

La discriminación objetiva: bases para una teoría general de los derechos humanos

POR GASTÓN L. MEDINA (*)

Sumario: I. La discriminación: noción vulgar y técnico-jurídica. Afec-
tación a la dignidad como fin supremo de realización humana.- II. So-
bre la discriminación jurídica y su configuración objetiva. Elementos
esenciales.- III. Sobre el nivel de realidad axiológico consustancial a
la dignidad.- IV. Conclusión.- V. Bibliografía.-

Resumen: el presente trabajo configura una versión extractada de otra mayor que tiene por objeto la formulación de una tesis científica sobre *El despido sin causa como acto discriminatorio*, suscitada en el marco de la maestría sobre Derecho Social de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Con esta aclaración, se da comienzo a estas líneas, en las que se intentará dejar asentadas las bases y puntos de partida para la construcción de una teoría general de los derechos humanos, desde la resignificación de conceptos como dignidad y discriminación, que sirva de piedra angular a una futura jurisprudencia y, por qué negarlo, a una eventual reforma normativa. Todo lo cual, en aras de alcanzar un nivel de eficacia mayor que el actual de nuestro país —considerado paupérrimo— en 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”.

Palabras claves: dignidad humana- discriminación - despido - nulidad

Discriminazione obiettiva: basi per una teoria generale dei diritti umani

Sommario: *il presente lavoro, configura una versione estratta di un altro im-
portante che ha l'oggetto della formulazione di una tesi scientifica su Il licenzia-
mento senza causa come atto discriminatorio, suscitato nell'ambito del Master in
Diritto sociale della Facoltà di Scienze giuridiche e sociali del UNLP. Con questo*

(*) Abogado especialista en Derecho Social (del Trabajo y la Seguridad Social), Universidad Nacional de La Plata -proyecto de tesis aprobado por el HCA-. Prof. Derecho Romano, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata y Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, Universidad Nacional de La Pampa. Miembro fundador y secretario del Instituto de Historia y Derecho Romano del Colegio de Abogados de La Plata. Miembro del Instituto de Derecho Social, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

chiarimento, cominciano queste linee, in cui cercherà di lasciare sistemate le basi e i punti di partenza per la costruzione di una teoria generale dei diritti umani, dalla ri-significazione di concetti come la dignità e la discriminazione, che servono como pietra angolare della futura struttura regolatoria. Tutto ciò, al fine di raggiungere un livello di efficacia maggiore di quello attuale, nella tutela legale dei diritti umani in generale e dei diritti umani specifici sul lavoro, como el diritto “al lavoro” e “la stabilità in esso”.

Parole chiave: dignità - discriminazione - licenziamento - nullità

I. La discriminación: noción vulgar y técnico-jurídica. Afectación a la dignidad como fin supremo de realización humana

La acción y efecto de discriminar son definidos por la Real Academia Española (R.A.E), como “(...) **dar trato de inferioridad a una persona** (...)” (Diccionario de la Lengua Española, 1984, p. 45).

El pensamiento jurídico tradicional ha seguido esta línea vulgar de significado al afirmar que, para que haya discriminación en el obrar, debe mediar un móvil discriminatorio del sujeto activo, es decir, una especial predisposición del ánimo o intención específica del actor (*animus discrimini*) de dispensar a otro un trato inferior que el merecido o el que debe dársele por su simple condición de persona que, en el sistema jurídico contemporáneo, refiere a todo ser humano sin excepción (1).

Anticipamos que nuestra opinión, respecto de este sentido “*subjetivista*” sobre la discriminación, resulta crítica. Creemos, en efecto, en la necesaria superación de la noción vulgar de discriminación, en favor de una noción autónoma de estricto sentido jurídico.

Sentado lo dicho, cabe ahora preguntarnos si es correcta esta postura mantenida por la doctrina autoral y seguida por la mayoría de la Jurisprudencia (2).

(1) 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*.

(2) 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”.

Para alcanzar una respuesta al interrogante debemos adentrarnos, ante todo, en el concepto de dignidad del que, como veremos, la discriminación es antítesis (3).

Se ha dicho, con justa razón, que todo acto discriminatorio ofende, fundamentalmente, a la garantía de igualdad que, en efecto, se la ha denominado “*derecho al trato no discriminatorio*”, en clara relación de sinonimia.

Así, 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 (artículo 16 y 75 inc. 22 Constitución Nacional —CN—). Doctrina que, en fallo reciente, ha recordado al decir:

(...) 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 arto 1º; PIDESC, Preámbulo, primer párrafo; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ídem y arto 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”).

Sin perjuicio de —como afirma con acierto la Corte en el fallo citado— 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 vida (4), la salud, la libertad, la fe, la educación, la paz, el proyecto de vida, el trabajo y la estabilidad en el mismo, la vocación de la persona (...).

Siendo la mención sólo enunciativa de los vastos intereses humanos lícitos o no reprobados por el derecho, que hallan fundamento en el valor dignidad, cuyo agravio también habilita la configuración de discriminación al importar un daño antijurídico contra ese valor, transgrediendo la garantía de indemnidad (*género protectorio*) y la consiguiente inviolabilidad de la persona humana (*especie pro-*

(3) Por ser el dis-valor opuesto al valor dignidad.

(4) 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.

tectoria), prevista en el artículo 19 de la CN y en los artículos 19, 51, 52, ss. y cc. del nuevo CCiv. y Com., amén de la fuente internacional internalizada con rango constitucional por el artículo 75 inc. 22, 23 y 24 de la CN.

Así, el contenido jurídico esencial del valor dignidad está configurado por todos aquellos intereses humanos lícitos o no reprobados por el derecho, considerados necesarios (5) para la plena realización de la persona humana.

En síntesis:

Cabe definir a la dignidad como el “valor-fin” supremo de realización humana que yace implícito en la condición natural del Hombre. Un valor en el cual el ser humano es comprendido como fin en sí mismo y, a su vez, el fin supremo de la cultura de la que forma parte el derecho. Este es, no otro, el sentido ius-filosófico de la dignidad.

De manera que, todo acto —público o privado— que restrinja, obstruya, lesione o afecte, en modo o grado alguno, con o sin intención de su autor, ese “valor-fin” supremo de realización humana que ha de llamarse “dignidad” será discriminatorio, implicando siempre la transgresión a las garantías de indemnidad e inviolabilidad de la persona (6); configurando, en todo caso, un acto dañoso antijurídico.

Por ello, siendo todo Hombre fin en sí mismo, el derecho tiene como causa primaria 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. Solo así, la condición humana sigue siendo “digna”.

De manera que, como ya dijimos, todo derecho o interés jurídico que halle fundamento en la digna condición humana, comprometiendo el pleno desarrollo de la misma, será un derecho humano, y su lesión un acto discriminatorio que reniega de la dignidad.

Son estas consideraciones las que justifican que la dignidad se mueva dentro de la lógica de lo absoluto, sin admitir excepciones.

Los casos de excepción forman parte de la lógica de lo “relativo” o “ética-utilitarista”. Lo absoluto tampoco admite grados ni jerarquías (7); sencillamente, porque

(5) 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 su tutela jurídica.

(6) En la relación género-especie que, como ya dijimos, se hallan.

(7) En la primera formulación de este trabajo (Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP, N° 42, 2012, La Ley, La Plata) admití la distinción en dos grados de discriminación:

no se puede ser más o menos digno, siendo por ello 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 persona (8).

Consiste, por contrario, en un concepto construido conforme la natural condición humana (9), que no admite límites ni valladares.

Este carácter absoluto de la dignidad es fundamento de su intensa protección legal, mediante el principio de indemnidad (artículo 19 CN) y la garantía de inviolabilidad de la persona humana (artículos 19, 51 y 52 del 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 (artículo 75 inc. 22, 23, 24 CN) (10).

Asimismo, lo absoluto conlleva a su vez otro factor: 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).

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 más gravosamente a la dignidad de la persona, lesionando dos derechos humanos: al trabajo y a la igualdad. 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.

(8) Sobre el factor “ajeno” y el “inherente”, trataremos en el acápite siguiente, al referirnos a los elementos esenciales de la discriminación objetiva y sus caracteres.

(9) 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.

(10) Creemos 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 artículo 19 de la Carta Magna y a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

Precisamente, porque lo que justifica la preeminencia y carácter fundamental de los derechos humanos **es su contribución insoslayable al desarrollo pleno de la persona, puesto que, sin ellos, esta no alcanzaría jamás su realización.**

De manera que, encontramos aquí el fundamento central para el reconocimiento de todo interés humano, cuya trasgresión configurará siempre discriminación.

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: "(...) 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, sino como un acto muni- do de dignidad, es decir, de humanidad, so pena de caerse en una "ajenidad proscripta" del ser humano; en el extrañamiento del fin en sí mismo que todo hombre está llamado a ser.

Siguiendo esta exégesis, la Corte Nacional sostuvo, en el ya citado caso "*Alvarez*": "(...) 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 (...)" (Considerando. 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 dimen- sión humana.

Lo mismo se observa con el cuerpo humano (11), que no debe ser jamás re- ducido a mera cosa material. Hay un mundo de diferencias entre decir "*tengo un cuerpo*" a decir "*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 dignidad (12).

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

(12) 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

Y, tan cierto es esto que, cuando creemos enaltecer al cuerpo humano, diciendo de él que es el más perfecto instrumento que ha sido creado, aún entonces lo ofendemos, al rebajarlo al nivel instrumental, primario, elemental y propio de las cosas (13).

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 cosas (14) (medios, instrumentos, objetos), en donde solo es posible el establecimiento de una relación instrumental con ella, es decir, cuando se le considera un medio al servicio de un fin, 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 atribuido (15).

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 relación (16) inferiores al de la dignidad, entendida como fin supremo de realización 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 otro fin (17), pretendidamente superior al valor-fin de su digna condición.

Así, 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. 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 humanas,

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.

(13) Idea desarrollada por el maestro López Quintás, en varios de sus libros.

(14) En este nivel axiológico —que abordaremos más adelante—, solo resultan posibles relaciones de consumo, explotación, apropiación, posesión y/o propiedad, etc.

(15) La noción de discriminación es completada en el próximo acápite, donde se consagran los elementos objetivos para su configuración jurídica.

(16) Que podemos definir como todo ámbito de comprensión de sentido o valoración.

(17) Las relaciones de trabajo subordinado no son per se, discriminatorias, siempre y cuando se desarrollen en condiciones dignas de labor (artículo 14 bis CN).

habilitará su descalificación constitucional por razón de discriminación (18), mereciendo tal declaración por los magistrados, aún *ex officio* (19), a falta de petición de parte.

Si se ha dicho, desde tiempos inveterados, que el derecho es humanista porque tiene por fin último y centro de todo su sistema al Hombre (20), 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.

II. Sobre la discriminación jurídica y su configuración objetiva. Elementos esenciales

Llegado el punto considerado medular, resulta menester referirnos a los factores o elementos configurativos de la discriminación, conforme el sentido técnico-jurídico propuesto.

Como afirmamos precedentemente, cuando citamos la doctrina tradicional de la cual nos apartamos, la configuración de la discriminación siempre comprometería un aspecto subjetivo del autor del acto, es decir, la consideración necesaria de la intención del sujeto activo de discriminar.

Reiteramos nuestro sentir crítico ante esa noción común o vulgar.

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 (*animus discrimini*); 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 alternativas sobre la regla del *“onus probandi”*, desarrolladas por la jurisprudencia nacional y extranjera, y que sellara la Corte Nacional en el año 2011, a fin de contrarrestar el siempre subrepticio y fantasmagórico móvil discriminatorio, huidizo a la comprobación judicial.

(18) Sobre la invalidez constitucional del artículo 245 del R.C.T. se dará trato más adelante.

(19) 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.

(20) 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”.

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*” (21).

Pero estas atendibles circunstancias procesales no son el fundamento de la necesidad de una noción jurídica de discriminación de configuración objetiva, sino 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 valor de los medios y de las cosas, otorgándole un valor instrumental y convirtiéndolo en un medio servil para el logro de otros fines ajenos al fin supremo de su realización humana, es decir, extraños (22) 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 elementos objetivos, a saber:**

1. Existencia de una **condición objetiva, supra-volitiva, inmutable e inseparable** del sujeto pasivo de la discriminación que, siendo inherente o ajena al mismo, comprometa su digna condición humana (**condición fundada en el valor dignidad**).

2. Que dicha **condición sea determinante** para la consumación del acto, es decir, que sin ella no hubiera sido posible su realización (**nexo causal entre condición y acto lesivo**).

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

(22) 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.

3. Que el acto implique un **daño antijurídico** a la dignidad de la persona humana (**lesión a un interés o derecho fundados en el valor dignidad**).

Los explicamos:

1. El primer elemento configurativo de la discriminación objetiva se refiere a la necesaria participación de una condición del sujeto pasivo (23), que presente los siguientes caracteres, a saber:

1. a. Objetiva: 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 yazca en la subjetividad de la víctima del daño y en la del sujeto activo. Como ya fue dicho, resulta indistinto que dicha condición sea inherente o externa al sujeto pasivo.

1. b. Supra-volitiva: Es decir, debe ser superior al arbitrio o voluntad del sujeto pasivo víctima de discriminación. Pues, hallándose la condición fundada en la digna condición humana, siendo independiente dicha condición del sujeto o, sólo en muy escasa medida, como ocurre con la religión o la ideología de la persona que si bien suponen un *prius* lógico del sujeto no puede afirmarse que sean actos puramente intelectuales; en todos los demás casos, el carácter supra-volitivo se observa claramente, como por caso, ante la enfermedad, el género sexual, la edad, la raza, o la clase socio-económica a la que pertenece (...). Todos ellos, hechos de la realidad sensible superiores a la voluntad de la persona, quien se mantiene ajena a su acontecer y desarrollo, como en su cese o finalización.

1. c. In-mutable: La condición debe ser inmodificable al sujeto, lo cual es consecuente con el carácter supra-volitivo. Así, al no depender, por entero y generalmente, a la voluntad del sujeto, no podrá este decidir sobre su caducidad, su morigeración ni su cambio, es decir, no podrá determinar su modificación ulterior. Aún en los casos grises de la religión o la ideología se observa este rasgo ante la imposibilidad de su determinación por el sujeto. Si bien ambas condiciones pueden cambiar, dicha modificación será resultado del paso del tiempo; de la experiencia; de hechos eventuales; de la maduración o formación del sujeto; de la pérdida de la fe, etc. (...) pero, en ningún caso, será el resultado de su puro arbitrio, ni un cambio logrado de un día para otro.

1. d. In-escindible: La condición objetiva considerada debe hallarse unida al sujeto pasivo de modo inseparable, es decir, hallar fundamento en la digna condición humana. Este carácter, creemos, haya su razón de ser en la profundidad y al-

(23) La persona afectada por discriminación.

cance que detenta el valor dignidad, que irradia su efecto sobre la unidad corporal y espiritual que constituye la condición humana y sobre toda la actividad creadora del hombre. Así, al ser el cuerpo humano digno, todo derecho que comprometa su plena realización será digno. Asimismo, la actividad intelectual y física o 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. Porque, como ya explicamos en el acápite II “(...) Todo derecho o interés jurídico que halle fundamento en la condición humana, comprometiendo su pleno desarrollo (valor dignidad), será derecho humano, ergo, su violación será acto discriminatorio”.

En síntesis, solo la condición que verifique los cuatro (4) caracteres enunciados será útil (idónea) a la configuración objetiva de la discriminación jurídica y al ulterior juicio judicial axiológico que de ella se haga.

Como ya dijimos, **dicha condición puede ser inherente o ajena al sujeto pasivo**, siendo ello indistinto y no esencial. Por caso, será inherente cuando la condición considerada sea una cualidad intrínseca de la persona, como su origen étnico, su género sexual, su nacionalidad, su enfermedad, o cualquier característica física de su persona. Por contrario, será externa o extraña cuando consista en una condición ambiental o circunstancial, es decir, ajena al sujeto en sí, como por caso su nivel cultural o educativo; su afiliación a tal o cual grupo, partido o gremio; la clase social (24) a la que pertenece; su credo; entre otras causas.

2. En segundo lugar, resulta menester que dicha condición objetiva sea determinante para la consumación del acto discriminatorio, es decir, que conforme las reglas de la sana crítica y el curso natural de la experiencia no hubiera sido posible su realización sin mediar dicha condición. El juicio de discriminación sobre una conducta debe contemplar, necesariamente, **la existencia de un nexo de relación causal determinante, entre la condición objetiva-supravolitiva-inmutable-inescindible y la discriminación**. Sin dicho nexo el acto no se reputará discriminatorio; como si por caso, un trabajador es despedido por un incumplimiento injurioso que haga imposible la continuación del vínculo conforme las causales contempladas en la ley, esto es, que el distracto se apoye en una causa legal.

3. En tercer lugar, pero en primer orden de importancia, además de los elementos precedentes, es imperioso que el acto importe un daño antijurídico al valor dignidad, es decir, que debe consistir en una lesión a un derecho o interés jurídico que halle fundamento en la digna condición humana, sin que me-

(24) En esta condición fundamos el carácter discriminatorio de todo despido sin causa.

die ninguna causa de justificación (despido de justa causa legal; lesión o muerte en legítima defensa, etc.), **de modo que implique la violación al principio de indemnidad —regla “*alterum non laedere*”— prevista en el artículo 19 de la Constitución Nacional y, a su especie, la garantía específica de inviolabilidad de la persona humana prevista en los artículos 19, 51 y 52 del CCiv. y Com. (25).**

En efecto, 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-externa**) del trabajador, que es superior a su voluntad (**supra-volitiva**), inmodificable (**in-mutable**) para él, e inseparable de su persona (**inescindible**).

Esa condición no es otra cosa en el trabajador que la clase socio-económica e hipo-suficiente a la que pertenece.

Asimismo, sin dicha condición el despido arbitrario no hubiera sido posible, por lo que resulta ser causa necesaria (**determinante**) del mismo.

Por lo expuesto, todo despido “*sine causae*” será siempre un acto lesivo de derechos humanos específicos, como el derecho al trabajo y a la estabilidad en el mismo, todos ellos fundados en la digna condición humana, cuyo desarrollo pleno comprometen hasta el grado de la marginalidad social, en un mundo en donde el trabajo configura la única forma de inserción social. Su antijuricidad se nos revela clara e incontrastable.

Se aprecia, a la luz de este prisma, el despido sin causa 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.

Así, ni el “*animus*” del sujeto activo, ni el “*ánimo*” del sujeto pasivo, con elementos esenciales. Porque 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 discriminación y legalmente sancionada con su nulidad.

(25) Artículo 19: Inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad. Artículo 51: 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 supuesto que hay un sentido peyorativo en todo acto discriminatorio, pero ese disvalor está ínsito en el acto, siendo de orden “objetivo” y derivado de la deleznable y siempre reprobable cosificación del ser humano. Por todo, pensamos que, siendo todo despido arbitrario un acto en sí mismo discriminatorio, merece la sanción propia a esta grave ilicitud, esto es, la nulidad del acto; por ser ofensivo a la digna persona humana y lesivo de la garantía de inviolabilidad con la cual el derecho tutela esa suprema condición.

III. 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 Derecho (26), 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.

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,

(26) 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.

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 este se agota en ser un modo de expresión lógico-formal de ideas jurídica, fruto de la sana razón (27).

Así, para esta concepción, la “norma jurídica” se convierte en el único y específico objeto de la ciencia jurídica. Lo que es igual que 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) absolutamente prescindibles por ser ajenos a la ciencia jurídica.

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

(27) 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.

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, esto es, cosificándola.

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 de 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 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 inviolable.

IV. Conclusión

Por todo lo expuesto, podemos concluir que, cuando el artículo 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 a pesar del daño antijurídico a la digna condición humana, no hace más que reducir al trabajador al sub-nivel de las cosas, discriminándolo. 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.

En síntesis, podemos aseverar que, desde el estricto punto de vista jurídico, un acto será discriminatorio siempre que importe un rebajamiento de la persona humana al sub-nivel propio de las cosas (medios, instrumentos, objetos, cosas), en donde solo es posible el establecimiento de una relación instrumental con aquella, es decir, cuando se le considera un medio al servicio de un interés o fin, supuestamente superior, al supremo fin de su desarrollo humano que hemos llamado dignidad.

En relación con el acto de despido arbitrario, estamos en condiciones de concluir que la causa de todo despido “sin causa” siempre será la condición (objetiva-externa, supravolitiva, inmutable, inescindible) de asalariado del trabajador despedido quien, subsumido en asimetría de poder, sujeto a una subordinación político-económica y subordinado a una hipo-suficiencia jurídico-negocial, jamás podrá escapar al desenlace trágico.

Como ya dijimos, si se ha dicho desde tiempos inveterados que el derecho es humanista porque tiene por fin último y centro de todo su sistema al Hombre, ello ha sido con acierto, merced a su contribución innegable a la realización de la digna condición humana. Que sirva el presente de inconfundible signo del devenir histórico.

V. Bibliografía.

Almansa, P. (1968). *El despido Nulo*. Madrid: Tecnos.

Arias Gibert, E. (2007). *El negocio jurídico laboral*. Buenos Aires: Lexis Nexis.

Cornaglia, R. J. (2003). La constitucionalización del principio de progresividad. *Revista de Derecho Laboral*. T.XVII, 214. Buenos Aires.

Cururchet, E. y Barreiro, D. (2008). *Sobre el tipo de reparación adecuada al despido discriminatorio*. Inédito.

Diccionario de la Lengua Española (1984). 2º ed. Madrid: SPES.

Elfman, M. (2000). La responsabilidad del empleador por el despido discriminatorio. *Revista de Derecho Laboral*. T. IX1, 1. Buenos Aires.

Fernández Madrid, J. C. (2007). *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*. 3ra edición. T. I y II. Buenos Aires: La Ley.

Foucault, M. (1996). *Genealogía del Racismo*. Buenos Aires: Altamira.

Kiper, C. (1999). *Derechos de las minorías ante la discriminación*. Buenos Aires: Hammurabi.

Lombardi, J. C. (2009). *Muerte del despido directo arbitrario*. Inédito.

López Quintas, A. (2005a). *Descubrir la grandeza de la vida*. Biblioteca del educador. Buenos Aires: Puerto de Palos.

López Quintas, A. (2005b). *La Formación para el amor*. Biblioteca del educador. Buenos Aires: Puerto de Palos.

López Quintas, A. (2005c). *Literatura y formación ética*. Biblioteca del educador. Buenos Aires: Puerto de Palos.

López Quintas, A. (2005e). *El poder transfigurador del arte*. Biblioteca del educador. Buenos Aires: Puerto de Palos.

López Quintas, A. (2005f). *Enseñanza escolar y formación humana*. Biblioteca del educador. Buenos Aires: Puerto de Palos.

López Quintas, A. (2005g). *La manipulación del hombre a través del lenguaje*. Biblioteca del educador. Buenos Aires: Puerto de Palos.

Medina, G. L. (2015a). El precepto “pro-homine” y la globalización jurídica. *Rev. La Causa Laboral*, Nº. 60. Buenos Aires: Ed. A. L. L.

Medina, G. L. (2015b). El precepto “pro-homine” y la globalización jurídica. *Rev. Anales*. Nº 45. UNLP. Buenos Aires: La ley.

Medina, G. L. (2013c). El despido incausado como acto discriminatorio. *Rev. Anales*. Nº 43. UNLP. Buenos Aires: La Ley.

Medina, G. L. (2016 d). Los Valores y el modo de alcanzarlos: Su impronta en el Derecho. En *Disertación en las Jornadas sobre Teoría del Derecho*. U.A.I. Buenos Aires: Inédito.

Medina, G. L. (2016e). El precepto pro-homine: un horizonte en el derecho de las obligaciones a la luz del fenómeno de globalización. En *Comunicación presentada con motivo del XVII Congreso Iberoamericano y XX Internacional de Derecho Romano*. A.I.D.ROM. Bologna. Italia: Edición a cargo del Instituto di Studi Guirisprudenziale della Università di Bologna.

Medina, G. L. (2016f). El principio de Indemnidad (Alterum non laedere) y su afianzada vigencia en el nuevo C.C.C.N. *Ponencia presentada con motivo de las Jornadas Preparatorias del Congreso Nacional de Profesores de Derecho Romano*. ADRA. Instituto de Cultura Clásica y Derecho Romano. Museo Beato Angélico. La Plata. Inédito.

Medina, G. L. (2017g). La regla de Ulpiano alterum non laedere y su relación con la obligación civil de reparar, la derogada obligación natural y el nuevo deber moral en el C.C.C.N. *Ponencia presentada con motivo del III Congreso Bonaerense de Derecho Romano*. UNLZ. Buenos Aires. Inédito.

Medina, G. L. (2017h). Reflexiones sobre los artículos 724, 730, 731, 777, 955, 1617 y 1717 del C.C.C.N. *Ponencia presentada con motivo del XXVI. Congreso Nacional de Derecho Civil*. UNLP. La Plata. Inédito.

Medina, G. L. (2015i). La supremacía de la dignidad. *Disertación en las Jornadas de Derecho Romano sobre principios generales del Derecho*. Instituto de Derecho Romano del C.A.L.P. La Plata. Inédito.

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

Meik, M. (2003b). *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. España. Inédito.

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

Meik, M. (2014d). *Estudios críticos del Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: AAL.

Meik, M. (2007e). Derecho fundamental al trabajo y protección efectiva contra despidos ilícitos con nulidad y reincorporación: Pasado y presente de una temática central. *Ponencia presentada en Montevideo*. Uruguay. Inédito.

Monereo Pérez, J. L. (1996). *La carga de la prueba de los despidos lesivos de derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

Palomeque López, G. (1986). El despido radicalmente nulo. *Revista de Derecho Social*. TX. 78. Madrid.

Pérez Rey, J. y Baylos Grau, A. (2001). *La relación de empleo*. Madrid: Trotta.

Fecha de recepción: 10-04-2018 Fecha de aceptación: 02-08-2018