

2012 - 1

Empleo público - I

Directores

Tomás Hutchinson
Horacio Rosatti

Consejo de redacción

Carlos María Folco
Daniel A. Sabsay
Adrián Ventura

Secretario de redacción

Francisco Alberto Fernández

Doctrina

Jurisprudencia

Actualidad



RUBINZAL - CULZONI
EDITORES

Revista de Derecho Público

EMPLEO PÚBLICO

I

FUERA DE
COMERCIO

EDITOR RESPONSABLE

RUBINZAL - CULZONI EDITORES

Talcahuano 442 - Tel. (011) 4373-0544 - C1013AAJ Buenos Aires

Salta 3464 - Tel. (0342) 455-5520 - S3000CMV Santa Fe

E-mail: editorial@rubinzal.com.ar - Internet: www.rubinzal.com.ar

Revista de Derecho Público

DIRECTORES

TOMÁS HUTCHINSON
HORACIO ROSATTI

CONSEJO DE REDACCIÓN

CARLOS MARÍA FOLCO
DANIEL A. SABSAY
ADRIÁN VENTURA

SECRETARIO DE REDACCIÓN

FRANCISCO ALBERTO FERNÁNDEZ

PROSECRETARIA DE REDACCIÓN

GISELA ZINGARETTI

CONSEJO CONSULTIVO

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ (Colombia)
DIEGO VALADÉS (México)
AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ (Uruguay)
ALLAN RANDOLPH BREWER-CARÍAS (Venezuela)
ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ (h) (Argentina)
HUMBERTO QUIROGA LAVIÉ (Argentina)

EDITOR RESPONSABLE

RUBINZAL - CULZONI EDITORES

Talcahuano 442 - Tel. (011) 4373-0544 - C1013AAJ Buenos Aires
Salta 3464 - Tel. (0342) 455-5520 - S3000CMV Santa Fe
E-mail: editorial@rubinzal.com.ar - Internet: www.rubinzal.com.ar

LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL TRABAJADOR ESTATAL EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

por PABLO OCTAVIO CABRAL

SUMARIO: I. El empleo público, entre la política y el Derecho. II. La protección constitucional del trabajador. 1. La constitucionalización de los derechos de los trabajadores. El artículo 14 bis de la Constitución Nacional. 2. La protección del trabajador en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (1994). 3. Los principios protectorios del trabajador en la Constitución provincial. 3.1. Principio de irrenunciabilidad. 3.2. Principio de justicia social. 3.3. Principio de gratuidad de las actuaciones en beneficio del trabajador. 3.4. Principio de primacía de la realidad. 3.5. Principio de indemnidad. 3.6. Principio de progresividad. 3.7. Principio *in dubio pro operario*. III. El principio protectorio y su proyección en la figura del contrato administrativo. IV. Conclusión.

I. El empleo público, entre la política y el Derecho

El Derecho, debido a su carácter instrumental, tiene por objeto esencial imponer en la sociedad un régimen determinado de ordenación, y constituye en sí mismo un conjunto de reglas que fuerzan a un ordenado de la sociedad y sus miembros. Siguiendo a Antonio Gramsci, tal visión instrumental del Derecho supone la liberación de todo residuo de trascendencia y de absoluto, eliminando todo vestigio de fanatismo moralista¹. El conjunto de reglas jurídicas obligatorias integra un sistema abierto que se relaciona con el sistema institucional, político y social, y lo que el Derecho aporta a la sociedad constituye sólo el medio para que se alcance un determinado orden social.

Si bien el Derecho no puede reducirse a la política, sí es una actividad marcadamente impregnada de ella y en el caso de la conformación del Derecho Administrativo esa influencia se encuentra más acentuada y por

¹ GRAMSCI, Antonio, *Notas sobre Maquiavelo, sobre la política y sobre el Estado moderno*, Nueva Visión, Buenos Aires, 2003, p. 105.

ello, al estudiar el funcionamiento de una de sus manifestaciones —en el caso, la regulación de la relación de empleo público—, no se puede pretender teorizar aisladamente de esta realidad social que condiciona la extensión de su estructura y límites. La explicación jurídica queda incompleta sin referencia a su inspiración política y económica.

Una determinada conformación económica, política y social de la comunidad señala las ideas directrices y lineamientos de la organización estatal, operando el Derecho como apoyo formal de esas ideas y cumpliendo la función de obtener la observancia de las normas que permitan hacerlas realidad.

El uso del Derecho por sectores políticos de derecha es tradicional, y no hace falta recurrir al endemoniado Karl Marx —para quien el Derecho es una superestructura que refleja las relaciones económicas del sistema capitalista— ni al posmoderno Michel Foucault —quien desmanteló la invisible trama de vínculos entre el poder y la verdad— para entender que el uso de las formas jurídicas obedece a las relaciones de fuerzas entre sectores sociales opuestos y en permanente pugna, en la que prima la concepción de aquel que logra imponerse y —desde ese lugar de poder— decir el derecho verdadero (y por ello vigente).

Dicho con otras palabras, el Derecho es un instrumento al servicio de los poderosos. Sí recordaría que Althusser, en su libro sobre ideología y aparatos ideológicos del Estado, nos ayuda a comprender que la viabilidad de una interpretación del Derecho no dependerá sólo del texto de la Constitución o las leyes, sino del éxito que logre el discurso en la lucha —en un terreno ideológico— por el predominio en la construcción de la significación de su sentido. Ahora esto no implica desconocer el carácter emancipador del Derecho y un ejemplo de ello es la protección que los trabajadores —en tanto clase explotada de nuestro sistema capitalista— lograron mediante décadas de lucha, plasmada hoy en las garantías del Derecho Laboral que —desde el año 1957— tiene recepción constitucional en el protector artículo 14 bis (norma que restablece algunos de los derechos sociales reconocidos en la Constitución Nacional sancionada en 1949, y derogada por el Gobierno militar que derrocó a Juan Domingo Perón en el golpe de Estado del año 1955).

Un importante avance en la protección de la clase trabajadora en el ordenamiento jurídico lo constituye, sin dudas, el derecho a huelga y a

la agremiación, que –como adelantamos– se encuentran expresa y taxativamente protegidos constitucionalmente a nivel internacional por tratados de derechos humanos (art. 75, inc. 22, CN), así como en el orden nacional (art. 14 bis, CN) y aun en el ámbito local (art. 43 de la Const. de la CABA).

Desde una postura de derecha (liberal-conservadora) el trabajo es sólo una mercadería que se vende y compra al mejor postor; por ello los trabajadores no deben estar protegidos por el Derecho, y mucho menos asistidos por políticas activas del Estado, que –en su concepción– debe intervenir lo menos posible en el mercado y en los negocios de los empresarios, libres por naturaleza.

Hubo un tiempo –hasta mediados del siglo pasado– que este sueño liberal conservador fue realidad; luego de la revolución industrial el trabajo fue una mercancía y así un empresario podía contratar libremente –y en forma totalmente legal– a un trabajador menor de edad que dedicara dieciséis horas diarias a su tarea los siete días de la semana, sin descanso ni vacaciones, por un mísero sueldo, cuando lo había. En ese contexto, la huelga era un delito penal perseguido y castigado por el Estado. Mucho se ha avanzado desde aquella situación a la actual, en la que desde la cúspide del ordenamiento jurídico se protege a todos los trabajadores, incluyendo también a aquellos que enajenan su fuerza de trabajo en beneficio del Estado. Aun así, en el ámbito de Derecho Público provincial existen sectores de trabajadores que aún no han sido alcanzados por la protección del Derecho, destacando a modo de ejemplo las personas privadas de libertad que trabajan en el servicio penitenciario bonaerense, los beneficiarios de planes sociales de trabajo y, por último, los practicantes rentados.

II. La protección constitucional del trabajador²

1. *La constitucionalización de los derechos de los trabajadores.*

El artículo 14 bis de la Constitución Nacional

En el constitucionalismo clásico el trabajo era visto como una mer-

² Ampliar en CABRAL, Pablo Octavio y SCHREGINGER, Marcelo José, *El Régimen de Empleo Público en la Provincia de Buenos Aires*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009.

cadería y la relación entre el trabajador y el empleador fue tomada por una vinculación equilibrada donde las partes podían contratar libremente, sin intervención alguna del Estado.

El artículo 14 de la Constitución de 1853 enuncia el derecho "de trabajar y ejercer toda industria lícita..." como una libertad de trabajo que se desprende de la libertad que guía el modelo político individualista y liberal de la originaria Carta Magna argentina.

Pero al decir de Cabanellas³, la libertad de trabajo significaba también la libertad de oprimir a quienes necesitaban de un trabajo para subsistir, generando esto una desigualdad social que repercutiría en el sistema socio-económico y en el ordenamiento jurídico de los países de occidente.

En nuestro país, movimientos sociales como el sindicalismo⁴, cuyo poder fue potenciado por la ola inmigratoria europea de las primeras décadas del siglo pasado, fundados en ideas socialistas, anarquistas y comunistas, generaron las condiciones necesarias para efectuar un cambio social que modificara las relaciones entre trabajadores y empleadores⁵.

A nivel internacional, al término de la Primera Guerra Mundial nació como rama autónoma de las ciencias jurídicas el Derecho del Trabajo. Como explica Eduardo Novoa Monreal, el origen del Derecho Laboral "se debe al rechazo de la igualdad teórica de los hombres entre sí que predicaba el individualismo y al reconocimiento de que el gran poder económico de los patrones, así como la insuficiencia de recursos de los trabajadores, son capaces de alterar el equilibrio en las relaciones laborales, razón por la cual es necesario un Derecho especial que apoye a la parte más débil, que la cohesionen en sus enfrentamientos con los patrones y que imponga exigencias mínimas de protección al trabajador, que la voluntad de las partes no pueda dejar sin efecto"⁶.

³ CABANELLAS, Guillermo, *Tratado de Derecho Laboral*, 2ª ed., Omeba, Buenos Aires, 1961, ps. 318 y ss.

⁴ ISCARO, Rubens, *Historia del movimiento sindical*, Ciencias del Hombre, Buenos Aires, 1973. También ampliar en SAN MARTINO DE DROMI, Laura, *Los sindicalistas. 150 años de protagonismo*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1992.

⁵ SOLOMONOFF, Jorge N., *Ideologías del movimiento obrero y conflicto social. De la organización nacional hasta la Primera Guerra Mundial*, Tupac, Buenos Aires, 1988.

⁶ NOVOA MONREAL, Eduardo, *El Derecho como obstáculo al cambio social*, Siglo Veintiuno, México DF, 1999, p. 154.

En nuestro país, a mediados del siglo pasado, luego de la llegada al poder de Juan D. Perón, se transformó este modelo de organización estatal, incorporando al sistema jurídico los derechos sociales y modelando un Estado Social de Derecho que se plasmaría en la Constitución de 1949. La doctrina justicialista considera que el trabajo es un derecho, que crea la dignidad del hombre, y es un deber, porque es justo que cada uno produzca por lo menos lo que consume. Según Sagüés para el justicialismo “no existe más que una sola clase de hombres: los que trabajan; y fomenta, como sus dos brazos principales, la justicia social y la ayuda social. Afirma enérgicamente que el trabajo no es una mercancía, y trata de suprimir la lucha de clases, suplantándola por un acuerdo justo entre obreros y patrono, al amparo de la justicia que emane del Estado. No se trata, por ende, de un movimiento uniclasista, ya que —puntualizó su conductor— «no estamos contra el capital, sino que queremos que desaparezca de nuestro país la explotación del hombre por el hombre, y que cuando ese problema desaparezca, igualemos un poco las clases sociales»⁷.

Como producto del constitucionalismo social, los derechos protectores de los trabajadores y sus principios fueron incluidos en las constituciones, transformando las funciones tradicionales de los Estados nacionales. El artículo 14 bis, incorporado por la reforma constitucional de 1957, es una manifestación de este constitucionalismo que tiene como propósito acentuar la función social del Estado allanando las desigualdades y los desniveles injustos.

El artículo 14 bis protege al trabajador dependiente en los aspectos individuales, colectivos y sociales. Establece los derechos básicos del trabajador y los principios aplicables a la relación laboral: “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad

⁷ SAGÜÉS, Néstor, en *Tratado de Derecho del Trabajo*, dir. por Antonio Vázquez Vialard, t. 2, Cap. VI, p. 699.

del empleado público, organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial...”

Como ha dicho Germán Bidart Campos: “El artículo 14 bis insertado en el cuerpo sistemático de la Constitución de 1853-1860 por la reforma constitucional de 1957 es una expresión mínima del llamado constitucionalismo social [...] El constitucionalismo social es la culminación del constitucionalismo clásico. No lo desplaza, ni lo destruye, ni lo sustituye: lo completa y le da una nueva tónica”⁸.

Rodolfo Capón Filas explica que “Colocar al hombre que trabaja en igualdad de posición frente a quien dispone de capital y que mediante su posibilidad de despedirlo ad nítum puede ejercer sobre él un poder despótico, casi de vida o muerte dada la probable exclusión social consecuente, es la primera función del Derecho Laboral surgida de la justicia social, entendida ésta como la fuerza que busca la igualdad real de posibilidades, colocando a todos en el mismo punto de partida”⁹.

Esta norma constitucional debe ser interpretada de forma tal de no limitar los objetivos que motivaron su incorporación a nuestra Carta Magna. Dice al respecto Bidart Campos que “Todo el artículo 14 bis debe interpretarse con amplitud generosa, porque de sus antecedentes, de su debate, de su aprobación, de su espíritu, de su raíz hincada en el constitucionalismo social, se desprende que el constituyente del 57 quiso dar una cobertura total a los principios de ese constitucionalismo social”¹⁰.

Cuando desde la doctrina se analiza la relación de empleo público y su protección constitucional se hace referencia al derecho a la estabilidad, restringiéndose a ese principio la regulación constitucional del vínculo¹¹, descuidando el desarrollo del resto de las normas protectoras

⁸ BIDART CAMPOS, Germán, *Principios constitucionales de Derecho del Trabajo (individual y colectivo) y de la seguridad social en el artículo 14 bis*, en T. y S. S. 1981-VIII-481.

⁹ CAPÓN FILAS, Rodolfo, *Protección constitucional del trabajo*, en L. L. Número Esp. del Supl. de Derecho Constitucional, *Aniversario de la Constitución Nacional*, abril de 2003, ps. 72 y ss.

¹⁰ BIDART CAMPOS, *Principios constitucionales de Derecho del Trabajo (individual y colectivo) y de la seguridad social en el artículo 14 bis cit.*, ps. 481 y ss.

¹¹ MERCADO LUNA, Ricardo, *Estabilidad del empleado público*, Astrea, Buenos Aires, 1974; BIDART CAMPOS, Germán J., *La estabilidad del empleado público*, en E. D. 84-248.

que, previstas para el trabajador privado, también se aplican al agente público.

El convencional constituyente Corona Martínez manifestó que “Los empleados públicos constituyen una categoría especial de trabajadores, pero son trabajadores”¹².

2. *La protección del trabajador en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (1994)*

La Constitución de la Provincia de Buenos Aires, en su reforma de 1994, regula en su artículo 39 los derechos al trabajo y de asociación, sobre la libertad sindical y la seguridad social.

Recurramos para interpretar dicha norma constitucional a la opinión de los convencionales que redactaron dicho texto en la reforma de 1994.

La convencional Mónica Estévez manifestó el 11 de septiembre, durante la 16ª sesión, que “Derrotemos en serio, las burocracias mentales, la mentira, la explotación del hombre por el hombre y del hombre por un Estado ineficaz y perverso, que no sirve para servir, pero que se sirve del esfuerzo comunitario”.

La convencional Sara Derotier expresó que “Resaltar la figura del trabajador en todas sus formas y en todas sus disciplinas es una herencia de la Constitución de 1949. Por ello; el derecho al trabajo, a la capacitación, el desarrollo de la dignidad humana, la actualización social pretendida en el texto constitucional, obligan al legislador a incorporar normas de protección contra flagelos sociales. Podemos consagrar definitivamente para los tiempos venideros el articulado que he enumerado de los derechos sociales, que serán el sendero de protección de la dignidad de la sociedad bonaerense” (p. 2118).

Respecto de los empleado públicos sostuvo el convencional Daniel Cieza, en la 17ª sesión de la Honorable Convención Constituyente de la Provincia de Buenos Aires el día 12 de septiembre de 1994, que “Vamos a sostener una mención concreta y detallada de los derechos de los trabajadores públicos, que, si bien están consagrados en la OIT también lo están en leyes nacionales y pensamos que tienen que ser tratados expresamente por nuestra Convención bonaerense para terminar de una

¹² *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de 1957*, t. II, ps. 1452 y ss.