discriminatorio del sujeto activo/autor, es decir, una especial predisposición del ánimo o intención específica suya, (*animus discrimini*), de dispensar a otro un “trato inferior” que el que merece y debe dársele, por su simple condición de persona que, en el sistema jurídico contemporáneo, refiere a todo ser humano sin excepción¹⁸. Y, siempre y cuando, dicho trato réprobo, sea encuadrable en algún caso de la lista de móviles discriminatorios que, si bien tiene carácter enunciativo, no dejan de brindar un repertorio, a menudo, delimitante.

Sentado lo dicho, cabe ahora preguntarnos, si es correcta esta postura “subjetivista” mantenida por la doctrina autoral y seguida por la mayoría de la Jurisprudencia.¹⁹

Para hallar una respuesta, debemos adentrarnos, ante todo, en el concepto de dignidad del que, como anticipamos, la discriminación es antítesis.

Se ha dicho, con justa razón, que todo acto discriminatorio ofende,

¹⁸ Por eso se dice que la dignidad de la persona humana es “valor absoluto” y que su respeto es inviolable. En el Derecho Romano, esto no era así, pues Hombre (*homo*) y Persona (*personae*) no significaban lo mismo. Sin embargo, el Corpus Justiniano (S.VI) estableció que todo el Derecho había sido constituido por causa de los Hombres, no de la Persona, lo cual zanja toda duda respecto del alcance de la tutela del Ius, al emplear un término de mayor connotación, comprensiva de una realidad más amplia, cuya protección se halla en la Ratio Naturalis (Derecho Natural), como fundamento último de todo el Ius.

¹⁹ Son múltiples los fallos de la C.N.T. y de la Corte Nacional –muchos de los cuales serán analizados en el presente trabajo- que abordan la nulidad de despidos discriminatorios, al son de esta noción “vulgar-tradicional” o “de diccionario”

fundamentalmente, al derecho de igualdad, que también se lo llama “derecho al trato no discriminatorio”, en clara relación de sinonimia. Esta primera relación antitética entre los términos “igualdad-discriminación”, es la consecuencia de un reduccionismo conceptual que le precede, a saber: la consideración de la igualdad como sinónimo de “trato digno”.

En este sentido, la Corte de Justicia de la Nación, ha dicho que la dignidad de la persona humana es el valor fundamental sobre el que se asienta la garantía constitucional de igualdad ante la ley (art 16 y 75 inc 22 CN). Doctrina que, en fallo reciente, ha recordado: “(...) *el acto discriminatorio ofende nada menos que el fundamento definitivo de los derechos humanos: la dignidad de la persona, al renegar de uno de los caracteres ínsitos de ésta: la igualdad en dignidad de todos y cada uno de los seres humanos, de la cual deriva, precisamente, el principio de igualdad y prohibición de toda discriminación, destinado a proteger en la existencia dicha igualdad en esencia, intrínseca o inherente a aquéllos (v. Declaración Universal de Derechos Humanos, Preámbulo, primer párrafo, y art 1°; PIDESC, Preámbulo, primer párrafo; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ídem y art. 10.1, y Convención Americana sobre Derechos Humanos, Preámbulo, párrafo segundo y arts. 5.2 y 11.1, entre otros instrumentos de jerarquía constitucional (...)*” (CSJN (2014) in-re “Llerena c/ Citrus...”).

Si bien la Corte, en la cita precedente, recalca que la igualdad en dignidad es el fundamento de las demás igualdades, de ello no debe inferirse que dignidad e igualdad sean la misma cosa, ni que desigualdad y discriminación, sean sinónimos. El trato desigual, es sólo un modo -habitual y generalizado- de discriminación, pero sólo un supuesto entre muchos otros tantos, como posibilidades de lesión o daño antijurídico a cualquier derecho humano posibilite la realidad de la vida social.

De manera que, más allá de ser la igualdad un valor íntimo a la dignidad, creemos que en modo alguno agota su contenido, puesto que ésta goza, en efecto, de una dimensión axiológico-jurídica mayor, comprensiva de múltiples intereses jurídicos

fundamentales, como la vida²⁰, la salud, la libertad, la indemnidad, la educación, el proyecto o vocación personal, el trabajo y la estabilidad en el mismo, etc. Siendo la mención, sólo enunciativa de los vastos intereses humanos lícitos, que hallan fundamento en el valor dignidad, cuyo agravio, también habilita la configuración de discriminación, al importar un daño antijurídico contra derechos e intereses que comprometen el pleno desarrollo de la persona humana²¹, ofendiendo, en esos casos, al principio de indemnidad (género protectorio), previsto en el art 19 de la C.N) y a su consiguiente garantía de inviolabilidad de la persona humana (*especie protectoria*), prevista en los arts. 19, 51, 52, ss y cc del nuevo C.C.C.N.

Así, el contenido jurídico del valor dignidad, esto es, los derechos que hallen en ella su último fundamento, está configurado por todo interés humano lícito y fundamental, que resulte necesario²² a la plena realización de la persona humana. Será esta, no otra, la pauta de ponderación que determinará el juicio de discriminación a cargo del juez de la causa, o de cualquier otro funcionario competente, de intervención.

En síntesis:

Sentado lo dicho, estamos en condiciones de definir a la dignidad, como el valor que es fin supremo de realización humana; que implícito en la condición humana, posibilita su comprensión como fin en sí mismo y, a su vez, fin último de la cultura de la que forma parte el Derecho. Este es, no otro, el sentido ius-filosófico de la dignidad, al que debieran acogerse las ciencias jurídicas.

De manera que, todo acto público o privado, que restrinja, obstruya, lesione o

²⁰ Así, anticipándonos a la pregunta, el acto lesivo de la vida como el homicidio, o que implique un agravio menor, a la salud, la integridad psicofísica o espiritual, deberá ser considerado discriminatorio, en el sentido que estamos desarrollando, puesto que, en todo caso, importará una transgresión injustificada a la garantía de inviolabilidad de la persona que tutela a la dignidad, salvo que se acredite una causa legal de justificación.

²¹ Esto es, el valor dignidad, en sentido jurídico.

²² Hemos preferido no extender el concepto a los intereses “coadyuvantes”, en la convicción de que sus implicancias prácticas, podrían desnaturalizar al instituto de la dignidad, afectando la relación de razonabilidad que debe mediar entre el interés y el nivel de tutela jurídica.

afecte, en modo o grado alguno, con o sin intención de su autor, ese valor-fin supremo de realización humana que hemos de llamar dignidad, será discriminatorio, implicando siempre la transgresión a las garantías de indemnidad e inviolabilidad de la persona²³, ergo, configurando, en todo caso, un acto dañoso antijurídico contrario al “fundamento definitivo de los Derechos Humanos” (CJN, 2014, “*Llerena*”): la dignidad de la persona humana.

Siendo así, todo Hombre fin sí mismo, el Derecho tiene como causa primera y fin último, el deber de garantizar las condiciones favorables para la máxima expresión de las virtudes y potencias humanas, a fin de ser un sistema normativo-axiológico de paz y realización personal en sociedad.

Son estas consideraciones las que justifican que la dignidad se mueva dentro de la lógica de lo absoluto, sin admitir excepciones. Estas, forman parte de la lógica de lo “relativo” o “ética-utilitarista”. Lo absoluto, tampoco admite grados ni jerarquías²⁴; sencillamente, porque no se puede ser más o menos digno, siendo por ello, la base de la igualdad al decir de la Corte; como tampoco depende la dignidad de tal o cual mérito personal ni de otra condición inherente, más allá de la digna humanidad; ni mucho menos, de tal o cual circunstancia ajena a la persona²⁵. Consiste, por

²³ En la relación género-especie en que, como ya dijimos, se hallan.

²⁴ En la primera formulación de éste trabajo (Rev. Anales de la U.N.L.P, Nro.42, 2012, La Ley, La Plata) admití la distinción en dos grados de discriminación: Primaria o simple, y secundaria o agravada. Así, mientras la primera especie implicaba antijuricidad por la lesión a la dignidad de la persona ínsita en todo despido, la segunda especie (agravada), era doblemente antijurídica por perjudicar a la dignidad de la persona, adrede o con dolo. Ahora, he reformulado aquella prematura e inmadura tesis, en cuanto al punto, considerando que lo que es valor absoluto (la dignidad) no admite grados ni excepciones, siendo su sanción legal siempre la misma, la de los actos prohibidos: la nulidad del acto y sus consecuencias. Ya que, al ser discriminatorio todo despido sin causa, siempre importará la transgresión del valor dignidad. Siendo, prescindible, la existencia del elemento subjetivo (intención, móvil, animus) del agente.

²⁵ Sobre el factor “externo o ajeno” y el “interno o inherente”, trataremos en el acápite siguiente, al referirnos a uno (la condición) de los elementos configurativos de discriminación objetiva.

contrario, en un concepto construido conforme la natural condición humana²⁶, que no admite límites ni valladares.

Este carácter absoluto de la dignidad, es el fundamento de su intensa protección legal, mediante el principio de indemnidad (art 19 C.N) y la garantía de inviolabilidad de la persona humana (arts. 19 y 51 de Código Civil y Comercial de la Nación), en consonancia con el llamado “*ritmo universal de los Derechos Humanos*” que, al son del Derecho de los Tratados y, leídos en clave social, son la piedra angular sobre la que se apoya toda la lógica de los Derechos Humanos (art. 75 inc 19, 22, 23 y 24 C.N)²⁷.

Asimismo, lo absoluto, conlleva a su vez, otro carácter: el supra legal o supra-positivo; que impone a la propia ley “*su reconocimiento sin taludes*” ni requisitos, más allá de la sola y compleja condición humana. En este orden de ideas, la Corte de Justicia de la Nación ha dicho *in-re* “*Alvarez*” (2010), que: “...*la proscripción de la discriminación no admite salvedades o ámbitos de tolerancia, que se reprueban en todos los casos, (...)*” (C.S.J.N. -A.1023.XLIII; RHE - “*Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud S.A. s/acción de amparo*” - 07/12/2010 - T. 333, P. 2306. Voto que fundó la mayoría: Ministros Fayt – Petracchi – Maqueda – Zaffaroni).

Precisamente, porque lo que justifica la preeminencia y carácter fundamental de los derechos humanos -fundados en la dignidad- es su contribución necesaria al desarrollo pleno de la persona, puesto que sin ellos, ésta no alcanzaría jamás su realización.

Quien puede negarle esta trascendencia a derechos como a la salud, a la educación, al trabajo, a la indemnidad, a la vocación o proyecto de vida, entre los más relevantes de una lista cada vez más amplia, en el Estado Social de Derecho.

²⁶ La antropología moderna, nos habla del principio Antrópico, según el cual, el Hombre no sólo sería causa y centro de la cultura, sino del Cosmos todo.

²⁷ Pensamos que, la garantía de inviolabilidad, constituye una especie de tutela, más férrea y profunda, del principio de indemnidad -con quien mantiene una relación género-especie-, reservada al valor dignidad, cuya raíz constitucional nos remite al art 19 de la Carta Magna y a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

Asimismo, este carácter absoluto y teleológico del valor dignidad, es tan profundo y amplio, que se proyecta sobre todo el quehacer humano, del que resulta inescindible.

Siguiendo esta comprensión, la ley 20.744 (R.C.T) expresamente dispone en su artículo 4 que (...) *“El contrato de trabajo tiene como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí. Sólo después ha de entenderse que media entre las partes una relación de intercambio y un fin económico en cuanto se disciplina por esta ley”*. Lo que equivale a decir, que la actividad del Hombre jamás podrá ser tratada como mercancía o mera prestación económica (trato de cosa), sino como un acto unido de dignidad, es decir, de humanidad, so pena de caer en la alienación proscripta del ser humano; en el extrañamiento del fin, que en sí mismo, todo hombre está llamado a ser.

Siguiendo esta exégesis, la Corte Nacional sostuvo, en el ya citado caso *“Alvarez”* que: *“... la prestación de uno de los celebrantes, el trabajador, está constituida nada menos que por la actividad humana, la cual resulta, per se, inseparable de la persona humana y, por lo tanto, de su dignidad (...)”* (Consid. 6º, del voto de la mayoría)

Por ello, podemos afirmar que, al ser la dignidad connatural al hombre, está ínsita en cada una de sus obras como contenido inescindible de la dimensión humana.

Lo mismo se observa con el cuerpo humano²⁸, que no debe ser jamás reducido a mera cosa material. Hay todo un mundo de diferencias, entre decir *“tengo un cuerpo”*, o *“soy corpóreo”*. Lo primero, atomiza al ser humano; lo segundo, lo funda en una misma esencia inseparable, de la que forma parte, también de modo inescindible, su dignidad²⁹.

²⁸ Idea elaborada por el filósofo y teólogo Alfonso López Quintás, profesor emérito extraordinario de la Universidad Complutense de Madrid.

²⁹ La prohibición del aborto, halla aquí su razón más fuerte. Porque sólo puede la mujer disponer libremente de las cosas que posee o le pertenecen, lo que excluye de plano, no sólo al ser humano que anida en su vientre, sino también, a su propio cuerpo (soma), que no configura una “cosa”, sino que es parte esencial de su digno ser.

Y, tan cierto es esto, que cuando creemos enaltecer al cuerpo humano, diciendo de él, que es el más perfecto instrumento de la Creación, aún entonces, lo ofendemos, al rebajarlo al nivel instrumental, primario, elemental y propio de las cosas³⁰.

A modo de síntesis podemos concluir que, desde el punto de vista jurídico, un acto es discriminatorio cuando implica un rebajamiento de la persona al sub-nivel propio de las cosas³¹ (medios, instrumentos, objetos), en donde sólo es posible el establecimiento de una relación instrumental con ella, es decir, cuando se le considera un mero medio al servicio de un fin o interés, supuestamente superior al fin que en sí mismo él representa.

Así, discrimina, quien con su acto –positivo o negativo- genera un daño antijurídico a la dignidad, en el sentido que le hemos atribuido³².

De modo que, en efecto, no sólo mediante el trato desigual se vulnera la dignidad de la persona humana en sentido jurídico, sino también, mediante cualquier otro modo de rebajamiento de ella, a niveles o ámbitos de relación³³ inferiores al de la dignidad de la persona humana.

Si bien, puede pensarse, que existen varias formas de tratar con inferioridad a una persona, esto es, de rebajarla al nivel de las cosas, rápidamente advertimos que sólo son distintos modos de un mismo acto, cuyo resultado es siempre reducir a la persona a mero instrumento al servicio de un fin³⁴, pretendidamente superior al valor-fin de su digna condición.

Importa reiterarlo: Cuando un particular o el propio Estado, vulnera un derecho o una garantía, fundados en el absoluto valor de la dignidad, esa conducta será siempre discriminatoria, ergo, legalmente prohibida y jurídicamente ineficaz (nula).

³⁰ Idea, desarrollada por el maestro Alfonso López Quintás, en varios de sus libros.

³¹ En este nivel axiológico -que abordaremos más adelante-, sólo resultan posibles relaciones de consumo, explotación, apropiación, posesión y/o propiedad, etc.

³² El concepto técnico-jurídico de discriminación, es completado en el próximo acápite, donde se analizan los presupuestos para su configuración objetiva.

³³ Que, podemos definir como todo ámbito de comprensión de sentido o de valoración.

³⁴ Las relaciones de trabajo subordinado, no son per se, discriminatorias, siempre y cuando se desarrollen en condiciones dignas de labor (art 14 bis C.N).

De igual modo, cuando una ley u otra manera de manifestación del poder estatal, restrinja, rechace, desconozca o menoscabe, uno de aquellos derechos y/o garantías humanos, habilitará su descalificación constitucional por razón de discriminación³⁵, mereciendo tal declaración por los magistrados, aún *ex officio*³⁶, a falta de petición de parte.

Llegado el punto, cabe anticipar, que nuestra opinión es contraria a la validez del art 245 de la ley 20744 (RCT). En efecto, dentro de esta tesitura, dicha norma no admite aplicación concreta válida.

Cuando dicha norma, aplicando un criterio meramente economicista, determina como única solución reparadora, el crédito a una indemnización tarifada, trastocando así, un derecho humano fundamental como el derecho al trabajo y a su mantenimiento, por otro de índole patrimonial, no hace más que discriminar a la persona-trabajador al ofender su dignidad, por convalidar un acto contrario al desarrollo pleno de su persona: el despido sin causa.

Si se ha dicho, desde tiempos inveterados, que el Derecho es humanista porque tiene por fin último y centro de todo su sistema al Hombre³⁷, ello ha sido merced a su contribución innegable a la realización más plena de la digna condición humana.

Sentado lo dicho, pasemos ahora al estudio de los elementos configurativos de la discriminación objetiva.

³⁵ Sobre la invalidez constitucional del art 245 del R.C.T., se dará trato más adelante.

³⁶ Todo juez, tiene a su cargo el deber de control de constitucionalidad y convencionalidad de las normas jurídicas sujetas a su aplicación, pudiendo declarar su invalidez por violación aún de oficio. Sobre el punto ya se ha expedido, favorablemente, la Corte Nacional, argumentando, para así decir, que el principio romanista “*iura novit curia*” legitimaba a todo magistrado, en cualquier instancia, al cumplimiento de aquel deber.

³⁷ Digesto. H. 1.5.2 dice: “*Hominum causa omne ius constitutum est*” (D. H. 1.5.2.), esto es: “*Todo el Derecho ha sido constituido por causa de los hombres*”. Dada la cita, resulta interesante resaltar, que el principio romanístico referido, de claro corte humanista, alude a “los hombres”, es decir a los seres humanos, que constituyen -en aquel derecho, no ahora- una categoría jurídica más amplia que la “persona”. Ello explica la protección legal que en Roma se otorgó al “*nasciturus*” (ser humano concebido en el vientre materno), aunque todavía no existiere como tal para la ley.

II.2. Sobre la discriminación jurídica y su configuración objetiva.

Presupuestos configurativos:

Llegado el punto, considerado medular, resulta menester referirnos a los factores o presupuestos configurativos de discriminación jurídica, conforme el marco epistemológico expuesto.

Como afirmamos precedentemente, el juicio de discriminación, que importa necesariamente, la valoración de una conducta, no debe tener en cuenta la existencia de un móvil o animus discriminatorio del autor del acto; cuestión por demás íntima, de consciencia, y harto compleja a nivel probatorio, aunque en sí misma irrelevante.

Hallamos en este obstáculo, la razón de ser de las teorías procesales sobre la regla del *“onus probandi”*, desarrolladas por la jurisprudencia nacional y extranjera, y que sellara la Corte Nacional en el año 2011³⁸, a fin de contrarrestar el siempre subrepticio y fantasmagórico móvil discriminatorio, huidizo a la comprobación judicial.

En este sentido, la jurisprudencia del fuero del Trabajo -realidad judicial habituada a la atención y dilucidación de casos de discriminación- ha dicho que: *“uno de los problemas que presentan los actos de discriminación emanados de particulares se encuentra en la dificultad probatoria”* (voto del Juez Oscar Zas, fallo *“Parra Vera”*, 2006).

Por cuya razón –como explicaremos en acápite especial- hubieron de encontrar brillante acogida las teorías “pretorianas” sobre *“carga dinámica de la prueba”*; *“supuestos de inversión”*; y *“prueba de indicios razonables”*³⁹.

Pero estas atendibles circunstancias procesales no son el fundamento de la necesidad de una noción jurídica de discriminación de configuración objetiva, sino

³⁸ Nos referimos al fallo Pellicori, que comentaremos más adelante.

³⁹ La doctrina de la “prueba de indicios razonables”, que fuera consagrada por la CNAT in re “Parra Vera” (2005) fue, finalmente, receptada por la CJN in re “Pellicori” (2011).

que ella se debe a razones de orden sustancial.

Como ya dejamos en claro, en el acápite precedente, en sentido jurídico debemos entender por discriminatorio, al acto de rebajar al ser humano al simple valor de los medios y de las cosas, otorgándole sólo valor instrumental y convirtiéndolo en un medio servil para el logro de otros fines, ajenos al fin supremo de su realización humana, es decir, extraños⁴⁰ a su dignidad.

Sentado lo dicho, estamos en condiciones de aseverar que, habrá discriminación jurídica con independencia del móvil o intención específica del agente, cuando concurren los siguientes presupuestos objetivos, a saber:

- 1.- Condición objetiva fundada en el valor dignidad.**
- 2.- Relación causal determinante, entre el acto lesivo y la condición objetiva.**
- 3.- Anti-juricidad (daño antijurídico).**

Los explicamos:

1.- Condición objetiva fundada en el valor dignidad: El primer elemento configurativo de la discriminación objetiva, se refiere a la necesaria participación de una condición, vinculada al sujeto pasivo, que presente los siguientes caracteres, a saber:

⁴⁰ Sobre el fenómeno de extrañamiento o ajenidad del hombre, ya en la sociedad industrial moderna, como en el marco de la evolución histórica de las distintas formas de apropiación de la fuerza de trabajo, se ha dedicado mucha letra de molde, siendo un tema central de la antropología jurídica, la sociología y la economía política. Sin embargo, no debe ser confundido con uno de los elementos configurativos de discriminación, dentro de esta teoría, a saber: La existencia de una condición objetiva, que puede ser extraña al sujeto pasivo, y que resulta determinante para la consumación del acto lesivo de la dignidad que, sólo en el caso del trabajador dependiente, puede ser confundido con aquel contexto de extrañamiento del hombre por el sistema, no siendo extensivo a otros supuestos.

1. a. Objetiva (inherente o externa): La condición debe ser objetiva, en el sentido de racionalmente cognoscible y empíricamente demostrable mediante las reglas de la lógica causal-explicativa. Debe ser un factor, hecho o circunstancia, de la realidad sensible, un dato empírico; por lo que debemos descartar todo aquello que se funda en la subjetividad de la víctima del daño, o en la del sujeto activo que lo produce. Resulta indistinto que la condición objetiva sea inherente o externa al sujeto, siempre y cuando se halle fundada en su digna condición humana. Así, el credo, la clase social o grupo de pertenencia, la educación, la opinión, la nacionalidad, la profesión, son ejemplos claros de condiciones objetivas externas al sujeto, pero fundidas a él de modo inseparable. Ya que, o no dependen de su voluntad, o sólo en parte, en forma concurrente con otros factores.

Si bien, estas condiciones son de índole socio-cultural, o política, constituyen su propia identidad, integrando su persona; por lo que comprometen el fin supremo de su realización personal, es decir, su dignidad. Por el contrario, la condición será inherente, cuando sea una cualidad intrínseca del sujeto, como su origen étnico, su sexo, su salud o enfermedad, o cualquier característica física, biológica y/o genética de su persona. Se observa aquí, más claramente, la íntima relación de la condición con la constitución de la identidad de la persona, su dignidad y el fin supremo de su realización.

1. b. Fundamento en la dignidad: La condición objetiva debe hallar fundamento en la dignidad de la persona humana, lo cual acontece, cuando opera como constitutiva de ella, es decir, cuando integra su identidad de modo tal que se halla íntimamente ligada al sujeto, comprometiéndolo el pleno desarrollo de éste.

Siendo la dignidad un valor sublime, consistente en el fin supremo de realización humana, al cual toda persona está llamada, la condición objetiva se presenta como un factor sin el cual el desarrollo integral del sujeto pierde la posibilidad de plenitud.

1. c. Supra-volitiva: La condición objetiva, a su vez, debe ser superior al arbitrio o

voluntad del sujeto (pasivo) víctima de discriminación, es decir, que no depende de su voluntad o, en muy poca medida. Puesto que la constitución identitaria de un sujeto, excede en gran parte, el campo de su propia determinación. Así, por caso, ocurre con el origen étnico, la edad, el sexo, la salud, y con todas las características biológicas. Como ya anticipamos, el carácter supra-volitivo también persiste frente a condiciones culturales del sujeto (sociales, políticas, religiosas, etc) que, aun siéndole externas y culturales, determinan la constitución de su persona. Ocurre así con el credo, la formación, la clase o grupo de pertenencia, la opinión, entre otros factores que definen la identidad con independencia del propio arbitrio, o dependiendo en muy escasa medida, como sucede con la religión, la ideología o la pertenencia o afiliación a tal o cual grupo, que si bien suponen un “prius” psicológico del sujeto, no puede afirmarse que sean actos puramente volitivos, ni que dependan en cuanto a su acontecer, desarrollo, cambio o cese, del exclusivo arbitrio del sujeto. Este extrañamiento de la condición respecto de la voluntad del sujeto, es fundamental, sea ella inherente o ajena. Ya veremos de qué modo se cumple, en relación a la clase social asalariada, en los casos de despido sin causa de un trabajador subordinado. Nos limitaremos a anticipar que, nada más ajeno resulta ser a la voluntad de un sujeto, que la clase socio-económica de su pertenencia. La importancia de este carácter, se centra en que será determinante de otros aspectos, como la inmutabilidad y la inescindibilidad de la condición que, a renglón seguido, daremos tratamiento.

1. d. In-mutable: La condición debe ser inmodificable al sujeto, lo cual es consecuente con el carácter supra-volitivo. Así, al no depender de la voluntad del sujeto, o en muy poca medida, no podrá éste decidir sobre su caducidad, su morigeración, su cambio, ni determinar su cese. Aún en los casos grises de la religión o la ideología, se observa este rasgo, ante la imposibilidad de su determinación por el sujeto, como ya dijimos. Ambas condiciones, si bien pueden cambiar, ello será resultado de la concurrencia de otros factores ajenos al sujeto,

como el paso del tiempo; la experiencia; hechos sobrevinientes y contingentes; la maduración o formación del sujeto; la pérdida de la fe, etc... Pero, en ningún caso, será el resultado de su puro y exclusivo arbitrio o voluntad, ni un cambio logrado de un día para el otro, sino fruto de un proceso complejo e integral.

1. e. In-escindible: La condición objetiva considerada, debe hallarse unida al sujeto pasivo de modo inseparable, es decir, hallar fundamento en su digna condición humana, lo cual acontece, cuando se trata de un factor constitutivo de su persona o identidad personal. Este carácter, pensamos, haya su razón de ser, en la profundidad y alcance que detenta el valor dignidad, que irradia su efecto sobre la unidad corporal y espiritual que constituye la persona humana, y sobre toda la actividad creadora de ésta. Así, siendo el cuerpo humano digno, todo derecho que comprometa su plena realización será digno. Asimismo, la actividad intelectual y manual por él desarrollada, estará munida, inseparablemente, de la misma dignidad, razón por la cual -como ya dijimos- resulta digno el trabajo humano, de modo inescindible y en todas sus formas, no siendo lícito su trato como mera mercancía.

Como es de observar, estos tres últimos caracteres (supra-volitivo; inmutable e inescindible) se hallan íntimamente conectados e interrelaciones, puesto que todos refieren a una misma condición objetiva que, constitutiva de la persona, hallando fundamento en la dignidad de la persona humana, comprometa su pleno desarrollo.

2.- Relación causal determinante, entre el acto lesivo y la condición objetiva.

En segundo lugar, resulta menester, que entre la condición objetiva y el acto lesivo, medie una relación causal adecuada⁴¹, es decir, que conforme las reglas de la sana

⁴¹ Mucho se ha escrito sobre la causalidad como relación lógica entre hechos distintos, cuya utilidad común, ha sido permitir la explicación de los acontecimientos a fin de justificar la imputación de sus consecuencias. De entre las teorías, la de la causa adecuada, ha sido la más consagrada por los sistemas jurídicos modernos. Es así que, para

crítica (la lógica) y el curso natural y ordinario de las cosas (la experiencia), dicha condición haya sido la causa determinante (única o principal) de la discriminación, sin la cual, el acto no hubiera sido posible.

En el caso del mal llamado⁴² despido “sin causa”, esta relación causal se observa claramente. Puesto que nos encontramos –siempre- ante una condición objetiva y principal, que es la clase social asalariada del trabajador subordinado, que opera como causa determinante de discriminación.

De modo que, la discriminación es posible, a causa de la pertenencia del trabajador a una clase social, política y económicamente vulnerable. Prueba de ello, resulta la redacción del art 245 de la ley 20744 (RCT), que convalida un daño in-convalidable, puesto que se trata de una lesión al bien jurídico supremo de la dignidad que, como ya dijimos, no admite excepciones ni ámbitos de tolerancia, debiendo ser reconocida y protegida en cualquier circunstancia (art 51, 52 CCyCN).

Esta solución legislativa -que refleja una decisión política- acompañada de la monetización como única forma de reparación, zanja toda duda, sobre a cuál de los sectores sociales beneficia la norma.

Retomando lo dicho, el juicio de discriminación sobre una conducta, debe contemplar, necesariamente, la existencia de una relación causal adecuada entre la condición objetiva y la discriminación, sin el cual, el acto no se reputará discriminatorio.

Por lo que cuando el acto responda a una causa ajena a cualquier condición objetiva fundada en la dignidad de la persona; como los casos de despido con causa legal; los de lesión o muerte en legítima defensa; y todo otro supuesto dañoso acontecido merced a una causa legal capaz de romper el nexo causal con la causa objetiva configurativa de discriminación jurídica.

El maestro Meik, al referirse a las aristas procesales de la discriminación, lo explica

esta teoría, causa es solamente la condición que según el curso normal y ordinario de las cosas, es idónea para producir un resultado, debiendo regularmente producirlo.

⁴² Ya que, como hemos anticipado en la hipótesis y confirmaremos en la tesis, todo despido responde a una causa aún aquel que no expresa ninguna razón (sin causa). En estos casos, en rigor, la causa existe ínsita en el acto, no siendo otra que la clase socio-económica del trabajador.

de esta manera: “...Esa carga probatoria de la accionada debe llevar a la convicción del tribunal que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión patronal, de forma que ésta se hubiera producido verosímilmente en cualquier caso y al margen de todo propósito violatorio de derechos fundamentales. En definitiva, el empleador debe probar que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionalmente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador (...)” (Meik, Moisés (2007), en “Derecho fundamental al trabajo y protección efectiva...” *op cit.*)

Hemos destacado la expresión “...que tales causa han sido las únicas...” porque es, precisamente, el carácter único o principal, lo que hará de la condición una causa determinante o adecuada de discriminación.

3.- Anti-juricidad (daño antijurídico).

El precepto del gran “*prudens*” Domicio Ulpiano (170-228), “*alterum non laedere*”⁴³, rige firme el desarrollo del presente título.

La prohibición genérica de dañar a otro, ya en su persona, ya en sus bienes, configura la máxima jurídica por excelencia, cuyas múltiples implicancias han dado forma y espíritu al derecho de todos los tiempos. No hubo ni habrá, en la historia de los pueblos, deber más aceptado; ni ley más justa considerada, que los que hallan su fundamento en este célebre precepto. En él, descansan serenas la paz y la justicia sociales.

Por ello resulta menester, que el acto lesivo carezca de una causal legal que lo justifique, para poder considerarlo discriminatorio. De lo contrario, el acto navegará en el calmo mar de la legalidad.

Así, el daño al valor dignidad que, como ya fue dicho, debe consistir en una lesión a un derecho o interés jurídico que halle fundamento en la digna condición humana,

⁴³ Corpus: Digesto 1.1.10. Institutas. 1.1.3.

comprometiendo su pleno desarrollo, no debe estar justificado. El despido de justa causa legal; la lesión o muerte en legítima defensa; la culpa de la víctima del daño; etc; son algunos de los supuestos en que la discriminación no logra su configuración objetiva, por la falta de antijuricidad. En estos casos, no nos hallamos frente a una violación al principio de indemnidad -regla "*alterum non laedere*"- previsto en el art 19 de la Constitución Nacional, ni ante una lesión a su especie, la garantía específica de inviolabilidad de la persona humana prevista en los art 19, 51 y 52 del CCyCN.⁴⁴.

En relación al daño, se dice que el **nuevo art 1737 del CCyCN**, consagra una noción material y objetiva del mismo que, en rigor, no se aleja de la concepción romana del daño, al menos, desde la Codificación Justiniana (S.VI), en donde puede leerse del Digesto una comprensión material de la antijuricidad del daño, más que formal, en donde todo daño es, "*prima facie*" antijurídico, por ser violatorio a la máxima latina *alterum non laedere*, sin que se requiera una expresa prohibición relativa al hecho dañoso concreto. Así, desde el *Corpus* hasta la actualidad, todo daño se presume ilícito, mereciendo tal calificativo todo acto que contraríe no sólo norma expresa sino también principios jurídicos, usos y buenas costumbres; exigiéndose, en todo caso, la prueba de lo contrario mediante la justificación en causa objetiva legal. En cuanto al carácter objetivo, también hallamos su elaboración, en la célebre *lex Aquilia* (S II. a c, Roma), que representa el primer antecedente de objetividad en la atribución de responsabilidad, sobre la base de ideas como "dueño" o "guardián" de la cosa dañosa; "riesgo creado" o "provecho obtenido".

⁴⁴ Art 19: Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción.

Art 51: Inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad.

Art 52: Afectaciones a la dignidad: La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1.

Por todo lo expuesto, podemos afirmar, que sólo en la medida que se verifiquen todos y cada uno de los presupuestos mencionados, estaremos ante la configuración de discriminación objetiva, ante la cual, cualquiera elementos “subjetivos” resultará prescindible.

En la conclusión de este trabajo, veremos de qué modo los presupuestos configurativos de discriminación objetiva, que hemos descrito, se verifican íntegramente en relación al acto de despido in-causado, confirmando la hipótesis científica objeto del presente trabajo de investigación.

II. 3.- Sobre el nivel de realidad axiológico consustancial a la dignidad:

Sentado todo lo dicho, aclaremos ahora qué debemos comprender por nivel o ámbito de realidad axiológico y, cuál de ellos, resulta consustancial al valor dignidad en los términos definidos.

Podemos afirmar, sin temor a equívocos, que los valores cumplen un rol fundamental y necesario en el Derecho. Este, como objeto de estudio de la ciencia Jurídica, configura un fenómeno cultural, pleno de sentidos y de valores que, a su vez, se hallan en constante cambio o evolución.

Cabe remitir aquí, a la Teoría General del Derecho elaborada por la célebre escuela Histórica Alemana de Derecho⁴⁵, para la cual, el fenómeno jurídico como fenómeno cultural, es siempre un producto espiritual del pueblo y, como tal, está sometido al principio de evolución jurídica.

La primera consecuencia que resulta de este principio, es que el Derecho es algo vinculado íntimamente con el sentir o valoración de un pueblo, en un lugar y época determinados de la Historia. Lo segundo: que es algo dinámico, algo vigente (vivo); mutable conforme la realidad histórica de la que se nutre de valor o sentido.

⁴⁵ Que halla su fundador en el jurista Gustav Hugo y su mayor precursor en Friedrich C. von Savigny. Pietro Bonfante, el maestro romanista de Pisa, puede contarse entre sus miembros.

La “*Teoría Pura del Derecho*” de Hans Kelsen (1984), que configura una doctrina de madura y acabada formulación, es contraria a este principio evolutivo. Toda vez que, si bien dicha tesis refiere a un sentido jurídico y específico del Derecho, configurando su núcleo duro y puro, niega el carácter dinámico y evolutivo de ese sentido, siendo por contrario dogmático o abstracto, general y permanente, inmutable. Para Kelsen, la expresión, “*prohibir y castigar*”, sintetiza el ideal (valor fundante) del Derecho por excelencia, debiendo ser esta, la única finalidad de la ley. De modo que poco importa, para esta concepción, si las normas prohíben y castigan para la paz de todos, o de unos pocos, mientras “prohíba y castigue”. El nominalismo y formalismo excesivos, como la abstracción y dogmatismo exagerados, hacen de esta teoría pretendidamente “pura”, un manantial teñido de impurezas impotables.

Como si el Derecho se tratara de una ecuación matemática o un silogismo de pura razón, Kelsen considera que éste se agota en ser un modo de expresión lógico-formal de ideas jurídica, fruto de la sana razón.⁴⁶

Así, para esta concepción, la “*norma jurídica*”, se convierte en el único y específico objeto de la ciencia jurídica. Lo que es igual a afirmar, que la exclusiva finalidad del Derecho es la de ser un modo formal y coherente de prohibir conductas sociales, agotando aquí, su valor y finalidad. Siendo, los valores (es decir: sus razones; sus fundamentos; su sentido...) absolutamente prescindibles y ajenos a la ciencia jurídica.

Nos confesamos críticos de esta postura. Por el contrario, creemos en el rol fundamental del contenido axiológico del Derecho.

⁴⁶ En razón de verdad, podríamos afirmar lo mismo de la dogmática jurídica en general, dentro de la cual se enrola el pensamiento de Kelsen. Por el contrario, la Teoría general del Derecho fruto de la escuela histórica, nos parece un medio más adecuado para el estudio del Derecho, toda vez, que al considerar a éste como un producto de la Historia, sujeto a sus condicionantes, estima pertinente abordar su conocimiento desde diferentes aspectos que pueden sintetizarse así: 1.- Historia del Derecho. 2.- Derecho Comparado. 3.- Dogmática jurídica. Estos tres aspectos, integran lo que ha de entenderse por Ciencia Jurídica o Ciencia del Derecho.

La expresión clara y precisa, la razón formal y lógica, son medios valiosos y necesarios para el Derecho, pero en modo alguno, acaban su contenido y finalidad. El Derecho, como la cultura, se haya munido de una serie de ideales que configuran una valoración de grado o nivel superior a la lógica jurídica y sus bondades.

Filósofos y pedagogos de la talla de Romano Guardini (2005) y Alfonso López Quintás (1989) han explicado dicho fenómeno mediante la distinción de niveles de realidad axiológicos, es decir, partiendo de distintas dimensiones de comprensión de sentido.

Dicho esto, nos referiremos al modo de articulación de los niveles con la dignidad y con su antítesis, la discriminación.

Un primer nivel de realidad, representado por el conocimiento y valoración de las cosas del mundo. Este nivel configura un ámbito en donde se logran sólo relaciones de poder, posesión, dominación, control, utilización y manipulación de los objetos de la realidad material. No cabe lugar, en este nivel, para los valores e ideales como la dignidad.

Aquí, se trata del valor instrumental de las cosas al servicio de la satisfacción de las necesidades, impulsos primarios, instintos y apetencias.

Es el ámbito de realidad en que se configura la discriminación, ya que la misma acontece, ante el rebajamiento de la digna condición humana al subnivel propio de las cosas, cosificándole.

Las llamadas teorías puras del Derecho, parecerían reducir al mismo, a este nivel básico de realidad. Así, el Derecho se nos muestra como un instrumento formal, coherente, eficaz o útil, para prohibir y castigar conductas sociales. Un medio de dominación, de control social y disciplinamiento colectivo. En síntesis: un medio de poder. Por ello, esta clase de interpretación del Derecho ha sido, con razón, tildada de ideología del poder.

Un segundo nivel de realidad, representado por la comprensión de los valores e ideales. Configura el único ámbito en que resultan auténticas las relaciones

intersubjetivas. Un ámbito de realidad construido y mantenido merced a determinadas condiciones axiológicas, sin las cuales, el ascenso a dicho estrato resulta impensable.

Las condiciones axiológicas propias de este nivel, para estos autores, son tres: 1.- respeto; 2.- estima y; 3.- colaboración. A su vez, dichas condiciones, conllevan una serie de valores entre los que se hallan la dignidad, la generosidad, la confianza, la libertad, la igualdad...

Este segundo nivel de comprensión de sentido, conlleva un sentir especial de lo jurídico. En él, la mera obligación, deja de ser la expresión formal y precisa de una prohibición específica cuyo incumplimiento acarrea una pena, para convertirse en un deber moral o, al menos, ético-ciudadano, cuyo cumplimiento es el resultado de un acto de consciencia del sujeto comprometido con los grandes valores.

La regla del *prudens* Ulpiano, que prohíbe dañar a otro ("*alterum non laedere*"), deja de ser una mera y formal prohibición genérica, cuyo incumplimiento trae aparejado un castigo que se teme y se pretende evitar, para convertirse en el resultado del compromiso y la valoración con ideales superiores, tales como la paz social; el respeto mutuo; el trato igualitario; la buena fe o la confianza en los buenos modos de las relaciones humanas.

Sólo en este nivel, la dignidad de la persona humana, deja de ser un frío concepto escrito en tratados, códigos y diccionarios, para ser un valor o ideal cuya comprensión es fruto de una experiencia íntima que nos estremece el alma y nos sobrecoge ante lo sagrado.

Por su parte, la discriminación, se convierte así en un atentado contra la digna condición humana toda, no sólo contra la igualdad.

Mientras los objetos de la primera realidad se explican, los de la segunda se comprenden, mediante su experiencia emocional, es decir, a través del entusiasmo que genera su experiencia supra-sensible -a nivel de la consciencia.

Ello, pone en evidencia, que la consideración de los valores en el mundo del Derecho resulta insoslayable. Sin ellos, el Derecho se vacía de contenido, siendo

reducido a un simple cuenco, vano y estéril, perdiendo su función formativa (educadora) que debe cumplir en la Sociedad.

Los romanos bien lo supieron, al llamar “*sententia*” (sentencia) a la decisión final del delegado “*per-condemnatio iudex*” que resolvía el conflicto, dentro del *ordo privatorum*. Porque ellos no ignoraban que el Derecho debía de ser conocido pero, asimismo y necesariamente, debía de ser sentido, esto es, ser fruto de un juicio de valor sobre la conducta humana.

Por fortuna, los Máximos Tribunales de Justicia, de la Nación y sus Provincias, han sentado desde siempre, la necesidad de un contenido axiológico en el Derecho y, desde de esa línea, se ha destacado la protección del valor dignidad y su carácter absoluto e inviolable⁴⁷.

III.- El despido sin causa como acto discriminatorio. Formulación de la hipótesis científica.

Expuestos los conceptos jurídicos centrales de dignidad, discriminación y configuración objetiva, analizaremos ahora sobre esa matriz, la verificación de los elementos configurativos de la discriminación objetiva en relación al acto de despido sin causa o arbitrario.

Nos adentramos así, en la formulación de la siguiente **HIPOTESIS CIENTIFICA**, a saber:

“EL DESPIDO SIN CAUSA ES UN ACTO DICRIMINATORIO, TODA VEZ QUE, TENIENDO POR CAUSA OBJETIVA LA CONDICION DE ASALARIADO DEL TRABAJADOR SUBORDINADO, SÍ Y SÓLO SÍ, RESULTA LESIVO DEL VALOR DIGNIDAD, ENTENDIDO COMO FIN SUPREMO DE REALIZACIÓN HUMANA”.

⁴⁷ Extracto de “Los valores y el modo de alcanzarlos: su impronta en el Derecho”. Gastón L. Medina (2018) Publicación colectiva. Ponencias al IV Congreso de principios generales y Derecho Romano. Rev. U.FLO. Bs As.

La fuerza de trabajo humano, manual o intelectual, es el único bien que detenta el trabajador. Su trabajo es fuente fecunda de bienes en el mundo, sin embargo, no configura en sí mismo, “riqueza” en sentido técnico, pues no se trata de un bien acumulable.

Así, el trabajador, vive sujeto a la situación de tener que vender su único bien, su fuerza de trabajo, todos y cada uno de los días de su existencia vital, al precio vil de esa necesidad. Dicho estado menesteroso, que coloca al trabajador en situación de inferioridad económica y debilidad negocial ante su contratante, ha sido definido por el jurista Arias Gibert, como estado de “hipo-suficiencia”.

La expresión “proletariado”, que se remonta al derecho romano, hacía mención a la clase social más baja, aquella que sólo podía proveer al estado romano su “prole”, es decir, su descendencia, ya a los grandes latifundios, ya a la milicia, puesto que carecía de bienes acumulables.

De este modo, esta situación de inferioridad económica y jurídica, que es connatural a la clase social asalariada, es la condición objetiva fundada en la dignidad, que configura la discriminación objetiva en relación a todo despido sin causa de justificación legal.

Esta hipo-suficiencia de que adolece el trabajador, ha sido reconocida en los fundamentos de señeros fallos judiciales, en los que la nulidad ha sido la sanción, justa y adecuada, contra abusos y demás hechos de violencia, entre los que merece destacada mención el célebre fallo de la Sala VI de la CNAT in re “Velazco” (1998), que vale la pena transcribir en parte pertinente:

“...Para resolver la cuestión planteada debemos ahondar uno de los temas que hace a la esencia misma del Derecho del Trabajo, cual es el valor que cabe acordarle a la voluntad del trabajador ante acuerdos que lo perjudican injustificadamente, teniendo en cuenta el estado de necesidad y la evidente situación de desigualdad. Como dijimos en otra oportunidad “la desigualdad que se

da en la relación impide acordarle pleno efecto a la voluntad del trabajador salvo, por cierto, que se trate de acordar modificaciones que no lo perjudiquen, o bien que lo beneficien. Realmente no se concibe que el trabajador, o cualquier otra persona en su sano juicio, acepte alteraciones contractuales que lo perjudiquen, renunciando así, voluntariamente, a derechos adquiridos o que tiene la facultad legítima de adquirir en el futuro. Y si acepta el cambio que lo perjudica, será evidente que lo hace por necesidad, forzado por su situación de inferioridad jurídica y económica que lo obligue optar por el mal menor, frente a otros que se le ocasionarían en caso de no acceder a la imposición patronal (represalias, despido, etc.). Y, el derecho del trabajo, no puede ignorar esta realidad...” (C.N.A.T. Sala VI. (1998) “Velazco, Héctor Domingo c/Celulosa Jujuy S.A. s/Despido”. S: 49959. 14/10/1998).

A modo de anticipo de la confirmación final, nos limitaremos a aseverar que, si adecuamos el caso concreto del despido arbitrario o injusto, a los presupuestos de la discriminación objetiva, resulta que, en todo despido sin causa, el empleador se abusa de una condición (**objetiva y externa**) del trabajador que, siendo integral a su persona (**fundada en la dignidad**), resulta superior a su voluntad (**supra-volitiva**), inmodificable para él (**in-mutable**), como es la clase socio-económica de su pertenencia inseparable (**in-escendible**); sin la cual, el acto lesivo (despido), no hubiera sido posible (**causa adecuada/determinante**). Siendo el despido, en efecto, un acto **lesivo de la dignidad humana** del trabajador, **y antijurídico**, al carecer de una causa legal que lo justifique.

Se nos muestra así, a la luz de este prisma, el despido arbitrario sin sus falsas vestiduras legales, a cara descubierta, tal cual es: un hecho ilícito y violento; un acto de poder; un acto arbitrario; un acto moralmente deleznable y socialmente injusto.

Por todo lo dicho, podemos aseverar, que cuando el art 245 de la ley 20744 (R.C.T), convalida el ilícito que se consuma a través del despido sin causa, por

exclusivas razones económicas o políticas y, a pesar del daño antijurídico a la digna condición humana que este conlleva, no hace más que reducir al trabajador al sub-nivel de las cosas, discriminándole.

Al utilizar la norma un criterio economicista, ha dispensado trato de “cosa”, a la “persona” que trabaja.

Así, la norma es quien ha preferido la opción axiológica de la discriminación, pues ha reducido al trabajador a mera mercancía, a mero bien al servicio de intereses económicos de un sistema productivo que ha juzgado, en efecto, superiores.

Por lo que, ni el “animus” del sujeto activo, ni el “ánimo” del sujeto pasivo, con elementos configurativos discriminación. Puesto que una persona puede ser víctima de discriminación, sin sentir la ofensa y, aún sin saberlo ni tener consciencia de ello, y tal ausencia, no evitará la sanción judicial del acto ni su invalidez. De igual modo, aunque no haya mediado intención o “*animus discrimini*” del sujeto activo, y aunque ni siquiera haya discernido éste su falta, la discriminación puede ser plenamente configurada, objeto de un juicio de valor y legalmente sancionada con su nulidad.⁴⁸

Por supuesto que hay un sentido peyorativo en todo acto discriminatorio, pero ese dis-valor está ínsito en el acto, y derivado de la deleznable y siempre reprobable cosificación del ser humano.

Por las razones expuestas, pensamos que siendo todo despido arbitrario un acto en sí mismo discriminatorio, merece la sanción propia de esta grave ilicitud: la nulidad del acto lesivo de la digna persona humana y violatorio de la garantía de inviolabilidad que tutela esa suprema condición.

En cuanto a las clases de nulidad, absoluta o relativa, y en relación a con cuál de esos tipos de ineficacia debe sancionarse el despido discriminatorio, nos referiremos en el acápite siguiente, a la luz de la experiencias acontecidas en el Derecho Comparado.

⁴⁸ Absoluta o relativa, según el sistema adoptado. En el acápite siguiente, se dará cuenta de los distintos sistemas del Derecho Comparado.

IV.- El tratamiento legal y jurisprudencial del despido en Argentina y en Derecho Comparado. Los grados de ineficacia del despido sin causa en el Estatuto de los Trabajadores de España e Italia. La doctrina de la nulidad radical (absoluta) en el Tribunal Constitucional Español y su recepción por la reforma de la Ley de Procedimiento Laboral Española.

Como ya mencionamos, el artículo 245 del RCT⁴⁹, que convalida la eficacia extintiva de un ilícito como el despido sin causa, mediante el pago de una suma de dinero (sistema de monetización del despido), ha preferido la opción axiológica de la discriminación del trabajador -ínsita en todo despido arbitrario- a la sanción legal de nulidad de dicho acto dañoso y antijurídico.

Así, si bien nuestro derecho considera antijurídico al despido sin justa causa⁵⁰, lo

⁴⁹ Art 245 ley 20744:“En los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso, éste deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a UN (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de TRES (3) meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor. Dicha base no podrá exceder el equivalente de TRES (3) veces el importe mensual de la suma que resulte del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador, al momento del despido, por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad. Al MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL le corresponderá fijar y publicar el promedio resultante, juntamente con las escalas salariales de cada Convenio Colectivo de Trabajo. Para aquellos trabajadores excluidos del convenio colectivo de trabajo el tope establecido en el párrafo anterior será el del convenio aplicable al establecimiento donde preste servicios o al convenio más favorable, en el caso de que hubiera más de uno. Para aquellos trabajadores remunerados a comisión o con remuneraciones variables, será de aplicación el convenio al que pertenezcan o aquel que se aplique en la empresa o establecimiento donde preste servicios, si éste fuere más favorable. El importe de esta indemnización en ningún caso podrá ser inferior a UN (1) mes de sueldo calculado sobre la base del sistema establecido en el primer párrafo.” (Texto conforme reforma de ley 25.877 B.O. 19/3/2004).

⁵⁰ “La indemnización, tasada o no, presupone la antijuridicidad del acto'. 'No se puede afirmar que existe libertad para despedir pagando la indemnización como no se puede decir que existe libertad para atropellar un peatón pagando la indemnización. Afirmer esto presupone ignorar el concepto mismo de antijuridicidad civil. El despido sin justa causa es, por definición, el despido sin causa de justificación. Sólo requiere causa de justificación lo

valida y le confiere eficacia resolutoria -recepticia e *ipso iure*-, consagrando un sistema de "*validez e illicitud*".⁵¹

Ante la presente tesis, según la cual, todo despido sin justa causa es, en sí mismo discriminatorio, la tacha de invalidez constitucional de dicha norma surge clara y manifiesta y debiera de ser objeto de control constitucional y convencional "*ex officio*" por los magistrados, como ya mencionamos.

Sin perjuicio del daño extra-patrimonial (moral) a la dignidad del trabajador, es decir, a su digna condición humana, lo cual, ya de por sí, amerita la nulidad del acto de despido como mecanismo de cese del mismo y sus consecuencias dañosas (art 1, ley 23592), desde el punto de vista patrimonial (material), el distracto in-causado daña la expectativa económica del trabajador, frustrada por la ruptura "*anti-tempus*" del contrato y, asimismo, su derecho adquirido sobre las condiciones laborales con fuente en el negocio jurídico laboral⁵² lo que importa una transgresión a la garantía de inviolabilidad del patrimonio prevista en el art. 17 de nuestra Carta Magna.

No obstante este perjuicio de doble dimensión (moral y patrimonial), nuestro sistema regula permisivamente al despido sin causa convalidando, lisa y llanamente, un acto antijurídico, en franca transgresión de la Constitución Nacional; las leyes infra-constitucionales prohibitivas de discriminación -como la ley federal 23592⁵³ y la ley 23551⁵⁴- destinadas a tutelar la dignidad de la persona en la vida

que es ab initio ilícito..." (conf. Moisés Meik, 2003)

⁵¹ Expresión utilizada por el jurista Justo Guillermo López en su comentario a la L.C.T.

⁵² En otro trabajo del suscripto, intitulado "El proceso de integración fontal en la relación jurídico-laboral" se explica que el negocio jurídico laboral (contrato de trabajo) configura la única, específica y compleja, fuente de regulación de la relación jurídica laboral (efecto-consecuencia). Allí se lee: "...En este sentido, el negocio jurídico, que no resulta ajeno a todo lo relativo a la clásica teoría general de los actos jurídicos, es intervenido por la ley en sus tres elementos vitales: La manifestación de voluntad, el objeto y la causa-fin o causa objetiva..." (2013. Inédito)

⁵³ Ley federal promulgada el 23 de agosto de 1988. Dispuso expresamente la nulidad de los actos discriminatorios y la reparación in natura del derecho fundamental conculcado, más una indemnización integral complementaria.

⁵⁴ Nos referimos a los art 47, 48 y 50 que la Ley 23551 (Ley de Asociaciones Sindicales) reserva a la tutela, expedita y rápida, de los actos discriminatorio contrarios a la garantía de

civil y, con más ímpetu, en el ámbito laboral y sindical; como un sinnúmero de disposiciones de orden internacional.

Entre los argumentos esgrimidos por la Jurisprudencia a favor de la validez del sistema descrito, sobresale la finalidad de proteger: ya el denominado “orden público económico”; ya la “garantía de inviolabilidad de la Propiedad Privada” (17 CN); ya la intocable “garantía de libertad de industria y comercio” (art 14 CN); otorgando, de este modo, supremacía a garantías de tinte económico por sobre la suprema “garantía de inviolabilidad de la persona humana” que está destinada, como ya explicamos, a proteger la digna condición humana, es decir, el valor dignidad.⁵⁵ La supremacía de la dignidad, a la luz del sistema expuesto, queda reducida a mera formalidad.

En este contexto normativo nacional, encontraron asidero varios precedentes judiciales, entre los que se hallan decisorios de la Corte de Justicia de la Nación que declararon la inconstitucionalidad de toda disposición normativa contraria al sistema de estabilidad relativa (“validez e ilicitud”) consagrado por el art 245⁵⁶ del R.C.T. para las relaciones laborales⁵⁷.

Cabe ahora preguntarnos, si luego de la reforma constitucional de 1994, la regulación del despido sin causa puede continuar siendo la misma o, por el

libertad sindical, en su sentido más amplio.

⁵⁵ Esta posición surge de fallos de la CSJN. Entre ellos: “Soengas c/ ferrocarriles” (Constitucionalidad de la ley de facto 21.476 sobre la eliminación de reajuste automático de la bonificación por antigüedad prevista en el convenio colectivo); “López c/ Explotación Pesquera La Patagonia” (Aplicación de la tasa pasiva a la indemnización derivada de un accidente de trabajo); “Cacace c/ Municipalidad” (Procedencia del pago con Bonos de una indemnización por accidente de trabajo mortal). Todos ellos citados en Jurisprudencia consultada.

⁵⁶ Existen dos fallos de la CSJN que revelan ese criterio restrictivo-economicista, como el vinculado al Estatuto del Trabajador Bancario (ley 12.637) “De Luca c/Banco Francés” y el relativo al Convenio Colectivo de los Mineros, en el fallo “Figuroa, Oscar c/ Loma Negra CIASA”. Ambos citados en Jurisprudencia consultada.

⁵⁷ Nos abstenemos de decir “para el sector privado con exclusión del empleo público”, ya que no compartimos la célebre distinción. Consideramos que es trabajo, en los términos del art 4, tanto uno como otro, por lo que la exclusión del art 2 de la ley 20744 nos parece inconstitucional por discriminatoria.

contrario, ha cambiado o debe ser reformulada. Creemos que la mal llamada “estabilidad relativa”⁵⁸ puede considerarse, hoy por hoy, indirectamente derogada o, al menos, profundamente modificada, desde que fueran incorporado por vía del art. 75, inc. 22 de la Carta Magna, un complejo de disposiciones y Tratados internacionales que exigen la “causalidad del despido”⁵⁹ como medio adecuado y eficaz de protección del derecho humano “al trabajo”, bajo perjuicio de sanción de nulidad, relativa o absoluta, según el grado de ineficacia que cada país concertante adopte.

La causalidad, es así, el criterio de legalidad aconsejado por la fuente internacional, que juega su rol tuitivo tanto a la “entrada” del contrato (discriminación a la entrada), durante su vigencia y desarrollo (discriminación durante el contrato), como al final o a la extinción del mismo (despido discriminatorio). Exigiendo, en cada caso, una razón jurídica (objetiva y legalmente válida) que sirva de justificación al daño.

En este sentido, cabe citar la norma del art 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) que expresamente reconoce la existencia de un derecho humano “al trabajo” y su inherente derecho “a la estabilidad laboral”, sobre el cual, halló fundamento, el célebre y reciente fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (C.I.D.H: órgano de interpretación y aplicación de dicha Carta), in-re “Campos del Lago c/ Perú” del año 2017. La C.I.D.H, en dicho caso, decidió sobre la obligación del Estado Peruano de reparar (material y moralmente) al ciudadano Campos del Lago, por los daños padecidos a raíz del incumplimiento de su deber de protección eficaz contra todo acto lesivo de

⁵⁸ La terminología “estabilidad relativa” encierra una contradicción, ya que lo que no es estable es, rigor, inestable.

⁵⁹ Quiere decir, que todo despido debe fundarse en una causa de justificación que lo haga “procedente”, bajo pena de ineficacia. A su vez, se distinguen tres grados de ineficacia en el Derecho Comparado, a saber: 1.- Improcedencia. 2.- Nulidad (ineficacia relativa). 3) Nulidad radical (ineficacia absoluta).

las garantías de libertad sindical y derecho al trabajo, el cual consideró comprensivo del derecho a la estabilidad en el empleo, en la inteligencia que remarcamos.

Hoy, a más de veinte años de la mentada reforma del 94, algunos se preguntan todavía sobre la constitucionalidad de un sistema de “validez-ilicitud” como el del art 245, cuando la pregunta debiera de ser meramente retórica. Anticipamos nuestra respuesta negativa.

Nos explicamos: El cambio experimentado en nuestro derecho interno por las fuentes positivas de regulación del contrato de trabajo, ha adquirido singular carácter, debido al referido “bloque complementario” de pactos, tratados y declaraciones internacionales sobre derechos humanos que, que han sido incorporados con jerarquía constitucional por vía del mentado inc. 22 del art. 75, a la Carta Magna, ampliado la real dimensión del Orden Público Protectorio Laboral (O.P.P.L) y nutriendo al sistema jurídico local al son del “*ritmo universal de los derechos humanos*” en clave laboral, ubicando al sistema jurídico nacional a la altura de la consciencia jurídica universal (*ius Cogens o ius Gentium*)⁶⁰. Consciencia, que debe ser interpretada en las “condiciones de su vigencia”, es decir, con el sentido y alcance que los Organismos específicos de control y seguimiento determinen.⁶¹

Como lo ha expresado en reiteradas ocasiones el maestro Meik (2007), en alusión a la influencia ejercida por el Derecho Internacional de los Tratados sobre el derecho interno: “*Decir de ellos que nada nuevo han contribuido al ordenamiento jurídico nacional, es ignorar la historia de la humanidad y la frondosa labor de*

⁶⁰ En épocas arcaicas de Derecho Romano, la expresión hacía referencia al derecho común a los pueblos de la cuenca fértil del Mediterráneo. Durante el Derecho Justiniano (s.VI) o post-clásico, se refiere al fenómeno de universalización de Derecho o conciencia jurídica universal que, a la luz de la globalización actual, se ha intensificado hasta nuestros días. El maestro Meik, recuerda a menudo la idea de Lyon Caen, sobre el antídoto que se extracta del propio veneno, es decir, el Derecho Humano de los Tratados, como admirable consecuencia, por algunos sectores indeseada, del triste fenómeno de globalización del capital y los mercados.

⁶¹ Así, la CSJN en la causa “Giroldi” (1995), citada en la jurisprudencia consultada.

juristas prestigiosos del orbe, como así también, la abundante jurisprudencia que se ha desarrollado en foros internacionales que la enriquece” (Meik, Moisés. 2. 2007:23).

Así, todo el Derecho de los Tratados, arremete con mayor intensidad y eficacia tuitiva, produciendo innovaciones sobre el sistema tradicional de fuentes -jerárquico y piramidal (art 31, 33 ss y cc de C.N)-, consagrando un nuevo sistema legal de preeminencia de la fuente (interna y/o internacional) que garantice de modo más eficaz la conservación de los niveles de protección logrados por el Trabajador.

Se trata de la consagración universal del positivo principio de progresividad como faz dinámica del Orden Público Protectorio.

Por lo que, es viable, partiendo del análisis de las distintas formas de protección contra el despido arbitrario, buscando entre las normas o fuentes internas e internacionales, encontrar y aplicar la normativa que garantice, óptima y eficazmente, la tutela de los derechos humanos del trabajador. Debiendo optar, el juzgador, por su preeminente aplicación, con independencia de la jerarquía o jurisdicción de la legislación.

Porque, no en vano, el hombre que trabajada en subordinación jurídica, ha sido declarado por nuestro Máximo Tribunal Nacional como **“sujeto de preferente atención constitucional”** (consid. 10, voto de la mayoría, en el célebre fallo **“Vizzoti c/ Amsa”** (2004), zanjando toda duda que pudiese existir, sobre a qué sujeto dirige su máxima tutela la Constitución Nacional,⁶² en su artículo 14 bis.⁶³

⁶² La CJN – en su pretérita y señera integración - enfáticamente a dicho: “(...) Sostener que el trabajador es sujeto de preferente atención constitucional no es conclusión sólo impuesta por el Art. 14 bis, sino por el renovado ritmo universal que representa el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que cuenta con jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994 (Constitución Nacional, art. 75, inc. 22)...” (Cons.nro. 10, CSJ in re “Vizzoti c/Amsa SA”, citada en Jurisprudencia consultada.

⁶³ Recepta las garantías sociales como reflejo del constitucionalismo social, entre las que se menciona a la protección contra el despido arbitrario, entre otras de no menor importancia.

Sentado lo dicho, nos preguntamos, qué tratamiento cabe al llamado despido discriminatorio en el concierto internacional.

En relación específica a este tipo de ilícito, la Corte Internacional de Derechos Humano (C.I.D.H), ha recomendado -en forma genérica- a los Estados Parte que, en el Estado de Derecho: *“No se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición”* (Corte_IDH 2003: párrafo 101, subrayado nos pertenece).

Centrando su atención en la parte *in fine* de la recomendación citada, el maestro Meik, afirma la consideración del “despido represalia” como un caso típico, más no único, de discriminación.

Al respecto nos dice: *“(...) Es en ese párrafo final donde tienen cabida numerosos supuestos. De este modo, cabe consignar como incluíble en la esfera de las relaciones de trabajo, el comportamiento patronal de represalia contra un trabajador que ha ejercido el derecho fundamental a tener derechos y/o conservarlos, actuando así uno de los primeros y centrales derechos humanos, que es el reivindicar y defender los derechos.”* (Meik, Moisés. 2007:12)⁶⁴

Coincidimos con el ilustre jurista, ya que si todo despido sin causa es la manifestación de un hecho de violencia sobre una persona, en abuso de su condición social jurídicamente vulnerable y su hipo-suficiencia económica y negocial, el despido represalia contra el ejercicio libre de un derecho, configura discriminación sin igual y claro hecho injusto.

En el orden interno, la ley anti-discriminatoria nro. 23592, define al acto discriminatorio (art 1) y prevé, mediante el cese del acto, la reparación *“in natura del daño”*, esto es, la nulidad del despido y la consiguiente y efectiva reinstalación del

⁶⁴ Cnf. Meik, Moisés “En el veneno está el antídoto...”. Ponencia presentada en Córdoba, año 2007, en Conmemoración del 50º Aniversario del 14 bis. de la Constitución Nacional. Recuerda el autor con esa expresión al iuslaboralista Lyon Caen.-

trabajador a su puesto de trabajo con pago de los salarios caídos o de tramitación, con más una indemnización por los daños materiales y morales ocasionados (art. 2). Así, dicha norma, se observa en consonancia con el nivel de protección aconsejado por el derecho internacional.

Por todo lo expuesto, el acto de despido sin causa, al ser en sí mismo discriminatorio -conforme la tesis desarrollada- está prohibido por el sistema normativo argentino vigente, en su doble dimensión -interna e internacional- y, por ende, merece recibir la sanción jurídica propia a los actos de objeto prohibidos, cual es la sanción de nulidad absoluta, toda vez que dicho acto lesiona, en todos los casos, al supremo valor dignidad, cuya tutela legal, yace prevista en la Constitución Nacional (art 16, 14bis y 43), las leyes dictadas en su consecuencia (Ley 20744 (arts. 17, 81 y 172); Código Civil y Comercial de la Nación (arts. 19, 51, 52 ss y cc), ley federal 23592 (arts. 1 y 2), ley de A.S. 23551 (arts. 47 a 52 ss. y cc.)...

A lo que debemos sumar, diversas convenciones de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T) relativas a la discriminación, como el Convenio 87, que reconoce como derecho de todos los trabajadores la libertad de afiliación y opinión sindical; el Convenio 135 sobre la situación de los representantes de los trabajadores que expresamente prevé, como causa de discriminación, a la opinión sindical; el art. 1 del Convenio 98 sobre el derecho a la sindicación y negociación colectiva; el art. 4. pár. 2do, del Convenio 151, sobre las relaciones de trabajo en la administración pública; el Convenio 156 sobre los trabajadores con cargas de familia y, por último, la célebre Convención 158⁶⁵, sobre extinción del vínculo laboral por decisión unilateral del empleador que prohíbe expresamente el despido discriminatorio, y aconseja su nulidad como sanción más adecuada (arts. 4, 5 y 10 del Convenio 158,

⁶⁵ El Estado Argentino no ha ratificado aún, por medio del Congreso Nacional, a la Convención 158. No obstante esta omisión, que no halla justificación jurídica válida, dicha Convención resulta vinculante para los órganos de gobierno de Argentina, en su calidad de Estado Parte de la OIT; comprometiendo su responsabilidad internacional por su omisión y su incumplimiento. Así, lo han entendido múltiples pronunciamientos judiciales a lo largo y ancho del país.

O.I.T.)

Entre los tratados y convenciones internacionales que prohíben radicalmente actos discriminatorios que, como ya se dijo, desde la mentada reforma constitucional de 1994 son derecho positivo vigente argentino, hallamos a: La Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 23 1 y 2; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 2° inc. 1°, 3 y 26; el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 3 y 7; la Declaración Americana de Derechos y Obligaciones del Hombre, art. 2°; la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, arts. 1° y 2° inc. d); la Carta de Organización de Estados Americanos, art. 34; y la ya célebre Convención Americana de Derechos Humanos sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 7° (Pacto de San José de Costa Rica y su protocolo facultativo de San Salvador ⁶⁶).

En síntesis: La sanción recomendada por el derecho Internacional es, sin lugar a dudas, la nulidad absoluta del despido discriminatorio, con la consiguiente reincorporación del sujeto pasivo del daño (el trabajador) a su puesto de trabajo (reparación in natura) o, al menos, su nulidad relativa (no radical), que le otorgue – exclusivamente- al trabajador, el derecho de opción entre la ineficacia del acto injusto, o su convalidación a cambio de una indemnización agravada, razonable con la dimensión del perjuicio.

Esta idea de reparación “*in natura*”, implícita en la nulidad radical o absoluta y entendida como la solución resarcitoria más adecuada ante todo despido arbitrario lesivo de la digna condición humana, ha recibido acogida en el ámbito de la justicia nacional por influencia de la elaboración jurisprudencial foránea, puntualmente, la del Tribunal Constitucional de España (T.C.E)⁶⁷, que ha brindado a este tipo de ilícito, un tratamiento especial en el marco de la “teoría de la ineficacia del negocio

⁶⁶ El protocolo de San Salvador, en lo que aquí respecta, es tratado en el acápite V.-

⁶⁷ En el año 1980, fue reformada la LPL española del 4 de julio de 1958, incorporándose a la discriminación como causa de nulidad del despido. Sin embargo, casi una década más tarde, y mediante la influencia ejercida por el TC, fue receptada la nulidad radical como única y adecuada consecuencia reparadora.

jurídico”; aconsejando su inexorable sanción de nulidad radical. Lo que constituye una muestra clara del papel protagónico desempeñado por los magistrados laborales en la obra de reforma legislativa procesal y sustancial acaecida en ese país.

Actualmente, a lo largo y ancho de nuestro país, se observa la recepción jurisprudencial de la doctrina de la “nulidad radical”, frente a los actos de despido juzgados como discriminatorios⁶⁸. Se trata, pues, de criterios judiciales que nulifican despidos al estar afectados de esa “doble ilicitud”⁶⁹, representada por la ausencia de causa objetiva de despido y por el móvil discriminatorio del acto.

Creemos en las bondades de esta corriente doctrinaria y, asimismo, que mucho debe a ella la cultura jurídica nacional y la tutela del “trabajador a pie”. Sin embargo, consideramos necesaria su reformulación, en el sentido y alcance desarrollado en la presente tesis científica, por considerarla un nivel de protección eficiente pero de limitado alcance, al dejar sin sanción de nulidad al despido sin causa.

Así, creemos, esa insuficiencia de corto alcance, no condice con el nivel protectorio exigido por el art 14 bis de la Constitución cuando ordena *“El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que aseguran al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor... protección contra el despido arbitrario”*.

El tratamiento del despido sin causa en el Derecho Comparado reviste vital importancia en la elaboración jurisprudencial nacional que tenga por fin la

⁶⁸ Llegado el punto, no debemos olvidar que, tanto la justicia extranjera como la nacional, realizan una configuración “subjetivista” de la discriminación, basada en un móvil o intención discriminatoria, por esta tesis prescindida.

⁶⁹ La llamada teoría de la “doble ilicitud”, que ha sido coadyuvante a la nulidad absoluta de los despidos considerados discriminatorios, nos parece un buen acierto de la doctrina autoral, ya que brinda un argumento muy convincente en pro de la ineficacia del acto como medio de protección eficaz del trabajo que, a su vez, coloca a la discriminación en el marco de la ilicitud agravada.

protección efectiva del trabajo contra el despido arbitrario.

Siguiendo al maestro Meik -quien ha interactuado intensamente con catedráticos de la Universidad de Castilla-La Mancha⁷⁰- el sistema consagrado por los Estatutos de Trabajadores de Italia (1970) y España (1980) -referentes en la materia- admite tres (3) niveles de ineficacia del despido ilícito, a saber:

“1) Despido Improcedente: Declarado así, por la ausencia de una causal que justifique el despido. Se excluyen supuestos de lesión a derechos fundamentales.

a) A opción del Empleador: Dentro de los cinco (5) días posteriores a la sentencia que así lo califica (ilícito) y lo resuelve, tiene la opción de readmitir al Trabajador y pagar los salarios de tramitación. b) Abonar una indemnización de cuarenta y cinco días (45) de salarios -agravada- por periodo anual trabajado, más una suma de dinero de igual monto a los salarios caídos desde la fecha del despido. Tanto en el E.T. de Italia (1970) como en el E.T. de España (1980), el despido "improcedente" faculta al empleador y/o al trabajador a "optar" por la reinstalación ó por la indemnización agravada.

2) Despido de Representante sindical: Si se trata del despido de un representante sindical, la opción a) es un derecho exclusivo del trabajador (readmisión inmediata, más salarios de tramitación o caídos). A diferencia del E.T de Italia, el de España tiene esa "defección" en los despidos improcedentes, de dar al empleador la opción de reintegro señalada en a), criticada por la doctrina mayoritaria española.

3) Despido nulo: En cambio (conf. art. 56 del E.T de España), si el despido es calificado en la sentencia de nulo, por violar derechos fundamentales, o es considerado discriminatorio por cualquiera de las causas previstas en las normas, o violatorio de libertades públicas reconocida en la Constitución Española, la opción es siempre del trabajador, quien puede exigir su reintegro inmediato porque el "despido es radicalmente nulo" (expresión de la doctrina). En el E.T de España,

⁷⁰ La monumental obra "*Estudios Críticos de Derecho del Trabajo*" (2014) bajo su dirección, así lo atestigua. Dicho trabajo colectivo, reúne a los juristas más prestigiosos de Iberoamérica, entre los que se hallan el propio Meik, Cornaglia, Gatti, Zas, Duarte, Bailos Grau, Monereo Pérez, Iñigo Carrera, Romagnoli (Italia), entre otros de igual prestigio.

asimismo, se considera especialmente grave los despidos violatorios de principios, derechos fundamentales, o discriminatorios por razones raza, sexo, nacionalidad..., fulminando de nulidad a esas conductas segregatorias, doblemente violatorias de la dignidad de la persona. En aquel tratamiento del mero despido ilícito en ambos E.T señalados, está implícita la discriminación que afecta en su dignidad al trabajador por su condición de asalariado -o clase- siendo un factor objetivo de transgresión, dado la relación asimétrica de poderes entre ambos sujetos de la relación”⁷¹

Como anticipamos en la nota, la sentencia del Tribunal Constitucional Español (Sala II. L.S: 38-1981 -“BOE” 22-12), del 23 de noviembre de 1981, constituye el punto de partida para la construcción pretoriana de la doctrina de “nulidad radical”, como grado de ineficacia adecuado a la figura del despido discriminatorio y, en general, a todo acto que actúe una lesión a un derecho o garantía fundamental.⁷²

La trascendencia del decisorio radica, en las consecuencias que produjo en torno al alcance de la nulidad de un despido lesivo de la libertad sindical (art 28.1 de Constitución Española), al disponerse que: *“El despido nulo (...) comporta, necesariamente, la readmisión, excluyéndose toda facultad de opción ejercitable por el empresario, pues los efectos que se anudan a tal nulidad reclaman la integración de los trabajadores a su puesto con el pago de los salarios y el mantenimiento de sus derechos adquiridos” (fundamento-7)⁷³*

De esta manera, fue consagrada la efectiva *reparación in natura* y la consiguiente *“readmisión inmediata del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir”* (arts. 55.4 y 10.4 de la Ley de Procedimiento Laboral, T.O 1980- reformado), con exclusión de toda opción de otra solución distinta a la readmisión del trabajador,

⁷¹ El texto ha sido entrecomillado, ya que constituye expresión literal del maestro Meik, en el marco del intercambio de opiniones que hemos tenido en relación a su dirección académica sobre esta tesis científica. Sirva la cita, de sincero y profundo agradecimiento a su persona y a su inestimable labor.

⁷² Según la opinión de autores de la talla de Palomeque López y Almansa.

⁷³ T.C de España, Sala II, fallo del 23 de noviembre de 1981, citado en Jurisprudencia consultada.

como por caso, la indemnización sustitutiva agravada⁷⁴.

Fue así, de modo pretoriano, que el Tribunal Constitucional de España (Sala.II), hubo reconocido frente a las categorías tradicionales de ineficacia -improcedencia y nulidad relativa-, equiparadas a nivel procesal mediante una “opción de no readmisión monetizada”, un tercer tipo de sanción de mayor severidad, cual fue la nulidad radical o absoluta, *“sancionándose más intensamente, lo que anteriormente, a lo sumo, sólo estaba formalmente prohibido e insuficientemente garantizado”* (Meik, M- 2007. Op cit.)

Pero, analicemos ahora, cómo ha repercutido dicha doctrina en la Jurisprudencia nacional.

En este sentido, el célebre fallo de la Sala VI de la C.N.Trab, *“in re” “Balaguer c/ Pepsico de Argentina SRL”*, marzo de 2004, en ocasión del tratamiento de un despido discriminatorio sostuvo que: *“Esta conclusión surge de la nulidad del acto y de lo ordenado por la ley 23.592, en el sentido de que el damnificado tiene derecho ante todo a que se deje sin efecto el acto discriminatorio y a que se reparen los daños materiales y morales ocasionados. Y, en el punto, entiendo que el régimen general que rige en materia de despido y que posibilita el despido sin causa con pago de una indemnización, cede frente a las normas de rango superior o igual (tal el caso de la ley 23592) que tutelan la dignidad del hombre y que, por ende, sancionan las conductas discriminatorias y que, ante todo, tienden a privar de efectos al acto violatorio de dichas normas fundamentales. Por lo expuesto, comparto lo resuelto por el juez de grado en orden a la reincorporación de la trabajadora que fuera objeto de un trato discriminatorio (...)”*

En idéntico sentido, aunque en relación al derecho de libre expresión de las ideas, se manifestó la Sala IX de la CNT en la causa *“Greppi”*, en fallo del 31 de mayo de

⁷⁴ No debemos pensar, que la solución indemnizatoria agravada por el daño moral implícito en la discriminación, es una solución contraria o excluyente de la nulidad. La ley 23592 es claro ejemplo del juego armonioso y complementario de ambos efectos. Así, mientras su art 1ro, establece el cese del acto lesivo de derechos o garantías constitucionales mediante su nulidad, su art 2do agrega una indemnización reparadora del daño espiritual.

2005: *“En efecto, resulta comprendido el despido de la reclamante en dicha categoría por constituir una restricción impuesta por la empleadora al pleno ejercicio del derecho de cuño constitucional a propagar sus ideas (art. 14). Asimilado por influjo del citado art. 1º de la ley 23.592 el acto discriminatorio al acto nulo, la solución que prevé la norma en análisis cuando se encuentra comprometida la ruptura del vínculo laboral excede el marco del sistema de estabilidad relativa o impropia en el que se respalda la argumentación recursiva, ya que se impone el restablecimiento de la vigencia de la relación, sin que se sustente en norma alguna que la condición de trabajador del afectado lo excluya de la proyección de dicho esquema.”*

En el mismo orden, se supo pronunciar la Sala V de la C.N.A.T., in-re *“Parra Vera”*, que versó sobre un caso de discriminación anti-sindical, diciendo que: *“El despido discriminatorio padecido por la actora es un acto nulo de objeto prohibido y, además, ilícito, por lo que propicio revocar la sentencia de grado, y hacer lugar a la acción de amparo, declarando la nulidad del despido, y condenando a la demandada a readmitir a la trabajadora en el empleo, y a resarcir los daños y perjuicios pertinentes (conf. arts. 18, 953, 1044, 1066, 1083 y concs., C. Civ.; 1º, ley 23.592).”*

En otro caso, *“Arecco”* (2006), la misma Sala V, también decidió, categóricamente, que: *“En definitiva, si bien en nuestro ordenamiento jurídico laboral, rige un sistema de “validez e ilicitud” al decir de Justo López, propio del régimen de estabilidad relativa, o estabilidad impropia (ver, en tal sentido, De la Fuente Horacio “Principios Jurídicos del Derecho a la Estabilidad”, Ed. Zavalía), la empleadora no podría invocar la eficacia de su decisión extintiva si el acto tiene por teleología la discriminación.”*

Por su parte, la Sala II, de la C.N.A.T. ha dicho, en la célebre causa *“Alvarez”* (2010), fallo del 30 de noviembre de 2007 – la Corte Nacional se expedirá sobre la cuestión con motivo de la atención -por vía de queja o recurso de hecho-, en relación a la sanción más adecuada al despido discriminatorio anti-sindical, al decir:

“Consecuentemente, corresponde mantener la decisión de nulificar los despidos y ordenar la reinstalación de los actores, así como también el pago de los salarios caídos, como derivación de lo resuelto en torno al acto extintivo que implica considerar la subsistencia del vínculo de trabajo y su presupuesto, la disposición generadora de los salarios, en los términos de lo normado en el art. 103 de la L.C.T.” (Del voto de la Dra González, en mayoría) ⁷⁵

La doctrina expuesta en los señeros fallos citados, en especial, los de la célebre Sala V de la CNAT, ha significado un avance invaluable en cuanto a la teoría de la ineficacia del acto de despido discriminatorio, en línea con la legislación y jurisprudencia internacional supra expuesta, sin perjuicio de lo cual, creemos inadecuada al nivel exigido por el art 14 bis de la Constitución Nacional, luego de la reforma de 1994 y sus consecuencias.

Sentado todo lo dicho, cabe preguntarnos sobre la postura de la Corte Nacional y demás Tribunales inferiores, sobre la naturaleza jurídica del despido sin causa, a fin de dar respuesta a los interrogantes de: ¿Es lícito despedir sin causa? ¿Hay un derecho a ese tipo de despido? ¿Sólo el despido discriminatorio está prohibido, diferenciándose del mero despido arbitrario? O, por contrario, ¿todo despido sin causa es ilícito? Cuestiones, todas ellas, vinculadas a los sistemas de estabilidad absoluta y relativa vigentes en nuestro país⁷⁶ que, sumado a lo ya dicho en este acápite, retomaremos en los acápites siguientes.

Pero antes, echemos un vistazo a Protocolo de San Salvador.

⁷⁵ Es este caso concreto, el que llegará a los estrados del Máximo Tribunal de la Nación a fines del año 2010, como veremos más adelante.

⁷⁶ Cabe señalar que, la CJN en el caso “Alvarez” expresamente reconoció la posibilidad de la estabilidad real en nuestro derecho, no siendo óbice la norma del art 245 del RCT: “Sólo un entendimiento superficial del art. 14 bis llevaría a que la "protección contra el despido arbitrario" implicara una suerte de prohibición absoluta y permanente a toda medida de reinstalación, ya que a la interpretación evolutiva y el principio pro homine (...) (CSJN, 2010, en voto de la mayoría) Sin perjuicio de tal mérito, no despejó toda duda sobre, la existencia o no, de un derecho a despedir sin causa.

V.- El protocolo de San Salvador⁷⁷. La opción por la restitución in natura (Nulidad, readmisión y reparación de perjuicios) en el Derecho Internacional-internalizado.

No obstante el sentir crítico y la buena intención demostrada por la jurisprudencia en los citados fallos, consideramos que la duda sobre la existencia o no de un supuesto derecho a despedir sin causa continúa latente, no obstante la reforma Constitucional de 1994, el “ritmo internacional de los derechos humanos” en clave laboral, y el fallo “Alvarez” de la Corte Nacional.

Los fallos transcriptos a continuación muestran, claramente, que estamos ante una cuestión vigente:

Así, la Sala II, C.N.A.T., en el fallo “Lucci” (2008), dijo: “(...) *La circunstancia de que se trate de un despido injustificado o arbitrario no permite concluir que resulte, a su vez, un acto que encubra una discriminación peyorativa, puesto que arbitrariedad y discriminación no son conceptos sinónimos. El sistema resarcitorio del despido arbitrario en el ámbito del empleo privado modulado en base a una forfata del daño, constituye la reglamentación legal de la protección constitucional contra el despido arbitrario y el reconocimiento de efectos extintivos al acto disolutorio, aún injusto o incausado, sin desconocer el carácter antijurídico de tales actos. Por ello, aun cuando el despido arbitrario no constituya un derecho del empleador, sino al decir de Justo López, un ilícito civil, de ello no se sigue la ineficacia del acto para poner fin a la relación contractual sino la obligación de reparar los daños en los términos regulados por el legislador nacional (...)*” (C.N.A.T Sala II Expte. N° 37.335/08 Sent. Def. N° 98.932 del 21/02/2011 “Lucci Andrea Paula c/Casino Buenos Aires SA Compañía de Inversiones en Entretenimientos SA U.T.E.”. (Pirolo - Maza).

En la misma línea, la Sala IX de la C.N.A.T., en fallo “Toledo” (2010), dijo: “(...) No

⁷⁷ Fue aprobado por la Ley 24.658 del año 1996. “Apruébase el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —Protocolo de San Salvador...”

resulta prudente, al menos “prima facie”, afirmar que el ejercicio de una potestad legal (como lo es la de despedir a un trabajador dependiente) se debe a la adopción de una medida de represalia o a una intención negativa tendiente a sancionar un accionar del dependiente, salvo que por las circunstancias se pueda inferir –con cierto grado de certeza- que efectivamente ese fue el móvil de la ruptura y que, bajo el disfraz del ejercicio regular de un derecho propio, se incurrió en un “abuso” de derecho de modo tal que se ha extrapolado la regularidad del acto para convertirse en una “máscara” de legitimidad que, en esencia, esconde otro móvil antijurídico e ilegítimo. El hecho de haberse dispuesto un despido incausado, no puede ser interpretado por sí solo como un accionar que encubre un acto discriminatorio (...)” (C.N.A.T. Sala IX. Expte. N° 2.488/09. Sent. Def. N° 16.502 del 24/09/2010 in re- “Toledo, Martín Adrián c/Empresa Sierras de Córdoba SA s/juicio sumarísimo” (Mag. votantes: Balestrini - Fera) -subrayado nos pertenece.

Recientemente (2018), en fallo que más adelante comentaremos (“Varela”), la Corte ha erradicado, casi por completo, la incertidumbre referida.

Llegado al punto, creemos oportuno, volver nuestra mirada a la fuente de derecho internacional, con la esperanza de hallar la solución tuitiva a la altura de las circunstancias.

Así como el Dante, guiado por su maestro de Mantua⁷⁸, conoció la verdad sobre el triste y mísero destino de malos hombres, de igual modo, llegó a mí, el artículo de Juan Carlos Lombardi sobre “*La muerte del despido directo arbitrario*”, de manos del maestro Meik.

Pensamos, en la misma línea, que a partir de la reforma constitucional de 1994 ya

⁷⁸ En referencia a Publio “Virgilio” Marrón (79 - 19 a.C), artista y consejero de Cayo Octavio, Augusto, y autor del grandioso poema épico-lírico “La Eneida”, obra sinigual de la antigüedad. El propio Dante confiesa, en su “Comedia”, la gran influencia y su admiración por Virgilio, con estas bellas y venerables palabras: “*¿Entonces eres tú aquel Virgilio, fuente de la que mana tan abundante río de palabras? –respondí, con la frente llena de rubor- ¡Oh tú, honor y luminar de los demás poetas! ¡Válgame el prolongado estudio y el gran amor con que he meditado sobre tus libros! Eres tú, mi maestro y mi autor: tú eres el único de quien aprendí el noble estilo que me ha dado fama*”.

no resulta lícito sostener la vigencia del sistema “*validez-ilicitud*”, frente al despido sin causa (arbitrario). Toda vez que, su reconocimiento, importaría una contradicción “*ad radice*” entre una norma de mayor protección y otra de menor, que solo puede ser salvada, mediante la preeminencia de la primera sobre la segunda, en virtud del principio de aplicación de la norma más favorable (art. 9 del RCT), como manifestación específica del constitucional principio de progresividad, de recepción positiva (arts. 14bis, 75, inc 23 CN y art. 39 de CPBA). Porque como ya fue dicho, en el ámbito de los derechos humanos y sociales, debe regir el sistema de preeminencia por sobre el tradicional sistema jerárquico piramidal que sólo contempla una prelación puramente normativa, sin ponderar el grado de eficacia protectora. A partir de la reforma constitucional de 1994, resulta insostenible la aplicación de dicho sistema tradicional.

De modo que, luego de la reforma, la norma válida aplicable será la que asegure el máximo nivel de protección. Así, en relación al despido sin causa, creemos hallarlo en la célebre “Convención Americana de Derechos Humanos” o “Pacto de San José de Costa Rica”. Puntualmente, en su pacto adicional de derecho procesal, llamado “Protocolo Facultativo de San Salvador”⁷⁹.

La solución legal frente al despido ilícito, adoptada por el Protocolo es, lisa y llanamente, contraria a la monetización reparadora como única solución legal dentro del derecho de un Estado. Por el contrario, el Protocolo impone a los Estados Parte el deber de asegurar “...*La estabilidad de los trabajadores en sus empleos...*” y, frente al despido sin causa, exige de estos, el reconocimiento del derecho de opción, a favor del trabajador, entre la convalidación del acto y el cobro de una indemnización compensatoria agravada, “o (a) *la readmisión en el empleo*” (art. 7, inc. d- Protocolo de San Salvador, integrante del Pacto de San José de Costa Rica).

Llegado el punto, resulta imperioso dejar en claro, que el protocolo no sólo ha sido

⁷⁹ No está demás aclarar, que tanto la Convención Americana como su Protocolo Facultativo han sido suscriptos por el Poder Ejecutivo y ratificados por el Congreso de la Nación.

incorporado a la parte dogmática de nuestra Constitución Nacional, sino que, asimismo, ha sido ratificado por el congreso de la Nación, al igual que el Pacto que integra.

De este modo, la reparación "*in natura*" frente al mero despido ilícito o sin causa, con la consiguiente nulidad del acto y la readmisión del trabajador a su puesto y el cobro de una indemnización del perjuicio (salarios caídos y daño moral), resulta una opción legal válida; un derecho subjetivo de todo trabajador argentino víctima de tamaña ilicitud, previsto por nuestra Constitución Nacional desde su reforma de 1994, cuando fueron incorporados, con jerarquía constitucional, el Pacto de San José y su Protocolo de San Salvador, cuyo nombre, nos sorprende gratamente, al aludir a sus reales efectos salvíficos sobre los desamparados del mundo.

El maestro Meik, con cita del gran jurista Rolando Gialdino, expresa en torno la cuestión: "(...) *Sostiene Gialdino R., que la tutela contra el despido injustificado puede asumir, dentro del PIDESC, la forma de la reinstalación, tal como lo precisa la Observación General 18 (Art. 48), así como los Arts. 10 del Convenio OIT 158 y 7.d Protocolo de San Salvador. Agrega que junto al "control de constitucionalidad" asienta su plaza el "control de convencionalidad", vale decir, el control relativo a la compatibilidad de las normas o actos de los gobernantes con los tratados internacionales, advirtiendo que la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sentado doctrina sobre el punto en oportunidad de tomar intervención en el caso "Almonacid Arellano y otros vs. Chile (26-9-2006) donde enfáticamente afirmara que "cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos". Concluye: que "el poder judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana"*

Por último, cabe decir, que las previsiones del referido Protocolo de San Salvador, han sido objeto de consideración y estudio en las *“II Jornadas Nacionales de Derecho del Trabajo de la Federación Argentina de Colegios de Abogados (F.A.C.A)”*, cuya conclusión fue a favor de su vigencia y aplicación interna, justificando su opinión, en que el art 7 inc. d) del Protocolo, configura la ley ley más favorable, en los términos del art 9. De la ley 20744 (R.C.T)⁸⁰ gozando de insoslayable preeminencia sobre toda otra.

Sumado a lo dicho, cabe citar a la ley federal 23592, cuya aplicación en materia de despido ya no deja lugar a dudas, al menos, desde la doctrina expuesta por la Corte en el fallo *“Alvarez”* que ha sellado la cuestión.

Así, tanto en el art 7 inc. d) del “Protocolo de San Salvador” que, al formar parte del PIDESC que, a su vez, integra el Pacto de San José, forma parte de nuestra Constitución Nacional por vía del art 75 inc 22; como en los arts 1 y 2 de la Ley 23592, hallamos la fundamentación legal vigente para solicitar judicialmente la *reparación in natura* (nulidad, readmisión y reparación de perjuicios) ante todo despido arbitrario, con independencia del inescindible carácter discriminatorio que - conforme esta tesis- se atribuye a todo despido sin causa.

La Corte, ha dado muerte al despido discriminatorio mediante fallos como *“Alvarez”* *“Pellicori”* y *“Varela”*, pero ha dado sobrevida al despido sin causa a través de la “fisura” doctrinaria allí consumada; por lo que al justo de Lombardi, le ha parecido oportuno, dar fin a tamaña alimaña, mediante el trabajo que hemos citado.

Valga, al menos, la presente tesis, de “última estocada y corte de orejas”.

VI.- La doctrina de Corte Nacional en el fallo “Pellicori”: La prueba indiciaria.

Ya lo ha dicho con suma certeza el jurista Zas al interpretar una regla de sentido común, según la cual, *“uno de los problemas que presentan los actos de*

⁸⁰ FACA, II Jornadas Nacionales de Derecho del Trabajo, San Nicolás, 30.9.2011. “Conclusiones....” inédito.-

discriminación emanados de particulares se encuentra en la dificultad probatoria” (Fallo “Parra Vera”, 2005). Y ello, porque es regla general, que el agente activo de discriminación actúe subrepticamente ocultando el verdadero móvil, ya que nadie puede negar el sentido inmoral que, culturalmente, se atribuye hoy a la discriminación.

A su vez, normalmente, quien discrimina en el ámbito laboral, es el empleador⁸¹, ya sea mediante el ejercicio del despido arbitrario, ya mediante la invocación de una aparente causa de justificación que actúe como de “cobertura” del móvil discriminatorio, ya a través del ejercicio abusivo del *ius variandi*, entre otras modalidades, lo cual dificulta aún más las posibilidades de exposición y/o publicidad del hecho por la amenaza de despido que, en un régimen de estabilidad relativa, siempre se genera hacia el colectivo de subordinados. En dicho contexto, resulta pertinente, plantear la posibilidad de una “flexibilización procesal” de la tradicional regla sobre la carga probatoria⁸². El fin protectorio, alcanza así, su aplicación práctica en el ámbito del procedimiento laboral creando justas desigualdades⁸³ a favor de la parte débil, en busca de equilibrio.

El sistema de presunciones -cuyo ámbito de operatividad natural es el procesal-, constituye así, el instrumento eficaz de protección judicial de los derechos y garantías fundamentales de los trabajadores. En este sentido, la jurisprudencia habla de la necesidad de crear, como mínimo imprescindible un “*umbral de razonabilidad*”, es decir, un “*principio de prueba*” sobre la existencia de un móvil discriminatorio del sujeto activo del acto.

⁸¹ Ya bien, a la “entrada” del contrato, durante su vigencia, como al tiempo de la “salida” (despido).

⁸² La máxima romana dice: “*Actori incumbit onus probandi; actor non probante, reus absolvitur*”. El origen de esta regla, se remonta al procedimiento formulario romano (S.I), en el que la litis-contestatio fue reemplazada por un fórmula escrita compuesta por partes ordinarias y extraordinarias. Una de sus partes ordinarias, la condemnatio, era la cesión del imperium –que detentaba el pretor u otro magistrado mayor- a favor del Iudex Privatorum, sin la cual éste no podría fallar válidamente. La cesión referida se hacía mediante esa frase ritual que, era escrita al final de la fórmula, clausurándola.

⁸³ Al decir del jurista Plá Rodríguez: desigualdad compensatoria.

El maestro Meik ha expresado, con la claridad de siempre, las bases de la teoría con las siguientes palabras: *“(...) No se puede ignorar que la prueba de un acto discriminatorio es dificultosa, diabólica, para la víctima que lo invoca. No conocemos casos de un empleador que confiese en la comunicación rescisoria la autoría de una conducta de ese tipo. La buena fe no es precisamente lo que prevalece en esa conflictividad. Lo frecuente es que se recurra a despedir mencionando, en fraude de ley, otra causa o invocar un despido ad nutum, ocultando el verdadero motivo de la represalia discriminatoria. Sobre esa base de la experiencia y con el necesario conocimiento sociológico del contexto, se comprende que la jurisprudencia prevaleciente expresamente considera aplicable la doctrina de las pruebas dinámicas o bien un sistema de distribución que se aproxima al mismo. En tal sentido, se sostiene que ello no implica invertir la regla que, en materia de cargas probatorias, establece el artículo 377 del CPCCN, sino sólo reconocer especial relevancia a los indicios y, en especial, a la conducta que – en materia procesal – despliegue la empleadora demandada en el proceso (Conf. Art. 163, quinto párrafo, CPCCN). Es el camino seguido por la saga de fallos antidiscriminatorios que ha desplegado la corriente mayoritaria en la justicia nacional del trabajo. Se trata de una doctrina que se nutre asimismo del análisis de la normativa internacional sobre protección de derechos fundamentales, y en especial del pronunciamiento de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT respecto del Convenio 111 de 1958 sobre discriminación en el empleo, para concluir que el trabajador tiene la carga de aportar un indicio razonable que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental. Se alude con esto a un principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél, para lo cual no basta un mero alegato sino la debida acreditación de la existencia de algún elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del tribunal sobre la existencia de actos u omisiones atentatorios contra el derecho fundamental, le induzca a una creencia racional sobre su posibilidad. Una vez configurado el cuadro indiciario*

precitado, recae sobre el empleador la carga de acreditar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la invocada vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se exige una auténtica carga probatoria de la demandada y no basta un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales. Esa carga probatoria de la accionada debe llevar a la convicción del tribunal que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión patronal, de forma que ésta se hubiera producido verosímilmente en cualquier caso y al margen de todo propósito violatorio de derechos fundamentales. En definitiva, el empleador debe probar que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador (...) (Meik, Moisés (2007), en “Derecho fundamental al trabajo y protección efectiva...” *op cit.*)

En el célebre caso “Parra Vera” (2005), el voto del Dr Zas que funda el decisorio, ha expresado, con suma claridad, la lógica de la doctrina del “umbral o cuadro indiciario” expuesta: *“El trabajador tiene la carga de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél. Para ello no basta una mera alegación, sino que ha de acreditar la existencia de algún elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del tribunal sobre la existencia de actos u omisiones atentatorios contra el derecho fundamental, le induzca a una creencia racional sobre su posibilidad”* (Del voto del Dr Zas, *in re “Parra Vera ”, ob cit*)

De modo que, siguiendo el fallo citado, podemos decir que el principio de prueba requiere, para su configuración, un conjunto de hechos indiciarios⁸⁴ capaz de

⁸⁴ Un hecho es indiciario, cuando indica la existencia de otro u otros, que pueden ser inferidos del primero conforme las reglas de la sana lógica y el curso normal de la experiencia.

generar una “creencia racional sobre (la) posibilidad” de un móvil discriminatorio, esto es, un plexo convictivo serio y razonable sobre su existencia.

A su turno, la Sala VIII, también se enrola en este camino en la causa “Cáceres”, de 13 de noviembre de 2007, al decir: “ *En este sentido, no dudo que en conflictos como el de autos no puede marginarse la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas o de prueba compartida, como expresión del deber de cooperación y buena fe procesales y, en tal contexto, asignar el “onus probandi” a la parte que se encuentra en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas de probar un hecho (...) es decir, como lo ha dicho la Corte Suprema, hacer “recaer en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva el deber de hacerlo” (Fallos 324:2689)*” (Del voto, en mayoría, de la Dra Vázquez).

El fallo citado, recepta la llamada teoría de la carga dinámica de la prueba⁸⁵ que, como bien se reseña, fue adoptada por la Corte en varias ocasiones. Sin perjuicio de ello, la Corte se apartará de esa doctrina a la hora de decidir sobre la cuestión probatoria y su carga en el fallo “*Pellicori*” (2011) que versó sobre un caso de discriminación laboral.

No creemos, que la doctrina de Parra Vera, tenga algo que ver con la teoría de la carga dinámica de la prueba, como más adelante explicaremos.

Otro claro ejemplo, lo encontramos en la citada causa “*Alvarez*”, cuando en instancia de Casación, la Sala II de la C.N.T., sostuvo⁸⁶ que: “*Ante la alegación de un acto discriminatorio, mediando indicios serios y precisos en tal sentido, es el empleador quien debe aportar los elementos convictivos que excluyan la tipificación enrostrada, todo lo cual encuentra sustento en la teoría de las cargas dinámicas probatorias*” (Del voto, en mayoría, de la doctora González).

Nuevamente, se observa, que el criterio judicial es el de la carga dinámica de la

⁸⁵ Según la cual, quien esté en mejor posición procesal para acreditar un hecho controvertido en un proceso, es quien debe probarlo.

⁸⁶ El fallo de la Corte (2010) sobre el mismo caso, se alejará de la tesis de la carga dinámica, como más adelante veremos.

prueba que, en efecto, el fallo Parra Vera nunca menciona. De modo que, tal como parece, se le hace decir al decisorio lo que no ha dicho, generando opacidad y tinieblas sobre la comprensión de la doctrina. La Corte, en el fallo “Pellicori”, se encargará de disipar esa obscuridad.

Así, en el año 2011, la Corte Nacional consolida -dándole pulida formulación- la doctrina del “*onus probandi indiciariorum*” o del “umbral indiciariorum” expuesta en el caso “Parra Vera”, al decidir sobre un despido discriminatorio en el caso “Pellicori”: “(...) *Más allá de la teoría de la carga dinámica de la prueba, conforme a las reglas comunes incumbía a la demandante acreditar los hechos “constitutivos” de su pretensión, es decir la existencia de una conducta discriminatoria. Y la demandada debió acreditar los “hechos impeditivos”, en el caso de demostrar que existieron hechos que imposibilitan la continuidad del vínculo laboral, extremo que no debe confundirse con acreditar una causal de despido con justa causa, sino la existencia de una conducta despojada de ánimo discriminatorio” (art. 386 CPCCN). CSJN P. N° 489, L.XLIV “Pellicori Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo” – 15/11/2011 (destacado nuestro).*

(...) “En los procesos civiles relativos a la ley 23.592, en los que se controvierte la existencia de un motivo discriminatorio en el acto en juego, resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo, con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación, y la evaluación de uno y otro extremo, es cometido propio de los jueces de la causa, a ser cumplido de conformidad con las reglas de la sana crítica. (Mayoría: Fayt, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni) CSJN P. N° 489, L.XLIV “Pellicori Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo” – 15/11/2011 (destacado nuestro).

(...) La doctrina del Tribunal respecto a las reglas o pautas que en materia probatoria han de regir en los procesos civiles relativos a la ley 23.592, en los que

se controvierte la existencia de un motivo discriminatorio en el acto en juego, no supone la eximición de prueba a la parte que tilda de discriminatorio a un acto pues, de ser esto controvertido, pesa sobre aquélla la carga de acreditar los hechos de los que verosímilmente se siga la configuración del motivo debatido, ni tampoco implica, de producirse esa convicción, una inversión de la carga probatoria ya que, ciertamente, en este supuesto, al demandado le corresponderá probar el hecho que justifique descartar el prima facie acreditado. (Mayoría: Fayt, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni) CSJN P. N° 489, L.XLIV “Pellicori Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo” – 15/11/2011 (destacado nuestro).

Ante todo, el fallo citado nos parece importante para clarificar la doctrina de la Corte en relación a la regla del “*onus probandi*” en los juicios de discriminación.

Tal como lo expresa la propia Corte, su doctrina no es de “carga dinámica” ni de “inversión de la carga” (presunciones). El fallo es tan claro al respecto, que no admite duda alguna.

¿Ahora bien, cual es la doctrina de la Corte entonces?

Más allá de que la Corte no brinda una denominación a su doctrina, creemos que se trata de la teoría probatoria de “indicios razonables”. Según la misma, el actor que acuse discriminación, tiene la carga procesal de acreditar un piso razonable de hechos indicadores (“umbral o cuadro indiciario”) del acto discriminatorio, a fin de cumplir con el grado necesario de verosimilitud de sus dichos. La verosimilitud, en efecto, implica mayor liviandad para el actor.

De modo que la Corte ha receptado la teoría del “umbral indiciario”, desarrollada por el voto del juez Zas, en el caso “*Parra Vera*”. Aunque, dicha doctrina no es nacional, sino que ha sido desarrollada por el Tribunal Constitucional Español, de donde fue importada por el jurista citado (experto conocedor del Derecho Internacional de los Derechos Humanos).

Sin perjuicio de las notables virtudes de esta teoría, nos apartamos de la misma,

desde un punto de vista sustancial, ya que por las razones expuestas en el presente trabajo, consideramos que la configuración del acto discriminatorio responde a una índole objetiva, nunca subjetiva. Por lo que poco importa la comprobación de un móvil, intención o finalidad discriminatoria del agente.

De modo que, considerando a la dignidad como el valor supremo de realización humana y, siendo la discriminación un acto lesivo de ese valor, mediante la cosificación de la persona que es rebajada al subnivel de los medios e instrumentos; mientras los jueces nacionales sigan aplicando, válidamente, una norma inconstitucional como el art 245 del RCT -en sí misma discriminatoria de la clase social asalariada-, validando así un acto gravemente antijurídico, no podremos atribuir más que un mérito relativo a la doctrina de la Corte, expuesta en *“Pellicori”*.

El sistema de prueba del “umbral indiciario” o de “indicios razonables”, se nos presenta con relativa eficacia tuitiva, es decir, como un sistema que sólo protege en relación a la injusta forma de “desprotección” que, contra el despido arbitrario, reglamenta el inválido⁸⁷ art 245 del RCT.

Razón más que suficiente, para el intento de superación que conlleva esta tesis.

VII.- La doctrina de los fallos *“Alvarez”* y *“Gaspar”*: Comentario crítico.

El caso *“Alvarez”*, tratado por la Corte Nacional en diciembre de 2010, versó sobre un típico supuesto de despido discriminatorio antisindical, en donde la empresa decidió la segregación de varios trabajadores, como medida-represalia contra la iniciativa de estos de crear una asociación sindical.

El remedio procesal idóneo, utilizado por los trabajadores afectados, fue una acción sumarísima -amparo sindical del art 47 de ley 23551- promovida ante la autoridad judicial competente, por la que se solicitó la nulidad de los actos discriminatorios (cese de los despidos) y la consiguiente reinstalación de los actores en sus puestos

⁸⁷ Toda vez que no cumple con el nivel de protección exigido por el art 14 bis de la C.N.

de trabajo.

En la instancia de alzada, la Sala II, de la C.N.T. había confirmado el pronunciamiento de primera instancia, compartiendo los fundamentos a favor de la nulidad del despido de móvil discriminatorio y la consiguiente reinstalación de los trabajadores. Llegado el punto, cabe señalar, que se trató de trabajadores que no revestían aún la calidad de representantes gremiales, extremo que no hizo dudar a los jueces y camaristas de la legitimación activa, ni de la idoneidad de la vía procesal específica promovida, ni mucho menos de la justicia del reclamo⁸⁸.

Finalmente -a instancia recursiva del empleador- llega la cuestión ante los estrados de la Corte Nacional quien en diciembre de 2010 consagra, a nivel nacional, la doctrina de la nulidad del despido discriminatorio, declarando “*in concreto*”, válida y legítima, la nulidad de los despidos antisindicales, con la consiguiente reincorporación de los trabajadores despedidos a sus puestos de trabajo, más el pago de los salarios “caídos de tramitación”, con más una indemnización por el daño moral ínsito en la discriminación (esto último, conforme el art 2 de la ley 23592 que la Corte declaró aplicable al ámbito laboral).

Para así resolver, la propia Corte, recurrió en cita a la profusa doctrina del Tribunal Constitucional Español sobre la nulidad radical (absoluta) del despido lesivo de derechos y garantías fundamentales.

La Corte expresó, con meridiana claridad, que sólo de una comprensión superficial del art 245 del RCT, puede deducirse la prohibición absoluta y permanente de la readmisión del trabajador despedido, siendo ello posible cuando medie un móvil discriminatorio, toda vez que no existe libertad para decidir un despido de esa índole. Pero, lamentablemente, dejó dudas sobre la existencia o no de un derecho⁸⁹

⁸⁸ Por el contrario y tal como veremos al tiempo del análisis del fallo “Varela”, la Corte modifica, regresivamente, su “doctrina” en cuanto a este aspecto.

⁸⁹ En el sentido de señorío jurídico o derecho subjetivo. Sabido es, que todo hombre, detenta la libre determinación de respetar las leyes o violarlas, y ello es consecuencia de su libertad metafísica. Ahora bien, dicha libertad no se traduce ni debe confundirse con el reconocimiento de un derecho o facultad subjetiva a transgredir las leyes. De modo que, la

a despedir sin causa, es decir, arbitrariamente. Así, anacrónicamente, sin estar a la altura de las exigencias axiológicas de su tiempo, la Corte recurre –indirectamente- a la doctrina seguida otrora por la Corte en los fallos “*Deluca*” y “*Figueroa*”, suspendiendo el engañoso péndulo del poder sobre uno de los polos de aquel histórico binomio con el que comenzáramos estas líneas: en el del poder hegemónico.

Como dijimos al principio de este trabajo, en dicho fallo, la Corte legitimó –oblicuamente- al despido sin causa, cuando no medie un móvil discriminatorio, lo que creemos no es más que el origen de la fisura de la doctrina “*Alvarez*”. Porque, al condicionar la invalidez de la decisión extintiva, a la prueba indiciaria de un móvil discriminatorio, se colige que de no mediar ese umbral indiciario, se está ante el ejercicio de un señorío jurídico, por cierto, inexistente.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires -con diferencia de días- recepta, plenamente, la doctrina seguida por la Corte en el fallo comentado, en al decidir en el caso “*Villalba*”, con iguales fundamentos, como réplica provincial de aquel sismo federal.

En el 2016, la Sala X de la C.N.T., dicta el fallo “*Gaspar*” que, valiéndose de la doctrina sentada en “*Alvarez*”, elabora una diferenciación conceptual, entre “arbitrariedad” y “discriminación”, que toma como base para distinguir ente despido arbitrario (sin causa) y despido discriminatorio.

Ambos conceptos, son considerados por el fallo, figuras jurídicas sustancialmente distintas y, sobre esa diferenciación, el Dr Brandolino⁹⁰ realiza una concatenación lógica de palabras y conceptos, que lo llevan a concluir sobre la existencia de un derecho a despedir arbitrariamente, aunque nunca, discriminatoriamente.

Del propio tenor del fallo se lee: “...*La decisión patronal de despedir sin causa o de modo injustificado, o si se quiere, la ruptura del compromiso de dar ocupación*”

libertad o posibilidad metafísica de decidir un despido sin causa, no debe pensarse como el ejercicio regular ni irregular (abusivo) de un derecho, por cierto inexistente.

⁹⁰ Juez, cuyo voto fundó la decisión.

efectiva hasta que el trabajador esté en condiciones de obtener la jubilación (conf. arts. 10, 90, 252 y conc. L.C.T. to), constituye un ilícito contractual (Justo López, "Ley de Contrato de Trabajo Comentada", t. II, pág. 1.566), por lo que no puede conceptualizarse como un derecho, aún en un régimen de estabilidad relativa como el adoptado por la Ley de Contrato de Trabajo, acudiendo a la facultad o derecho de no contratar (contracara de la cuestión) cuando es ejercido con fines discriminatorios." (El destacado nos pertenece)

De lo que se concluye, aplicando la lógica del fallo que: Cuando no se logre acreditar, si quiera por prueba indiciaria (*Pellicori*), la existencia de un móvil discriminatorio del despido, estaríamos ante el regular ejercicio de un señorío jurídico inherente al derecho de contratar y des-contratar, garantizado por el art 14 y 17 de la Constitución Nacional (garantía de inviolabilidad de la propiedad privada; de libertad de comercio; libertad de contratar, etc). Lo que dista mucho de ser un ilícito contractual.

En "*Pellicori*", la Corte vacía de contenido los méritos obtenidos en "*Alvarez*", en donde sostuvo que, sólo de una lectura superficial del art 14 bis de la Constitución Nacional, podía justificarse la prohibición absoluta de un sistema que consagre la estabilidad real del trabajador.

De modo que, no cabe otra conclusión, para la Corte Nacional todo régimen normativo (estatuto, ley, CCT, etc) que se contraponga al sistema de estabilidad relativa del sector privado (art 245 del RCT) merecerá la tacha de inconstitucional, conforme lo dicho otrora en los fallos "*Deluca*" (1969) y "*Figueroa*" (1985), los que -a nuestro pesar- continúan vigentes, actuales y aplicables, en sus doctrinas. Salvo, claro está, que se trate de un despido discriminatorio, sobre el que la Corte ha zanjado la cuestión.

Esta es la vergonzosa verdad, sobre el estado actual de la doctrina en materia de despido arbitrario y despido discriminatorio, según la "*ultima-ratio*" del Máximo Tribunal de la Nación, que ha sido ratificada en fallo reciente ("*Varela*", 2018) como más adelante veremos.

A continuación, analizaremos el significativo argumento utilizado por la Corte Interamericana de Derecho Humanos (CI-DH), y la luminosidad que vierte sobre la cuestión debatida.

VIII.- El fallo “Lagos del Campo” de la Corte-I.D.H.

En octubre de 2017, desde su sede en San José de Costa Rica, la Corte Interamericana de Derecho Humanos (CI-DH) -órgano jurisdiccional de aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de “San José”)- falló sobre un caso de despido discriminatorio antisindical ocurrido – cabe reseñar y meditarlo- en el año 1989.

La impronta del fallo resulta innegable toda vez que la CI-DH ratificó la responsabilidad por omisión y falta de protección judicial efectiva, del estado Peruano, frente a la violación a sus derechos padecida por el ciudadano Héctor Lagos del Campo. Pero, en rigor, lo verdaderamente relevante, fue lo novedoso de su fundamento.

Para así decir, la CI-DH reconoció -expresamente y por vez primera en su historia- la existencia del derecho humano y social “al trabajo” del que derivan, connaturalmente, otros derechos fundamentales como el derecho “a condiciones dignas de labor”, “a la estabilidad en el empleo” y “a la protección eficaz contra el despido arbitrario”.

Mediante una interpretación “amplia y extensiva” de la norma del art 26 del PIDESC -adicional al Pacto de San José-, y la consideración de una existente tradición constitucional en dicho país⁹¹, en favor de la “causalidad del despido” como medio de legitimación del acto, el Máximo Tribunal de interpretación y aplicación de esa Carta, declaró la responsabilidad del Estado por omisión de cumplimiento al deber público de protección legal contra actos que resulten lesivos de derechos humanos

⁹¹ Cabe señalar que, por el art 48 de la Constitución del Perú, se consagra expresamente la causalidad del despido, como condición de validez y eficacia extintiva del acto.

y contrarios a las garantías constitucionales que tienen en mira su protección.

Así, este precedente configura un antecedente jurisprudencial de innegable importancia en la evolución jurídica del instituto, que resulta vinculante para los órganos de los Estados signatarios.

IX.- El fallo “Varela” de la nueva Corte Nacional: ¿Progreso o regreso?

No obstante el citado fallo de la CI-DH, el día 4 de septiembre de 2018, la Corte de Justicia de la Nación -en su nueva integración- resolvió, favorablemente, un pedido de nulidad de un despido discriminatorio antisindical.

Ante la primera instancia judicial, el reclamo fue fundado en la acción de amparo del art 43 de la C.N; en el amparo sindical del art 47 de la ley 23.551; en la ley federal antidiscriminatoria 23592; en los Convenios 87, 98 y 158 de la O.I.T, y demás normas del Bloque Constitucional Federal.

Si bien, la Corte denegó el amparo especial del art 47, por considerar que se trataba de un caso ajeno a su órbita, atento la ausencia de “cargo gremial” del trabajador despedido, quien sólo era un “activista sindical”, nulificó el despido al juzgarlo discriminatorio y prohibido por la Constitución Nacional, la ley 20744, el Derecho de los Tratados sobre DDHH y la ley federal antidiscriminatoria nro. 23.592 de clara aplicación en materia laboral desde el caso “Álvarez”, que selló la discusión.

Ahora bien, sentado ello, el decisorio no merece mayor congratulación.

Es un fallo, cuya doctrina, restringe, condicionada, reduce, las posibilidades de realización y protección de los derechos humanos específicos laborales y de sindicación, en relación a los niveles alcanzados en los fallos que lo precedieron (“Álvarez”; “Madorrán”; “ATE”; “Rossi”; “Llerena”), en los que la Corte Nacional interpretó fielmente el sentido y alcance del amparo consagrado en el art 47 de la ley 23551, cuando refiere a “...*todo trabajador*...” admitiendo un criterio de aplicación amplio.

Si con el fallo “Álvarez” (2010) de la Corte, habían quedado serias dudas en relación al reconocimiento o no, de un supuesto derecho a despedir sin causa, el fallo Varela, las ha zanjado por definitivo, ya que, ahora, la Corte reconoce expresamente la facultad de todo empleador a despedir si causa a sus dependientes, como un derecho fundado en la garantía constitucional de libertad de contratación (art 14 y 17 C.N).

En este sentido, el decisorio textualmente dice: “...que la conclusión que antecede no importa desconocer el ejercicio de la libertad de contratación del empleador, constitucionalmente reconocida, de la que deriva la posibilidad de despedir, pues no se está consagrando en la especie una forma absoluta y general de estabilidad, sino la prohibición de una típica y probada forma de discriminación” (considerando 15, voto individual de Rosatti).

La regresión es incontrastable y nos recuerda los fundamentos esgrimidos en los tristemente célebres fallos de Corte, “De Luca” (1968) y “Figueroa” (1989).

El fallo, en efecto, reconoce un supuesto “derecho a dañar”, mediante el despido, cuyo presunto fundamento, sería una garantía constitucional (art 14, 17 CN), cuando en rigor, ello está prohibido por el principio de indemnidad (art 19 CN) y la garantía de inviolabilidad de la persona humana (art 19 CN; el B.C.F; los arts. 19, 51 y 52 del CCCN, entre otras) y, claro está, los actos prohibidos por las leyes no producen otro efecto más allá que su propia nulidad. Porque lo que está prohibido no está permitido, salvo causa legal de justificación de la que, el despido sin causa adolece.

El fallo, olvida que el derecho al pago de una indemnización, nace en cabeza del trabajador despedido, a consecuencia del incumplimiento por el empleador (su contratante), de la obligación de otorgar debida ocupación laboral hasta su extinción por muerte, renuncia, jubilación, culpa del trabajador, o cualquier otra causa de extinción ajena al empleador y legalmente prevista o prudencialmente valorada por el Juez (injuria). Esto significa, que el derecho del trabajador a ser indemnizado nace del “no-pago” o “incumplimiento prestacional del empleador”. Así, el

incumplimiento antijurídico imputable al empleador, esto es, la responsabilidad laboral, como hecho ilícito autónomo, es la causa fuente que “*da lugar al deber de reparar*” (art 1716 del CCCN), en todo despido sin causa. Y, cabe aclararlo, no se trata siquiera del ejercicio abusivo o irregular de un derecho (art 10 CCyCN) sino de una lisa y llana ilicitud, sancionada por el sistema normativo vigente, de fuente interna e internacional.

Más que llamar nuestra atención, el fallo nos debería interpelar a la seria e insoslayable reflexión, ante la clara violación a la prohibición de irregresividad que, en materia social, el positivizado y vinculante principio de progresividad (faz dinámica del basal y central principio protectorio) impone, a los agentes y órganos políticos de todo Estado de Derecho, que se digne de ser considerado tal.

Pero podemos establecer, amén de lo expuesto, otras conclusiones del mentado precedente, no menos importantes, a saber:

En cuanto a las reglas del “*onus probandi*”, la Corte aplica la doctrina de “*Pellicori*”, sin aditamentos desde el plano formal. Esto es: Basta la acreditación de discriminación, a nivel de indicios razonables (umbral de razonabilidad) para que resulte verosímil (que es el grado de certeza que se exige en materia discriminatoria), ergo, probado el hecho. En este sentido, mantiene la regla formal de sus predecesores, que Oscar Zas expusiera -siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional de España- en el pionero fallo *Parra Vera (2005)*. Así, el *onus probandi* se mantiene intacto, ya que no media carga dinámica ni inversión de la prueba, sino sólo una morigeración “de mérito”: de plena prueba (verdad) a prueba indiciaria (verosimilitud). Pero, es en este plano sustancial o merital, donde se aprecia un claro cambio regresivo de la Corte, tanto en el voto colectivo como en el de Rosatti.

La doctrina autoral ha sostenido que, un hecho es verosímil, cuando según el curso natural de las cosas (experiencia), resulta razonable (lógico-causal) considerarlo prima facie verdadero. Según la decisión tomada seguida en “*Pellicori*”, la verosimilitud debe basarse en la existencia de hechos indiciarios (*indicium*) que

sean "indicadores" (indicios razonables) de aquel hecho que pretenda probarse (el acto discriminatorio). Sentado ello, la cuestión sustancial, es la dilucidación del criterio aplicable en la valoración de los indicios de discriminación. A este nivel, es donde se suscita el cambio. Como ninguna ley establece cuáles son los indicios razonables, para tener por verosímil un hecho, sino que ello compete al prudente arbitrio judicial -en el caso, el de la Corte-, surge un margen de discrecionalidad, dentro del cual, el juez valora, prefiere, decide... Y, la Corte, demostró en el fallo la adopción de un criterio mucho más restrictivo que en otros anteriores, siguiendo una línea regresiva, para la cual, sólo ciertos hechos serán idóneos indicadores ("indicio") de discriminación antisindical.

Puede inferirse que, cuando la discriminación responda a una condición objetiva distinta a la sindical (sexo; enfermedad; expresión de ideas; religión; edad; etc), no tendrán vigencia tales exigencias conceptuales. Sin embargo, la tendencia es regresiva.

En síntesis, la Corte innova -regresivamente- el juicio de mérito sobre los hechos indiciarios de discriminación anti-sindical, con la consiguiente cerrazón a la protección del art 47 de L.A.S., para aquellos casos en los que no se verifiquen esos hechos. Así, apartándose del criterio amplio seguido en fallos como *ATE* y *Rossi* (citados por Rosatti, en su voto), o *Madorrán* y *Alvarez*, condiciona la discriminación antisindical a la configuración de "cuestión sindical" referida sólo a aquellos reclamos revestidos de cierta formalidad, con cierto grado de representatividad en el colectivo y, llevados a cabo, por quien normal y habitualmente, los realiza ante el empleador. De moto tal, que sin exigirse la tutela ni la militancia sindical del sujeto, sea éste quien realice una actividad sindical relevante mediante el cumplimiento de todos y cada uno de aquellas factores propios a la "cuestión sindical", sin la cual -vale reiterarlo-, el despido no será "verosímilmente" antisindical, ni discriminatorio, quedando excluido del amparo sindical del art 47 de LAS y, puede preverse, muy debilitado ante la procedencia del amparo común del art 43 de la C.N.

En cuando al punto, el fallo soslaya, que el trabajador también ejerció la acción de amparo civil o común del art 43 de la CN, que resulta muy procedente a la tutela contra actos lesivos de derechos fundamentales genéricos como los de reunión, expresión de ideas y asociación; que son derechos implícitos en los específicos laborales o sindicales, y con un alcance mucho mayor. El voto del Ministro Rosatti, refiere a estos derechos, marcando el camino estratégico-procesal, a los futuros reclamos judiciales en materia discriminatoria, cuando no se verifiquen las exigencias sentadas en el fallo *Varela*, lo que reviste importancia, ya que asegura la aplicación de un criterio amplio en el juicio de mérito sobre los indicios de discriminación (juicio de verosimilitud y razonabilidad).

Por esta misma razón, la Corte soslaya la impronta de la ley 23592, cuya aplicación a relaciones regidas por el Derecho del Trabajo resulta incuestionable –como ya se dijo- desde el fallo *Alvarez* en adelante, refiriéndose a ella sólo de manera secundaria y residual ante la defensa específica de la LAS. Por idéntico motivo, la escasa referencia al Bloque Constitucional Federal (B.C.F.), y al “*ritmo universal de los DDHH*”⁹², tan citado por la Corte en su antigua integración.

Como remedio procesal estratégico, habrá que fundar los reclamos en las garantías más basales, en los derechos más fundamentales, y en las acciones más genéricas, sumando luego los propios y específicos, mediante el carácter pluri-dimensional inherente a la tutela de los intereses fundados en la digna condición humana. A fin de sortear, las valladares y taludes, que promete aplicar la Corte a los casos de discriminación antisindical.

Pero, también, el voto de Rosatti tiene su valla de admisión y tutela, mucho más allá que la del voto colectivo, pero límite al fin. Cual es, el concepto de “*opinión gremial*”

⁹² Ya el Corpus Justiniano, nos hablaba de la “*Opinio Iuris Comunque*”, es decir, la conciencia jurídica universal, que es la misma que se manifiesta mediante la globalización jurídica o mundialización del Derecho. Conciencia universal, que ha sido expresada por los máximos tribunales de Justicia de la República Argentina y el mundo como “Ritmo universal de la justicia” (CSJN, fallo “*Rusich*, 1938), o como “Ritmo Universal de los Derechos Humanos” (CSJN, fallos “*Vizotti*” (2004); “*Aquino*” (2004); “*Madorrán*” (2010); “*Alvarez*” (2010) y “*Ledesma*” (2014), entre muchos otros.

que, sin profundizar en los presupuestos de su configuración, menciona "al pasar" entre sus fundamentos, dando pie a futuros rechazos cuando a criterio del juez, la libre expresión de una idea, no configure el grado de "*opinión política o gremial*" que "*enuncia*" - sin taxatividad- el art 1 in fine de la citada ley.

Asimismo, el voto de Rosatti, plantea un dilema en relación al alcance del art 1 de la ley 23592, al atribuirle una opción excluyente, entre la nulidad del despido (cese del acto) (ó) el cobro de una indemnización integral reparadora. Y ello, no obstante la clara disyunción copulativa que expresa la norma, al decir que el autor de discriminación, será obligado, a pedido del damnificado "*...a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización (y) a reparar el daño moral y material ocasionados*".

X.- Confirmación de la hipótesis: Formulación de la tesis científica.

Finalmente, luego del vasto campo transitado en aras de la comprobación lógica y empírica de la hipótesis científica enunciada al comienzo del presente trabajo de investigación, podemos aseverar que la misma ha sido confirmada.

Así, dentro del marco conceptual elucidado, en el cual se gestaron nuevas designaciones a los términos "dignidad" y "discriminación", jurídicas, y se elaboró y explicó el novedoso concepto de "configuración objetiva de discriminación" (discriminación objetiva), estableciéndose una matriz epistemológica específica y propia, que ha brindado una base racional útil, no sólo a la hipótesis, su prueba y confirmación (tesis), sino asimismo, a una eventual reformulación de la teoría general de los derechos humanos, que escapa a este trabajo.

A esta basal construcción teórica, que configura el dato teórico probatorio, se sumó el análisis de más de una treintena de fallos, dictados en diferentes jurisdicciones y competencias, desde Tribunales y Juzgados de única o primera instancias del Fuero Ordinario del Trabajo, decisorios de distintas salas de la C.N.A.T; hasta aquellos emanados del Máximo Tribunal de la Nación, su par de la Provincia de

Buenos Aires, y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Decisorios todos ellos, referidos al despido discriminatorio, su configuración y a la valoración procesal de la prueba.

Configurando, dicho análisis, el dato empírico probatorio sobre el modo en que la Jurisdicción ha interpretado y aplicado, en sus diferentes niveles y ámbitos, la normativa reguladora del valor supremo de la dignidad y su afectación, la discriminación, en relación a casos concretos, dentro de una coyuntura socioeconómica, y abarcando un período de catorce (14) años (de 2004 a 2018).

Luego de esta primera parte que podríamos llamar general, atento sus implicancias en la teoría general de los DD.HH, se demostró racionalmente, la perfecta adecuación del acto de despido sin causa, a todos y cada uno de los pre-supuestos objetivos, configurativos de discriminación jurídica (objetiva), resultando siempre que: En **todo despido sin causa**, el empleador se abusa de una condición (**objetiva-externa**) del trabajador que, siendo integral a su persona (**fundándose en la dignidad**), resulta superior a su voluntad (**supra-volitiva**), inmodificable para él (**in-mutable**), como es la clase socio-económica de su pertenencia inseparable (**in-escendible**); sin la cual, el acto dañoso (**despido**), no hubiera sido posible (**causa determinante**). Siendo el despido in-causado, sí y sólo sí, un acto lesivo de la dignidad humana del trabajador y, asimismo, **antijurídico**, al carecer de una causa legal que lo justifique.

Sin hesitación ni reduccionismo vano, podemos afirmar, que el trabajador es siempre despedido por “ser asalariado”; merced a lo que dicho estado conlleva.

Porque, en efecto, todo despido sin causa, implica una subsunción del trabajador al sub-nivel propio de las cosas, al priorizarse necesidades, intereses y derechos patrimoniales (económicos), por sobre su derecho humano “al trabajo” y “al mantenimiento en el mismo”, es decir, por encima de su “derecho humano a la estabilidad en su empleo”, salvo, claro está, cuando por alguna “causa legal” se justifique su egreso.

En otras palabras, una instrumentalización del hombre que trabaja en función de

razones estrictamente economicistas, mal sobrevaluadas por encima del supremo fin del pleno desarrollo humano, que hemos llamado dignidad.

Que, por todas las razones expuestas, asimismo pudimos afirmar que, cuando el art 245 de la ley 20744 (R.C.T) convalida el ilícito que se consuma a través del despido sin causa, por exclusivas razones económicas y/o políticas, a pesar del daño antijurídico a la digna condición humana, no hace más que reducir al trabajador al sub-nivel de las cosas, discriminándole.

Así, al utilizar la norma un criterio economicista, ha dispensado trato de “cosa”, al ser humano -“persona”- que trabaja.

Aseveramos y demostramos, que la causa de todo despido “sin causa”, fue, es y será, la clase socio-económica asalariada del trabajador subordinado, que lo subsume en asimetría de poder y lo sujeta a una situación de inferioridad jurídica, de debilidad y de necesidad económicas.

Sentado todo lo dicho, expuestos todos los argumentos y evacuada toda la comprobación, estamos en condiciones de afirmar, que la **hipótesis científica enunciada al inicio de la presente investigación**, según la cual...

“EL DESPIDO SIN CAUSA ES UN ACTO DISCRIMINATORIO, TODA VEZ QUE, TENIENDO POR CAUSA OBJETIVA LA CONDICION DE ASALARIADO DEL TRABAJADOR SUBORDINADO, SÍ Y SÓLO SÍ, RESULTA LESIVO DEL VALOR DIGNIDAD, ENTENDIDO COMO FIN SUPREMO DE REALIZACIÓN HUMANA”.

...Ha **sido confirmada**, adquiriendo carácter de tesis científica, esto es, de enunciado científico válido, aunque refutable.

XI.- Doctrina autoral analizada:

- ALMANSA, Pastor (1968). El despido Nulo. Madrid. Tecnos.
- ARIAS GIBERT, Enrique (2005) El negocio jurídico laboral. Inédito. Versión cursada por gentileza del autor.
- BERDIAEFF, Nicolás (1953). El Cristianismo y el problema del comunismo. México. Colección Austral.
- CLASTRES, Pierre (2008) La sociedad contra el Estado. La Plata. Terramar.
- CATALANO, Pierángelo (2011). El Digesto de Justiniano. L.I. Lima. Fondo Editorial.
- COMENIUS (1986). Didáctica Magna. Madrid: Akal.
- CORNAGLIA, Ricardo Jesús (2003). La constitucionalización del principio de progresividad. EN: Revista de Derecho Laboral. Buenos Aires. T.XVII, 214.
- DI PIETRO, Alfredo (2014). Imperio y Derecho. T.II La Plata: Universidad Católica de La Plata.
- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA (1984). Madrid. Asociación de Academias de la Lengua Española. Ed. 20.
- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA (2007) Buenos Aires. Santillana.
- DOSTOIEVSKI, Fiódor M. (2012) Crimen y castigo. Buenos Aires. Debolsillo.
- GRIMAL, Pierre (2008) La civilización Romana. Buenos Aires. Paidós.
- ELFMAN, Mario (2000). La responsabilidad del empleador por el despido discriminatorio. EN: Revista de Derecho Laboral. T. IX1, 1. Buenos Aires.
- ELIADE, Mircea (2008) El mito del eterno retorno. La Plata. Terramar.
- ELIADE, Mircea (2008) Muerte y Resurrección. La Plata. Terramar.
- FERNADEZ MADRID, Juan Carlos (2007). Tratado Práctico de Derecho del Trabajo. 3ra edición. T. I y II. Buenos Aires. La Ley.
- FOUCAULT, Michel (1996). Genealogía del Racismo. Buenos Aires. Altamira.
- GIALDINO, Rolando E. (2006) “La Corte Suprema y la titularidad del derecho de huelga. El caso Orellano: un regreso al siglo XIX”. EN: Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social, n° 17, p. 1734.
- GIALDINO, Rolando E. (2015) Apuntes sobre los convenio OIT en tanto tratados

internacionales. EN: Rev. "La Causa Laboral" nro. 60. Buenos Aires. Ed. A.L.L.

GIALDINO, Rolando E. (2017) "Una sentencia histórica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia laboral: derecho al trabajo, libertad de expresión, y libertad de asociación". EN: Revista en línea del Instituto de Estudios Legislativos de la F.A.C.A.

KIPER, Claudio. (1999). Derechos de las minorías ante la discriminación. Buenos Aires. Hammurabi.

MEDINA, Gastón Leandro (2012). La fuente de Derecho Romano ante el hecho social. EN: Rev. Anales nro 42. U.N.L.P. La Plata. La ley.

MEDINA, Gastón Leandro (2013) El despido incausado como acto discriminatorio. EN: Rev. Anales. Nro 43. UNLP. La Plata. La Ley.

MEDINA, Gastón Leandro (2013). Sobre la enseñanza del Derecho Romano. EN: Rev. Anales. Nro 43. U.N.L.P. La Plata. La ley.

MEDINA, Gastón Leandro (2014). La codificación del Derecho Romano. EN: Rev. Anales. Nro 44. U.N.L.P. La Plata. La ley.

MEDINA, Gastón Leandro (2015) El precepto "pro-homine" y la globalización jurídica. EN: Rev. "La Causa Laboral" nro. 60. Buenos Aires. Ed. A.L.L. Versión sumaria

MEDINA, Gastón Leandro (2016) El precepto "pro-homine" y la globalización jurídica. EN: Rev. Anales nro 46 de la U.N.L.P. La Plata. La ley. Versión completa.

MEDINA, Gastón Leandro (2018) Los Valores y el modo de alcanzarlos: Su impronta en el Derecho". EN: Publicación colectiva del IV Congreso de Principios Generales y Derecho Romano, Facultad de Derecho. U.FLO. Buenos Aires.

MEDINA, Gastón Leandro (2015) El precepto pro-homine: un horizonte en el derecho de las obligaciones a la luz del fenómeno de Globalización jurídica. EN: Comunicación presentada con motivo del XVII Congreso Iberoamericano y XX Internacional de Derecho Romano. Publicación digital disponible en página de A.I.D.ROM. Edición a cargo del Instituto di Studi Guirisprudenziale della Università di Bologna. Bologna. Italia.

MEDINA, Gastón Leandro (2015). La supremacía de la dignidad. EN: Disertación en las Jornadas de Derecho Romano sobre Principios Generales del Derecho. Instituto de Historia y Derecho Romano del C.A.L.P. La Plata. Inédito.

MEDINA, Gastón L.- LAZZARO, Héctor E. (2018). La regla de Ulpiano “alterum non laedere” y su afianzada vigencia en el Código Civil y Comercial de la Nación. EN: Revista digital de la Facultad de Derecho de la U.N.L.Z. Bs. As.

MEDINA, Gastón Leandro (2018) Los valores y el Derecho. EN: Rev. “Dios y el hombre” Nro. 2. Cátedra libre de pensamiento cristiano. U.N.L.P. Año II. La Plata.

MEDINA, Gastón Leandro (2018) La discriminación objetiva: Bases para la construcción de una teoría general de los derechos humanos. EN: Rev. Anales nro 48. U.N.L.P. La Plata. La ley.

MEIK, Moisés (2007). Después de 50 años el Catorce Bis se proyecta al ritmo universal de la justicia. EN: Jornadas en Conmemoración del 50 Aniversario del 14bis de la Constitución Nacional. Córdoba). Inédito.

MEIK, Moisés (2003. Inédito). Estudio de doctorado en Economía Industrial y Relaciones Laborales. La protección contra el despido injustificado en España como derecho al trabajo con estabilidad. (Master) Universidad de Castilla-La Mancha, Campus Albacete.

MEIK, Moisés. (2007) En el veneno está el antídoto: El Derecho al trabajo proyectado como un Derecho Fundamental de protección efectiva contra el despido. EN: Jornadas en Conmemoración del 50º Aniversario del 14 bis de la Constitución Nacional. Córdoba. Inédito.

MEIK, Moisés (2014). “Estudios críticos del Derecho del Trabajo”. LEGIS. Buenos Aires.

MEIK, Moisés (2007) “Derecho fundamental al trabajo y protección efectiva contra despidos ilícitos con nulidad y reincorporación: Pasado y presente de una temática central”. EN: Ponencia presentada en Montevideo, Uruguay. Inédito.

MEIK, Moisés. Fragmentos del intercambio postal electrónico mantenido con motivo de la presente tesis científica. (2017)

MONEREO PEREZ, José Luis (1996). La carga de la prueba de los despidos lesivos de derechos fundamentales. Madrid. Trotta.

LOMBARDI, Juan Carlos (2009). Muerte del despido directo arbitrario. Inédito.

LOPEZ QUINTAS, Alfonso (2005) EN: "Biblioteca del educador" (I.- "Descubrir la grandeza de la vida". II.- "La Formación para el amor". III.- "Literatura y formación ética". IV.- "El poder transfigurador del arte". V.- "Enseñanza escolar y formación humana". VI.- "La manipulación del hombre a través del lenguaje"- Buenos Aires. Puerto de Palos.

TOMASSI de LAMPEDUSSA, GIUSEPPE (2002) El Gatopardo. Colección Austral. Madrid. Ed. Espasa. 2 ed.

PALOMEQUE LOPEZ (1986). El despido radicalmente nulo. EN: "Revista de Derecho Social". Madrid. TX. 78.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo (1975) Los principios del Derecho del Trabajo. Montevideo. Fundación de Cultura Universitaria.

PEREZ REY, JOAQUIN- BAYLOS GRAU, ANTONIO (2001). La relación de empleo. Madrid. Trotta.

SABATO, Ernesto (2006) Hombres y engranajes. Buenos Aires: Seix Barral.

XII.- Doctrina jurisprudencial analizada:

CSJN. (20/07/1938) "Rusich, Elvira c/ Compañía Introdutora de Buenos Aires SA" Fallos: 45:366.

CSJN. (07.04.1995) "Giroldi, Horacio David s/ Recurso de Hecho. Fallos. 1995, 318:514.-

CSJN (14.09.2004), "Vizzoti, Carlos A c/ AMSA SA". Fallos. 2004. 327:3677.-

CSJN (07.08.1990) "Soengas Héctor C/Ferrocarriles Argentinos". La Ley, 1996-B, 18.-

CSJN (10.06.1992), "López Antonio M c/Explotación Pesquera de La Patagonia". Fallos 1992. 334:1245.-

- CSJN (19.10.1990) "Cacace, Josefa c/Municipalidad de Buenos Aires" Fallos, 1990, 313:664.
- CSJN (25.02.1969) "De Luca José c/Banco Francés del Río de La Plata s/reincorporación". Fallos. 1969. 273:87.-
- CSJN (04.09.1984) "Figueroa Oscar c/Loma Negra CIASA", La Ley, 1985-B, 326. Derecho del Trabajo, 1984-B, 1809. Fallos. 1984. 306:1208.-
- CSJN (07.12.2010) A.1023.XLIII; RHE. "Alvarez Maximiliano y otros c/ Cencosud SA s/ Acción de amparo".
- CSJN (11.11.2008) "Asociación Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales". Fallos 331:2499.
- CSJN (15.11.2011) "Pellicori Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo". P. Nro. 489, L.XLIV.
- CSJN (07/06/2016) "Orellano, Francisco Daniel c/ Correo Oficial de la República Argentina SA s/Acción sumarísima".
- CSJN (04/09/2018) "Varela José Gilberto c/ Disco S.A s/amparo sindical.
- SCJBA, (22.12.2010) "Villalba, Franco Rodrigo c/ The Value Brands Company de Argentina s/Amparo". La ley. 2011-A: 43.-
- CNTrab. Sala V, (14.06.2006) "Parra Vera, Máxima c/San Timoteo SA". La Ley. 2006-D: 217.-
- CNTrab- Sala V (21.12.2006) "Arecco, Maximiliano c/Praxiar SA". La Ley. 2007-B: 607.-
- CNTrab. Sala II, (25.06.2007) "Alvarez, Maximiliano c/ Concecud SA". La ley. 2007-E: 38.-
- CNTrab- Sala VII – 05/7/2007"Jiménez, Hugo Oscar c/Jockey Club s/despido".
- CNTrab. Sala VI. (10.03.2004) "Balaguer Catalina Teresa c/ Pepsico de Argentina SRL s/ Juicio sumarísimo". Derecho del Trabajo. 2004, 775.-
- CNTrab, Sala X, (21/6/2001), "Stafforini, Marcelo c/Ministerio del Trabajo". EN Boletín temático de Jurisprudencial. CNT 2001, julio 2003.
- CNATrab. Sal V, (20/12/2007), "Quispe, Quispe, Néctar c/Compañía Argentina de la

Indumentaria S.A. S/Juicio sumarísimo”. EN: Boletín temático de Jurisprudencia. CNT. Julio/2007.-

CNATrab. Sala V, (20/08/2008), “Belén, Rodrigo Hernán c/Jumbo Retail Argentina S.A.”

CNTrab. Sala IX, (31/05/2005) “Greppi, Laura Karina c/ Telefónica de Argentina” EN: Boletín temático de Jurisprudencia. CNT. Julio/2007.

CNTrab. Sala IX (24.09.2010) “Toledo, Martín Adrián c/Empresa Sierras de Córdoba SA s/juicio sumarísimo”. Expte. N° 2.488/09 Sent. Def. N° 16.502.

CNTrab. Sala II (21.02.2011) “Lucci Andrea Paula c/Casino Buenos Aires SA Compañía de Inversiones en Entretenimientos SA U.T.E.”. Expte. N° 37.335/08 Sent. Def. N° 98.932.

CNTrab. Sala X (17.11.2016) “Gaspar Miguel Angel c/ Ramón Chozas SA s/ Acción de amparo”.

CNTrab. Sala VIII (14/11/2007) “Cáseres”. Fallos 324:2689.

SCBA (22/09/2010) “Villalba”. L. 97804.

SCBA (08/08/2012). “Sffaerir”. L. 104378.

SCBA (11/03/2013), “Dalale”, L. 101710.

SCBA (29/12/2014). “Auzoátegui Julio c/ Huertas Verdes SA”. Fallos: 273:87.

Tribunal Constitucional de España. Sala II. (23.11.1981) Sent. 38/1981, Pub. “BOE”, 22-12.

Superior Tribunal de Justicia. Provincia de Río Negro, (02/06/2005), in-re “Pellejero, María Mabel s/Amparo s/ Apelación” (Expte. 19872/04-STJ-).

CORTE-I.D.H. (21/11/2018) “Lagos del Campo, Héctor...”
