



**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL COMAHUE**

**ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**TESINA**

**LA INTEGRACIÓN NORMATIVA EN EL DERECHO PÚBLICO DE LA  
PROVINCIA DEL NEUQUÉN**

**AUTOR: CARLOS ARIEL ESPINOSA**

**DIRECTORA: Dra. CLAUDIA MARCONI**



## **INDICE**

INTRODUCCIÓN

DESARROLLO.

CAPÍTULO I. ARTÍCULO 40 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DEL NEUQUÉN. FUENTES. REFORMA DEL 2006

CAPÍTULO II. CLAÚSULA FEDERAL Y EL ARTÍCULO 14 BIS DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD.

1. La cláusula federal contenida en el artículo 5° de la Constitución Nacional.
2. El artículo 14 bis de la Constitución Nacional.
3. El bloque de constitucionalidad federal luego de la reforma de 1994.

CAPÍTULO III. EL SISTEMA Y SUBSISTEMAS JURÍDICOS EN EL DERECHO NACIONAL

CAPÍTULO IV. EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL RÉGIMEN DEL EMPLEO PÚBLICO. DISTINCIÓN ENTRE RELACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO Y LA RELACIÓN PRIVADA DE TRABAJO. LA LABORALIZACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO Y SU CRÍTICA.

1. El derecho administrativo y el régimen de empleo público.
2. Distinción entre empleo público y privado.
3. La laboralización del empleo público.

#### 4. Crítica.

CAPÍTULO V. LA LEGISLACIÓN NACIONAL Y SU DETERMINACIÓN. MARGEN DE APRECIACIÓN PROVINCIAL Y SUS CONTORNOS. MÉTODO DE INTEGRACIÓN ANTE VACÍO LEGAL O COLISIÓN NORMATIVA.

##### 1. La legislación nacional y su determinación.

UNO. Bloque de constitucionalidad. Derechos de rango superior contenidos en los tratados y constitución nacional.

DOS. El plexo normativo sobre empleo público nacional y de las demás provincias.

TRES. La legislación laboral nacional regulatoria de la relación laboral privada, en la que resalta la LCT.

CAPÍTULO VI. MÉTODO DE INTEGRACIÓN DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y LA LCT. MARGEN DE APRECIACIÓN PROVINCIAL ANTE VACÍO LEGAL Y COLISIÓN NORMATIVA.

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

## **La integración normativa en el derecho público de la Provincia del Neuquén<sup>1</sup>.**

### **INTRODUCCIÓN**

En la constante evolución jurídica tanto a nivel nacional como internacional surgen nuevas categorías que tienen por función otorgar distintos elementos conceptuales en el estudio de la normativa existente y sus concretos alcances.

En el presente trabajo examinaremos el artículo 40 de la Constitución Provincial neuquina ubicado en su Primera Parte de Declaraciones, Derechos y Garantías, Título II, Capítulo II de los Derechos Sociales el cual prescribe: ***"[e]xistiendo diferencia entre las legislaciones de trabajo de la Provincia y de la Nación, se aplicará la cláusula que resulte más beneficiosa para el trabajador"***.

En forma inmediata se advierte que el mandato constitucional refiere a dos regímenes jurídicos distintos -provincial y de la nación- sin especificar, respecto de este último, su contenido ni concretos alcances, como tampoco un procedimiento o técnica para hacer efectiva su integración.

Considerando que para la regulación del empleo público las Provincias poseen un margen de apreciación propio, advertimos que una pauta que propicie la aplicación directa de una norma nacional por el solo hecho de ser más favorable actuaría en desmedro de las normas que regulan esta particular relación jurídica generando inseguridad respecto de las partes e incertidumbre para el operador jurídico, frente a los múltiples ordenamientos a los que se podría acudir.

---

<sup>1</sup> C. Ariel Espinosa.

Nos proponemos entonces determinar, qué se debe interpretar como “legislaciones de trabajo de la Nación”, para luego establecer un método que permita su posterior integración con el régimen jurídico provincial neuquino.

Para ello se comenzará por repasar lo considerado por el convencional provincial originario, quien al sancionar la Constitución neuquina en el año 1957 adoptó este mandato el cual no fue modificado en su posterior reforma del año 2006.

Conforme el objetivo trazado, resultará necesario aludir al modelo federal y las fuentes jurídicas a nivel nacional, puntualmente, a lo establecido por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional que brinda los contornos jurídicos ineludibles en el presente estudio, y a lo establecido a partir de la reforma constitucional de 1994 por el artículo 75 inciso 22.

Con esta primera aproximación al universo jurídico al que se debe acudir en busca de la normativa más favorable –cláusula en los términos de la Constitución neuquina- se desarrollará un esquema conceptual cuya hermenéutica requerirá tener en cuenta que dentro del sistema jurídico nacional se identifican dos subsistemas de derecho –público y privado-, los cuales se rigen por principios y características propias que los distinguen.

Dentro de este marco teórico será de suma relevancia delimitar las competencias nacionales y provinciales para la regulación de las relaciones laborales.

Así, precisaremos que todo lo atinente al empleo público, tanto en el ámbito provincial como nacional, incumbe al Derecho Administrativo, materia no delegada por las provincias en razón de la autonomía con la que cuentan para auto normarse y establecer sus instituciones.

Por otra parte, que la regulación de la relación de trabajo en el ámbito privado se encuentra a cargo del Congreso de la Nación.

Se expondrá sobre la distinción formulada desde la doctrina entre el empleo público y la relación laboral privada y sus consecuencias.

En este punto, será importante mencionar lo que se conoce como la laboralización del empleo público y su evolución actual.

Lo expuesto hasta aquí revelará que por "legislación de la Nación" puede interpretarse tanto al ordenamiento sobre empleo público establecido para el ámbito federal, e incluso y desde una mayor perspectiva a lo regulado por las demás provincias en la materia, como así también todo lo atinente al régimen laboral privado.

Así ello, y conforme el orden de competencias, prelación normativa y principios a considerar, estaremos en condiciones de identificar cuál es la "legislación nacional" a la que corresponde acudir en busca de la cláusula más favorable.

En tal sentido, explicaremos que la legislación nacional pertinente será la perteneciente al bloque de constitucionalidad federal, en razón de su jerarquía, como aquella establecida en el ámbito laboral privado.

Estas premisas conceptuales, arrojarán que los órganos emisores de las normas involucradas operan en ámbitos distintos –nacional y provincial-.

Así, y sobre la base del reconocimiento de "un margen de apreciación" propio a cada uno de ellos, estaremos en condiciones de reflexionar sobre el método para llevar a cabo la integración normativa dispuesta.

Por su interés y utilidad, indagaremos aquí respecto de la doctrina de apreciación nacional cuyo mayor desarrollo pertenece al ámbito internacional, como al reconocimiento del margen de apreciación provincial esbozado por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Con estas pautas, se analizarán las situaciones que se pueden presentar en el marco de la resolución de un caso. Esto es frente al supuesto de vacío legal o colisión normativa.

En cuanto a los preceptos jurídicos pertenecientes al bloque de constitucionalidad su aplicación resultará ineludible, más allá de su compatibilización con el esquema jurídico nacional o provincial.

En cambio, y respecto de la normativa regulatoria de la relación de trabajo privado su aplicación no podrá realizarse en forma directa.

Así, cuando exista un vacío legal de normativa local se postulará que la aplicación de la cláusula nacional requerirá compatibilizar su contenido con el régimen del empleo público provincial.

Para el supuesto de colisión normativa la solución requerirá de una ponderación que obstará una visión meramente cuantitativa del derecho comprometido, ello en razón del mencionado margen de apreciación provincial que impedirá desplazar la norma local por una de carácter nacional.

Según se explicará, solo se podría integrar la relación jurídica de empleo público con una cláusula nacional cuando en el caso concreto la regulación provincial no resista un examen de proporcionalidad adecuada.

Por último, se formularán algunas conclusiones las cuales tendrán por objeto brindar un criterio que otorgue efectiva vigencia a la norma constitucional en estudio.

## **DESARROLLO.**

### **CAPÍTULO I.**

#### **ARTÍCULO 40 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DEL NEUQUÉN. FUENTES. REFORMA DEL 2006.**

El 28 de noviembre del año 1957 la Provincia del Neuquén sancionó su Constitución. Dentro de sus postulados, muchos de los cuales pueden calificarse como de avanzada<sup>2</sup>, encontramos la norma bajo estudio contenida en su artículo 62.

Reviste interés citar aquí parte del debate que los primeros convencionales constituyentes neuquinos efectuaron en su oportunidad<sup>3</sup>.

En dicha oportunidad, el primero en tomar la palabra fue el **Sr. Bassi** quien expresó: "*(...) Aquí se hace una distinción que me parece que está fuera de lugar. Existen diferencias entre las legislaciones del trabajo entre las Provincias y la Nación. Si la de la Nación es imperativa no hay que pensar que nosotros vamos a ir a aplicar la Provincial porque sea más beneficiosa. La nacional prima sobre la provincial, aunque sea más beneficiosa la provincial, la que va a primar es la nacional. Para mí debería suprimirse el artículo, y sobre ello llamo la atención a los señores Convencionales*".

Luego el **Sr. Izaguirre** dijo: "*Yo entiendo que este artículo no se refiere a la legislación, sino a la reglamentación de la legislación. Una ley nacional de fondo*

---

<sup>2</sup> Los convencionales constituyentes incorporaron al texto de la Carta Magna provincial "La Declaración de los Derechos Humanos de Naciones Unidas (Paris 1948)". A modo de ejemplo también, se puede observar que el convencional provincial neuquino ya por entonces reconoció autonomía propia a los municipios, aspecto que como bien es conocido llevó una larga evolución a nivel nacional, primero jurisprudencialmente para luego finalmente ser plasmado en la reforma de 1994 (cfr. su anterior artículo 184). Ver *Fallos*: 312:326 "Rivademar, Ángela D.B. Martínez Galván de c. Municipalidad de Rosario".

<sup>3</sup> DIARIO DE SESIONES – TOMO ÚNICO 1957. Pág. 228 y ss.

*debe ser respetada por la Provincial, pero actualmente tenemos en el orden sindical o laboral reglamentaciones que han sido hechas por la Nación y que deberán ser revisadas por la Provincia y quedarán subsistentes las que sean aceptadas. En caso de que hubiese disposición contraria se aplicará ese artículo. En cuanto a las leyes de fondo nacionales son de aplicación en toda la República”.*

A continuación, el **Sr. Jacob** respondió: *“De las palabras del señor convencional Bassi parecería desprenderse, a poco que las analicemos, que todas las conquistas que nosotros podamos haber consignado en esta parte referente al derecho laboral, quedarían absolutamente sin efecto ante la legislación nacional menos avanzada. Eso equivaldría a decir que hemos estado trabajando en balde. No creo que ello pueda ser así, por cuanto deberán previamente fijarse la jurisdicción laboral y a mi modo de ver habrá que aplicar la legislación laboral existente de forma que quien la aplique pueda llegar a una conclusión: que la palabra “existente” encabece el artículo de modo que se aplique esa legislación laboral, la que deberá ser reemplazada por el otro, si existiera diferencia entre la legislación de la Provincia y la Nación; pero es que la Provincia tiene derecho a legislar sobre trabajo. Pero eso deberemos establecerlo, porque si la Provincia al legislar sobre trabajo debe restringirse a lo que la legislación nacional establece, está demás todo lo que hemos tratado esta tarde; hemos estado perdiendo el tiempo. Considero que la legislación provincial debe inspirarse forzosamente en esta Constitución, de lo contrario quedarían de hecho anuladas todas las conquistas, que yo considero, hemos instituido en ella, de común acuerdo todos los sectores, para la clase trabajadora. Nada más”.*

Seguidamente, el **Sr. Heredia** pidió la palabra y expuso: *No considero que las observaciones formuladas por el señor convencional Bassi estén estrictamente encuadradas en lo jurídico, porque este artículo yo ya lo conozco hace tiempo y*

*ha sido redactado por juristas de nota. Es muy posible que en el cuerpo legal que hemos instituido existan algunas salvaguardias que la Constitución Nacional tenga el derecho de cuestionar, como el fuero sindical u otras disposiciones de aplicación dentro del ámbito provincial, que choquen con la legislación nacional, pero no las que aquélla no ha previsto o no ha podido prever. La Constitución Nacional vigente en este momento es la del año 1853. Reconozco que para el tiempo en que se puso en vigencia dicha Carta, era un documento avanzado. Lógicamente no podemos pretender que aquéllos Convencionales de 1853 pudieran legislar en materia de trabajo en una forma evolucionada, por cuanto no podían tener los conocimientos de que hoy en día disponemos y que son comunes a la mayoría del pueblo; no los podían tener por la sencilla razón de que en aquellos tiempos no existía una clase obrera organizada. Si existía algo, sería algo intrascendente, pero nada como clase social organizada y con conciencia de principios definidos, que es lo que hoy hemos visto en esta Asamblea Constituyente. Por lo tanto, apruebo el artículo tal como está redactado”.*

Así, y a su turno, el **Sr. Fernández** explicitó que “[...] *si en alguna cosa no hemos introducido novedad, precisamente es en este artículo que fue encontrado en varias Constituciones. Uno de ellos, recuerdo, es el de Mendoza y lo copiamos tal cual está, justo es reconocerlo. Así que creo que cuando lo incluyeron en aquella provincia, es porque consideraban que estaría bien incluido. Por otro lado, no se ha fijado que la jurisdicción nacional invada la Provincia en lo que respecta a trabajo [...]*”.

Por su parte, el **Sr. Izaguirre** refirió: *"En la reforma aprobada se establece que el Congreso Nacional dictará el Código del Trabajo. Así que la legislación de fondo sobre trabajo será nacional”.*

De la transcripción del debate podemos resumir y derivar que la voluntad del convencional constituyente originario neuquino fue la de otorgar la mayor protección posible al trabajador.

Si bien excede el presente estudio, se debe mencionar que a la época de su sanción el país atravesaba una de sus tantas convulsiones internas.

En lo que aquí importa, se debe recordar que, con la "derogación" de la Constitución de 1949 en la que se habían plasmado "los derechos sociales", el gobierno de facto a la época también dejó sin efecto las constituciones provinciales modificadas entre el año 1946 y el 16 de septiembre de 1955.

Por una proclama de fecha 27 de abril de 1956 se declaró vigente la Constitución Nacional sancionada en 1853 y la exclusión de la de 1949. Asimismo, se declaró la vigencia de las Constituciones provinciales anteriores al gobierno "peronista" depuesto y se dejaron sin efecto las Constituciones sancionadas para las provincias de Chaco, La Pampa y Misiones. Todo lo cual fue "reafirmado" por la Convención Constituyente nacional de 1957.

Como puede advertirse, entonces, la norma constitucional neuquina se inspiró en aquellas constituciones provinciales como la mendocina que habían sido modificadas a raíz de la autorización brindada en el marco de la reforma de 1949 y que fueron luego dejadas sin efecto.

Por ello, puede decirse que la norma en estudio sobrevivió a dichas convulsiones en razón de haber sido sancionada con posterioridad – noviembre de 1957-.

Este dato explica la razón de que cotejadas las distintas constituciones provinciales no se observa una norma similar, incluso en la Constitución mendocina que es la expresamente aludida por los constituyentes neuquinos.

Es importante advertir que la fuerza normativa del texto exige evitar una interpretación que lo prive de contenido específico y anule su vigor jurídico, dado que no cabe concluir que el constituyente utilizó términos superfluos o

redundantes, sino que todos ellos fueron empleados con algún propósito (*Fallos*: 319:3241; 324:2153 y 2780; 331:1234).

Ello es así toda vez que cuando se analiza el reconocimiento de un derecho constitucional, su exégesis requiere la máxima prudencia, cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho” (*Fallos*: 326:742).

Ahora bien, del texto transcrito se puede advertir que los convencionales visualizaban dos esferas distintas, una nacional y otra provincial en materia laboral, siendo su intención amparar al trabajador con la aplicación de la norma más favorable.

Dicha norma, conforme al nuevo texto ordenado en la reforma constitucional realizada en el año 2006 en la Provincia del Neuquén, se encuentra establecida en su actual artículo 40, dentro del Título II Derechos - Capítulo II –Derechos Sociales-.

Como bien es sabido, la Reforma de la Constitución Nacional de 1994 modificó sustancialmente el sistema de fuentes del derecho argentino lo cual extiende la interpretación de sus alcances a nuevos horizontes.

Postulamos aquí que la citada norma tiene carácter operativo y no requiere para su aplicación de la emisión de ley reglamentaria.

## **CAPÍTULO II.**

### **CLAÚSULA FEDERAL Y EL ARTÍCULO 14 BIS DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD.**

#### **1. La cláusula federal contenida en el artículo 5° de la Constitución Nacional.**

La cláusula federal contenida en artículo 5º de la Constitución Nacional reconoce que cada Provincia dictará para sí una Constitución de acuerdo a los principios, declaraciones y garantías reconocidos en la Carta Magna.

El mandato constitucional impone una adecuación de las instituciones locales al diseño constitucional, pero no exige que sean idénticas pudiéndose establecer una diversidad de modelos que resulten compatibles<sup>4</sup>.

Así ello, el principio federal implica que son las Provincias las que delegan en el poder central atribuciones determinadas.

Concretamente dicha norma, en consonancia con lo establecido por el artículo 31 de la Constitución Nacional, garantiza la autonomía provincial y subordina su capacidad normativa al bloque de constitucionalidad.

Ello se traduce en que las Provincias dictan sus constituciones las que no se encuentran sujetas a la revisión política por parte del Congreso Federal, lo cual no empece las herramientas del control de constitucionalidad y la posibilidad de intervenir federalmente en los casos previstos por el artículo 5º de la Constitución Nacional.

Por tal motivo, las Provincias en ejercicio de su autonomía pueden reconocer derechos más allá de lo estatuido en la Constitución Nacional, siempre que con ello no se afecte o limite irrazonablemente otros derechos allí reconocidos.

## **2. El artículo 14 bis de la Constitución Nacional.**

El artículo 14 bis de la Constitución Nacional establece los principios, derechos y garantías sociales, enunciando los derechos personales del trabajador en relación de dependencia, reconociendo los derechos colectivos del trabajo,

---

<sup>4</sup> *Fallos*: 317:1195 (1994) "Partido Justicialista de la Provincia de Santa Fé c. Provincia de Santa Fé".

propios de las asociaciones gremiales y otorgando los derechos de la seguridad social a los trabajadores y a la familia<sup>5</sup>.

La mentada norma fue incorporada por la Convención Constituyente de 1957 que también, en lo que aquí interesa, incluyó en las atribuciones del Congreso la de dictar el Código de Trabajo y la Seguridad Social.

Así, se instituye la protección constitucional del trabajo en sus diversas formas, protección contra el despido arbitrario para el empleo privado y estabilidad para el empleado público.

Ello permite formular una distinción sobre sus aspectos configurativos y concretos alcances.

Brevemente, y en lo que respecta a la relación laboral privada dicha protección impone una indemnización en caso de distracto.

En cuanto a los alcances de la competencia para su regulación la Corte Suprema de la Nación en el conocido caso "Fábrica Argentina de Calderas, S.R.L. c/ Provincia de Santa Fé", declaró la inconstitucionalidad de una ley de la mencionada Provincia que había tenido por objeto bajar la semana laboral a cuarenta y cuatro horas, toda vez que resolvió que las materias respecto a la jornada laboral -semana laboral- es competencia del Congreso Federal.

Sin embargo, se debe apuntar que dicha pauta, establecida para el empleo privado, no significa que las provincias en materia de empleo público no puedan apartarse de este límite, siempre y cuando no lo transgredan en desmedro del trabajador<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> GELLI, María Angélica "Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada" tercera edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, La Ley, año 2006. Es pertinente señalar que el artículo 125 de la Constitución Nacional aseguró a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la posibilidad de conservar los organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales.

<sup>6</sup> En tal sentido, se debe señalar que la Constitución de la Provincia del Neuquén prescribe en su artículo 38: "La Provincia, mediante la sanción de leyes especiales, asegurará a todo trabajador en forma permanente y definitiva lo siguiente: g. Semana legal de cuarenta y cuatro (44) horas, en jornadas de ocho (8) horas como máximo, con reducción a un máximo de seis (6) horas diarias para el trabajo nocturno, insalubre y peligroso y de los menores de dieciocho

Como bien es sabido, el artículo 14 bis consagra la estabilidad en el empleo público con la finalidad de protegerlo de la arbitrariedad del Estado, sin perjuicio de las diferentes leyes de prescindibilidad que invocando razones de servicio han sido declaradas constitucionales por la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando se asegure la adecuada indemnización<sup>7</sup>.

Fuera de ello, entonces, sólo cuando existan causas razonables y no discriminatorias justificantes del despido, previo sumario administrativo que garantice el derecho de defensa<sup>8</sup> del empleado, dicha estabilidad cederá.

Si bien la garantía de estabilidad está contemplada, aparentemente, como un derecho o garantía individual, y figura en la parte dogmática de la Constitución Nacional, en rigor reviste el carácter de una verdadera garantía institucional.

La estabilidad entendida como garantía institucional, juega como freno al poder político de turno y como servicio al Estado de Derecho. Es condición propicia para el profesionalismo e independencia. La estabilidad no es, entonces, un privilegio personal, sino que su esencia es una garantía institucional para el recto funcionamiento del Estado de Derecho.

### **3. El bloque de constitucionalidad federal luego de la reforma de 1994.**

Con la reforma del año 1994 se incorporaron al régimen jurídico nacional a través del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional los Tratados de Derechos Humanos los cuales conforman un verdadero bloque normativo de rango constitucional.

---

*(18) años; con descanso semanal de treinta y seis (36) horas consecutivas como mínimo. Dicha jornada se irá reduciendo sin que por ello se reduzca el salario, a medida que se vayan introduciendo mejores métodos técnicos en los procesos de producción”.*

<sup>7</sup> GELLI, *ídem*.

<sup>8</sup> Sobre los alcances de las garantías del debido proceso la Corte IDH se ha expedido en “Baena, Ricardo y otros (270 trabajadores de Panamá)” sentencia del 2 de febrero de 2001.

Se ha expresado que las normas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional integran, junto con la Constitución, un todo unitario al cual se denomina "Bloque de Constitucionalidad"<sup>9</sup>.

En tal sentido, es atinado recordar que el artículo 31 de la Constitución Nacional prescribe que ella, las leyes de la nación y los tratados con las potencias extranjeras son ley suprema de la Nación.

Así, y como breve repaso del tema, se debe señalar que, con anterioridad a la reforma constitucional operada en el año 1994, la Corte Suprema de Justicia de la Nación había interpretado que los tratados con las potencias extranjeras poseían jerarquía superior a las leyes, "in re *Edkmekdjjar*"<sup>10</sup> y "in re *Café la Virginia*"<sup>11</sup>.

Dicha interpretación tomó como criterio normativo lo establecido por el artículo 27 del Tratado de Viena suscripto por Argentina –régimen de los tratados internacionales- el cual dispone que ningún Estado podrá invocar su derecho interno para justificar el incumplimiento de los compromisos internacionales asumidos.

La reforma constitucional sumó a nuestro régimen jurídico Tratados de Derechos Humanos, los cuales conjuntamente con la Constitución Nacional conforman el bloque de constitucionalidad que impera sobre el resto de la normativa.

El convencional constituyente de 1994 dispuso la jerarquía constitucional de los tratados de derecho humanos, en las condiciones de su vigencia, como así que no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución debiéndose

---

<sup>9</sup> MANILI, Pablo Luis "El Bloque de Constitucionalidad – La Recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino", LA LEY, Buenos Aires, 2003, pág. 147 y ss.

<sup>10</sup> Fallos: 315:1492.

<sup>11</sup> Fallos: 317:1282.

entender como complementarios de los derechos y garantías en ella reconocidos.

Así, y en función de lo establecido por el artículo 75, inciso 22, de la Carta Magna Nacional, los Tratados de derechos humanos allí mencionados como aquellos de igual categoría que se aprueben por el Congreso por los dos tercios de sus miembros, poseen jerarquía constitucional.

Ello determina que el operador jurídico en la aplicación del derecho deba compatibilizar sus mandatos con el nuevo sistema de fuentes diseñado por el constituyente.

Es que el sistema diseñado de derechos humanos exige contemplar ciertos estándares mínimos de protección fijados por los órganos internacionales a los efectos de no incurrir en responsabilidad internacional<sup>12</sup>.

En la tarea interpretativa resulta obligación constatar la adecuación de las normas internas con dichos estándares que no pueden ser inobservados.

La pauta hermenéutica central radica en que el sistema instaurado está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo.

Es importante reparar que respecto de la interpretación de los tratados la Corte Suprema comenzó por referir que la alusión de "las condiciones de su vigencia" significaba que su aplicación por los operadores internos debía observar como guía el modo en que rige en el ámbito internacional conforme su aplicación por los tribunales internacionales competentes, ("*Giroldi*")<sup>13</sup>.

Fue en el precedente "*Mazzeo*"<sup>14</sup> donde se dispuso que ella resultaba "insoslayable" pauta de interpretación.

---

<sup>12</sup> BIANCHI, Alberto B. "*Una reflexión sobre el llamado 'control de convencionalidad'*" Publicado en: Sup. Const. 2010 (septiembre) 15 • LA LEY 2010-E , 1090. Cita Online: AR/DOC/5890/2010.

<sup>13</sup> *Fallos*: 318:514.

<sup>14</sup> *Fallos*: 330:3248.

En otros términos, “en las condiciones de su vigencia” significa que el constituyente ha sujetado su aplicación al modo en que rigen en el ámbito internacional, siendo sus órganos de aplicación quienes fijan y constituyen dichos parámetros.

Resulta relevante no perder de vista que la interpretación del sistema americano de protección de los derechos humanos debe tender a garantizar la dignidad esencial del ser humano –principio *pro homine*–.

También que el orden público de los derechos humanos no es disponible por los Estados que componen la comunidad internacional.

A su respecto el “*ius cogens*” entendido como el derecho imperativo aplicable a todo Estado, con prescindencia de si ha suscripto o no un convenio, encuentra su fundamento en el derecho consuetudinario internacional, y reviste un principio que no puede ser desconocido.

Continuando con las pautas hermenéuticas que corresponde observar en la materia, tampoco puede soslayarse que el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos fija las normas de interpretación de ella.

Dicha norma prescribe que ninguna de sus disposiciones puede ser entendida en el sentido de limitar los derechos, postulando que en caso de conflicto normativo siempre debe prevalecer la norma más favorable a la persona.

Este es el criterio adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “*Sánchez*”<sup>15</sup> donde descalificó la invocación efectuada en el precedente “*Chocobar*”<sup>16</sup> del artículo 26 de la Convención para limitar el alcance del artículo 14 bis de la Constitución Nacional.

Allí se señaló que si bien la norma aludida vincula beneficios sociales con recursos económicos ello nunca puede entenderse como directriz o pauta para limitar la movilidad jubilatoria.

---

<sup>15</sup> *Fallos*: 328:1602.

<sup>16</sup> *Fallos*: 319:3241.

El análisis del cumplimiento de los estándares establecidos por los órganos internacionales no se realiza en forma segmentada.

Ello significa que el obrar del Estado debe en todos sus órdenes respetar las reglas establecidas en dichos convenios.

Desde dicho vértice podría interpretarse que las garantías judiciales establecidas por el artículo 8.1 y 2 deben, también, ser reconocidas en el desarrollo del procedimiento administrativo.

Quienes así lo sostienen refieren que la Corte Interamericana en el caso "Baena"<sup>17</sup> ha despejado toda duda a su respecto en cuanto manifestó que "las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas".

Por su parte la Corte Suprema Nacional en el precedente "Astorga"<sup>18</sup> expresó que tanto normas constitucionales como convencionales "resguardan el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva".

Como puede advertirse, el repaso efectuado permite visualizar que los Tratados suscriptos por Argentina tiene plena vigencia en su ámbito interno.

La cuestión en cuanto a los alcances de su aplicación ha retomado nuevos bríos luego del fallo "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso 'Fontevecchia y D' Amico vs.Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos" CSJ368/1998(34-M)/CS1<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup>"Baena" CIDH Sentencia de 2 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas) [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_72\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf), captura de pantalla del 6/1/2020.

<sup>18</sup> Fallos: 327:4185.

<sup>19</sup> SAGÜÉS, Néstor P., "¿Puede válidamente la Corte Interamericana obligar a que una Corte Suprema nacional deje sin efecto una sentencia suya?", ED, 04/04/2017, y SAGÜÉS, Néstor P. "Un conflicto trascendente: La Corte Interamericana y La Corte Suprema Argentina. Entre el diálogo y el choque de trenes". Publicado en: LA LEY 22/11/2017, 4 • LA LEY 2017-F, 245. Cita Online: AR/DOC/3021/2017.

Sin embargo, debe quedar claro que su aplicación es producto y consecuencia de su carácter de norma fundamental.

Dicho en otras palabras, la integración postulada involucra estas normas de rango superior y sobre las cuales no existe duda de su plena vigencia y obligatoria observancia por parte de las distintas esferas de gobierno.

### **CAPÍTULO III.**

#### **EL SISTEMA Y SUBSISTEMAS JURÍDICOS EN EL DERECHO NACIONAL.**

En este punto, se debe advertir que, para poder efectuar una integración de los distintos ordenamientos, preliminarmente, resulta necesario establecer un marco teórico respecto al sistema jurídico.

Ahora bien, existen dos enfoques, uno que visualiza un Derecho Único –sistema único- y otro un Doble Derecho –dos subsistemas jurídicos-.

Sin ingresar en los diferentes tópicos del debate, adoptamos aquí la idea de que, en nuestro ordenamiento jurídico, existe un doble derecho que reconoce, por un lado, normas del derecho privado y, por otro, normas de derecho público.

Es que conforme lo sostiene calificada doctrina, "*ciertamente nuestro Derecho ha sido cultor de este criterio de distinción (dos subsistemas) desde los programas de estudio de las Universidades, las regulaciones, los fallos judiciales y las opiniones de los juristas, desde siempre*"<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> BALBÍN, Carlos F. "*Tratado de Derecho Administrativo*" 2ª edición actualizada y ampliada, Tomo I – Thomson Reuters – LA LEY, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, año 2015, pág. 823 ss.

Tal postura es la consignada, finalmente, por el Codificador civil y comercial nacional a través de la sanción del nuevo Código en lo que concierne a la responsabilidad del Estado<sup>21</sup>.

Una proyección de ello determina que, por un lado, el derecho privado se afirma en ciertos principios y reglas y, por su parte, el Derecho Público se funda desde otras pautas y otros criterios.

Asimismo, según la distribución territorial de poder, contenida en nuestro diseño constitucional, el derecho privado, con excepción de las reglas procesales, es regulado por el Estado Federal y el Derecho Administrativo por el Estado Federal y los Estados Provinciales en sus correspondientes jurisdicciones.

Estos subsistemas constituyen bloques normativos con principios, reglas y criterios interpretativos y, por tanto, la aplicación de uno desplaza al otro.

Sin embargo, es importante señalar que los subsistemas interactúan integrándose por vía interpretativa.

En particular, el bloque del Derecho Público se nutre en parte del derecho privado, a través de técnicas hermenéuticas diversas (aplicación directa, subsidiaria o analógica<sup>22</sup>).

Es claro que ambos subsistemas se integran con ciertos eslabones del otro subsistema, sin desdibujar su identidad<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Código Civil y Comercial de la Nación. ARTÍCULO 1764.- Inaplicabilidad de normas. Las disposiciones del Capítulo 1 de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria. ARTÍCULO 1765.- Responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda. ARTÍCULO 1766.- Responsabilidad del funcionario y del empleado público. Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda.

<sup>22</sup> Uno de los casos emblemáticos es la construcción de la teoría dogmática de la responsabilidad estatal desde el artículo 1112 del Código Civil derogado.

<sup>23</sup> Por ejemplo, se señala a ciertos contratos celebrados por el Estado cuyo objeto es regulado por el derecho privado y que llamaremos Derecho Administrativo Privado. De modo que el Derecho Administrativo Privado contiene reglas del derecho privado, pero está rodeado de

Calificar a una norma como propia del Derecho Público implica que el poder de regulación será federal o provincial, según el caso, determinará el juez competente los criterios interpretativos y sus técnicas específicas, por ejemplo, la analogía de segundo grado; y la validez de cláusulas denominadas exorbitantes por exceder y transgredir el derecho privado.

Es importante aclarar que, si bien las ramas del derecho son autónomas, ellas conforman un solo ordenamiento en términos de unidad sistemática y coherente. Según el caso, el cruzamiento es mayor o menor y sus relaciones más o menos intensas.

Así, entonces, la tarea de vincular las fuentes jurídicas exige establecer<sup>24</sup> cuáles serán sus ejes fundamentales.

Dentro de sus postulados centrales se mencionan: **a)** el de unidad que debe garantizarse por aplicación del principio jerárquico entre normas y el criterio material y de ponderación entre principios generales, **b)** el sistemático que permitirá superar las contradicciones, **c)** el de completitud que permitirá llenar las lagunas y **d)** el de coordinación para el caso de diversidad de ordenamientos por reenvíos.

Como bien es sabido, el Derecho Administrativo nace como un conjunto de principios, directrices y reglas cuyo punto de apoyo es el Derecho Constitucional, alejándose del derecho privado y particularmente del derecho civil.

---

directrices y, básicamente, principios del Derecho Público (derechos fundamentales; postulado competencial; y principios de igualdad y proporcionalidad; entre otros). Veamos ejemplos: a) el Estado decide aplicar reglas del derecho privado en el sector público (LCT en el empleo estatal); b) el Estado utiliza formas del derecho privado –conforme la teoría general de las Formas- y, tras ello, aplica el derecho privado. A su vez, los particulares se rigen por el derecho privado y, a veces, parcialmente por el Derecho Público en sus relaciones de derecho (entre otros, es el caso de los concesionarios de los servicios públicos y su vínculo con los usuarios. Cfr. BALBÍN, *ídem*.

<sup>24</sup> BALBÍN, *ídem*, pág. 438 y ss.

Respecto de las fuentes jurídicas si bien por regla se debe distinguir la jerarquía del órgano productor, en el caso de las competencias provinciales en el caso de la materia no delegada tal jerarquía no existe.

En tal sentido, se entiende que *"más allá del deslinde entre los subsistemas jurídicos (básicamente federal y provincial), es posible que se susciten controversias entre éstos y sus fuentes. Aquí, no existe un conflicto dentro del sistema sino entre dos subsistemas. El punto a resolver es cuál de los subsistemas es competente y, por tanto, prevalece sobre el otro. En tal caso, la controversia debe resolverse por aplicación del postulado material". "Este es el criterio básico de distinción entre los subsistemas y, por tanto, la regla que nos permite resolver numerosos conflictos entre fuentes federales, provinciales y municipales..."<sup>25</sup>.*

Así ello, los subsistemas provinciales de Derecho Administrativo son de carácter excluyente uno del otro en razón del territorio.

Contrariamente, el conflicto entre el subsistema federal con cualquier subsistema provincial no se resuelve por razones de territorio sino por las materias. Es más, estos subsistemas en términos de territorio coinciden parcialmente.

Si bien el texto constitucional y los tratados con rango constitucional son el eslabón más alto jerárquicamente tal directriz jerárquica no se aplica entre subsistemas sino sólo en el marco del mismo subsistema.

En suma, una vez definido el campo material o territorial, prevalece el ordenamiento jurídico competente por razón de las materias o el territorio, más allá del rango jerárquico de las normas.

#### **CAPÍTULO IV.**

---

<sup>25</sup> BALBÍN, *ídem*, pág. 441 y ss.

## **EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL RÉGIMEN DEL EMPLEO PÚBLICO. DISTINCIÓN ENTRE RELACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO Y LA RELACIÓN PRIVADA DE TRABAJO. LA LABORALIZACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO Y SU CRÍTICA.**

### **1. El derecho administrativo y el régimen de empleo público.**

En ejercicio de sus competencias no delegadas las provincias regulan todo lo atinente al derecho administrativo.

En efecto, y conforme lo establece el artículo 121 de la Constitución Nacional, las provincias delegaron en el Estado federal las competencias expresas, implícitas y residuales que prevé el texto constitucional y, a su vez, conservaron el poder no delegado en aquél.

En principio, entonces, por una parte, se puede identificar un bloque de competencia material y territorial en cabeza de los Estados provinciales, y por otro, en cabeza del Estado federal.

Decimos en principio, toda vez que aquí no se contemplan las competencias de los municipios ni de la ciudad autónoma de Buenos Aires, y cuyo estudio excede el presente examen.

Ataño mencionar que el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén, ha reiterado su doctrina en cuanto a la aplicación de la regulación contenida en el derecho público local respecto al instituto de la prescripción.

Así ello, y sin perjuicio de la doctrina del fallo "Filcrosa"<sup>26</sup> establecida por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, recientemente reiterada por su

---

<sup>26</sup> Fallos: 326:3899.

mayoría<sup>27</sup>, lo cierto es que la postura del máximo órgano judicial provincial se ha mantenido incólume en sus distintas integraciones<sup>28</sup>.

Es importante no perder de vista que, en caso de conflicto entre las normas federales y provinciales, éste se debe dilucidar teniendo en cuenta cuál es la autoridad competente en razón de las materias a regular toda vez que la Constitución atribuyó potestades materiales exclusivas en los ámbitos federal y provincial.

En efecto, se reconoció funciones exclusivas al Estado federal, en razón de las materias, para el dictado de los códigos civil, comercial, penal, de minería, y del trabajo y seguridad social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federal o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones.

Consecuentemente, de los arts. 75, 99, 100, CN, no surge que las Provincias hayan transferido al Estado nacional el dictado de las reglas del Derecho Administrativo.

Es por ello, que se concluye que los Estados provinciales conservan ese poder no delegado, tal como se dice en el artículo 121 del texto constitucional<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> "Volkswagen de Ahorro para Fines Determinados S.A. c/ Provincia de Misiones – Dirección General de Rentas y otro s/ demanda contenciosa administrativa". No obstante, resulta importante mencionar la disidencia del juez Rosatti, quien expresó: "*Suponer que en el ordenamiento jurídico argentino, existe conceptualmente una única relación jurídica y, por ende, sólo una obligación y que las acciones que se derivan de ella se extinguen por la prescripción, encontrándose todo ello regido exclusivamente por el Derecho Civil, implica perpetuar una perspectiva que erige a esta rama del derecho, de indudable ascendencia histórica, en una posición de preeminencia sobre el resto del ordenamiento jurídico que no encuentra fundamento alguno en el texto constitucional*".

<sup>28</sup> CORVIN S.A. Y CORVIN NEUQUÉN S.A. C/ IPVU S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA (Acuerdo N° 1366/07), (Acuerdos 1376/07, 1414/07, 1415/07, 1422/07, 1423/07, 1427/07, 1455/07) y más cercano en el tiempo en "Cebrero" (Acuerdo N° 49/13) y "Camuzzi" (Acuerdo1/14).

<sup>29</sup> URRUTIGOITY, Javier "El olvidado carácter del Derecho Administrativo" en Estudios de Derecho Administrativo II, Ed. Ciencias de la Administración, Bs. As. año 2000, pág. 62.

A lo expuesto, se agrega que en virtud de que las Provincias dictan sus propias constituciones, según los artículos 5 y 123 de la Constitución Nacional, y se dan sus propias instituciones, de conformidad con su artículo 122, es razonable que dicten las normas consecuentes; es decir, el marco jurídico de las funciones estatales administrativas –Derecho Administrativo local-.

A su respecto, la Constitución de la Provincia del Neuquén establece: "*Forma de Estado y forma de Gobierno: Artículo 1º: La Provincia del Neuquén, como Estado autónomo e inseparable de la Nación Argentina, organiza su gobierno bajo el sistema republicano representativo, manteniendo para sí todo el poder no delegado expresamente al Gobierno Federal en la Constitución Nacional, a la que reconoce como Ley Suprema.*

*Cláusula federal: Artículo 8º: "La Provincia conserva y ejerce en plenitud todo el poder no delegado en la Constitución Nacional al Estado Federal y todos los que le reconocen los artículos 124 y 125 de la Constitución Nacional: [...]".*

Consecuentemente, cada Provincia regula todo lo atinente a su empleo público. Es central tener en cuenta que dichas competencias son de carácter exclusivo para los Estados provinciales y federal.

En armonía con ello, el artículo 189 de la Constitución de la Provincia del Neuquén consigna: "*Corresponde a la Cámara de Diputados: 37. Dictar el estatuto de las profesiones liberales, de la magistratura, de los empleados públicos y de los docentes...*".

Lo expuesto determina que en caso de conflicto normativo éste debe resolverse por el criterio de competencias y no por el principio de jerarquía entre las reglas jurídicas, lo cual conlleva que la Ley de Empleo Público nacional no puede inmiscuirse en el ámbito de empleo público provincial.

Es así que el Derecho Administrativo, se presenta en distintos órdenes o jurisdicciones en el Derecho Público: federal, provincial y municipal. También, respecto de la regulación de las normas de fondo y de carácter procesal.

En suma, en caso de presentarse un conflicto en el marco del empleo público a nivel provincial, se debe consultar las normas constitucionales, legales, reglamentarias y de rango inferior de cada Estado provincial<sup>30</sup>.

Contrariamente, si el conflicto es en el ámbito federal, corresponderá recurrir a su bloque normativo<sup>31</sup>.

## **2. Distinción entre empleo público y privado.**

Respecto a la relación laboral privada y de empleo público es conocida la polémica en la doctrina laboralista surgida en la década de 1980 entre dos catedráticos del Derecho laboral, Sardegna y Guibourg, y la cual implicó un debate entre el iusnaturalismo y el positivismo, respectivamente.

Sobre tal controversia, sólo decir que desde cualquier perspectiva que se examine resulta claro que en cualquiera de los dos ámbitos examinados, quienes en ellos realizan su débito contractual trabajan.

Tal constatación fenomenológica revela que, efectivamente, en los dos contratos –público o privado- se verifican las notas típicas que califican la

---

<sup>30</sup> En la Provincia del Neuquén como principal normativa de empleo público podemos citar al Decreto N° 1853/58 Estatuto del personal civil de la Administración Pública (EPECAP), la Ley N° 1703 para el personal legislativo, la Ley 1436 –Orgánica del Poder Judicial- con sus correspondientes normativas reglamentarias.

<sup>31</sup> Sucintamente, en el ámbito nacional destacan los siguientes instrumentos normativos: a) El Convenio de la OIT 87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación de 1948 (Decreto Ley N° 11.594); b) El Convenio OIT 98, sobre derecho de sindicación y negociación colectiva, de 1949 (Ley N° 14.392); c) El Convenio OIT 151, de 1978, aprobado por la Ley N° 23.328 (Boletín Oficial –BO- del 08-09-1986), de protección de los derechos de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración pública mediante la negociación colectiva. d) La Recomendación OIT 163, de 1981, sobre derecho a la información, de aplicación a los empleadores públicos; e) El Convenio OIT 154, sobre fomento de la negociación colectiva, de 1981, aprobado por la Ley N° 23.544 (BO del 15-01-1988); f) La Ley N° 24.185 (BO 1992), que rige la negociación colectiva para los trabajadores del Estado, y su Decreto Reglamentario N° 447/1993; la Resolución SS Relaciones laborales N° 42/98; g) El Decreto N° 66/1999, del 29-01-1999 (BO del 26-02-1999), que homologó el Convenio Colectivo de Trabajo (CCT) general para la Administración pública nacional; h) La Ley Marco de Empleo Público N° 25.164 (BO del 08-10-1999); i) El Decreto N° 1.421/2002 (BO del 01-11-1999), de Ética en el ejercicio de la función pública.

relación de dependencia laboral: i) La dependencia jurídica: una de las partes da las órdenes y la otra debe acatarlas; ii) La dependencia económica: la parte asalariada requiere para su sustento de una remuneración que la empleadora paga; y iii) La dependencia técnica: condiciones a las que deberá ajustarse el débito laboral y que son fijadas por la parte empleadora.

Según los supuestos, es claro que dichas notas se manifestarán de modo diferente, toda vez que a mayor calificación profesional existirá una menor dependencia técnica.

Es importante advertir que el sujeto trabajador en torno del cual gira el debate es el empleado público, trabajador del Estado o funcionario público, en cuanto personal del gobierno que no es titular de la función pública ni ejerce poder de mando.

Ahora bien, la discusión, básicamente, giró alrededor del criterio de distinción entre ambos contratos.

Para los enrolados en el iuspositivismo la distinción del contrato de trabajo de Derecho privado, regido por la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 –en adelante LCT- y el contrato administrativo de empleo público sólo radica en su diferente tratamiento normativo.

En cambio, para los iusnaturalistas, ellos difieren en razón de exhibir una naturaleza jurídica distinta, lo cual explica el diferente trato normativo.

Sin perjuicio de las razones sostenidas por una y otra postura, en cuanto a sí la diferencia es contingente o sustancial, lo cierto es que más allá de las importantes similitudes o distinta regulación normativa, el Estado es un empleador diferente al privado y esa diferencia se proyecta indiscutiblemente sobre los trabajadores que de él dependen<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> AAVV Director Mario E. ACKERMAN, Coordinador Diego M. TOSCA, Alejandro SUDERA, "Tratado de Derecho del Trabajo, Tomo I, Teoría General del Derecho del Trabajo – Segunda edición ampliada y actualizada", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, año 2014. "La relación de empleo público y el derecho del trabajo", ACKERMAN, Mario E. pág. 203 y ss.

En efecto, estas características generales configuran dos regímenes jurídicos bien diferenciados, en razón de que, en el caso del empleo público, el empleador es el propio Estado.

Es que la tutela del interés general de la que el poder administrador es el garante y la consideración del funcionario como un medio de acción, por un lado, atemperan la existencia de intereses contradictorios entre los empleados público y el Estado, y por otro, imponen que aquéllos gocen de una serie de garantías estatutarias, entre las que sobresale la estabilidad en el empleo.

Como ya se dijo, la Constitución Nacional al referirse a la protección del trabajo en sus diversas formas, distingue la protección contra el despido arbitrario, en el caso del trabajo privado, frente a la estabilidad del empleado público (artículo 14 bis de la Constitución Nacional).

El derecho a la restitución en el cargo es lo que caracteriza y define a la garantía de la estabilidad propia del contrato administrativo de empleo público. Así, en el Derecho administrativo la nulidad de la medida segregativa exige la reincorporación del agente público<sup>33</sup>.

Es útil recordar también que en el contrato de empleo público se distinguen las características perfiladas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la disidencia de "Dulcamara"<sup>34</sup> y luego adoptadas, in re "Cinplast"<sup>35</sup>: a) uno de los cocontratantes es una persona jurídica estatal, b) existe en la contratación un fin o interés público que prevalece por sobre los intereses particulares de las partes; y c) la contratación se enmarca en lo que se denomina el régimen exorbitante del Derecho privado el cual se integra siempre en un régimen garantístico de los derechos de los particulares que equilibra y acota el ejercicio del poder como corresponde en un Estado de Derecho.

---

<sup>33</sup> *Fallos*: 331:735."Schneiderman, Ernesto Horacio c/ Estado Nacional Secretaría de Cultura y Comunicación de la Presidencia de la Nación"

<sup>34</sup> *Fallos*: 313:376.

<sup>35</sup> *Fallos*: 316:212.

En efecto, el interés público es cualitativamente superior al mero interés particular que puedan exhibir las personas en sus contratos privados aun cuando ese interés privado también afecta de modo mediato al bien común, como es el caso del contrato laboral.

No son pocas las veces que existe tensión entre el bien individual y el bien de todos, razón que determina que el ordenamiento jurídico deba dotar a las autoridades de las herramientas jurídicas necesarias para lograr el cometido que deben cumplir.

Con base a tal supremacía del interés público por sobre el interés particular, procede afirmar, entonces, que las figuras examinadas tienen una proyección diferente siendo por ello que la ley las trata de modo diverso.

Pero, si bien exhiben un trato constitucional y normativo diferente, lo que no está en discusión es la aplicación del principio protectorio respecto de las diversas formas de dependencia, pública y privada, consagrado por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional.

En el marco del empleo público la protección se define a través de la garantía de la estabilidad, verdadera garantía institucional que refleja, el elemento servicial o de colaboración del contrato de empleo público, que lo distingue del contrato de trabajo privado.

### **3. La laboralización del empleo público.**

Como ya se expresó, el artículo 14 bis de la Constitución Nacional brinda el rasgo distintivo en nuestro sistema jurídico al distinguir entre empleo público y privado, el que se regirá por la ley de contratos de trabajo –LCT-

Sin embargo, tal distinción de rango constitucional se encuentra en la actualidad ciertamente matizada por lo que se ha dado en llamar la

laboralización del empleo público, y cuyo tratamiento resulta ineludible en el presente trabajo.

Más allá de sus diversas connotaciones, en concreto la laboralización del empleo público se configura y conceptualiza como la progresiva penetración del derecho laboral en el régimen y relación de empleo público.

En otras palabras, reviste un proceso de integración del régimen normativo del empleo público al régimen jurídico que regula el empleo privado, y el cual, valga aclarar, no es recíproco, sino unilateral.

En tal sentido, el Derecho público se nutre del Derecho laboral privado.

A modo de ejemplo, se observan cambios de tipo semánticos en el ámbito del contrato de empleo público como la expresa mención "a los trabajadores del Estado" en el marco de las negociaciones colectivas.

La doctrina<sup>36</sup> reconoce que esta tendencia hacia la laboralización y contractualización de la relación de empleo público responde a tres factores principales: **i)** El reconocimiento a los funcionarios de los derechos derivados de la libertad sindical; **ii)** La búsqueda de eficacia en la gestión, que obliga a distintos grados de diálogo y concertación y a nuevas formas de control, y **iii)** Las políticas de contención del gasto público y consecuente achicamiento del Estado, que llevan a una necesaria pérdida de beneficios por los trabajadores estatales y ponen de manifiesto intereses contradictorios entre éstos y el Estado, que, en lo sustancial, no difieren de los que enfrentan a los trabajadores y empleadores del sector privado.

Sin embargo, esta laboralización encuentra un severo límite impuesto, precisamente, por las particulares características del Estado como empleador las que no resultan irrelevantes en la caracterización de sus dependientes.

---

<sup>36</sup> AAVV Director Mario E. ACKERMAN, Coordinador Diego M. TOSCA, Alejandro SUDERA, "Tratado de Derecho del Trabajo, Tomo I, Teoría General del Derecho del Trabajo – Segunda edición ampliada y actualizada", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, año 2014. "La relación de empleo público y el derecho del trabajo", Ackerman, Mario E. pág. 203 y ss.

Podemos distinguir tres modelos nacionales paradigmáticos los cuales serían: **a)** Preservación del sistema estatutario, aunque con una acotada aplicación de la normativa laboral; **b)** Intensa laboralización que hasta permite hablar de una privatización del empleo público, pero también con excepciones; **c)** Segmentación normativa, que lleva a la coexistencia de un colectivo funcionarial estatutario y uno laboral.

Se señala también que cada uno de estos modelos son, respectivamente, los sistemas de Francia, Italia y España<sup>37</sup>.

Ahora bien, se debe recordar que el Derecho del trabajo contiene y regula dos aspectos bien diferenciados, por un lado, la relación individual entre el empleador y el trabajador, la que toma forma a través del contrato de trabajo, y por otro, la relación colectiva de trabajo, que establece los institutos y mecanismos idóneos para paliar y equilibrar la desigual capacidad negociadora de las partes contratantes en el contrato de trabajo<sup>38</sup>.

Estos institutos, básicamente, son: el derecho de huelga; el derecho de negociación colectiva, que se materializa en el convenio colectivo de trabajo; y el derecho de sindicación<sup>39</sup>.

Es a partir de la regulación de relación colectiva que se produce el ingreso del Derecho laboral individual en el ámbito del empleo público<sup>40</sup>.

Así, a nadie se le escapa que, de acuerdo al desarrollo jurídico actual, el cuadro de situación del contrato de empleo público se caracteriza por la coexistencia de distintos regímenes jurídicos.

---

<sup>37</sup>AAVV Director Mario E. ACKERMAN, Coordinador Diego M. TOSCA, Alejandro SUDERA, "Tratado de Derecho del Trabajo, Tomo I, Teoría General del Derecho del Trabajo – Segunda edición ampliada y actualizada", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, año 2014. "*La relación de empleo público y el derecho del trabajo*", ACKERMAN, Mario E. pág. 203 y ss.

<sup>38</sup> Ley 23551 de Asociaciones Sindicales aplicable a las relaciones de empleo público y privado.

<sup>39</sup> GARCÍA PULLÉS, Fernando "*Régimen de Empleo Público en la Administración Nacional*" 3ra. edición, Abeledo Perrot, año 2016.

<sup>40</sup> RODRÍGUEZ, María José "*La Laboralización del empleo público, sentido y consecuencias*". Publicado por la Universidad Austral en Módulo de Estudio "El empleo público".

Es importante considerar que la laboralización del empleo público tiene por norte la aplicación de una regla que brinde mayor tutela a quienes trabajan en el ámbito público.

En tal sentido, del célebre caso "Madorrán"<sup>41</sup> y su doctrina surge con meridiana claridad que el ingreso de la normativa laboral -LCT- en el régimen convenionado tiene por objeto beneficiar al trabajador del Estado por encima de los mínimos contemplados en la ley, razón por la cual nunca podrá ponerse en cuestión la pérdida de la estabilidad por la aplicación de dicho régimen (artículo 19 de la Ley N° 24.185).

En el caso "Madorrán" la CSJN confirmó la declaración de inconstitucionalidad del artículo 7° del Convenio Colectivo 56/92 'E' resuelta por la sala VI de la CNAT la que había ordenado su reincorporación apoyada en el hecho de que la condición de empleada pública de la actora la hacía acreedora a la garantía de estabilidad asegurada por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional.

En efecto, al pronunciarse sobre la validez constitucional del referido artículo 7° del CCT 56/92 'E', que diseñaba un régimen de estabilidad relativa impropia para los empleados de la Administración Nacional de Aduanas, afirmó que *"el propósito deliberado de los hombres y mujeres reunidos en Santa Fe consistió en poner a los servidores del Estado al abrigo de la discrecionalidad de las autoridades de turno y de los vaivenes de la vida política...la llamada estabilidad propia resulta el medio que guarda la mejor correspondencia con los propósitos constitucionales últimamente recordados. Sustituir la reinstalación que pretende el agente injustificada o incausadamente segregado por una indemnización, dejaría intacta la eventual repetición de las prácticas que la reforma de 1957 quiso evitar, con sus notorios y contraproducentes efectos..."*. De igual modo que *"...sostener la estabilidad propia del empleado público en las concretas circunstancias de esta causa, es solución que concuerda con los propósitos y*

---

<sup>41</sup> Fallos: 330:1989.

*pautas de interpretación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que, en buena medida implícitos en la Constitución histórica, han sido expresamente incorporados a ésta por vía del artículo 75.22, al dar jerarquía constitucional a los mayores instrumentos internacionales en la materia...*" (consid. 8º).

Por su parte, los ministros Maqueda y Highton de Nolasco puntualizaron que *"...es preciso destacar que lo aquí resuelto no resulta aplicable sin más a todos los empleados de la Administración Pública Nacional. La solución de cada caso está condicionada por la naturaleza de la vinculación del empleado con la Administración y requiere, en consecuencia, el examen de la forma de incorporación del agente, de la normativa aplicable y de la conducta desarrollada por las partes durante la vinculación..."*(consid. 10).

En estos casos en donde la voluntad colectiva acuerda que se debe recurrir a las disposiciones de la Ley de Contrato de Trabajo –ley 20744- como por ejemplo sucede en algunos ámbitos de la Administración Pública nacional no se trata de la aplicación analógica, supletoria ni subsidiaria, sino, directamente, de incluir bloques de derecho privado en el Derecho Administrativo<sup>42</sup>.

Sin embargo, la norma jurídica no puede ignorar los condicionamientos de la realidad a la que pretende regular.

Es que sin perjuicio de las notas comunes que el empleo público tenga con la relación de trabajo privado, lo cierto es que el empleado público se inserta y pertenece a una estructura organizativa que existe sólo para gestionar el bien común.

El ejercicio de una función pública por parte del agente del Estado determina que las distintas cuestiones jurídicas que se planteen deban siempre meritar su tésis para arribar a su solución.

---

<sup>42</sup> BALBÍN, ídem, pág. 320 y ss.

#### **4. Crítica.**

Repasados algunos de sus contornos podemos decir que dicho fenómeno ha originado el debate sobre si es posible integrar la relación de empleo público de naturaleza contractual, con normas que no pertenecen al derecho público.

Desde el derecho administrativo, calificadas voces pregonan que importar normas establecidas para una relación de empleo privado resulta incompatible en muchos de los aspectos que caracteriza al vínculo que une a la Administración con sus agentes<sup>43</sup>.

Se señala que la proliferación de regímenes resta unidad al conjunto del sistema, y origina la concurrencia de prescripciones y principios propios del derecho administrativo con la normativa del derecho laboral.

Así, y frente a este caudal normativo surge la necesidad de definir cuál será la normativa que corresponderá aplicar.

Pero lo cierto es que, en lo que respecta a las convenciones colectivas de trabajo en el sector público, como régimen general al que también se puede acudir, su aplicación podrá ser directa cuando exista una remisión expresa al ordenamiento, tesitura que permite sortear la valla contenida en el artículo 2º de LCT.

Cuando ello no ocurra, a través de la analogía, siempre que exista compatibilidad con el régimen del empleo público, lo que requerirá, necesariamente, adaptarla a los principios pertenecientes al derecho público.

No obstante, se debe señalar que legislativamente existe una clara tendencia hacia la laboralización del empleo público, proceso en el cual tienen fuerte protagonismo los sindicatos, principalmente para establecer las condiciones del ejercicio de la función y la remuneración del personal.

---

<sup>43</sup>CASSAGNE, Juan Carlos. "La regulación legal del contrato de empleo público". Publicado en LA LEY 23/09/2010, 1 LA LEY 2010-E, 1025.

Constatado el fenómeno de la laboralización como la aplicación progresiva de las normas del Derecho Laboral en el ámbito del empleo público, se puede concluir que su fisonomía se ha visto alterada con la aplicación de fuentes e institutos del Derecho laboral.

Más allá del fenómeno de la laboralización, la distinta naturaleza jurídica que ostenta el Estado<sup>44</sup> respecto del empleador privado, impone que la aplicación de las normas laborales al empleo público requiera, en todos los supuestos, de un previo juicio de compatibilidad.

## **CAPÍTULO V.**

### **LA LEGISLACIÓN NACIONAL Y SU DETERMINACIÓN. MARGEN DE APRECIACIÓN PROVINCIAL Y SUS CONTORNOS. MÉTODO DE INTEGRACIÓN ANTE VACÍO LEGAL O COLISIÓN NORMATIVA.**

#### **1. La legislación nacional y su determinación.**

Dentro de lo que consideramos como legislación nacional para la integración normativa postulada por el convencional constituyente neuquino, encontramos:

**1)** los derechos de rango superior contenidos en los tratados y constitución nacional, cuya aplicación resulta ineludible; **2)** el plexo normativo sobre empleo

---

<sup>44</sup> En tal sentido, ACKERMAN señala: "...En efecto, antes que por causas históricas, es por razones jurídicas, políticas y prácticas que el Estado como empleador no es lo mismo que un empleador privado. Y la base de la diferencia radica en que lo que llamamos el Estado, además de –y antes aún que– un empleador, es la autoridad pública y el custodio del interés general. Esta condición tiñe irremediablemente la penetración del Derecho del Trabajo en la relación de empleo público y, así como en el ámbito individual será forzoso distinguir la relación orgánica de la relación de servicio, para admitir sólo en ésta una progresiva laboralización, también las instituciones del Derecho colectivo –en las que aquella introducción enfrenta menores dificultades que en materia individual– se desarrollarán con las limitaciones que impone la naturaleza peculiar del empleador estatal...". Cfr. ACKERMAN ob. cit.

público nacional y de las demás provincias; **3)** la legislación laboral nacional regulatoria de la relación laboral privada, en la que resalta la LCT.

Para una mayor claridad expositiva a continuación se analizarán cada una de ellas por separado.

### **UNO. Bloque de constitucionalidad. Derechos de rango superior contenidos en los tratados y constitución nacional.**

En esta primera hipótesis la aplicación de la norma se realiza en razón del principio de jerarquía normativa, ejerciendo un control de constitucionalidad o convencionalidad según el caso.

A su respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Rodríguez Pereyra"<sup>45</sup> del año 2012 dijo que: *"Es un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional confiere rango constitucional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa -formulada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos- que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad y que, por otro lado, impida a esos mismos tribunales ejercer similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango"*.

Asumimos que dicho control debe, en primer lugar, apuntar a compatibilizar la norma con los estándares del derecho reconocido por el bloque de constitucionalidad.

Teniendo en cuenta sus alcances ha sido clasificado como:

---

<sup>45</sup> Fallos: 335:2333.

**i) Control fuerte de convencionalidad:** cuando corresponda "desplazar" la aplicación de la norma local por violatoria de la Constitución Nacional o el CADH y su interpretación en las sentencias de la Corte IDH.

Esta versión "fuerte" del control de convencionalidad surge en el caso "Almonacid Arellano v. Chile", en donde el conocido decreto ley de amnistía se reputó manifiestamente incompatible con la CADH.

**ii) Control débil de convencionalidad:** se puede entender como un mandato de interpretación de las normas internas conforme a lo dispuesto en la CADH y la interpretación que de la misma ha efectuado la Corte IDH.

Este criterio guarda semejanza con el principio de interpretación conforme a la Constitución.

En esta modalidad del control, la norma interna no es necesariamente "desplazada" y postula una construcción interpretativa plausible que permita armonizar la Convención y los fallos de las Corte IDH, con el ordenamiento jurídico nacional.

Se busca salvar la antinomia entre el orden jurídico nacional y el internacional mediante la interpretación, evitando declarar una inaplicabilidad -o anticonvencionalidad de la norma interna.

**iii) Control de convencionalidad como directriz:** un parámetro que debe seguirse para la generación de nuevas normas internas que sean compatibles con la Convención Americana y los fallos de la Corte.

Aquí, el creador de la norma -por ejemplo, el legislador o la administración- cuentan con un amplio margen de discreción a efectos de elegir entre opciones válidas para cumplir con las obligaciones interamericanas<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> Ahora bien, se ha expresado que una herramienta posible para el cotejo de las normas involucradas es la clásica distinción de inconsistencias normativas de Alf Ross. Así, en el caso de

Recapitulando, si la aplicación de la norma interna produce la violación de la CADH, entonces el operador nacional estaría obligado a relegar su aplicación para resolver la disputa.

En cambio, en el caso del control de convencionalidad débil, existe una mayor discreción nacional, pero sujeta al mandato de interpretación conforme a la Convención Americana y las decisiones de la Corte.

En suma, todas estas hipótesis asumen la obligatoriedad de la decisión internacional de la Corte Interamericana y, sin perjuicio de ello, permiten distinguir grados distintos de discrecionalidad estatal de cara a la aplicación interna de los estándares interamericanos.

Los Estados, como sujetos de derecho internacional, tienen el deber de aplicar internamente las obligaciones contraídas en los tratados internacionales de derechos humanos.

Es por ello que el mandato constitucional establecido en la Constitución de la Provincia del Neuquén debe ser interpretado en sintonía con los postulados referenciados.

Esto no es otra cosa que establecer en cabeza del operador jurídico provincial el deber de cotejar la normativa provincial con el bloque de constitucional federal, y de ser necesario integrarlo con éste para la resolución del caso.

---

una inconsistencia total-total entre enunciados normativos internos e internacionales, la aplicación de unos no es posible sin desplazar a los otros. En estos casos, no habría margen de discreción para las autoridades nacionales en aplicar una norma en violación de la Convención Americana y de los estándares fijados por la Corte –control de convencionalidad fuerte-. Por otro lado, si la inconsistencia es parcial-parcial, donde "cada una de las dos normas tiene un campo de aplicación en el cual entra en conflicto con la otra, pero también un campo adicional de aplicación en el cual no se producen conflictos", el control débil de convencionalidad, entonces, podría dar una interpretación que las armonice. Es que si se piensa en términos de antinomias de corte parcial-parcial, tenemos un espacio en donde los enunciados no colisionan, lo que permite articular una decisión sin necesidad de declarar la invalidez de la regla. CONTRERAS, Pablo "Control de Convencionalidad, Deferencia Internacional y Discreción Nacional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Ius et Praxis* versión On-line ISSN 0718-0012 *Ius et Praxis* vol.20 no.2 Talca 2014 <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122014000200007>.

## **DOS. El plexo normativo sobre empleo público nacional y de las demás provincias.**

Siguiendo con la identificación de los distintos ordenamientos analizados y su pertinencia a los efectos de la integración normativa en estudio, tenemos al derecho público –empleo público- de cada provincia argentina con el del Estado nacional.

Así, se puede identificar claramente una ley de empleo público por cada provincia y una ley de empleo público para el Estado nacional.

Tal plexo normativo, y de conformidad con el desarrollo realizado, no corresponde ser tenido en cuenta a los efectos de formular integración alguna. La razón de ello es clara: pertenecen a distintos ámbitos y revisten el ejercicio de competencias que difieren constitucionalmente en el esquema del Estado federal argentino.

Con base a lo expuesto, no será este el plexo jurídico al que corresponda acudir en busca de la cláusula más favorable.

## **TRES. La legislación laboral nacional regulatoria de la relación laboral privada, en la que resalta la LCT.**

Como legislación nacional queda entonces, y siempre conforme a lo establecido en la norma constitucional neuquina, las leyes que regulan la relación laboral privada y dentro de la cual destaca la Ley de Contratos de Trabajo –LCT-.

Ante todo, corresponde observar que el artículo 2<sup>o</sup><sup>47</sup> inciso a, del referido ordenamiento establece, en lo que respecta al ámbito personal de aplicación,

---

<sup>47</sup> Art. 2° — Ámbito de aplicación. La vigencia de esta ley quedará condicionada a que la aplicación de sus disposiciones resulte compatible con la naturaleza y modalidades de la actividad de que se trate y con el específico régimen jurídico a que se halle sujeta. Las disposiciones de esta ley no serán aplicables: **a)** A los dependientes de la Administración

que sus preceptos no serán aplicables a los dependientes de la administración pública nacional provincial o municipal excepto que por acto expreso se los incluya en la misma o en el régimen de las convenciones colectivas de trabajo. En rigor, se afirma que la regla abre así dos posibilidades para la penetración de la legislación laboral común en la relación de empleo público, y que habrán de surgir de un acto expreso de inclusión, sea en la LCT o en el régimen de convenciones colectivas de trabajo<sup>48</sup>.

Sin embargo, y de conformidad con la hermenéutica propuesta pensamos que no existe obstáculo alguno para que tal acto de inclusión se formalice como en el caso neuquino a través de una norma de rango constitucional.

Dicho en otros términos, lo prescripto por el artículo 2º de la LCT no reviste un impedimento a la luz de la normativa local neuquina.

En efecto, el convencional constituyente provincial es el competente para definir la cuestión y no el legislador nacional que, en todo caso, con su sanción ha respetado las competencias locales en materia de empleo público.

Así ello, esta será entonces la normativa a la que corresponderá acudir para formalizar la integración del ordenamiento jurídico local: *"cuando exista diferencia entre las legislaciones de trabajo de la Provincia y de la Nación, se aplicará la cláusula que resulte más beneficiosa para el trabajador"*.

---

Pública Nacional, Provincial o Municipal, excepto que por acto expreso se los incluya en la misma o en el régimen de las convenciones colectivas de trabajo. **b)** Al personal de casas particulares, sin perjuicio que las disposiciones de la presente ley serán de aplicación en todo lo que resulte compatible y no se oponga a la naturaleza y modalidades propias del régimen específico o cuando así se lo disponga expresamente. (Inciso sustituido por art. 72 inc. a) de la Ley Nº 26.844. Vigencia: de aplicación a todas las relaciones laborales alcanzadas por este régimen al momento de su entrada en vigencia) **c)** A los trabajadores agrarios, sin perjuicio que las disposiciones de la presente ley serán de aplicación supletoria en todo lo que resulte compatible y no se oponga a la naturaleza y modalidades propias del Régimen de Trabajo Agrario. (Inciso sustituido por art. 104 de la Ley Nº 26.727 B.O. 28/12/2011).

<sup>48</sup> ACKERMAN, *idem*.

En síntesis, y partiendo de la base que todo lo atinente al empleo público es una materia propia y no delegada, los alcances de su regulación pertenece a un "ámbito de apreciación provincial" que no puede ser soslayado.

Lo expuesto conlleva que la integración normativa con la LCT requiere tener especialmente en cuenta dicho aspecto y sobre el cual corresponde formular algunas consideraciones.

### **a) El ámbito de apreciación provincial y sus contornos.**

De conformidad con el desarrollo efectuado, la cláusula federal contenida en el artículo 5° permite aseverar que en el ejercicio de sus competencias no delegadas las provincias conservan un ámbito de apreciación propio.

Reviste sumo interés señalar que este aspecto ha sido reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa: "Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta",<sup>49</sup> especialmente, en el voto del juez Rosatti.

Si bien la referida causa trataba sobre el derecho a la educación pública y sus alcances, pensamos que los parámetros allí ponderados resultan aplicables a otros casos en que resulte necesario analizar los derechos reglamentados por las Constituciones Provinciales.

Allí la mayoría integrada por los jueces Highton de Nolasco, Maqueda y Lorenzetti expresaron en su considerando 15) "*Que en nuestro sistema federal, el Estado Nacional delinea la 'base de la educación' –para retomar la expresión del art. 75 inc. 19 de la Constitución Nacional las que deben respetar las particularidades provinciales y locales, a la vez que las provincias conservan la facultad de asegurar la 'educación primaria' de acuerdo al art. 5°. Este dispone*

---

<sup>49</sup> CS, 12/12/2017, Fallos: 1870/2014/CS1.

*que "[c]ada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure ( ) la educación primaria. Bajo estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones"*.

Por su parte el juez Rosatti hizo hincapié sobre el deber de considerar el "ámbito de apreciación provincial" en la regulación de los derechos por parte de las provincias.

Así, en el considerando 9º) de su voto expuso. *"Que encontrándose en tela de juicio la constitucionalidad de normas provinciales, corresponde formular el análisis de compatibilidad de tales pautas con la Ley Suprema [...]". En tal sentido, debe recordarse que de conformidad con lo dispuesto en el art. 5 de la Ley Suprema, las provincias tienen plena autonomía para sancionar sus constituciones siempre que ellas estén de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías consagradas en aquella. Esta Corte Suprema ha reconocido la autonomía provincial, tanto para elegir sus propias autoridades como para diseñar sus instituciones y constituciones en consonancia con sus identidades y particularidades, y en tales oportunidades, ha destacado el valor de la diversidad que conlleva el régimen federal de gobierno adoptado por nuestro país (conf. doctrina Fallos: 311:460 y sus citas; 317:1195 y sus citas; 329:5814)".*

Bajo el acápite "Titularidad de la obligación. Margen de apreciación provincial" concretamente expresó: *"18) Que la descripción del panorama constitucional provincial reseñado, a la luz del texto del art. 5º de la Constitución Nacional que –como ha sido destacado con anterioridad- asigna a las provincias el cometido irrenunciable de "asegurar la educación primaria", permite concluir que la elección salteña en materia de enseñanza religiosa en escuelas primarias públicas expresa un "margen de apreciación provincial" que no confronta con el*

*citado art. 5º sino, antes bien, expone una forma de implementar la competencia educativa atendiendo a las particularidades provinciales, de acuerdo con la ponderación de sus propios constituyentes. En tal sentido, se ha sostenido que "la necesidad de armonía entre los estados particulares y el Estado Nacional 'debe conducir a que las constituciones de Provincia sean, en lo esencial de Gobierno, semejantes a la nacional; que confirmen y sancionen sus –principios, declaraciones y garantías– y que lo modelen según el tipo genérico que ella crea. Pero no exige, ni puede exigir que sean idénticas, una copia literal o mecánica, ni una reproducción más o menos exacta o igual de aquélla. Porque la Constitución de una Provincia es el código en que condensa, ordena y da fuerza imperativa a todo el derecho natural que la comunidad social posee para gobernarse, a toda la suma originaria de soberanía inherente, no cedida para los propósitos más amplios y extensos de fundar la Nación. Luego, dentro del molde jurídico del código de derechos y poderes de ésta, cabe la más grande variedad, toda la que pueda nacer de la diversidad de caracteres físicos, sociales e históricos de cada región o Provincia, o de sus particulares anhelos o aptitudes colectivos'" (González, Joaquín V., "Manual de la Constitución Argentina", Bs. As. 1959, Estrada, págs. 648/649, citado en Fallos: 311:460)".*

De dicho fallo se desprende con total claridad que la autonomía provincial condensada en el artículo 5º de la Constitución Nacional consagra el valor de la diversidad que conlleva el régimen federal de Gobierno argentino.

Es importante reiterar que como pauta hermenéutica "el margen de apreciación provincial" nunca podría apartarse del plexo normativo de jerarquía constitucional por lo que no existe riesgo de desconocer los derechos allí consagrados.

Ahora bien, como puede advertirse, lo anteriormente expuesto encuentra semejanza con la doctrina y jurisprudencia elaboradas por el Tribunal Europeo

de Derechos Humanos –TEDH- y en menor medida con algunos antecedentes de la Corte IDH.

Por tal motivo, y a los fines de definir sus contornos, se formulará un breve repaso de los alcances de esta doctrina en dichos ámbitos.

### **a.1) Margen de apreciación nacional en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –TEDH-.**

En lo que aquí reviste interés, se debe señalar que el TEDH ha adoptado la doctrina del margen de apreciación con la finalidad de otorgar cierta deferencia al criterio de los estados en la protección de los derechos del CEDH.

Dicho “margen de apreciación” en el desarrollo jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –TEDH- no es otra cosa que la discreción nacional de los Estados en materia de derechos humanos, mediante el cual pueden definir, en principio, los límites y restricciones de los derechos contenidos en la Convención Europea de Derechos Humanos –CEDH- siempre sujetos a la revisión internacional.

En otros términos, modula la deferencia que el TEDH debe observar de las decisiones internas de los Estados parte, atendiendo a la noción de que cada sociedad tiene derecho a la resolución de sus conflictos entre los derechos individuales e intereses nacionales o entre distintas convicciones morales.

Como argumento central, se refiere que los estados son los responsables primarios de esta protección y Estrasburgo sólo interviene de forma subsidiaria, y una vez que se han agotado los recursos judiciales internos.

Por otra parte, se sostiene que en ámbitos tan sensibles como la moralidad o la religión no hay consenso entre los estados en los modos de regulación y las autoridades nacionales, al estar en contacto directo con las fuerzas vitales de

su país, se hallan mejor situadas para conocer su coyuntura social y decidir la forma adecuada de gestionar situaciones conflictivas.

Sin embargo, este margen es limitado, sujeto a supervisión y variará en función de lo sensible que sea la cuestión a decidir, el tipo de derecho en juego, el carácter más o menos objetivable de los intereses legítimos perseguidos por el estado y la evolución del consenso europeo en la materia.

Como producto de esta doctrina jurisprudencial, la función judicial que el TEDH se arroga no es la de realizar un examen abstracto de compatibilidad entre una medida estatal y las disposiciones del Convenio. Su tarea consiste en revisar si el estado se ha extralimitado en su margen de apreciación en la protección de derechos convencionales.

Conlleva una revisión particularizada o en contexto de la medida estatal impugnada, atendiendo a la coyuntura interna de cada país y a sus circunstancias jurídicas, políticas y sociales.

Este examen contextual de compatibilidad con el Convenio hace posible que el TEDH ofrezca respuestas distintas a casos similares que se producen en coyunturas nacionales diferenciadas<sup>50</sup>.

Al respecto, y de acuerdo a una interpretación de la jurisprudencia del TEDH se han postulado dos posibles lecturas de la doctrina del margen de apreciación: **i)** una versión "voluntarista" y **ii)** una versión "racionalizada"<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> IGLESIAS VILA, Marisa "Una versión racionalizada de la doctrina del margen de apreciación estatal" trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación DER2013-48066-C2-2-R (MINECO). La referida autora expresa que: "*La doctrina del margen de apreciación ha sido criticada como recurso hermenéutico por dificultar la generalización de las respuestas jurídicas del TEDH, provocar incoherencias estructurales y, en general, por poner en peligro la seguridad jurídica e impedir que el CEDH consolide un sistema fiable de protección de derechos en la región. Esta doctrina también ha sido alabada por ser un mecanismo que asegura la flexibilidad argumentativa necesaria para, por un lado, legitimar la autoridad de Estrasburgo frente a la voluntad estatal en la protección de derechos y, por otro, reflejar el pluralismo democrático existente en Europa*".

<sup>51</sup> IGLESIAS VILA, Marisa *ídem*.

**i)** La primera, parte de que el TEDH es un órgano internacional y asume una visión normativa y no meramente formal del principio de subsidiariedad. Desde esta perspectiva, el Tribunal reconoce que su legitimidad política es meramente derivada y otorga una fuerte presunción de partida a favor del estado, evitando realizar una valoración independiente de compatibilidad entre las medidas impugnadas y el Convenio.

Esta presunción sólo se rompe cuando hay razones especialmente sólidas para concluir que el estado se ha extralimitado en el ejercicio de su autonomía.

En esta versión del margen, factores como la falta de consenso europeo o la idea de que el estado está mejor situado adquieren importancia por razones generales de legitimidad institucional.

En consecuencia, y bajo este enfoque se afirma que cuando el Tribunal se pregunta si un estado ha violado el Convenio lo que realmente se está preguntando es si tiene legitimidad política para adoptar una determinada decisión<sup>52</sup>.

**ii)** La segunda es una versión racionalizada del margen de apreciación estatal en donde se debe efectuar un balance entre los valores en juego en la protección de derechos convencionales más que una presunción fuerte de partida a favor del estado.

Así, se explica que esta concepción dirige el razonamiento del TEDH a examinar si la medida estatal impugnada consigue alcanzar un balance equitativo entre derechos individuales y valores democráticos<sup>53</sup>.

Su finalidad no es simplemente la justificación de la “deferencia” al estado sino el reconocimiento equilibrado de los valores democráticos en el seno del CEDH.

Dentro de la dinámica hermenéutica que esta versión racionalizada del margen de apreciación estatal debe observar se identifican: **a)** se debe consolidar un

---

<sup>52</sup> IGLESIAS VILA, Marisa *ídem*.

<sup>53</sup> IGLESIAS VILA, Marisa *ídem*.

umbral "mínimo" de calidad formal y sustantiva en la protección de derechos y el cual debe atender a un equilibrio entre democracia y derechos; **b)** uso del principio de proporcionalidad, dicho test debe ser estricto y actuar como límite a la discreción del estado. Para ello debe considerar tres cuestiones: **1)** si la medida es "idónea" para alcanzar el fin, **2)** si es "necesaria" para obtener ese fin (si había otras alternativas menos restrictivas para alcanzar el fin con la misma eficacia) y **3)** si es proporcional en sentido estricto, es decir, si es equilibrada respecto al grado de afectación del derecho y el grado de satisfacción del interés colectivo que se persigue.

Ciertamente, el examen de proporcionalidad requiere tomar en consideración el contexto de la medida impugnada.

De ahí que el Tribunal no pueda limitarse a efectuar un análisis abstracto de compatibilidad entre el derecho individual y la disposición nacional.

En efecto, en dicho marco conceptual se distinguen dos formas de balance axiológico: **a)** un balance "ad hoc", donde la ponderación está plenamente centrada en el caso particular, y **b)** un balance "estructurado", donde la ponderación particular entre derechos e intereses públicos está mediatizada por la pretensión de asentar una doctrina general sobre estándares de protección de derechos en Europa.

A modo de conclusión, puede señalarse que la diferencia de la valoración voluntaria del margen está abocada a un excesivo particularismo, en cambio la valoración racional del margen tendría capacidad de ofrecer estándares de protección más generalizables y estables que, al mismo tiempo, atiendan al dualismo axiológico del Convenio<sup>54</sup>.

## **a.2). El margen de apreciación nacional en el sistema interamericano de derechos humanos.**

---

<sup>54</sup> IGLESIAS VILA, Marisa *ídem*.

Reviste importancia señalar que estas doctrinas reseñadas tienen distinta aplicación y conexión bajo el sistema interamericano.

Es que la Corte Interamericana ha empleado la doctrina del margen de apreciación sólo marginalmente para revisar la licitud de las conductas de los Estados, valiéndose, en cambio, del examen de proporcionalidad para ello.

Otra distinción entre el sistema interamericano y el europeo radica en que en el primero se incorpora la doctrina del control de convencionalidad que obliga a una revisión de cómo se interrelacionan todos estos estándares de revisión judicial y de cumplimiento de obligaciones internacionales, especialmente, respecto de los grados de deferencia internacional y discreción nacional<sup>55</sup>.

Siguiendo con esta aproximación al tema y como ya se anticipó, el tratamiento del margen de apreciación en la jurisprudencia interamericana es de carácter excepcional.

Explícitamente, sólo en dos casos se ha aplicado esta doctrina, siendo la primera en la opinión consultiva solicitada por Costa Rica en relación a las reformas constitucionales en materia de ciudadanía<sup>56</sup>.

En el caso, la Corte debía determinar en abstracto si la norma propuesta establecía diferencias incompatibles con la CADH.

Concretamente, la opinión reconoció que *"[s]e trata de valores que adquieren dimensiones concretas a la luz de la realidad en que están llamados a materializarse y que dejan un cierto margen de apreciación para la expresión que deben asumir en cada caso"*.

---

<sup>55</sup> CONTRERAS, Pablo ídem.

<sup>56</sup> Opinión Consultiva OC-4/84, Ser. A N° 4, ene. 19, 1984. La consulta del Estado estaba relacionada con las presuntas incompatibilidades entre el derecho a la nacionalidad (art. 20 CADH) y la igualdad ante la ley (art. 24 CADH) en la reforma propuesta. Ésta estipulaba un período diferenciado de residencia para adquirir la nacionalidad, "según el aspirante tenga o no la nacionalidad por nacimiento de otros países de Centroamérica, España e Iberoamérica".

La opinión preserva una esfera de discreción nacional y la sujeta siempre a la supervisión internacional, al igual que su par europeo, pero sin relacionar el margen de apreciación con el principio de proporcionalidad.

Luego de 20 años de emitida dicha opinión, lo que da cuenta de lo excepcional del criterio en el ámbito interamericano, volvió a realizar una mención en materia de margen de apreciación.

Así, en *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, la Corte debía determinar si la condena por difamación que sufre un periodista constituye una violación a la libertad de expresión protegida por la CADH<sup>57</sup>.

En su análisis, expresó que la libertad de expresión cumple un rol fundamental para el Estado democrático. Por ello, las expresiones referidas a autoridades públicas -y personas que ejercen funciones públicas- deben contar "de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático". Tal "apertura" implica una reducción considerable sobre el margen de discrecionalidad estatal en la determinación de restricciones a la libertad de expresión.

Luego de *Herrera Ulloa*, la Corte no ha empleado la doctrina del margen de apreciación, sin perjuicio de las opiniones individuales de algunos jueces que sí la citan<sup>58</sup>.

La evolución de la jurisprudencia de la Corte parece indicar que ésta se aleja cada vez más de aplicar dicha doctrina<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Ser. C, N° 107, jul. 2, 2004. Si bien la Corte no emplea la expresión "margen de apreciación" literalmente, es dable concluir que por el contexto y por las citas al Tribunal Europeo, se refiere a tal concepto.

<sup>58</sup> CONTRERAS Pablo Ídem. El citado autor cita como ejemplo: *Cabrera-García y Montiel-Flores v. México*, Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Ser. C N° 220, nov. 26, 2010, p. 7 del voto razonado del juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor; *Atala Riffo e hijas v. Chile*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, Ser. C N° 239, feb. 24, 2012, pp. 10, 14, 16 y 23 del voto parcialmente disidente del juez Alberto Pérez Pérez. Asimismo, cfr. "Artavia Murillo y otros v. Costa Rica".

A pesar de lo anterior, debe reconocerse que existen algunos elementos que son parte del análisis del margen de apreciación -aun cuando la Corte no los relacione con tal doctrina-.

Por ejemplo, se recurre a la práctica de la mayoría de los Estados Partes de la CADH. Con ello se busca configurar un consenso regional a favor de estas prácticas.

El elemento del consenso de los Estados Partes es uno de los componentes básicos del margen de apreciación.

Así, mientras mayor consenso regional en contra de una medida estatal restrictiva de derechos exista, mayor es la intensidad del escrutinio judicial que le corresponde a las Cortes regionales.

Ahora bien, el empleo del estándar interamericano de proporcionalidad permite determinar que, si bien intensifica el control constituye una doctrina que permite articular estándares de deferencia internacional<sup>60</sup>.

En efecto, el caso "Castañeda Gutman v. México" pese a que en la decisión no se empleó el concepto de "margen de apreciación" -y tampoco se lo conectó con el análisis de proporcionalidad-, se establecieron niveles de discreción nacional y de deferencia internacional similares, en relación a las normas de la Convención.

Se trata de un fallo que, sin recurrir al margen de apreciación, otorga deferencia internacional en la regulación de los sistemas electorales de cada Estado Parte.

---

<sup>59</sup> Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") v. Costa Rica, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Ser. C Nº 257, nov. 28, 2012.

<sup>60</sup> Cabe citar aquí la decisión de Castañeda Gutman vs. México. La Corte aceptó que *"la previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen, per se, una restricción indebida a los derechos políticos"*. La sentencia prosigue con la aplicación de los presupuestos normativos aplicables a las restricciones de derechos, esto es, si la medida está prevista por ley, si posee una finalidad legítima y si es necesaria en una sociedad democrática.

En síntesis, la doctrina del margen de apreciación es la herramienta tradicional que utiliza el TEDH para dar deferencia a los Estados Partes del Convenio Europeo.

En el ámbito americano, sin embargo, su empleo es excepcional por la Corte, lo que no impide que la doctrina sea empleada en el futuro.

### **a.3). El criterio establecido por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Fontev ecchia"<sup>61</sup>.**

Ahora bien, el presente análisis exige aludir al criterio adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso conocido como "Fontev ecchia", en el que desestimó la presentación de la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto por la cual se solicitaba que, como consecuencia del fallo de la Corte Interamericana dictado en la causa "Fontev ecchia y otros c/ República Argentina", se dejara sin efecto una sentencia firme de la Corte Suprema.

La posición mayoritaria fue conformada por el voto conjunto de los jueces Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Carlos Rosenkrantz y el voto propio del juez Horacio Rosatti. En disidencia votó el juez Juan Carlos Maqueda. El voto conjunto consideró que no correspondía hacer lugar a lo solicitado en tanto ello supondría transformar a la Corte IDH en una "cuarta instancia" revisora de los fallos dictados por los tribunales nacionales, en contravención de la estructura del sistema interamericano de derechos humanos y de los principios de derecho público de la Constitución Nacional.

---

<sup>61</sup> *Fallos*: 340:47. "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso 'Fontev ecchia y D' Amico vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos" CSJ368/1998(34-M)/CS1.

En este sentido, entendió que el texto de la Convención no atribuye facultades a la Corte Interamericana para ordenar la revocación de sentencias nacionales (art. 63.1, C.A.D.H.).

Asimismo, consideró que revocar su propia sentencia firme —en razón de lo ordenado en la decisión “Fontev ecchia” de la Corte Interamericana— implicaría privarla de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial argentino y sustituirla por un tribunal internacional, en violación a los arts. 27 y 108 de la Constitución Nacional.

Al mismo tiempo, tuvo por cumplida la publicación exigida en la sentencia interamericana —instrumentada a través del CIJ, (Centro de Información Judicial) y la página de jurisprudencia del Tribunal— y consideró que la reparación económica ordenada en favor de los peticionantes se encontraba fuera del alcance de las actuaciones y no resultaba necesaria la intervención judicial.

Por su parte, y en lo que aquí reviste mayor interés, el juez Rosatti en su voto compartió, en lo sustancial, los argumentos expuestos y reivindicó el margen de apreciación nacional de la Corte Suprema en la aplicación de las decisiones internacionales (con base en los artículos 75 inciso 22 y 27 de la Constitución Nacional).

El juez agregó, que en un contexto de “diálogo jurisprudencial” que maximice la vigencia de los derechos en juego sin afectar la institucionalidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la máxima intérprete de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (llamada Pacto de San José de Costa Rica) y la Corte Suprema de Justicia de la Nación es la máxima intérprete de la Constitución Nacional, por lo que hay que lograr que sus criterios —en cada caso concreto- se complementen y no colisionen.

Concluyó que la reparación encuentra adecuada satisfacción mediante las medidas de publicación del pronunciamiento internacional y el pago de la

indemnización ordenado por la Corte Interamericana, no resultando posible la revocación formal del decisorio de la Corte Suprema nacional.

En disidencia, el juez Juan Carlos Maqueda mantuvo la postura fijada en sus votos en los casos "Cantos"<sup>62</sup> (2003), "Espósito"<sup>63</sup> (2004), "Derecho"<sup>64</sup> (2011), "Carranza Latrubesse"<sup>65</sup> (2013) y "Mohamed"<sup>66</sup> (2015), según la cual a partir de la reforma constitucional de 1994, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictadas en causas en que la Argentina es parte deben ser cumplidas y ejecutadas por el Estado y, en consecuencia, son obligatorias para la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En el caso concreto, resolvió dejar sin efecto la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 2001 que había condenado a los periodistas Jorge Fontevicchia y Héctor D'Amico por publicaciones realizadas en la prensa, dado que la Corte Interamericana había resuelto en 2011 que esa sentencia constituía una violación al derecho a la libertad de expresión reconocido en el Pacto de San José de Costa Rica (artículo 13).

En suma, en el ámbito del órgano superior argentino se dio operatividad a la decisión del órgano internacional mediante la anotación marginal de la decisión interamericana en el libro de sentencias donde se registró el referido fallo.

## **CAPÍTULO VI.**

### **MÉTODO DE INTEGRACIÓN DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y LA LCT. MARGEN DE APRECIACIÓN PROVINCIAL ANTE: VACÍO LEGAL Y COLISIÓN NORMATIVA.**

---

<sup>62</sup> *Fallos*: 326:2968.

<sup>63</sup> *Fallos*: 327:5668.

<sup>64</sup> *Fallos*: 334:1504.

<sup>65</sup> *Fallos*: 336:1024.

<sup>66</sup> "Mohamed" (2015), resolución CSJN 477 /IS del 2S de marzo de 2015 en expte. n° 4499/13 "Mohamed vs. Argentina").

El repaso formulado reviste trascendencia para establecer un criterio que permita dar operatividad a la norma constitucional neuquina.

Así, las pautas referenciadas en cuanto a la observancia del margen de apreciación nacional y principio de proporcionalidad para el cotejo de las normas internacionales y nacionales configuran una técnica de ponderación de suma utilidad para la aplicación de normas en el esquema federal argentino en donde conviven tres esferas de poder legisferante bien delimitadas, nacional, provincial y municipal.

Teniendo en cuenta el ámbito de apreciación provincial y establecido el ordenamiento jurídico al que se debe acudir, se puede identificar con claridad:

**a) Bloque de constitucionalidad:** Ordenamiento de jerarquía superior y el cual corresponde integrar a las relaciones de empleo público local por expreso mandato del constituyente nacional. Es importante no perder de vista que su aplicación no requiere de la existencia de ninguna norma de importación para su aplicación en las esferas provinciales.

**1) Ausencia de normativa:** Así, puede suceder que quien se encuentre legitimado<sup>67</sup> en un proceso o procedimiento administrativo ante la ausencia de normativa local, invoque la existencia de una norma nacional de jerarquía

---

<sup>67</sup> Se debe referir que en el derecho público de la Provincia del Neuquén el legislador reconoce una amplia legitimación para cuestionar la actividad administrativa. En tal sentido, el artículo 114 de la Ley 1284 de Procedimiento Administrativo provincial establece: "*Derechos subjetivos públicos. Las situaciones jurídicas subjetivas que titularizan los administrados se denominan derechos subjetivos públicos. Entiéndese por derecho subjetivo público la facultad de exigir para resguardo propio o de la legalidad misma, prestaciones o abstenciones administrativas debidas a los administrados en situación de exclusividad, concurrencia o generalidad*". En armonía con ello, el Código Procesal Administrativo –Ley 1305- en su artículo 9º refiere: "*Situación jurídica subjetiva. Los administrados deben ser titulares de derechos subjetivos públicos, conforme al artículo 114 de la Ley de Procedimiento Administrativo, para interponer acción procesal administrativa*".

constitucional y pretenda su aplicación con fundamento en el artículo 40 de la Constitución provincial.

En tal hipótesis el carácter operativo del mandato constitucional exigirá integrar la relación jurídica, tarea que exigirá una ponderación que necesariamente deberá atender los principios rectores que distinguen al empleo público de la relación de empleo privado y que fueron antes desarrollados.

En efecto, su aplicación deberá tener en cuenta la regulación jurídica en forma integral y observando los parámetros y postulados locales vigentes de forma sistemática y bajo una visión consecuencialista de la decisión que en definitiva se adopte.

Ante la ausencia de normativa local que tutele el derecho del trabajador no corresponderá oponer un criterio basado en la deferencia para negar la aplicación de una normativa nacional que indiscutiblemente resultará más favorable en razón de dicha omisión.

Si bien un repaso por la jurisprudencia local permite aseverar que la norma bajo estudio no ha sido expresamente citada, lo cierto es que, con apoyatura en los principios protectorios de índole constitucional, se ha propiciado su integración a los fines de brindar mayor amparo a los derechos de los trabajadores.

A su respecto, en un caso<sup>68</sup> en donde se reclamaba que para el pago de antigüedad se tuviera en cuenta el tiempo que los actores prestaron servicios, previo a su ingreso a planta, en el Municipio demandado, el Tribunal Superior de Justicia, a través de su Sala Procesal Administrativa consideró a través del voto del juez Oscar E. Massei que *"...la defensa ensayada desconoce elementales principios del derecho del trabajo, que obligatoriamente se imponen como pautas interpretativas con directo anclaje en los Pactos y*

---

<sup>68</sup> ACUERDO N° 96/10 "CHICOTE MARÍA JUANA Y OTRO C/MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA", del registro de la Secretaría de Demandas Originarias.

*Tratados de Derechos Humanos y en las normas de la Organización Internacional del Trabajo; éstas constituyen instrumentos universales adoptados por la comunidad internacional que reflejan valores y principios comunes sobre los asuntos relacionados con el trabajo. Es que, aún cuando el empleo público justifique un tratamiento particularizado (por razones históricas, jurídicas y prácticas que han llevado a interpretarlo a partir del derecho público), igualmente le resultan aplicables los principios protectorios que corresponden a todos los trabajadores, sin distinción del empleador ni la naturaleza de la relación jurídica que los une. Producto de ello, la aplicación de principios propios del derecho laboral trasciende el ámbito privado, para ubicarse en el marco de los principios generales de todas las relaciones de trabajo, lo que encuentran su base en la dignidad del hombre (cfr. "Las relaciones de empleo público, Miriam Mabel Ivanega, La Ley, pág. 261 y sgtes.). En esta línea, el Máximo Tribunal de Justicia de nuestro país, ha ido marcando un señero recorrido en pos de la aplicación de los principios protectorios ("el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes"), estabilidad, justicia social (art.11 LCT), progresividad, pro homine (el intérprete debe escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana) y favorabilidad, en todas las relaciones laborales sin diferenciar si éstas se desarrollan en el ámbito privado o en el sector público (Fallos "Aquino Isacio"- Fallos 327:3753-, "Milone" - 327:4607-, "Madorrán" -330:1989). Y es a la luz de estos principios que debe interpretarse la relación existente entre las partes".*

A su turno, el juez Ricardo Tomás Kohon, si bien en su voto también hizo lugar a la demanda, realizó las siguientes consideraciones: *"Como reiteradamente ha señalado este Tribunal, el principio general aplicable a la relación que media entre el personal de la Administración Pública y el Estado, es que la misma está regida por las normas del derecho público —constitucionales y administrativas—*

*y no por las del derecho privado —laboral o no laboral— (cfr. en este sentido Procuración del Tesoro, Dictamen N° 25/92, enero 30 de 1992, expte. 77.205/90 del Ministerio de Justicia. Dictámenes, 200:63, cit. por Gordillo "Tratado de Derecho Administrativo" T. 1, Parte General 5ta. Edición, Ed. Fundación de Derecho Administrativo, cap. XIII, pág.7). No se desconoce que el régimen jurídico aplicable no es exactamente el mismo en todos los casos - como consecuencia de que no todos los agentes están comprendidos en el régimen básico general- pero ello no quita que estas relaciones sean reguladas por el derecho administrativo, el cual, posee principios y reglas propias que lo diferencian claramente del régimen aplicable al empleo privado. Desde esta perspectiva, aun cuando entiendo que en estas relaciones se proyecta la protección constitucional del trabajo en todas sus formas (art. 14 bis de la C.N.), los principios que sustentan la ley de contrato de trabajo, no pueden transferirse al ámbito público, lisa y llanamente, no sólo en razón de los distintos objetivos o fines que distinguen la actividad de los órganos públicos de los sujetos de derechos en la órbita del derecho privado, sino también por imperio de presupuestos elementales de carácter práctico; por ejemplo, la desvirtuación que por esta vía sufriría el régimen de incorporaciones. Es claro, entonces, que no se puede transpolar, sin más, los principios del derecho laboral a la relación de empleo público: De allí, la dificultad que encierra determinar si ha mediado "relación de dependencia", como requisito para el pago de la bonificación por antigüedad, máxime cuando el estatuto no brinda una definición normativa...".*

Como puede advertirse, entonces, no existen mayores discusiones sobre la aplicación de los principios de raigambre constitucional a la relación de trabajo en sus distintas esferas pública o privada. En todo caso, el debate se centra en la aplicación directa o no de la normativa legal, concretamente de la LCT

**2) Colisión o existencia de normativa local:** Dentro del marco conceptual referenciado, el operador jurídico en su tarea de importar la norma invocada deberá realizar un "balance estructurado", entendido como un examen de proporcionalidad que debe tener en cuenta el diseño establecido por el derecho público local.

No obstante, y según nuestro criterio corresponde aplicar un control de convencionalidad fuerte respecto de las normas en juego, y el cual de ser necesario permitirá el desplazamiento de la norma local por aquella que brinde real tutela al derecho comprometido<sup>69</sup>.

**b) Ley de Contrato de Trabajo como normativa nacional relevante.**

**1. Ausencia de normativa:** Aquí su aplicación directa deberá ser tamizada de conformidad con los criterios referenciados. El interés público comprometido en la materia requiere que la norma importada del subsistema laboral privado se ajuste a los precisos contornos que regulan la materia.

Al respecto, la Cámara Civil de la I Circunscripción Judicial, refiriéndose al decreto nacional 484/1987 sostuvo, en voto de la Dra. Patricia Clerici,<sup>70</sup> *"...cabe señalar que la norma legal citada es reglamentaria de la Ley de Contrato de Trabajo y dispone, en lo que aquí interesa, que las remuneraciones devengadas por los trabajadores en cada período mensual, así como cada cuota del sueldo anual complementario son inembargables hasta una suma equivalente al importe mensual del salario mínimo, vital y móvil; en tanto que las remuneraciones superiores a ese importe, si no superan el doble son embargables en un 10% del importe que excediere este último, y las que excedieren del doble del salario mínimo, vital y móvil, son embargables en un*

---

<sup>69</sup> GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo, "Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos", Abeledo-Perrot, Bs. As. año 2009.

<sup>70</sup> Sentencia emitida en autos caratulados: "BERHAU ALFREDO DANIEL C/ CONSEJO PROVINCIAL DE EDUCACION DEL NEUQUEN S/ACCION DE AMPARO", (JNQLA5 EXP N° 509420/2017), del 16 de Mayo de 2016.

20%...". "...Ante la falta de indicación de los porcentajes del embargo, el Consejo Provincial de Educación aplicó la Resolución n° 200/1995, emitida por el Secretario General de la Gobernación, que dispone que para supuestos como el que aquí se analiza se debe descontar el 20% del sueldo bruto (art. 4°). Sin embargo, y más allá que nos encontramos en el ámbito del empleo público, no puede pasarse por alto la protección especial que tiene la remuneración de todo trabajador, se trate de empleo privado o público. Esto ha sido así resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia. En efecto, en autos "Gaitán c/ Montesinos" (R.I. n° 252/2015 del registro de la Secretaría de Demandas Originarias) y "Gaitán c/ Rivero" (R.I. n° 253/2015 del registro de la Secretaría de Demandas Originarias) dijo el Alto Cuerpo: "ante la ausencia de reglamentación cabe atender a los derechos que la Constitución Nacional reconoce en los arts. 14, 14 bis, 17 y 19...". "Esta protección también se encuentra consagrada en la Constitución Provincial, que a más de los derechos reconocidos en los arts. 21 y 37, en el art. 38 establece que la Provincia asegurará al trabajador el salario vital mínimo móvil. "En este contexto, a la luz entonces de este principio protectorio establecido en la Constitución Provincial, y ante la ausencia de reglamentación de la ley 1131, se advierte que el Decreto Nacional 484/87 brinda una razonable solución a efectos de asegurar el salario vital mínimo móvil, en acogimiento de la manda constitucional...". "...Por consiguiente, aun cuando el decreto referenciado no resulte aplicable al supuesto de autos -conforme exclusión del artículo 2 de la ley 20744- lo cierto es que la similitud de las situaciones señaladas y de "ratio legis" -finalidad protectoria que su texto consagra- lleva a justificar que, en este caso, la situación en punto a la porción embargable sobre los haberes de retiro del ejecutado sea observada de la misma manera...".

Conforme surge del antecedente reseñado, ante la ausencia de una reglamentación específica que tutele la situación concreta en debate, se

consideró que correspondía la aplicación de la normativa nacional con fundamento en los principios constitucionales que deben observarse en toda relación trabajo.

**2. Colisión o existencia de normativa local:** Como segunda hipótesis puede acontecer que se promueva el desplazamiento de una regulación específica local por una norma de carácter nacional entendida como “más favorable” en cuanto a sus alcances, por ejemplo, plazos de licencias, escalas remunerativas etc.

Aquí, y a diferencia del caso anterior, el operador jurídico deberá elaborar la solución con un criterio deferente que contemple las directrices de la doctrina del margen de apreciación nacional -conceptualmente trasladables-.

En efecto, dicha deferencia se robustece si se tiene en cuenta que la regulación de empleo público no ha sido delegada por las provincias.

Partiendo de esta base, resulta indiscutible que el ordenamiento jurídico sancionado por el Estado local es el resultado del ejercicio de su “margen de apreciación provincial”.

Ello determina que la aplicación del mandato constitucional provincial requerirá de una ponderación mucho más restrictiva en razón de que la regulación del empleo público traduce, precisamente, el ejercicio de las competencias constitucionales propias.

Así, entonces, la cuestión no se agota en un mero cotejo cuantitativo de los alcances de las normas involucradas.

El desplazamiento de una norma local sólo podrá ser formalizado cuando la solución que brinda a la situación jurídica que se debe tutelar no supere el mentado examen de “proporcionalidad”.

Dicho examen de proporcionalidad deberá realizarse en el siguiente orden:

**Primero:** establecer un umbral “mínimo” de calidad formal y sustantiva en la protección de los derechos involucrados: para su determinación será de suma

utilidad tener en cuenta la existencia de un consenso tanto a nivel nacional como provincial en la materia

**Segundo:** se deberá proceder al estricto examen de ponderación el que requerirá analizar: **1)** si la medida es "idónea" para alcanzar el fin, **2)** si es "necesaria" para obtener ese fin (si había otras alternativas menos restrictivas para alcanzar el fin con la misma eficacia) y **3)** si es proporcional en sentido estricto, es decir, si es equilibrada respecto al grado de afectación del derecho y el grado de satisfacción del interés colectivo que se persigue<sup>71</sup>.

Desde ahí que el operador jurídico provincial no puede limitarse a efectuar un análisis abstracto de compatibilidad entre el derecho individual y la disposición nacional.

Resulta de suma importancia señalar que tanto el convencional constituyente como el legislador neuquino han otorgado al Tribunal Superior de Justicia provincial la competencia de declarar la inconstitucionalidad de una norma con efectos derogatorios –acción autónoma de inconstitucionalidad, como la de formular la interpretación de sus postulados, la cual resulta vinculante para las autoridades administrativas quienes deben observar dichos criterios para su aplicación<sup>72</sup>.

De allí entonces la trascendencia de sus decisiones en esta materia.

---

<sup>71</sup> Cfr. CIANCIARDO, Juan "El principio de proporcionalidad y los derechos constitucionales", *Revista Administrativo – Junio 2012 – Abeledo Perrot – pág. 709/718*, y Cayuso, Susana G., "Constitución de la Nación Argentina Comentada", Editorial La Ley, Buenos Aires, 2007, pág. 150/155.

<sup>72</sup> La Constitución de la Provincia del Neuquén, en su artículo 16 prescribe: "Toda ley, ordenanza, decreto u orden contrarios a esta Constitución, no tienen ningún valor y los jueces deben declararlos inconstitucionales. La inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Superior de Justicia, en ejercicio de su jurisdicción originaria, produce la caducidad de la ley, ordenanza, decreto u orden en la parte afectada por aquella declaración". En consonancia con dicho mandato, la Ley 2130 reglamenta la acción autónoma de inconstitucionalidad. Por su parte, el artículo 65 del Código Procesal Administrativo –Ley 1305- estipula: "Interpretación obligatoria. La interpretación de normas dada por el Tribunal es obligatoria para la provincia, las municipalidades, entes descentralizados y el Tribunal de Cuentas".

Lo correcto es enmarcar los criterios interpretativos desde una visión racionalizada con los estándares jurídicos de reconocimiento de derechos bajo el principio *pro homine*, consagrado no sólo a nivel supranacional sino también por la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>73</sup>.

En otros términos, no se deberá formular un examen abstracto de compatibilidad, sino conforme al margen de apreciación provincial, entonces, se debe ponderar la aplicación de la cláusula más favorable bajo una pauta de proporcionalidad que debe considerar la totalidad del plexo normativo provincial –marco general de protección–.

Como puede advertirse, este riguroso cotejo tornará muy difícil que una norma nacional desplace, en los hechos, a la normativa local.

---

<sup>73</sup> IVANEGA, Miriam Mabel "*Empleo Público*", Astrea, ediciones RaP, 1ra. edición Ciudad Autónoma de Buenos Aires año 2019, pág. 297 y ss.

## **CONCLUSIÓN**

Hemos llegado hasta aquí luego de transitar por los diferentes aspectos que consideramos necesarios para otorgar efectiva aplicación a la norma en estudio. Desde nuestra postura el artículo 40 de la Constitución de la Provincia del Neuquén, como norma de favor, se encuentra en sintonía con el nuevo sistema de fuentes adoptado a partir de la reforma constitucional de 1994 y los Convenios allí incorporados.

El mandato constitucional provincial reviste naturaleza de explícita cláusula puente entre las normativas de rango superior<sup>74</sup> y las leyes nacionales pero bajo las estrictas pautas hermenéuticas señaladas.

Es que de acuerdo al nuevo sistema de fuentes instaurado el operador jurídico local se encuentra compelido a realizar un "control de convencionalidad" respecto de los postulados normativos provinciales en la materia.

En efecto, el análisis en cuanto a los alcances del margen que poseen las provincias en su diseño constitucional, de conformidad con la autonomía derivada de la Constitución Nacional requiere, necesariamente, adecuar su ejercicio de acuerdo a los postulados del bloque de constitucionalidad federal.

Tal tarea, y como primer paso, requerirá compatibilizar la norma de raigambre constitucional importada con las pautas y principios del derecho público

---

<sup>74</sup> SALOMONI, Jorge Luis en oportunidad de referirse a la reforma constitucional llevada a cabo en el año 2006 en la Provincia del Neuquén, expresó. "[I]o bueno: establece un sistema de derechos acorde no sólo con la Constitución nacional sino con los tratados internacionales de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional". En tal sentido, el calificado autor expresó "hay una norma que me parece extraordinaria, el artículo 40: establece un principio que está aplicado al derecho laboral pero me parece aplicable a todos los derechos, que dice así: cuando las normas de Neuquén sean menos protectivas que las normas de la Nación, se aplican las normas de la Nación" (es un artículo que sobrevive de la Constitución del 57, en la que llevaba el número 62) [...] esto no es producto únicamente de la Constitución neuquina, es de la Convención Americana de Derechos Humanos. Es la primera Constitución que aparece reflejando la novedad del ordenamiento constitucional argentino, esto es, una cláusula constitucional que opera como reenvío a las cláusulas más protectivas del estado federal".

provincial. En el caso de no ser posible su concordancia, incluso, corresponderá su desplazamiento.

Formulado el examen del diseño de competencias a nivel constitucional y prelación normativa para la integración de los ordenamientos, se descartó la aplicación de las demás normativas provinciales y nacionales sobre empleo público.

Así ello, hemos determinado que por "legislación de trabajo de la Nación" debe entenderse a las leyes que regulan la relación de trabajo privado dentro de la que destaca la LCT.

El sistema jurídico nacional se caracteriza en que no existe delegación de competencia respecto de la Nación, toda vez que, como bien es sabido, son las provincias las que delegaron sus competencias, no encontrándose la regulación del empleo público dentro de las materias delegadas.

Desde allí, hemos postulado que la integración con dicha normativa, propiciada por el convencional constituyente neuquino en el artículo 40 de la Constitución de la Provincia, debe efectivizarse teniendo en cuenta el margen de apreciación provincial.

Aspecto éste expresamente reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un caso en donde se discutió el alcance de las competencias provinciales para legislar sobre educación pública y cuyas consideraciones revisten sumo interés para el presente estudio.

Como pauta hermenéutica para su implementación consideramos relevante el criterio desarrollado en Estrasburgo y Costa Rica en cuanto al reconocimiento del margen de apreciación nacional, lo cual, postulamos, sirve de plataforma para definir los contornos del margen de apreciación provincial.

Hemos considerado las dos hipótesis posibles para la efectiva integración normativa.

En primer orden, y cuando exista un vacío normativo su integración no podrá ser efectuada en forma directa, sino que deberá atender la realidad y contexto normativo existente en el ámbito provincial.

Por otra parte, y frente a la existencia de una norma provincial, creemos que sólo será posible desplazarla por una cláusula nacional cuando se efectúe un riguroso examen de proporcionalidad respecto de la situación jurídica regulada.

Como hemos explicado, la regulación del empleo público reviste materia de interés público, pero de interés público provincial, en el caso, el neuquino.

Así, la competencia constitucional para su regulación impone un margen de apreciación provincial que –por principio- impide que en el caso de que exista una norma de carácter provincial ella se deje de aplicar con sustento en la aplicación de una norma -cuantitativamente- más favorable.

Entendemos y postulamos que no es ello lo que ha querido regular el convencional constituyente.

Ello no implica desconocer los principios de raigambre constitucional ni las fuentes de segundo grado a las que hemos aludido, sino que, en su caso, tales principios se deberán compatibilizar con los principios del derecho público provincial el que al reconocer un derecho no puede quedar sujeto a extensiones o distorsiones en la regulación integral de la materia.

Adoptar un temperamento diferente implicará, a nuestro juicio, desvirtuar el contenido de la norma.

En suma, y sólo en el excepcionalísimo caso en donde la norma o cláusula provincial, en los términos de la ley, implique en los hechos una vulneración al principio de proporcionalidad podrá sustituirse la cláusula provincial por la nacional.

Ello sucederá por ejemplo cuando la extensión en el reconocimiento de un derecho no consiga brindar el debido amparo o tutela de la situación jurídica planteada.

Así, sólo reconocimientos simbólicos o exiguos y sin efecto concreto brindarían posibilidad de aplicar la mentada norma.

Para la aplicación de la normativa en análisis, se debe tener especialmente en cuenta que el mandato constitucional contenido en el artículo 40 está dirigido al operador jurídico provincial.

Obturar su aplicación acudiendo al artículo 2 de la LCT, no sólo y según nuestro criterio es deficiente técnicamente, sino que además deja sin efectiva aplicación al mandato constitucional, el cual no es otro que brindar una herramienta de mayor tutela para el trabajador.

Finalmente, pensamos que resulta indiscutible que el estado provincial goza de un margen de apreciación para decidir sobre los alcances del derecho reconocido en el marco de la relación de empleo público lo cual tiene directo impacto en cuestiones presupuestarias, organizativas y de política pública de empleo lo que claramente tiene vinculación con su nivel de desarrollo y crecimiento.

Son estas las razones por las cuales no puede desconocerse el ejercicio pleno de sus competencias.

## **BIBLIOGRAFÍA.**

AAVV Director Mario E. Ackerman, Coordinador Diego M. Tosca, Alejandro Sudera, "Tratado de Derecho del Trabajo, Tomo I, Teoría General del Derecho del Trabajo – Segunda edición ampliada y actualizada", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, año 2014. "La relación de empleo público y el derecho del trabajo", Ackerman, Mario E.

Balbín, Carlos F. "Tratado de Derecho Administrativo" 2ª edición actualizada y ampliada, Tomo I – Thomson Reuters – LA LEY, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, año 2015.

Bianchi, Alberto B. "Una reflexión sobre el llamado 'control de convencionalidad'" Publicado en: Sup. Const. 2010 (septiembre) 15 • LA LEY 2010-E , 1090. Cita Online: AR/DOC/5890/2010.

Cassagne, Juan Carlos. "La regulación legal del contrato de empleo público". Publicado en LA LEY 23/09/2010, 1 LA LEY 2010-E, 1025.

Cayuso, Susana G., "Constitución de la Nación Argentina Comentada", Editorial La Ley, Buenos Aires, 2007.

Cianciardo, Juan "El principio de proporcionalidad y los derechos constitucionales", Revista Administrativo – Junio 2012 – Abeledo Perrot –.

Contreras, Pablo "Control de Convencionalidad, Deferencia Internacional y Discreción Nacional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de

Derechos Humanos". Ius et Praxis versión On-line ISSN 0718-0012 Ius et Praxis vol.20 no.2 Talca 2014<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122014000200007>.

García Pullés, Fernando "Régimen de Empleo Público en la Administración Nacional" 3ra. edición, Abeledo Perrot, año 2016.

Gelli María Angélica "Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada" tercera edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, La Ley, año 2006.

Gutiérrez Colantuono, Pablo, "Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos", Abeledo-Perrot, Bs. As. año 2009.

Iglesias Vila Marisa "Una versión racionalizada de la doctrina del margen de apreciación estatal" trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación DER2013-48066-C2-2-R (MINECO).

Ivanega, Miriam Mabel "Empleo Público", Astrea, ediciones RaP, 1ra. edición Ciudad Autónoma de Buenos Aires año 2019.

Manili, Pablo Luis "El Bloque de Constitucionalidad – La Recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino", LA LEY, Buenos Aires, año 2003.

Rodríguez, María José "La Laboralización del empleo público, sentido y consecuencias", Publicado por la Universidad Austral en Módulo de Estudio "El empleo público".

Sagüés, Néstor P. "Un conflicto trascendente: La Corte Interamericana y La Corte Suprema Argentina. Entre el diálogo y el choque de trenes". Publicado en: LA LEY 22/11/2017, 4 • LA LEY 2017-F, 245. Cita Online: AR/DOC/3021/2017.

Sagüés, Néstor P., "¿Puede válidamente la Corte Interamericana obligar a que una Corte Suprema nacional deje sin efecto una sentencia suya?", ED, 04/04/2017.

Urrutigoity, Javier "El olvidado carácter del Derecho Administrativo" en Estudios de Derecho Administrativo II, Ed. Ciencias de la Administración, Bs. As. año 2000.