

“COMENTARIOS ACERCA DEL EMPLEO PÚBLICO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO”


Dra. Miriam Mabel Ivanega¹

El presente artículo forma parte de la obra colectiva acerca de “Derecho Constitucional. Teoría y práctica - Un nuevo aporte de la maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil”, proyecto dirigido por el Dr. Miguel Hernández Terán (2021) y se publica con expresa autorización de su autora

SUMARIO

I. Introducción	01
II. El derecho al trabajo	03
III. La noción de empleo público	07
IV. La estabilidad y la carrera administrativa o profesional	08
V. Conclusiones: hacia un empleo público de bases constitucionales	11

I. INTRODUCCIÓN

Hemos tenido la oportunidad de considerar que resulta incongruente e ineficaz diseñar modelos de empleo público, aislados y separados de la organización, la estructura y los fines del Estado.²

Pero es fácil comprobar que esa realidad es producto de varios factores y que la carencia de políticas públicas integrales produce consecuencias negativas en el ejercicio de las funciones públicas.

Así, no es ajeno a ello, que el empleo público recibe el impacto de las situaciones de crisis económicas y de la desocupación en la actividad privada, como tampoco lo es la influencia directa de ideologías políticas.

1. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Directora de la Maestría en Derecho administrativo de la Universidad Austral. Profesora de universidades públicas y privadas. Miembro Fundador del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo

2. Ivanega Miriam M. Empleo Público, Astrea, Buenos Aires, 2019

Deteniéndonos brevemente en este último aspecto, consideramos que éstas inciden en tres niveles.

En primer término, impactan en la organización en la cual se desarrolla el vínculo laboral, ya que el modelo y los procesos de gestión interna que se apliquen, serán producto de las decisiones de quienes tienen la competencia para ello (según el caso, los Poderes Legislativo y Ejecutivo).

Circunscribiendo el tema a la Administración Pública, es factible sostener que ésta se organizará conforme a los criterios políticos de quien ejerza su titularidad, aunque a nuestro entender, siempre deberá estar limitado por los principios generales de la “buena administración” y los derechos fundamentales, los cuales no pueden ser vulnerados.

El otro nivel alcanzado por la política, corresponde a la designación directa de funcionarios públicos en cargos que deben ser ocupados previos procedimientos de selección o evaluaciones de idoneidad.

Generalmente en estos supuestos, se prescinde de evaluar los objetivos de la organización, los derechos de quienes ya forman parte de la estructura, y los conflictos de intereses que pueden presentarse.

La tradicional lucha que suele entablarse entre quienes se desempeñan hace años en la Administración y quienes ingresan con los gobiernos de turno, encuentra un punto de tensión en la visión sesgada de quien tiene a su cargo el nombramiento de agentes públicos.

Por ello, hay una categoría de funcionario político, que no es estrictamente tal, pero que puede denominarse de esta forma, porque se incorpora a cargos, a funciones, sin cumplir con las condiciones de ingreso.

En tal contexto, como veremos más adelante, asume un rol importante la garantía de la estabilidad, aunque es justo admitir que en las Administraciones Públicas actuales aquella se convirtió en un “bien escaso”.

Por último, el tercer ámbito de influencia es el propio régimen de empleo público, aunque en este punto se verifica que, generalmente, “la política en empleo público es que no exista política alguna”.

En efecto, como indicamos inicialmente es poco común que el empleo público constituya un objeto concreto de una política pública que integre factores sociales, económicos, culturales y que mire hacia los fines institucionales.

A partir de estas reflexiones, desde la visión constitucional, en esta ocasión hemos de abordar tres ejes del tema que nos convoca: a) el derecho al trabajo; b) el concepto de empleo y el empleado público y c) la estabilidad y la carrera administrativa.

II. EL DERECHO AL TRABAJO

El proceso del constitucionalismo social es complejo, confluyen en él diversas etapas, protagonistas e ideologías. Caracterizado como Estado de Servicios Sociales, Estado de Bienestar, Estado Benefactor de Derecho, Estado Social de Derecho, en los primeros tiempos de su desarrollo o, involucró principalmente las denominadas funciones “de fomento”.³

Aunque los gobiernos que impulsaron el reconocimiento de los derechos sociales⁴ fueron bastante diferentes desde el punto de vista político (Alemania, Italia, Inglaterra y Francia) desde finales del 1800 se produjo una progresiva incorporación legal de, priorizándose la justicia social y la igualdad real.

El proceso no fue uniforme ni rápido, ya que además de la realidad política de esas épocas se sumaron la heterogeneidad de los intereses y las motivaciones de las fuerzas sociales que impulsaron una nueva visión del Estado.⁵

3. Jorge Reinaldo A. Vanossi, “El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social”, Eudeba, Buenos Aires, 1987, 359.

4. Bajo el concepto “derechos sociales” se engloban categorías muy heterogéneas cuyo único punto de encuentro es la finalidad de dotar a aquellos sectores desfavorecidos de la sociedad de ciertas condiciones materiales mínimas que se traducen en la búsqueda de la igualdad real. Lo cierto es que, en general, se identifican con el trabajo, la salud, la vivienda digna, la alimentación, cultura, educación, seguridad. Como puede comprobarse a la variedad de derechos, se suma que el reconocimiento y la evolución de cada uno de ellos se suele operar en épocas diferentes. Rincón Córdoba Jorge I., “Las generaciones de los derechos fundamentales y la acción de la Administración Pública”, UEC, Bogotá, 2004, 117

5. Antonio Baldasarre, “Los derechos sociales”, publicado por la Universidad Externado de Colombia, Serie de

La yuxtaposición con los clásicos derechos fundamentales originó dos concepciones doctrinarias, que en la práctica eran similares pues no reconocían que estos derechos pudieran tener una tutela inmediata y ser accionables directamente, sino que la distinción se sustentaba en la intervención del legislador.

Una de las concepciones los identificaba con premisas o directivas, sin un significado constitucional propio. El legislador discrecionalmente podía dictar normas que los reconociera como derechos legales (no constitucionales y fundamentales como el de libertad).

El otro criterio entendía que los derechos sociales eran normas de principios que vinculaban al legislador, que estaba obligado a desarrollarlas. Por ser tales, eran jurídicamente relevantes en la interpretación de valores constitucionales traducidos en leyes ordinarias. Los derechos sociales no podían estar en el mismo plano que los derechos de libertad clásicos, aquellos se ubicaban en un nivel inferior tanto desde el punto de vista de la tutela como de su rango (legislativo y no constitucional).

Ahora bien, debe recordarse que en siglo XX, en la década del 20 la relación entre éstos y los derechos clásicos traducía un “mal compromiso”: entre el liberalismo y el socialismo se presentaba una contradicción insoluble que obligaba a reconocer a los primeros como fundamentales y a los segundos como programáticos. Se trató de una tensión entre libertad e igualdad social, entre derechos liberales y sociales.

Lo cierto es que en Alemania Occidental, Francia e Italia la posibilidad exigir estos derechos se redujo al desarrollo, por parte del legislador, de las normas necesarias para fijar las prestaciones sociales y reconocer los derechos subjetivos de ellas.

Finalmente, se superó la contradicción entre Estado Liberal y derechos sociales, como consecuencia de la transición del Estado de Derecho formal al Estado de Derecho material o constitucional.⁶

Teoría Jurídica y Filosofía del derecho N.º 20, Bogotá, 2004, 24/25

6. Ibidem.

La verdadera evolución en el reconocimiento de derechos sociales, recién encuentra un firme punto de apoyo en las constituciones europeas dictadas después de la Segunda Guerra Mundial. Hasta 1946 (Constitución francesa, la Ley Fundamental de Bonn -República Federal Alemana de 1949, la Constitución italiana y de Luxemburgo de 1948) aquellos estuvieron garantizados en leyes ordinarias.

Definidos como derechos fundamentales y con sus caracteres objetivo y subjetivo emanados de los textos constitucionales en las que son incorporado, constituyen un conjunto de valores positivos útiles como criterios de interpretación, de aplicación del derecho y límite a la actividad de los poderes públicos, sin perjuicio de tener el calificativo de derechos subjetivos, pues el solo hecho de su reconocimiento constitucional implica un deber de las autoridades públicas: tienen la fuerza vinculante que surge de las propias Constituciones.⁷

En ese marco, debe ubicarse el derecho al trabajo, en todas sus formas.

Es reconocido como un derecho fundamental en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre -artículos XIV y XV-, en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el artículo 11, inc. 1, de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial⁸. Incluso los Convenios de la OIT tienen jerarquía superior a las leyes.

Paralelo a ello, la libertad sindical corrió un camino de reconocimientos, originando criterios como que las interpretaciones normativas del Comité de Libertad Sindical y de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y recomendaciones de esa Organización Internacional, constituyen una guía para la aplicación de las normas internacionales sobre libertad sindical y el examen de adecuación o compatibilidad de las normas internas con respecto a aquéllas.

7. Jorge I. Rincón Córdoba, "Las generaciones de los derechos fundamentales y la acción de la Administración Pública", UEC, Bogotá, 2004, 102.

8. Jorge Rodríguez Mancini, "Derechos fundamentales y relaciones laborales", Astrea, Buenos Aires, 2007; p. 148.

En definitiva, existen reconocimientos convencionales y constitucionales, que inciden directamente en las relaciones de trabajo, incluso en aquellas caracterizadas tradicionalmente como de empleo público.⁹

El trabajo nos muestra una dimensión fundamental de la existencia humana sobre la tierra que no puede ser separada de quien la cumple.

Así, es parte del hombre y participa de sus atributos, la dignidad y la libertad. “Sólo el hombre es capaz de trabajar en sentido propio y sólo por analogía se puede decir que las máquinas o los animales lo hacen, ya que son éstos, en todo caso, elementos también al servicio del hombre, quien los aprovecha y explota”.¹⁰ Por eso atentar contra él o limitar su ejercicio es una ofensa a la persona humana.

Resulta ilustrativa en esa línea, la Declaración de Filadelfia de la Organización Internacional del Trabajo de 1944, al expresar que la comunidad internacional reconoce que “el trabajo no es una mercancía” y que excede el marco del mero mercado económico al apoyarse en principios de cooperación, solidaridad y justicia.

En otras palabras, se trata de un derecho fundamental que debe ser respetado por todas las organizaciones y entidades que forman la sociedad y el Estado.

A su vez debe considerarse que la comunidad en su conjunto depende del esfuerzo laboral de todos, por eso el trabajo no solo es un derecho para el individuo, es también un deber social del cual nadie tiene que evadirse sin padecer las consecuencias propias.¹¹

9. En la encíclica *Laborem exercens* se expresa que *El trabajo es una de las características que distinguen al hombre del resto de las criaturas, cuya actividad, relacionada con el mantenimiento de la vida, no puede llamarse trabajo; solamente el hombre es capaz de trabajar, solamente él puede llevarlo a cabo, llenando a la vez con el trabajo su existencia sobre la tierra. De este modo el trabajo lleva en sí un signo particular del hombre y de la humanidad, el signo de la persona activa en medio de una comunidad de personas; este signo determina su característica interior y constituye en cierto sentido su misma naturaleza. En ese sentido, destacamos dos principios, el que se refiere a que el trabajo está «en función del hombre» y no el hombre «en función del trabajo» y el que se refiere a su prioridad frente al «capital», es decir que el trabajo es una causa eficiente primaria, mientras que el «capital», siendo el conjunto de los medios de producción, es sólo un instrumento o la causa instrumental.*

10. Jorge Rodríguez Mancini “Curso de derecho del trabajo y de la seguridad social”, Astrea, Buenos Aires 2004, pp. 2-4.

11. *Ibidem*.

En cuanto a las formas de prestación existen dos modalidades jurídicas, la subordinada o en relación de dependencia –que siempre es por cuenta ajena– y la autónoma.

La primera, en función del empleador, incluye la que se presta tanto para el Estado como para personas privadas; una regida (principalmente, aunque no en forma exclusiva) por el derecho público, la otra con aplicación de las normas laborales del derecho privado.

El Estado empleador, la función a cumplir, los objetivos de la organización en la que se desarrolla ese vínculo, las normas especiales que fijan deberes y prohibiciones vinculadas al interés público, marcan las características principales del empleo público que lo distinguen del privado.

Sintetizando: más allá de sus particularidades el empleo público merece ser diseñado, regulado e interpretado considerando que se trata de una manifestación del derecho al trabajo.

III. LA NOCIÓN DE EMPLEO PÚBLICO

A nivel normativo y doctrinario se han elaborado variadas definiciones que incluyen diversas clasificaciones, derechos y deberes del personal.

Por eso, tal como venimos postulando corresponde formular una noción integral que abarque a todos los vínculos, acudiendo para ello a la Convención Interamericana contra la Corrupción: “toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos”.

En similar sentido, la Carta Iberoamericana de la Función Pública aprobada por la V Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado en Santa Cruz de la Sierra, Bolivia en junio de 2003, determinó que “la función pública involucra todos los sectores del sistema político administrativo, incluso la educación y la sanidad, que cuentan con sus propios estatutos; los distintos niveles de gobierno y administración (nacionales o subnacionales)

los diferentes grados de descentralización funcional de la gestión (entidades descentralizadas dotadas o no de personalidad jurídica propia)”.

Consecuencia de ese enfoque, es el paralelismo entre los términos empleado, funcionario, personal, agente público, servidor público.

Aquí también nos inclinamos por un criterio omnicomprendivo de las diversas calificaciones, como lo hace la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de que “por “funcionario público” entiende a:

- i. toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo;
- ii. toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte;
- iii. toda otra persona definida como “funcionario público” en el derecho interno de un Estado Parte (...)”. Dicha Convención agrega que a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la Convención (vinculadas a la prevención, detección y sanción de actos de corrupción) dispone que “podrá entenderse por “funcionario público” toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte”.

IV. LA ESTABILIDAD Y LA CARRERA ADMINISTRATIVA O PROFESIONAL

Lo estable es lo que se mantiene sin peligro de cambiar, caer o desaparecer. Es aquello que permanece en un lugar durante mucho tiempo.¹²

12. Diccionario de la Real Academia Española, Versión electrónica.

Vinculado con el empleo público, la estabilidad supone el derecho a no ser privado o separado del cargo, salvo por motivos legalmente previstos.

Eje de la citada Carta Iberoamericana de la Función Pública, ese derecho se presenta como la protección frente a la destitución arbitraria, sin perjuicio de la duración indefinida o temporal que establezca la normativa específica.

En cuanto a su alcance, opinamos que comprende el derecho del agente público a conservar su empleo, el nivel escalafonario alcanzado y a promocionar en la carrera administrativa, siempre que se respeten las condiciones de ingreso y ascenso establecidos en el régimen jurídico aplicable y mientras no existan causas legítimas para extinguir la relación jurídica.

Al mismo tiempo, confirmamos que la dimensión de la estabilidad del empleado público debe ubicarse no solo en el derecho de éste, sino también en los objetivos de la propia organización pública. Este criterio muestra que los avances arbitrarios del poder público para eliminarla, afectan tanto a los agentes como a la estructura estatal.

En tal sentido, la estabilidad implica la presencia de agentes públicos independientes, especializados que contribuyen a la eficiencia de la gestión pública. De ahí su vinculación estrecha con la carrera administrativa o profesional.

Más allá de su vinculación con la burocracia administrativa y de que ha sido afectada por las críticas negativas formuladas al funcionamiento de ese modelo de organización, la estabilidad constituye una garantía esencial protectora de las consecuencias nefastas que han demostrado políticas públicas propias del llamado “sistema de botín”.

Recordemos que en el spoil system los cargos públicos se consideraban un botín del partido vencedor en las elecciones. Cualquier ciudadano podía acceder a un cargo público, sin necesidad de calificación o formación específica y su designación por los representantes elegidos por el pueblo garantizaba su sintonía con la voluntad política de la mayoría.

Por eso, tal como lo ha sostenido en la República Argentina la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) la estabilidad tiene por objeto “proteger a los servidores del Estado del abrigo de la discrecionalidad de las autoridades de turno y de los vaivenes de la vida política”, lo que implica no solo tutelar la dignidad del agente público, sino también evitar el deterioro de la función pública con notorio perjuicio para los administrados.¹³

En cuanto a la carrera administrativa (o profesional) es preciso subrayar que se trata de un derecho de los agentes públicos estables o de planta permanente.

Sin perjuicio de los modelos de carrera que se implementen, son inherentes a ella el mérito y la capacidad, condiciones que limitan la discrecionalidad de las autoridades públicas. Es por esa razón, un freno a la práctica del sistema del botín antes aludido.

Se trata del perfeccionamiento y capacitación del empleado público y la posibilidad de que éste pueda progresar regularmente dentro de las clases, grupos o categorías cumpliendo con las condiciones y requisitos fijados por la norma legal.

La carrera administrativa o profesional constituye un deber de los organismos estatales, que tienen que articular todos los medios para hacerla efectiva.

Coincidentemente, además de que genera en el agente público una expectativa de que puede mejorar sus condiciones y progresar profesional y económicamente, para la organización constituye un medio legal que le permite contar con personal idóneo y capacitado.

Pero este derecho no se agota con el ascenso, porque la conforma también la llamada profesionalización. “Profesión” como arte de profesar, es decir ejercer una ciencia, un arte, un oficio, noción que permite considerar que el empleado público hace de su actividad una profesión, perfeccionándose para cumplir con ella.

13. CSJN Madorrán Marta Cristina C/ Administración Nacional De Aduanas S/Despido X Negligencia-Reincorporación. Fallos: 330:1989.

En todo ello, la ya citada Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción prevé en el artículo 7° que los Estados Parte, cuando sea apropiado y conforme con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, procurarán adoptar sistemas de convocatoria, contratación, retención, promoción y jubilación de empleados públicos y, cuando proceda, de otros funcionarios públicos no elegidos, o mantener y fortalecer dichos sistemas. Esos sistemas estarán basados en principios de eficiencia y transparencia y en criterios objetivos como el mérito, la equidad y la aptitud. Además, tendrán que incluir procedimientos adecuados de selección y formación de los titulares de cargos públicos que se consideren especialmente vulnerables a la corrupción, así como, la rotación de esas personas a otros cargos. Los Estados también deberán fomentar una remuneración adecuada y escalas de sueldo equitativas, teniendo en cuenta el nivel de desarrollo económico estatal y promover programas de formación y capacitación que permitan cumplir los requisitos de desempeño correcto, honorable y debido de sus funciones y proporcionen capacitación especializada y apropiada para que sean más conscientes de los riesgos de corrupción inherentes al desempeño de sus funciones.

V. CONCLUSIONES: HACIA UN EMPLEO PÚBLICO DE BASES CONSTITUCIONALES

El Estado en general y la Administración Pública en particular, muestran un renovado vínculo con el ciudadano que los obliga a diseñar sus organizaciones con una mirada comprensiva de las necesidades de éste.

La organización administrativa pública ha debido incorporar la transparencia pública a través del acceso a la información, la participación ciudadana y el control social, e incluir mecanismos de gestión y control eficientes en aras de facilitar el ejercicio de los derechos fundamentales de la sociedad.

En la llamada “buena administración”, tenemos un ejemplo de esta realidad. Reconocida en la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración (CLAD, 2013), se instituye como un principio general del derecho, un derecho del ciudadano y un deber de esa organización.

En ese escenario, para lograr una organización administrativa eficaz que brinde respuestas inmediatas e idóneas a la comunidad, también debe instituirse un sistema de empleo público que reconozca su importancia frente a aquella. Es decir, que la idoneidad de los agentes públicos, su capacitación, sus derechos y deberes deben ser mucho más que una regulación legal, han de convertirse en requisitos y exigencias ínsitas de la gestión pública moderan.

Como advertimos al inicio, resultaría ingenuo desconocer el impacto que tienen las ideologías políticas en la estructuración de la función pública, esto ha llevado a la ausencia de políticas públicas concretas, a mediano y largo plazo. Lamentablemente nos hemos acostumbrados a las promesas coyunturales y a las miradas cortoplacistas para organizar a la Administración Pública.

Pero ello no debe ser obstáculo para reinterpretar al empleo público desde perspectivas convencionales y constitucionales.

Por eso nos parece ilustrativo recurrir una vez más a la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina que en la causa “Aquino”,¹⁴ expresó: *“El hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente– su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental. La dignidad del ser humano no deriva de un reconocimiento ni de una gracia de las autoridades o poderes, toda vez que resulta “intrínseca” o “inherente” a todas y cada una de las personas humanas y por el solo hecho de serlo (Declaración Universal de Derechos Humanos, Preámbulo, primer párrafo, y art. 1; asimismo, PIDESC, Preámbulo, primer párrafo; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ídem y art. 10.1, y Convención Americana sobre Derechos Humanos, Preámbulo, párrafo segundo y arts. 5.2 y 11.1, entre otros instrumentos de jerarquía constitucional). La dignidad de la persona humana constituye el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales del orden constitucional”*.

14. CSJN Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688. Fallos: 327:3753.

En síntesis, el empleo público en el siglo XXI debe tener sus bases en el Estado Constitucional de Derecho y centrar sus objetivos, instrumentos y estructura en la dignidad del ciudadano (destinatario de la función) y en la dignidad del agente público.