

Cuando la libertad y autonomía personales se ven arbitrariamente afectadas por la *reformatio in pejus*

POR JOSEFINA PAZOS

“La autonomía personal es un valor demasiado importante y tan fundamental en una democracia liberal que la interferencia estatal con ella debe estar fuertemente justificada y, en alguna medida, esa justificación debería estar relacionada con la protección de la propia autonomía personal”, SABA, ROBERTO P., “Igualdad de trato entre particulares,” en AAVV, Lecciones y Ensayos, nro. 89, Facultad de Derecho, UBA, 2011 ps. 217-276.

1. Punto de partida. Afectación e interferencia sobre la autonomía personal

La libertad tiene una faz negativa representada por la posibilidad de no asociarse, de no afiliarse a sindicato o gremio alguno. Por la factibilidad de gozar los derechos en la soledad voluntariamente escogida. La autodeterminación personal –garantizada en el artículo 19 de la Constitución Nacional-¹ implica que ninguna irrazonable medida puede interferir con este ámbito de autonomía en sintonía con lo previsto en el artículo 28 de la Carta Magna.²

Al respecto, compartimos lo afirmado por el Dr. SABA en el sentido que *“Nuestra democracia liberal descansa sobre la convicción de que es valioso que las personas tomemos decisiones libres sobre aspectos centrales y periféricos de nuestras vidas. Esa libertad se funda en el principio de autonomía personal que establece que las personas son fines en sí mismas y que tienen la capacidad moral de discernir lo que es bueno y malo para ellas de*

¹*“La Constitución Nacional establece, sobre todo en los primeros 33 artículos, al menos en su versión original de 1853, pero también en muchos otros incorporados por la reforma de 1994, una serie de derechos a los que les da protección. Muchos de ellos se asocian con el ejercicio de la libertad o de la autonomía personal, que implica el reconocimiento de una esfera de decisión exenta de interferencias estatales (injustificadas). Una parte importante de la doctrina (Nino, Carlos S. Ética y Derechos Humanos, Buenos Aires, Astrea, 1989) y de la jurisprudencia entiende que la protección de la autonomía personal encuentra su manifestación de derecho positivo en el artículo 19 de la Constitución Nacional, en tanto que esta cláusula protege a la persona de la eventual interferencia de la autoridad pública con sus acciones privadas siempre que ellas no afecten a terceros (...) El Estado tiene la facultad de regular los derechos constitucionales de modo que su ejercicio por una persona no conduzca a la afectación de esos mismos derechos en cabeza de un tercero, de modo de lograr que todos los individuos puedan ejercer todos los derechos sin que los planes de vida de unos atenten contra los planes de vida de otros utilizándonos mutuamente como medios para nuestros fines en detrimento de la autonomía personal.” SABA ROBERTO P., “Igualdad de trato entre particulares,” en AAVV, Lecciones y Ensayos n° 89, op. cit., pp. 221-222.*

² Sobre el tema se puede ampliar en SABA ROBERTO P., “Igualdad de trato entre particulares,” en AAVV, Lecciones y Ensayos n° 89, op. cit., p. 219 que, en su parte pertinente, dice: *“La Constitución Nacional argentina refleja un compromiso de la comunidad política de nuestro país con ambos principios: el de libertad y el de igualdad. Esta norma reconoce que todas las personas gozan de una esfera de autonomía personal que resulta protegida frente a interferencias estatales, salvo aquellas que tengan por objeto proteger a terceros –que gozan, por definición, de esa misma autonomía– o la protección del orden y la moral pública (Artículo 19), conceptos que deben ser interpretados en forma consistente con el reconocimiento de la autonomía personal, como señaló la Corte Suprema de la Nación en el caso Bazterrica (Fallos 308:1392, del año 1986) y, más recientemente, en Arriola (Corte Suprema de Justicia de la Nación, A. 891 XLIV, Causa 9080, 25 de agosto de 2009).”*

acuerdo con el plan de vida que libremente han escogido para sí. Todos los derechos, aunque quizás en algunos casos sea más evidente que en otros, se encuentran justificados en ese principio.”³

En ese orden de ideas y a nivel macro, el punto 1 del artículo 1° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece *“1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.”*

Por su parte, el punto 1 del artículo 5° del precitado plexo normativo establece: *“Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.”*

Asimismo y más específicamente, su artículo 22 -en su parte pertinente- sienta que *“1. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses. 2. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás (...).”*

En consecuencia, y como contrapartida de lo precedentemente expuesto, nadie puede ser obligado a afiliarse a un sindicato o gremio; y menos aún puede ser obligado a acatar las disposiciones que fueron negociadas por éstos –de los que no forman parte integrante- a través de un acta de negociación colectiva que lo coloquen en una situación desfavorable en relación al *statu quo* previo al dictado del acta de que se trate.⁴

Lo anterior, máxime si la situación más gravosa devenida como consecuencia de la negociación del sindicato vulnera el derecho a la salud, a la integridad psíquica y física y, por ende, el derecho a la vida del *enfermero franquero* que presta tareas declaradas insalubres por ley. Derechos que se encuentran contemplados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en los artículos 6°⁵, 7°⁶ y 8°⁷. Se aplicaría, en tales supuestos, la excepción prevista en el artículo 22 antes mencionado pudiendo, en todo caso, invalidarse el contenido de lo negociado por las asociaciones gremiales en pos de proteger la libertad personal de terceros y la salud pública.

³ SABA, ROBERTO P., “Igualdad de trato entre particulares,” en AAVV, *Lecciones y Ensayos* n° 89, *op. cit.*, p. 218.

⁴ “Existen numerosas normas de orden público que limitan la libertad de contratar, como por ejemplo, las surgidas a partir de la legislación laboral protectora de los derechos del trabajador,” SABA ROBERTO P., “Igualdad de trato entre particulares,” en AAVV, *Lecciones y Ensayos* n° 89, *op. cit.*, p. 229.

⁵ El punto 1 del artículo 6° establece: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.”

⁶ El artículo 7° establece, en su parte pertinente: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (...).”

⁷ El punto 3.a) del artículo 8° establece: “Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio.”

2. Antecedentes fácticos y normativos

2.1. Normas, doctrina y ciencia

Según dispone el inciso a) del artículo 3° del decreto n° 937/07 (BOCBA n° 2721, del 10/07/07) – que reglamenta los capítulos VI y X de la Ley de Relaciones Laborales de la Administración Pública de la CABA n° 471- la prestación de servicios del *enfermero franquero*⁸ “*será de doce (12) horas por cada día, salvo aquellos casos que se encuentren comprendidos en la normativa referida a tareas insalubres o riesgosas.*”

Por su parte, el inciso a) del artículo 9° de la citada ley n° 471 consagra el derecho del empleado público a “*condiciones dignas y equitativas de labor.*” Y en punto a la extensión de la jornada de trabajo, el artículo 38 de este cuerpo legal la fija, en principio, en treinta y cinco (35) horas semanales, “*salvo los que estuvieran comprendidos en regímenes especiales*” y, además, “*sin perjuicio de las excepciones que se establezcan por vía reglamentaria.*” Bajo esas premisas es que se otorga una competencia a la autoridad administrativa pertinente de establecer “*el horario en el cual deben ser prestados los servicios teniendo en cuenta la naturaleza de éstos y las necesidades de la repartición.*” Y a su vez, se impone al trabajador la obligación de “*cumplir con el horario que se establezca.*”

De modo tal que -el principio general establecido en materia de horario de trabajo de estos agentes- contiene una excepción vinculada a la naturaleza de los servicios y es precisamente ése el punto que corresponde dilucidar a fin de precisar la cantidad de horas que deben cumplir los *enfermeros franqueros* en cada jornada laboral.

Así las cosas, se advierte que -de acuerdo a lo previsto en el considerando 4^o del decreto 937/07- la jornada laboral de los enfermeros franqueros, que desempeñan sus tareas en lugares o bajo condiciones declaradas insalubres, **no puede superar un máximo de cuatro (4) días semanales.**

Por esta razón el inciso d) del artículo 3° in fine del precitado decreto, al tratar del descanso anual remunerado del personal franquero contiene la leyenda “*equiparando su situación a la de aquellos agentes cuya jornada de labor es de cinco (5) días semanales;*” equiparación que resultaría innecesaria si ellos pudieran alcanzar también los cinco días semanales.

A su vez, de acuerdo a lo que se expondrá a continuación y a la interpretación armónica de lo regulado en los artículos 2° de la ley nacional n° 11.544/29;¹⁰ 8° del decreto

⁸ El artículo 2 del decreto 937/07 define como “franquero” a aquel “*que por la naturaleza de la prestación cumpla una jornada de trabajo normal y habitual en días sábados, domingos, feriados, días no laborables o aquellos días que sean considerados asueto.*”

⁹ El citado considerando establece: “*(...) atento la modalidad impuesta, pueden cumplir su labor en un único día de guardia o en varias jornadas, sin alcanzar los cinco días semanales de asistencia.*”

¹⁰ El citado artículo 2°, en su parte pertinente, establece: “*Cuando el trabajo deba realizarse en lugares insalubres en los cuales la viciación del aire o su compresión, emanaciones o polvos tóxicos permanentes, pongan en peligro la salud de los obreros ocupados, la duración del trabajo no excederá de seis horas diarias o treinta y seis semanales. El Poder Ejecutivo determinará, sea directamente o a solicitud de parte interesada y previo informe de las reparticiones técnicas que correspondan, los casos en que regirá la jornada de seis horas.*”

nº 16.115/33¹¹ y 200 de la ley nacional nº20.744/74¹² **su jornada laboral no puede superar las seis (6) horas diarias.**

Lo anterior, teniendo en cuenta lo dispuesto en la cláusula transitoria quinta de la ley nº 298 (BOCBA Nº 899, del 10/03/2000) que regula el ejercicio de la enfermería en el ámbito de la CABA, cuando prevé que permanecerán vigentes: *“las disposiciones sobre insalubridad establecidas por la legislación nacional y jurisdiccional, adoptándose en caso de superposición la norma más favorable.”*

Así, por expreso mandato del legislador local -plasmado en la norma citada en el párrafo anterior- debemos recurrir a la legislación nacional a efectos de establecer cuándo las tareas que realizan los *enfermeros franqueros* han sido calificadas de insalubres.

En ese orden de ideas, el artículo 24 de la Ley de Enfermería nº 24.004 prescribe, en su parte pertinente, que *“A los efectos de la aplicación de normas vigentes que, para resguardo de la salud física o psíquica, establecen especiales regímenes de reducción horaria, licencias, jubilación, condiciones de trabajo y/o provisión de elementos de protección, considérense insalubres las siguientes tareas de enfermería (...) a) Las que se realizan en unidades de cuidados intensivos; b) Las que se realizan en unidades neurosiquiátricas; c) las que conllevan riesgo de contraer enfermedades infectocontagiosas; d) Las que se realizan en áreas afectadas por radiaciones, sean éstas ionizantes o no; e) La atención de pacientes oncológicos; f) Las que se realizan en servicios de emergencia (...).”*

A su vez, el punto 14 del artículo 1.2. del decreto nº 8908/78 (texto según decreto nº 6666/83) incorpora expresamente como tareas insalubres *“al Personal que se desempeñe cumpliendo las actividades en los Hospitales de Infecciosas F. Muñiz y de Neumotisiología E. Tornú”* entre los que se encuentra el personal de enfermería.

Y a idéntico resultado se puede llegar ateniéndonos a lo dispuesto en los puntos 3.6 y 3.7 y 3.12 del citado plexo normativo, en cuanto imponen igual calificación a las salas de enfermedades transmisibles de todos los establecimientos hospitalarios municipales y específicamente a los hospitales de infecciosas (Muñiz y Tornú) para la totalidad del personal. Lo mismo declara en relación al centro de salud mental “Dr. Braulio Moyano.”

Además, huelga señalar que, mediante la Nota registrada con el número 50 HNBM-12, la Autoridad Administrativa ratificó la insalubridad de prestar funciones de enfermería (TVS 3º) en el Hospital de Salud Mental “Dr. Braulio Moyano.”

Esta calificación de la actividad no es caprichosa ni casual. Por el contrario, la limitación legal de la jornada de trabajo insalubre (ya sea por las condiciones del lugar de trabajo, por las modalidades en que se presta o por su naturaleza) tiene su fundamento en la protección de la salud psíquica y física del trabajador.¹³

¹¹ El citado artículo 8º establece que *“La jornada de seis horas diarias o treinta y seis semanales sólo tendrá aplicación cuando el obrero o empleado trabaje toda o la mayor parte de esa jornada en los lugares que se consideren insalubres, bien por las condiciones del local de trabajo o por las modalidades o naturaleza del trabajo que se ejecuta.”*

¹² El citado art. 200 establece que *“La Jornada de trabajo en tareas o condiciones declaradas insalubres no podrá exceder de seis (6) horas diarias o treinta y seis (36) semanales.”*

¹³ Conf. GRISOLÍA, JULIO A. Y AHUAD, ERNESTO J., *Ley de contrato de trabajo comentada*, Buenos Aires, Editorial Estudio, 2º ed., 2009, p. 242.

En este punto, no puede dejar de mencionarse el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) en cuanto dispone que los Estados parte reconocen el derecho de toda persona *“al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”* para lo cual, entre las medidas que deberán adoptar *“figurarán las necesarias para (...) b. El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene en el trabajo (...)”* y *“c. La prevención y el tratamiento de las enfermedades profesionales.*

En esa línea de pensamiento, numerosos estudios provenientes del ámbito científico muestran gran preocupación por los efectos negativos que el clima laboral tiene en los profesionales de la salud y sus consecuencias en los pacientes a los que atienden. Existe abundante bibliografía sobre las circunstancias organizacionales que presionan sobre los profesionales de la enfermería afectando su propia salud, su rendimiento y calidad de atención, sus propios riesgos y la incidencia negativa que todo ello tiene en los costos sociales y económicos del sistema de salud.

En los últimos veinte (20) años ha habido un creciente reconocimiento de la importancia del estrés en profesionales relacionados con la atención sanitaria a la población. Muchos de los estudios realizados se han ocupado del descubrimiento y evaluación de los estresores que afectan al personal de enfermería, bien aquellos derivados del rol de enfermería, conflicto y ambigüedad del rol y reacciones afectivas a los estresores del rol; o bien aquellos derivados de condiciones deficientes de trabajo o estresores laborales específicos del desarrollo cotidiano de la profesión y frecuencia de los mismos.

En el artículo *“El stress y la práctica de la enfermería: cuándo parar y reflexionar”* se enumeran y describen los factores de riesgo para esa actividad, entre los que se cuentan los factores causados por agentes químicos, físicos, biológicos y de naturaleza psicosocial. Precisamente, entre estos últimos, menciona al estrés. Lo indica como *“uno de los factores responsables por la tensión de los enfermeros en el trabajo y ha sido asociado a: insuficiencia de recursos, alto nivel de responsabilidad, contacto con enfermedad y muerte, desvalorización de las funciones profesionales, remuneración insuficiente, conflictos funcionales, descontrol en el proceso de toma de decisión, cansancio por exceso de horas de trabajo, entre otros factores.”*¹⁴

2.2. Jurisprudencia de la CSJN

No ha de pasarse por alto que una regla tradicional en nuestro derecho público administrativo es aquella según la cual *“quien contrae la obligación de prestar un servicio – en el caso, de asistencia a la salud de la población- lo debe hacer en condiciones adecuadas para cumplir el fin en función del cual ha sido establecido (...).”* Y, desde esta perspectiva, la Corte ha señalado que en la actividad de los centros de salud pública *“ha de verse una proyección de los principios de la seguridad social, a la que el artículo 14 nuevo de la Constitución Nacional confiere un carácter integral.”* El hospital público, agrega, es una consecuencia directa del imperativo constitucional que pone a cargo del Estado la función trascendental de la prestación de los servicios de salud en condiciones tales de garantizar la protección integral del ser humano, destinatario esencial de los derechos reconocidos por la

¹⁴ *El stress y la práctica de enfermería: ¿Cuándo parar y reflexionar? Una experiencia con estudiantes de enfermería.* de gratis consulta en www.laenfermerahoy.com.ar.

Constitución y por diversos tratados internacionales con igual jerarquía, entre los cuales se encuentra el derecho a la salud (arts. 14 bis, 33 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional).¹⁵ Y es obligación del Estado mantener los hospitales en condiciones adecuadas de funcionamiento para que las prestaciones de salud sean un bien que pueda ser gozado por la colectividad.¹⁶

En igual sentido, la Corte, largo tiempo antes de la reforma constitucional de 1994, había señalado que esta materia se erigía como *“un tema central del ordenamiento jurídico destinado a la defensa de la salud del trabajador en relación de dependencia (...)”* toda vez que compromete *“un bien jurídico tan precioso como la salud del hombre encarnado en este caso en la persona del trabajador subordinado –lo cual denota, tanto una situación a la que en su momento están llamados a ocupar numerosos miembros de la sociedad, cuanto una determinante sustancial del grado de bienestar y prosperidad de la Nación –sumada a la explícita raigambre constitucional que reviste la mentada protección (art. 14 bis de la Constitución Nacional)(...)”*.¹⁷

Asimismo, se ha sostenido que la índole primaria, sustancial o primordial dada a la faz preventiva en materia de accidentes y enfermedades del trabajo, se impone fundamentalmente por su indudable con-naturalidad con el principio protectorio enunciado en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional. La protección de la integridad psíquica y física del trabajador, cuando no de su vida misma, mediante la prevención en materia de riesgos laborales resulta, sin dudas, una cuestión en la que alcanza su mayor significación y gravedad la doctrina de la preferente tutela constitucional. Es que es condición inexcusable del empleo que éste se preste en condiciones dignas y que se garantice el estricto cumplimiento de las normas de seguridad, tanto en general, como en lo que concierne a las propias de cada actividad. La prevención en la protección de la salud y de la integridad física del trabajador es el presupuesto legítimo de la prestación de servicios, que no puede ya concebirse sin la adecuada preservación de la dignidad inherente a la persona humana.

En consecuencia, la Corte ha dado cuenta de la especial tutela que el ordenamiento reconoce al trabajador. Así, en autos *Aquino*¹⁸ destaca que: *“es manifiesto que el art. 14 bis CN, no ha tenido otra finalidad que hacer de todo hombre y mujer trabajadores, sujetos de preferente tutela constitucional.”*

Esa especial tutela constitucional de la que es objeto el trabajador también fue reconocida en la causa *Vizzoti*¹⁹ donde el alto tribunal ha dicho que *“(...) el art. 14 bis, cabe subrayarlo, impone un particular enfoque para el control de constitucionalidad. En efecto, en la relación y contrato de trabajo se ponen en juego, en lo que atañe a intereses particulares, tanto los del trabajador como los del empleador, y ninguno de ellos debe ser descuidado por las leyes. Sin embargo, lo determinante es que, desde el ángulo constitucional, el primero es sujeto de preferente tutela (...)”*

¹⁵ CSJN, *Ledesma Luis*, sentencia del 11/07/06, Fallos: 329:2737.

¹⁶ Del voto concurrente del ministro LORENZETTI en la causa *Ministerio de Salud y/o Gobernación s/ acción de amparo*, sentencia del 31 de octubre de 2006, Fallos: 329:4741.

¹⁷ CSJN, *Sindicato de Mecánicos y Afines del Transporte Automotor*, Fallos: 305:2040.

¹⁸ CSJN, *Aquino Isacio v. Cargo Servicios Industriales S.A.*, Fallos 327:3753, 21/09/2014.

¹⁹ *Vizzoti, Carlos c/ AMSA S.A. s/ despido*, considerando 9º, primer y tercer párrafos, 14/09/04, Fallos: 327:3677.

Súmese a ello, todo lo proveniente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, para el cual uno de los más antiguos aspectos de sus estándares internacionales en el campo laboral, fue el de asegurar que las condiciones de trabajo resultasen, a la vez, seguras y saludables. Ocurre, dijo el Alto Tribunal, que el trabajo, para el que lo presta “*debe ser una forma de realización y una oportunidad para que (...) desarrolle sus aptitudes, habilidades y potencialidades, y logre sus aspiraciones, en aras de alcanzar su desarrollo integral como ser humano.*”²⁰

Por último, resta señalar que la Corte siempre recuerda que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Organización Mundial de la Salud (OMS) cuentan con una definición común de la salud del trabajo, que fue adoptada por el Comité Mixto OIT/OMS de Salud en el Trabajo en su primera reunión (1950) y revisada en su 12° reunión (1995) en el sentido que: “*La salud en el trabajo tiene como finalidad promover y mantener el más alto nivel de bienestar físico, mental y social de los trabajadores en todas las profesiones; prevenir todo daño causado a la salud de éstos por las condiciones de su trabajo; protegerlos en su empleo contra los riesgos resultantes de la existencia de agentes nocivos a su salud; colocar y mantener al trabajador en un empleo acorde con sus aptitudes fisiológicas y psicológicas.*”

Y en esa línea destacó la labor que, en la materia, lleva a cabo ese organismo supranacional la cual se encuentra plasmada en distintos documentos que apuntan a otorgarle “*la máxima prioridad al principio de la prevención*” (con cita de la Estrategia global en materia de seguridad y salud en el trabajo, OIT, 2004) al punto de considerar que “*el derecho a un medio ambiente de trabajo seguro y saludable debe ser reconocido como un derecho humano fundamental.*”²¹

2.3. Jurisprudencia del fuero local previa al año 2013

Durante mucho tiempo, los tribunales de primera instancia del fuero local sentaron en forma mayoritaria -como doctrina judicial- que las normas nacionales rigen en forma directa y dirimen la cuestión litigiosa en torno a la extensión de la jornada laboral de los *enfermeros franqueros* que prestan tareas calificadas legalmente de riesgosas e insalubres fijando un tope máximo de seis (6) horas diarias y veinticuatro (24) semanales.²² Si bien

²⁰ Con cita de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en “*Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados,*” Opinión Consultiva 18/03, 17/9/2003, Serie A N° 18, párr. 158.

²¹ Conf. Declaración de Seúl sobre Seguridad y Salud en el Trabajo, adoptada el 28 de junio de 2008, por el XVIII Congreso Mundial sobre Seguridad y Salud en el Trabajo, organizado conjuntamente por la OIT y la Asociación Internacional de la Seguridad Social.

²² Vid. causas *Cardozo Luis Alejandro c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)*, Exp. N° 37117/0 del juzgado CAyT n° 10 (medida cautelar del 290/3/10 y sentencia definitiva del 14/02/11); *Maciel Susana Beatriz c/ GCBA s/ Amparo*, Exp. N° 27.916/0, juzgado CAyT n° 8, (medida cautelar del 26/12/07); *Figueroa Abel Demetrio c/GCBA s/ Amparo*, Exp. N° 28.229/0, juzgado CAyT n° 9, (medida cautelar del 26/12/07); *Castillo María Isabel c/ GCBA s/ Amparo*, Exp. N° 35.126/0, juzgado CAyT n° 8, (medida cautelar del 22/12/09, confirmada por la Sala II de la Cámara de Apelaciones por sentencia del día 8/4/10 dictada en el incidente de apelación); *Benitez Walter Julián c/ GCBA s/ Amparo*, Exp. N° 35.128, juzgado CAyT n° 6, (medida cautelar del 23/11/09); *Paredes Pablo Daniel c/ GCBA s/Amparo*, Exp. N° 35.127/0, juzgado CAyT n° 1 (medida cautelar del 20/5/10); *Mamani Limachi Emma Silvia c/ GCBA s/ amparo*, Exp. N° 39.312/0, juzgado CAyT n° 8, (medida cautelar del 26/10/10).

consideró aplicable el artículo 200 de la ley nacional n° 20.744 arribó a un resultado equivalente.

Por su parte, se observa que la Sala I de la Cámara del fuero porteño confirmó la sentencia de Primera Instancia en los autos caratulados *Cardozo*²³ en donde se había ordenado al GCBA adecuar “(...) la jornada laboral del actor como enfermero franquero de la Unidad de Cuidados Intensivos del Hospital de Gastroenterología “Dr. Carlos Bonorino Udaondo” la que deberá extenderse por un máximo de seis (6) horas diarias y no más de cuatro (4) días a la semana.”

En los considerandos de esa resolución, confirmada por la Cámara, se dijo lo siguiente en relación con los alcances del decreto 937/07: “(...) se advierte que la norma es clara en cuanto establece un principio general: los franqueros se encuentran obligados a trabajar sólo algunos días de la semana (sábados, domingos, feriados y días no laborables), su jornada es de 12 horas diarias y prestan servicios con un máximo de cuatro días a la semana (puesto que no pueden alcanzar los cinco días semanales de asistencia). Sin embargo, tal como lo prevé el artículo citado, se contempla como excepción a los casos que cumplan tareas insalubres o riesgosas, y es en tal categoría en la que el actor sostiene que se encuentra incluido (...).”

A su vez, en la causa *Iglesias José*²⁴ indicó que el principio protectorio “in dubio pro operario” “(...) es aplicable al régimen jurídico del empleo público, puesto que no encuentro razones ostensibles del régimen del derecho administrativo que impidan hacerlo (...) es importante señalar que esta regla del derecho laboral encuadra en forma armónica con los principios que de conformidad con el art. 2, ley 471 (Ley de Relaciones Laborales en la Administración Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) son aplicables al régimen jurídico de empleo público local. Es preciso destacar, de forma complementaria, que el principio “in dubio pro operario” forma parte de una tendencia que cruza transversalmente todo el derecho, y que puede apreciarse en diversos ámbitos jurídicos. Esta tendencia lleva a construir conceptos doctrinarios y principios con el objetivo de eliminar las desigualdades en el ejercicio de los derechos individuales, y se expresa, por lo general, en disposiciones legales de protección al más débil o vulnerable,” para luego concluirse que “Una de tales herramientas es la regla hermenéutica que impone seguir la interpretación del texto jurídico que favorezca a la persona que se encuentra en la situación más desfavorecida.”

En el mismo sentido, cabe destacar los casos *Pinto, Felicia c/ GCBA s/ Amparo*, Exp. N° 41.734 y *Pérez, Fabiana c/ GCBA s/ Amparo*, Exp. N° 40.517/0. En este último, el Juzgado de 1° Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 7 hizo lugar al amparo y ordenó al GCBA a que “reprograme la jornada laboral de la amparista como enfermera franquera en el área de terapia prolongada del Hospital de Rehabilitación Respiratoria “María Ferrer” debiendo trabajar seis horas diarias sin alcanzar los cinco días semanales.”

Por su parte, la Sala II del fuero porteño, en el marco de la causa *Moreira*²⁵ rechazó oportunamente la apelación que fuera presentada por el GCBA y, de esa manera, confirmó la sentencia de Primera Instancia que había hecho lugar a la acción de amparo indicando que

²³ *Cardozo Luis Alejandro c/ GCBA s/ amparo* (art. 14 CCABA), Exp. N° 37117/0, sentencia definitiva del 14/02/11.

²⁴ CACAyT, Sala I, 24/10/2011, *Iglesias, José L. c/ GCBA s/ Amparo*, Exp. N° 12097/0, voto del Dr. HORACIO CORTI.

²⁵ *Moreira Suquilvide, Eduardo c/ GCBA s/ amparo* (art. 14 CCABA), Exp. N° 37118/0.

“(…) deberá la jornada laboral del amparista adecuarse a la normativa vigente en la materia, debiendo trabajar 6 horas diarias sin alcanzar los cinco días semanales -conf.. considerando del decreto n° 937/07 reglamentario de los capítulos VI y X de la ley 471.” De esa forma se resolvió a favor de un límite máximo de seis (6) horas diarias que, al no poder alcanzar los cinco (5) días de trabajo en los términos del decreto 937/07, implicaba un límite semanal de veinticuatro (24) horas.

Es de destacar que los casos de ambas salas, quedaron firmes en atención al rechazo de las quejas intentadas por el GCBA ante el Tribunal Superior de Justicia. En efecto, así se resolvió en el Exp. TSJ N° 8896/12, *GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Moreira Suquilvide, Eduardo c/ GCBA s/ amparo*, que ha servido como precedente para casos similares, y en el Exp. TSJ N° 9020/12, *GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Cardozo, Luis Alejandro c/ GCBA s/ amparo*.

El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, por su parte, ha tenido ocasión de referirse a la protección del derecho del trabajo en numerosos pronunciamientos.²⁶

Se observa que la jurisprudencia del fuero local pacíficamente topeaba la jornada laboral de enfermeros franqueros que se desempeñaban en lugares o actividades declaradas insalubres en un máximo de seis (6) horas diarias con un límite máximo de cuatro (4) días a la semana, es decir, no más de veinticuatro (24) horas semanales.

2.4. A modo de conclusión

Existen razones de *interés público*²⁷ (más allá de las obvias derivadas de la protección del trabajador) que justifican la reducción de la jornada laboral de aquellos enfermeros que se ven expuestos a mayores cuotas de estrés laboral, como pueden ser los que prestan servicios en áreas consideradas por el legislador como insalubres.

Así los topes establecidos por la normativa vigente de seis (6) horas diarias en caso de trabajo insalubre (art. 2° de la ley nacional n° 11.544, 8° del decreto n° 16.115/33 y 200 de la ley nacional n° 20.744) y veinticuatro (24) horas semanales (considerando cuarto del decreto n° 937/07, ordenanzas n° 41.445 y n° 45.199) no son derechos disponibles del trabajador, y por lo tanto, no se encuentran sujetos a transacción y/o conciliación de partes.

3. Quid de la cuestión. Análisis de los casos *Tapia, Aquino y Luna*²⁸

²⁶ *Tobías Córdova, Álvaro Juan María s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Tobías Córdova, Álvaro Juan María c/ GCBA s/ Amparo (art. 14 CCABA), Exp. N° 2771/05 y Garaventa, Liliana Dora s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Garaventa, Liliana Dora c/ Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/ despido, Exp. N° 4180/05, entre muchos otros.*

²⁷ Debe recordarse que la salud se erige como un verdadero “bien público”, según lo ha enunciado el artículo 10.2 del Protocolo de San Salvador y lo ha conceptualizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (vid. *Caso Ximenes López vs. Brasil*, sentencia del 4 de julio de 2006, Serie C N° 139, párr.. 89 y voto separado del Juez CANDADO TRINDADE, párr.. 40).

²⁸ *Aquino, Ana María c/ GCBA y Otros s/ Amparo (art. 14 CCABA), Exp. N° 46462/0, sentencias de fecha 26 de agosto de 2014, 19 de junio de 2014 y 19 de septiembre de 2013; Aquino Ana María s/ Queja por Recurso de Inconstitucionalidad denegado en: Aquino Ana María c/ GCBA s/ Amparo, Exp.. 11345/0, sentencia del 13 de agosto de 2015; *Tapia, Irma Mercedes c/ GCBA y Otros s/ Amparo, Exp. N° 45.522/0,**

3.1. Violación al principio de legalidad

El 1 de febrero de 2013 fue publicada en el BOCBA n° 4086 la Resolución n° 90 de fecha 28 de enero del 2013, que instrumentó el Acta de Negociación Colectiva N° 12/12 de la Comisión Paritaria Central –suscripta el 19/07/2012 entre los representantes del GCBA y el Sindicato Único de Trabajadores del Estado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (SUTECBA)- mediante la cual se fijó “(...) *el régimen semanal para el personal que cumple funciones los días sábados, domingos y feriados nacionales, reconocidos como "franqueros", estableciéndose un máximo de treinta (30) horas semanales para el personal comprendido en el régimen de insalubridad (...).*”

Así las cosas, en los casos mencionados en la referencia de marras que por el presente se comentan –*Aquino, Luna y Tapia*- cuyo trámite continuó con posterioridad a la publicación de la precitada Resolución la judicatura local modificó su jurisprudencia inicial esbozada en el acápite anterior y sostuvo que la jornada laboral del *enfermero franquero* que presta tareas en lugares o bajo condiciones declaradas insalubres **no puede superar el límite máximo de seis (6) horas diarias y treinta (30) horas semanales.**

En las precitadas causas se evaluaba y discutía el tope máximo -semanal y diario- de la jornada laboral correspondiente a tres enfermeras franqueras que se desempeñaban, respectivamente, en el servicio de Terapia Intensiva del Área de Neonatología del Hospital Materno-Infantil “Ramón Sardá,” en el Hospital de Salud Mental “Dr. Braulio Moyano” y en el Área de Internación de mujeres con HIV positivo del Hospital de Infecciosas “Francisco J. Muñiz.”

La particularidad de las tres causas radicaba en que ninguna de las amparistas se encontraba afiliada al gremio (SUTECBA) que había suscripto la precitada acta de negociación colectiva aplicada por la judicatura local y cuyos términos las colocaba en peor situación –en relación al tope máximo semanal de horas laborables- que lo establecido en la legislación vigente reseñada en el acápite 2.1 del presente, pacíficamente interpretada por la jurisprudencia porteña hasta ese entonces.

Así las cosas, la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires alegó –básicamente- que si bien mediante la citada Resolución n° 90/13 se limitaron las horas que pueden trabajar por semana los enfermeros franqueros- no se limitó, en cambio, la cantidad de días comprendidos en ese período.

Resolvió, pues, que la jornada de trabajo de los enfermeros franqueros no puede exceder las seis (6) horas diarias y, en atención a que le corresponde desempeñar tareas en los días previstos en el decreto n° 937/07 –feriados nacionales o convencionales, inhábiles, asuetos, fines de semana- por efecto de lo dispuesto en la resolución 90/13, su carga horaria semanal no puede exceder las treinta (30) horas como máximo.

sentencias de fecha 28/10/14, 28/08/14 y 6/6/14; *Tapia Irma Mercedes s/ Queja por Recurso de Inconstitucionalidad denegado en: Tapia Irma Mercedes c/ GCBA s/ Amparo*, Exp. 11.583/0, sentencia de fecha 8/10/15; *Luna Dora Gilda Estela c/ GCBA y Otros s/ Amparo*, Exp. N° 45.610/0, sentencias de fecha 5/02/15, 16/09/14 y 24/05/13 y *Luna, Dora Gilda Estela s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Luna, Dora Gilda Estela c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) y su acumulado Exp. N° 11537/14 Luna, Dora Gilda Estela s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Luna, Dora Gilda Estela c/ GCBA y otros s/ otros procesos incidentales*, Exp. N° 11876/15, sentencia del 2/12/15.

Sostuvo,²⁹ asimismo, que en el art. 31 de la ley n° 23.551 se prevé que “[s]on derechos exclusivos de la asociación sindical con personería gremial: a) Defender y representar ante el Estado y los empleadores los intereses individuales y colectivos de los trabajadores (...) c) Intervenir en negociaciones colectivas y vigilar el cumplimiento de la normativa laboral y de seguridad social; d) Colaborar con el Estado en el estudio y solución de los problemas de los trabajadores (...)”. La jurisprudencia, por su parte tiene dicho que “[l]a representatividad no es consecuencia de la afiliación del trabajador o del empresario a las respectivas organizaciones, sino que la representatividad objetiva de los intereses del sector que resultan de la personería gremial vigente, y de la calificación de suficientemente representativa efectuada por la autoridad de aplicación respecto de quien signa el convenio en representación del sector (...)”.

Por último, afirmó dogmáticamente que el párrafo establecido en el considerando 4° del decreto n° 937/07 cuando dice: “atento la modalidad impuesta, pueden cumplir su labor en un único día de guardia o en varias jornadas, sin alcanzar los cinco días semanales de asistencia” se aplica a los profesionales de la salud y de acción social de la carrera municipal, regidos por las ordenanzas 41.455 y 45.199 y no, en cambio, al personal franquero. En efecto, la Cámara indicó que el decreto 937/07 “(...) regula situaciones concernientes a dos categorías distintas de trabajadores. Por un lado, la del personal franquero y, por otro, la de los profesionales que aúnan las ordenanzas N° 41.455 y 45.199 (referentes a la carrera municipal de los profesionales de la salud y de acción social, respectivamente). Y, por la técnica legislativa utilizada y la redacción empleada, lo cierto es que la parte final del considerando correspondería a la segunda categoría de trabajadores. Dicha interpretación [según la Cámara] encontraría aval en la forma utilizada para estructurar las disposiciones normativas propiamente dicha (...) en el artículo 3° se regula lo atinente a las pautas previstas para la prestación del servicio del personal franquero y en el artículo 4° lo vinculado con las de los profesionales regidos por las ordenanzas N° 41.455 y 45.199.”³⁰

Esta nueva línea de interpretación se aparta de los propios precedentes de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA referenciados en el acápite anterior en un claro y doble apartamiento del **principio de igualdad ante la ley** que será desarrollado más adelante.³¹

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia también modificó su jurisprudencia anterior y -en los recursos de hecho presentados ante su estrado en virtud de la denegatoria de los recursos de inconstitucionalidad deducidos por las amparistas contra las respectivas sentencias de Cámara- confirmó los pronunciamientos cuestionados, rechazando las Quejas respectivas.

²⁹ Con cita del fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala V, *Creo Maximiliano Enrique c/ Consultrade SA s/ Despido*, Exp. N° 13209/10, del 19/02/13.

³⁰ Ver considerando 8° punto III de la sentencia dictada por la Sala II del fuero local en fecha 16/09/14 en el marco de los autos *Luna Dora Gilda Estela c/ GCBA y otros s/ Amparo*, Exp. N° 45610/0.

³¹ “(...) igualdad ante la ley en el sentido de impedir tratos desiguales injustificados, algo que surge del carácter de arbitrario (no razonable) con el que califica la norma el trato desigual que impide, obstruye, restringe, amenaza o menoscaba otros derechos constitucionales,” SABA, ROBERTO P., “Igualdad de trato entre particulares,” en AAVV, *Lecciones y Ensayos* n° 89, op. cit., p.219.

Así las cosas, aplicó el Acta Paritaria n° 12/2012 sosteniendo que esta disposición era más favorable que la norma general contenida en el art. 200 de la ley de contrato de trabajo que establece un tope semanal de 36 horas. Y agregando dogmáticamente que no puede interpretarse que la limitación de cuatro (4) días aplique al personal franquero en virtud de lo dispuesto en el cuarto párrafo del considerando del decreto n° 937/07 pues el decreto en cuestión *“está destinado a regular el régimen de licencias del personal franquero, de salud y de acción social y no la extensión semanal de su jornada laboral.”*

Como se observa, la judicatura está validando que -mediante un acta de negociación colectiva- los trabajadores alcanzados, que no necesariamente se encuentran agremiados, queden en una situación más desfavorable de la que tenían antes de ese acuerdo –conforme lo regulado por el decreto n° 937/07- aspecto que, además, no se condice con la última parte del artículo 82 de la ley n° 471.³² Ello, en clara y manifiesta violación al principio de legalidad.

3.2. Violación al principio de no retroceso social o progresividad

A raíz de lo desarrollado en el acápite anterior, huelga traer a colación que el **principio de no retroceso social**³³ -según la Observación General N° 3 del Comité DESC, párr. 9 in fine y 12 y las Directrices de Maastricht, párr. 14, en especial apartados e y f.- importa la prohibición de adoptar políticas y/o medidas que empeoren el modo de ejercicio de los derechos sociales. De acuerdo con él, una vez reconocido un derecho y la posibilidad de su goce efectivo, su vigencia no puede eliminarse posteriormente sin el reconocimiento por parte del Estado de alternativas razonables.³⁴ Una vez que éste cumple con las tareas constitucionalmente impuestas y, en consecuencia, amplía el ámbito de protección de los derechos, está obligado a abstenerse en el futuro de desarrollar actividades que atenten

³² Según el precitado artículo *“Las normas de las convenciones colectivas de trabajo son de cumplimiento obligatorio para el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y para los trabajadores comprendidos en ellas, no pudiendo ser modificadas unilateralmente. La aplicación de las convenciones colectivas de trabajo no pueden afectar las condiciones estipuladas o fijadas en casos individuales o colectivos que sean más favorables a los trabajadores de la Ciudad.”*

³³ Sobre el punto, en relación al *principio de no retroceso social*, se vincula el *principio de progresividad* desarrollado en MANILI, PABLO LUIS, *El Bloque de Constitucionalidad*, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 46 cuando dice: *“El principio de progresividad de los derechos humanos, presenta una manifestación normativa en el Preámbulo de la DUDH, que establece el objeto de que “todos los pueblos y naciones (...) aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos.”* El autor cita a AYALA CORAO CARLOS cuando sostuvo en su obra *El derecho de los derechos humanos*, *El Derecho*, 160:758 que la progresividad se refiere a una *“tendencia manifiesta hacia la extensión de los derechos humanos, de modo continuado e irreversible, tanto en el número como en el contenido de los derechos protegidos así como en su eficacia y vigor.”*

³⁴ Al respecto y vinculado a lo anterior, huelga señalar que uno de los principios generales del derecho internacional de los derechos humanos es el de la irreversibilidad que consiste en que *“una vez que al ratificar un tratado se reconoce un derecho como inherente a la persona, no existe la posibilidad de dar marcha atrás sobre el tema: el Estado queda obligado a continuar reconociendo ese derecho aun cuando, luego, denuncie ese tratado (...) Por lo tanto, si el Estado ya reconoció ese derecho como derivado de la dignidad humana, deberá seguir reconociéndolo,”* en MANILI, PABLO LUIS, *El Bloque de Constitucionalidad*, *op.cit.*, p. 48.

contra esta situación, ya sea obstaculizando o bien interrumpiendo su realización progresiva. De lo contrario incurre en una violación de los compromisos estatales.³⁵

Sobre el punto, se observa que la modificación jurisprudencial habida como consecuencia de la suscripción del acta de negociación colectiva n° 12/12 viola a las claras el principio de no retroceso social al incrementar la jornada laboral del *enfermero franquero* que presta funciones y tareas declaradas insalubres por ley, atentando -de esta forma- contra el derecho a su salud, integridad psíquica y física, y a su vida; y afectando, a su vez y paralelamente, la calidad de atención a los pacientes con los riesgos que tal situación apareja para la salud, integridad psíquica y física y la vida de éstos últimos en un círculo que se retroalimenta negativamente. Lo anterior afecta el sistema de salud pública que debe ser preservado de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

3.3. Violación al principio “in dubio pro operario”

En primer lugar, cabe señalar que los principios protectorios del derecho al trabajo surgen de los tratados y convenciones en la materia, del artículo 14 bis. de la Constitución Nacional y del artículo 43 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, receptivo de aquellas previsiones federales.

Así, uno de los principios laborales básicos es la regla “*in dubio pro operario*” –de raigambre constitucional- que constituye una directiva dada al juez o al intérprete de un texto jurídico para que opte por el sentido normativo más favorable para el trabajador y que encuentra previsión expresa en el art. 9°³⁶ de la Ley de Contrato de Trabajo, texto según ley n° 26.428, que redefinió el alcance de este postulado.

Este principio protectorio consagrado en las leyes fundamentales de la Nación y de la Ciudad, se aplica al trabajo en sus diversas formas, según rezan los arts. 14 bis CN y 43 CCBA, pues este derecho “... *engloba todo tipo de trabajos...*”, tal como ha especificado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.³⁷

Tal como ha sido reconocido por la jurisprudencia del fuero, “*este principio protectorio del derecho laboral encuadra en forma armónica con los principios, que de conformidad con el artículo 2° de la Ley N° 471 (...) son aplicables al régimen jurídico de empleo público local.*”³⁸

A su vez, en la causa *Madorrán, María Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas s/reincorporación* el Alto Tribunal señaló que “*(...) bajo la luz del principio protector (El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes...) asentaron su plaza*

³⁵ Véase Observación General N° 3, párr. 9 in fine y 12; Directrices de Maastricht, párr. 14, en especial apartados e y f.

³⁶ La Ley de Contrato de Trabajo (LCT) en su art. 9° establece: “*(...) [e]n caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjunto de normas que rija cada una de las instituciones del derecho del trabajo. Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador (...).*”

³⁷ Observación General N° 18, *El derecho al trabajo*, 2005, párr. 6.

³⁸ Ver CamCAyT, Sala I, *Ruiz María Antonieta c/ GCBA*, sentencia del 2/04/04, voto del Dr. HORACIO CORTI.

en la cúspide del ordenamiento jurídico positivo diversos derechos “inviolables” (Fallos 252:158, 161, considerando 3°) del trabajador, así como deberes (inexcusables, ídem) de asegurarlos por parte del Congreso (Aquino, cit. P. 3770 y Milone, Fallos: 327:4607, 4617 (...))”³⁹

A su vez, de conformidad con la doctrina especializada en la materia “(...) [e]l principio pro operario (protectorio) debe orientar al intérprete en caso de duda sobre el sentido de la norma laboral, sin perjuicio de armonizar la solución con el resto del ordenamiento. En todo caso debe buscarse la interpretación más valiosa de acuerdo con la finalidad protegida, y cuando surja una duda insuperable sobre el alcance de una disposición legal (...) debe elegirse aquella solución que sea más favorable al trabajador (art. 9, LCT (...))”⁴⁰

A la luz de lo precedentemente reseñado, entiendo que las decisiones de la judicatura local se apartaron de los principios protectorios propios del derecho al trabajo, al sostener una arbitraria interpretación del decreto n° 937/07 y, en consecuencia, extender las horas semanales de trabajo de una actividad declarada *insalubre*; todo ello con la consecuente desprotección a la salud, que justamente es uno de los aspectos que buscan ser garantizados en las actividades consideradas como tales.

La judicatura local optó por una interpretación inconstitucional de la normativa aplicable, en atención a que, frente a dos opciones, eligió y aplicó la más regresiva y restrictiva para el trabajador al implicar una ampliación de la cantidad de horas semanales, llevando el límite a treinta (30), cuando en realidad deben ser veinticuatro (24) horas.

En este sentido, resulta evidente que no surge claramente del decreto n° 937/07 que la prohibición de alcanzar los cinco (5) días por semana no se aplique a los trabajadores que se desempeñan como enfermeros franqueros, como postula la Cámara porteña. Tal es así que, el propio Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, desde larga data ha aplicado esa limitación y establecido jornadas máximas de cuatro (4) días semanales para los franqueros. Tal extremo revela que la interpretación propuesta por la Cámara de Apelaciones, en virtud de la cual establece un máximo de treinta (30) horas semanales en lugar de veinticuatro (24), no resulta claramente de la letra de la norma, sino que por el contrario ésta es, cuanto menos, dudosa sobre el punto.

De esta manera, frente al dudoso alcance de la previsión normativa, y por aplicación del principio “in dubio pro operario” que se deriva de la protección constitucional del trabajo, la Alzada debía optar por la interpretación más favorable al trabajador implicando eso una limitación al máximo de horas semanales que no pueden superar las veinticuatro (24) horas. Sin embargo ha hecho todo lo contrario, incluso por sobre cuestiones no controvertidas por el GCBA.

Como se observa, se forzó la interpretación del considerando 4° del decreto 937/07 - que hasta ese entonces venía siendo interpretado armónicamente- sin siquiera guardar coherencia argumentativa los fundamentos emitidos por la Cámara de Apelaciones y los emanados del Tribunal Superior de Justicia. El cambio de interpretación del decreto en cuestión tuvo por fin adaptarlo a la sanción del acta de negociación colectiva 12/12 que peca

³⁹ Fallos 330:1989, considerando 4° y sus citas.

⁴⁰ ver FERNÁNDEZ MADRID, JUAN CARLOS, *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, Buenos Aires, La Ley, 2007*, p. 166.

de inconstitucional al reformar in pejus la extensión de la jornada laboral de los enfermeros franqueros y transar con derechos humanos indisponibles. Todo ello, se reitera, en un claro apartamiento del principio de legalidad.

Sobre el punto, cabe traer a colación lo dicho por la Corte en el sentido que *“la misión judicial no se agota con la remisión a la letra de los textos legales, sino que requiere del intérprete la búsqueda de la significación jurídica o de los preceptos aplicables que consagre la versión técnicamente elaborada y adecuada a su espíritu, **debiendo desecharse las soluciones notoriamente injustas** que no se avienen con el fin propio de la investigación judicial de determinar los principios acertados para el reconocimiento de los derechos de los litigantes.”*⁴¹

Por mi parte, entiendo que lo expresado en el considerando 4º del decreto 937/07 - “sin alcanzar cinco días semanales de asistencia”- resulta aplicable tanto al personal “franquero” como a los profesionales de la salud regidos por las ordenanzas n° 41.455 y n°45.199. Así lo ha entendido también el propio GCBA en la aplicación del régimen, limitando la actividad de los “franqueros” a un máximo de cuatro (4) días por semana, y así también lo afirmó al contestar demanda. Ello, más allá de señalar que las causas se iniciaron porque el GCBA prolongaba la jornada de las enfermeras franqueras en cuestión, en doce (12) horas diarias.

3.4. Violación al principio de igualdad ante la ley como no discriminación y consecuente vulneración del principio de razonabilidad

En primer lugar, huelga señalar que no existe una normativa específica y puntual que regule la cuestión exclusivamente para los franqueros pero sí la hay para los enfermeros de planta permanente que conforman el staff de personal de los establecimientos públicos de salud que dependen de la Ciudad de Buenos Aires. Y nada obsta, ante los supuestos de lagunas e indeterminaciones normativas a la aplicación de otros regímenes a través de las técnicas de interpretación elaboradas por la dogmática jurídica, según lo admite en forma pacífica la doctrina.”⁴²

La decisión de la judicatura local vulnera el principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional; en el artículo 11 de la Constitución local y en varios tratados internacionales sobre derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional, en la medida en que a los efectores de la salud y acción social comprendidos en las ordenanzas n° 41.455 y 45.199 -que prestan servicio de lunes a viernes- se les respeta la duración máxima de la jornada laboral (no más de 4 días semanales) ante condiciones de insalubridad mientras que no sucede igual con los *enfermeros franqueros* que realizan tareas declaradas legalmente como insalubres –por la naturaleza de la actividad en sí misma, o por los centros de salud en los que prestan el servicio.

Así las cosas, la convención constituyente de 1853 estableció en el artículo 16 del texto de la Constitución el principio de igualdad, por el cual *“La Nación Argentina no admite*

⁴¹ Votos de los Dres. JUAN C. MAQUEDA Y EUGENIO R. ZAFFARONI, D. 163, XXXVII.

⁴² Por todos, BALBÍN CARLOS F., *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Buenos Aires, *La Ley*, 2007, pp.. 187 y ss. y, en especial, pp.. 193 y ss..

prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley (...)."

Esta idea se completa con lo dispuesto en el artículo 14, que garantiza derechos civiles a "todos los habitantes"; con lo establecido en el artículo 8°, que garantiza la igualdad entre los ciudadanos de las distintas provincias y con lo que prescribe el artículo 20 que establece la igualdad entre los nacionales y los extranjeros.

De este modo, la convención constituyente de 1853 estableció un principio de igualdad como *no discriminación*,⁴³ en donde todas las personas deben ser tratadas de igual modo.

Sobre el punto, se trae a colación lo afirmado por el Dr. SABA⁴⁴ en el sentido que: "(...) *la Constitución establece también que "todas las personas son iguales ante la ley", principio a partir del cual se desprende la obligación del Estado de evitar tratos desiguales injustificados,*⁴⁵ *así como también la perpetuación de situaciones de exclusión o de sometimiento de grupos.*⁴⁶ *Está claro para la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia nacional y comparada, que el estado está impedido, a la luz de este principio, de llevar adelante prácticas o de tomar decisiones que atenten contra el derecho a ser tratado igual en ambos sentidos. Sólo para citar algunos ejemplos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado respecto del derecho a no ser discriminado por el Estado sobre la base de criterios razonables en casos tales como Arenzon⁴⁷ y Repetto⁴⁸, mientras que en el caso Delgado,⁴⁹ según el voto concurrente con el de la mayoría emitido por el Juez Petracchi, ha sostenido que existe una obligación estatal de dismantelar una situación de sometimiento y exclusión de un grupo sistemáticamente segregado de ámbitos relevantes de la vida en sociedad (...)."*

Así las cosas, *"El principio de igualdad como no- discriminación exige que las personas sean tratadas de un modo diferente sólo cuando ese trato se encuentra justificado en la aplicación de un **criterio razonable**, es decir, que guarda una relación de funcionalidad con el objeto legítimo de la decisión o práctica que motivó el trato diferente (...) está estrechamente relacionado con el estándar de razonabilidad requiriendo dos evaluaciones para determinar si la regulación viola el principio: en primer lugar, una evaluación sobre la legitimidad del fin buscado con el establecimiento de requisitos para justificar el trato diferente y, en segundo término, la determinación de la relación de funcionalidad (o de razonabilidad) entre el*

43 Véase la descripción del principio de igualdad como no discriminación en FISS, OWEN, *Groups and the equal protection clause*, Philosophy & Public Affairs Vol. 5, No. 2 (Invierno, 1976), pp. 107-177 (existe traducción al español de una parte de ese trabajo en ROBERTO GARGARELLA (comp), *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Ed. Gedisa, 1999).

44 SABA, ROBERTO P. "Igualdad de trato entre particulares," en AAVV, *Lecciones y Ensayos* n° 89, *op. cit.*, pp. 219-220.

45 Ver SABA, ROBERTO P., "(Des)igualdad estructural," en GARGARELLA, ROBERTO Y ALEGRE, MARCELO (coords.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007. Ver también el caso *Caille*, en Fallos, 153:67.

46 SABA, supra nota 43.

47 CSJN, 15/05/1984, publicado en La Ley, 1984-C, p. 183.

48 CSJN, 8/11/1988, publicado en La Ley, 1989-B, p. 348.

49 CSJN, G. 653- XXXIII, 20/09/2000.

*criterio escogido para hacer diferencias y ese fin legítimo. Si el fin fuera ilegítimo (...) entonces el criterio (...), aunque funcional a ese fin, sería inaceptable.*⁵⁰

Para esto habrá que evaluar si la clasificación basada en las diferentes profesiones y ocupaciones (efectores de la salud y acción social de la carrera municipal regidos por las ordenanzas n° 41.455 y n° 45.199 vs. enfermeros franqueros que realizan tareas insalubres) que habilita una diferencia de trato en lo que a la cantidad máxima de días y horas semanales laborables respecta, se ajusta al estándar y al criterio de razonabilidad;⁵¹ o si, por el contrario se encuadra dentro de los supuestos de las categorías sospechosas.

Sabido es que la *razonabilidad*⁵² es el principio vector y cardinal que debe regir toda actuación del Estado. El máximo Tribunal del Poder Judicial local debe velar por la vigencia de lo previsto en el art. 28 de la Constitución Nacional y su correlativo art. 10 de la Constitución local verificando, a todo evento, que las sentencias de sus inferiores sean razonables aunque también analizando si aplican, en el caso concreto, normas o actos administrativos razonables; máxime cuando esta verificación involucra la interpretación, aplicación y vigencia de derechos constitucionales.

Se reproduce aquí, lo que, en otro momento, sostuve⁵³ al señalar que el *principio de razonabilidad*, da cuenta de la adecuada y proporcionada relación que debe necesariamente existir entre los antecedentes fácticos y contextuales que justifiquen la adopción de determinada decisión –los que, por cierto, deben ser suficientes- y los medios escogidos. A

⁵⁰ Extracto de SABA ROBERTO P., “Igualdad de trato entre particulares,” en AAVV, *Lecciones y Ensayos* n° 89, *op. cit.*, pp. 230-231.

⁵¹ Dable es señalar que, sobre el **principio de razonabilidad**, se comparte el criterio sostenido en el sentido que: “La garantía del debido proceso sustantivo con respecto a la ley formal y formal –material es la que consiste en la exigencia constitucional de que las leyes deben ser razonables, es decir, que deben contener una equivalencia entre el hecho antecedente de la norma jurídica creada y el hecho consecuente de la prestación o sanción teniendo en cuenta las circunstancias sociales que motivaron el acto, los fines perseguidos con él y el medio que, como prestación o sanción, establece dicho acto.” LINARES, JUAN FRANCISCO, *Razonabilidad de las leyes*, Buenos Aires, Astrea, 1989, 2ª ed., cap. II, p. 31. “Este principio da cuenta de la adecuada y proporcionada relación que, debe necesariamente existir entre los antecedentes fácticos y contextuales que justifiquen la adopción de determinada decisión –los que, por cierto, deben ser suficientes- y los medios escogidos. A su vez, debe existir proporción entre la finalidad perseguida por la norma y los medios adoptados para alcanzarla. En efecto, la proporcionalidad es utilizada como test de la constitucionalidad de las intervenciones legislativas en los derechos fundamentales para encontrar salida al presunto conflicto que en estos supuestos se daría entre fines públicos y derechos fundamentales; en tanto que uno de sus subprincipios, el de proporcionalidad estricto sensu, es aplicado para resolver los conflictos entre derechos,” CIANCIARDO, JUAN, *El principio de razonabilidad*, Buenos Aires, Depalma, 2004, p.23.

⁵² Ver CIANCIARDO, JUAN, *El principio de razonabilidad*, *op.cit.*, pp. 117-118 cuando sostuvo: “Incluso reduciendo la razonabilidad a un balance de ventajas y desventajas, la actividad valorativa deviene inevitable. En efecto, las ventajas o desventajas, los costes o beneficios, lo son respecto de algo que se considera valioso. Implica, por tanto, la asignación del carácter ventajoso o beneficioso a determinadas realidades, valores o estados de cosas, y esto no puede ser llevado a cabo sin valorar esas y otras realidades (...).”

⁵³ PAZOS, JOSEFINA ¿Peligrosa razonabilidad de la ley 2148 mediante la que se aprobó el Código de Tránsito y Transporte de la C.A.B.A.?, Buenos Aires, *Errepar*, Compendio Jurídico, tomo 58, p. 299, Diciembre de 2011,

su vez, debe existir proporción entre la finalidad perseguida por la norma y los medios adoptados para alcanzarla. En el análisis de estas cuestiones debe, pues, verificarse que el medio sea adecuado, para lo cual debe necesariamente efectuarse un cotejo entre el efectivamente adoptado y los otros posibles; para finalmente, decidirse por aquel que sea el menos restrictivo de los derechos constitucionales involucrados y que deben, paralelamente, protegerse.

Asimismo, sobre el principio de razonabilidad tiene dicho el Dr. AGUSTÍN GORDILLO,⁵⁴ que la proporcionalidad debe analizarse en un triple sentido, entre: “a) el fin de la ley y el fin del acto; b) el fin de la ley y los medios que el acto elige para cumplirla; c) las circunstancias de hecho que dan causa al acto y las medidas o el fin que el acto tiene (...).”

Así las cosas, para analizar la razonabilidad de las decisiones de la judicatura local, en los casos bajo estudio, se torna menester verificar la adecuada y proporcionada relación que debe necesariamente existir entre los antecedentes fácticos y contextuales justificantes –los que, por cierto, deberán ser suficientes- y los medios escogidos. Debe, a su vez, existir proporción entre la finalidad perseguida por las normas involucradas – el artículo 3° del decreto n° 937/07 (BOCBA n° 2721, del 10/07/2007); el artículo 2° de la ley nacional n° 11.544; el artículo 8° del decreto n° 16.115/33; el artículo 200 de la ley nacional n° 20744, la cláusula transitoria quinta de la ley n° 298 (BOCBA N° 899, del 10/03/2000), el artículo 24 de la ley nacional n° 24.004 y el decreto n° 8908/78, reglamentario de los capítulos VI y X de la ley n° 471- y los medios adoptados para alcanzarla. Es decir, habrá que analizar si el medio escogido está adecuadamente ajustado al fin buscado, o si el requisito está en relación con la funcionalidad al que está destinado. Este análisis de razonabilidad habrá que efectuarlo en el caso concreto, no pudiendo hacerse un análisis genérico.

Entiendo, pues, que la finalidad específica de la normativa arriba reseñada y específicamente del decreto n° 937/07 y del decreto n° 8908/78 fue garantizar la integridad física y psíquica de todo el personal que presta tareas insalubres –sea por la naturaleza de la actividad en sí misma, o por el centro de salud y las condiciones bajo las cuales presta esas funciones- entre los que se encuentran incluidos, claro está, los enfermeros franqueros de modo de proteger el derecho a la vida. Asimismo, y en paralelo, las normas tienen por finalidad garantizar un adecuado sistema de salud público mediante un trato adecuado y digno al paciente de modo de resguardar la calidad en la atención y, en consecuencia, su derecho a la salud y a la vida.

Creo que el medio elegido a través del considerando 4° del decreto n° 937/07 al limitar el tope semanal a un máximo de cuatro (4) días es proporcionado a la finalidad perseguida.

Buscar distinciones donde no las hay literalmente para aplicar un diferente trato al personal de salud y acción social de la carrera municipal respecto de los enfermeros franqueros –a quienes se les incrementa el tope máximo de la jornada laboral semanal- conforme las interpretaciones llevadas a cabo por la judicatura local con posterioridad al dictado del acta de negociación colectiva 12/12 sin fundamentar tal decisión en derecho, parece a todas luces discriminatorio y arbitrario y vulnera el principio de igualdad ante la ley. Salvo que se quiera sostener que la vida de un profesional de la salud y acción social de

⁵⁴ GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t.1, *Parte general*, Buenos Aires, FDA, 2013, cap. X, p.29. Se puede ampliar en CAYUSO, SUSANA, *La aplicación del principio de razonabilidad y las limitaciones a los derechos fundamentales*, Pensamiento Constitucional, Año VI, N° 6, Lima, 1999.

planta de la carrera municipal valga más que la vida de un pobre *enfermero franquero*. Premisa, a todas luces, falaz, inválida, inconstitucional y prohibida.

3.5. Violación al derecho al trabajo, a la salud y al debido proceso

Todos los trabajadores, sin distinción de privados o públicos (sean estos últimos nacionales, provinciales, municipales), cuentan con el derecho protectorio consagrado en la Constitución Nacional mediante una orden directa y con un sentido claro dirigido a los poderes públicos.

El derecho al trabajo ha sido reconocido a nivel internacional en otras normas tales como el apartado a) del párrafo 3 del art. 8° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; en el inciso i) del párrafo e) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de la Discriminación Racial; en los Convenios con la O.I.T (el preámbulo del Convenio n° 168 de 1988, Convenio n° 122, entre otros), y fue objeto de tratamiento por la Comisión de Derechos Humanos (tema 31 del programa del 11 período de sesiones).

Por otra parte, se observa del articulado constitucional de la CABA la protección del trabajo en todas sus formas (art. 43, primer párrafo), precepto que se aplica a *“toda actividad laboral, sea pública o privada, permanente, contratada o transitoria, formal o informal.”*⁵⁵

Subyace en las disposiciones de esta cláusula la idea de que la relación de empleo público configura una relación laboral y, consecuentemente con ello, se proclama que *“el tratamiento y la interpretación de las leyes laborales debe efectuarse conforme a los principios del derecho del trabajo.”* En esta misma inteligencia, la aplicación de los principios del derecho del trabajo a las relaciones de empleo público ha sido ampliamente receptada por el fuero contencioso administrativo local.⁵⁶

Asimismo, la Constitución de la Ciudad, enfatiza tal encuadre estableciendo el prisma por el que deben evaluarse las situaciones concretas de empleo público, quedando incluido en aquél la aplicación de las normas de derecho administrativo laboral. Por supuesto que el principio protectorio resulta un punto de partida fundamental en este modo de apreciar los casos concretos en el ámbito de empleo público de la Ciudad.

La protección al trabajo que el constituyente manda asegurar, principalmente al legislador, *“atañe asimismo a los restantes poderes públicos, los cuales, dentro de la órbita de sus respectivas competencias, deben hacer prevalecer el espíritu protector que anima a dicho precepto (...).”*⁵⁷

Asimismo, cabe hacer mención de la Observación General N° 18 del Comité DESC (aprobada el 24/11/2005, que en el art. 6° expone que *“el derecho al trabajo es esencial para la realización de otros derechos humanos y constituye una parte inseparable e*

⁵⁵ QUIROGA LAVIÉ, H., *Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Comentada*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1996, p. 129.

⁵⁶ CamCAyT, Sala I, *Ruiz María Antonieta c/ GCBA*, sentencia del 2/04/04.

⁵⁷ CSJN, in re *Vizzoti Carlos c/ AMSA S.A. s/ despido*, 14/09/04, Fallos: 327:3677, considerando 8°, último párrafo, y sus citas del pronunciamiento registrado en Fallos: 301:319, 324:325, considerando 5°.

inherente de la dignidad humana. Toda persona tiene derecho a trabajar para poder vivir con dignidad.” Afirma asimismo –en los párrafos 7 y 12 apartado c- que un trabajo digno es el “que respeta los derechos fundamentales de la persona humana, así como los derechos de los trabajadores en lo relativo a condiciones de seguridad laboral (...) [entre los que se incluyen] el respeto a la integridad física y mental del trabajador en el ejercicio de su empleo.” Y continúa en el sentido que la protección del derecho al trabajo presenta varias dimensiones, especialmente el derecho del trabajador a condiciones equitativas, satisfactorias y seguras de trabajo, cuya existencia constituye uno de los elementos “interdependientes y esenciales” del ejercicio laboral: su “aceptabilidad y calidad.”

Entiendo, pues, que la jurisprudencia del fuero local emitida con posterioridad al año 2012 sobre el tema en estudio –que fuera mencionada en el acápite 3 del presente- viola el derecho constitucional al trabajo, a la salud, al debido proceso y a una tutela judicial efectiva (contemplados en los arts. 14, 14 bis, 18, 75 inc. 22 de la CN y en los arts. 10, 13, 20 y 43 de la CCABA).

En particular viola lo dispuesto en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional que expresamente establece que la ley asegurará al trabajador “*condiciones dignas y equitativas de labor así como jornada limitada*” y que sienta, asimismo, que “(...) *.el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes*”. Este pasaje –se reitera- asegura la consagración constitucional de un principio cardinal del derecho del trabajo como es el principio protectorio.

En forma concordante, viola la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que, en su art. 43, establece “*la Ciudad protege el trabajo en todas sus formas. Asegura al trabajador los derechos establecidos en la Constitución Nacional y se atiene a los convenios ratificados y considera las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (...). El tratamiento y la interpretación de las leyes laborales debe efectuarse conforme los principios del derecho del trabajo*”.

Transgrede, asimismo, lo dispuesto en el artículo 10 de la Constitución local cuando menciona que rigen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen.

Vulnera también el artículo 14 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que consagra el derecho al trabajo “*en condiciones dignas.*” Afecta el artículo 23 inciso 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos en cuanto reconoce que toda persona tiene derecho al trabajo y “*a condiciones equitativas y satisfactorias*” y el artículo 24 del mismo plexo normativo en cuanto establece la necesidad de una “*limitación razonable de la duración del trabajo*”. Vulnera también el inciso d) del artículo 7° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en cuanto plasma la necesidad de que existan “*condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias*” que le aseguren al trabajador, en especial, la limitación razonable de las horas de trabajo. Vulnera asimismo, el artículo 6° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “*Protocolo de San Salvador*” que se manifiesta en idéntico sentido; y sobre todo el inciso g) del artículo 7° el mismo plexo normativo en tanto sienta la necesidad de la “*limitación razonable de las horas de trabajo, tanto diarias como semanales agregando que las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres o nocturnos*”. Todos estos instrumentos fueron incorporados al texto de la Carta Magna en virtud de lo dispuesto en el artículo 75 inciso 22.

Asimismo, se produjo la afectación de las garantías consagradas en los artículos 18 de la Constitución Nacional y 13 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en tanto, la Cámara porteña desconoció la regla enunciada bajo el adagio italiano *“tantum devolutum quantum appellatum”*. Es que, como fuera arriba mencionado, en ningún momento el GCBA desconoció que los *enfermeros franqueros* deban ajustar su trabajo a un máximo de cuatro (4) días, en los términos del decreto 937/07.

Ello genera la afectación al debido proceso y, en consecuencia, a la tutela judicial efectiva, principios garantizados en las contundentes disposiciones de los artículos 8° y 25⁵⁸ del Pacto de San José de Costa Rica –cuya jerarquía constitucional no puede ser cuestionada por imperio de lo expresamente dispuesto en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

Al respecto, y en el marco de los recursos a que se refiere el art. 25 de la CADH, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la institución procesal del amparo reúne las características necesarias para la tutela efectiva de los derechos fundamentales, esto es, la de ser sencilla y breve (conf. caso del *Tribunal Constitucional*, 31/01/01, Serie C, N° 71, párr. 91). Tales recursos deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron creados, según resulta de una extensa familia de casos resueltos por el Tribunal Americano.⁵⁹ Por ello no basta con que los recursos existan formalmente, sino que es preciso que ellos sean “efectivos”, en el sentido que deben brindar a la persona la posibilidad de alcanzar la protección judicial requerida. La existencia de esta garantía, ha dicho el Tribunal Americano, constituye uno de los pilares, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática.⁶⁰

En conclusión, la judicatura local, al resolver como lo hizo, vulneró los derechos a la protección del trabajo y a la salud de raigambre constitucional fundándose, a tales efectos, en argumentos que no habían sido propuestos por la demandada. No sólo falló más allá de lo pedido sino que -al introducir esa cuestión- privó a las amparistas de un recurso amplio para cuestionar la decisión adoptada.

4. Algunas reflexiones finales

⁵⁸ El inciso 1 del art. 8° del Pacto de San José de Costa Rica expone –en su parte pertinente- que *“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”* Y el art. 25 dice *“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”* y en este sentido los Estados parte se comprometen a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso (inciso a), a desarrollar las posibilidades de recurso judicial (inciso b) y a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso (inciso c).

⁵⁹ Véase la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José, Costa Rica, 2005, pp. 1065 y ss., en esp. ver p. 1070, nota 1813.

⁶⁰ *Yatama*, 230/6/05, Serie C, N° 127, párr.. 169, y *Tibi*, 7/09/04, Serie C, N° 114, párr.. 131; entre otros.

Cabe, en este punto, destacar el vínculo indisoluble que existe entre el derecho al trabajo que reconoce el bloque de constitucionalidad federal y la dignidad de la persona. Esta última se erige en el fundamento definitivo de los derechos humanos y no deriva de un reconocimiento ni de una gracia de las autoridades o poderes públicos, toda vez que resulta “intrínseca” o “inherente” a todas y cada una de las personas humanas por el solo hecho de serlo.⁶¹ Fundamento y, a la par, fuente de los mentados derechos pues, según lo expresa el PIDESC, los derechos en él enunciados “se desprenden” de la dignidad inherente a la persona humana.⁶²

No debe pasarse por alto que el *“trabajo humano tiene características que imponen su consideración con criterios propios que obviamente exceden el marco del mero mercado económico y que se apoyan en principios de cooperación, solidaridad y justicia (...) normativamente comprendidos en la Constitución Nacional (...).”*⁶³

La intención que guía este trabajo, en definitiva, se ajusta a los principios humanísticos que, insertos en la Constitución Nacional, han nutrido la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.⁶⁴

En primer lugar, el relativo a que *“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.”*⁶⁵

En esta misma línea se comparte lo afirmado por el Dr. SABA⁶⁶ en el sentido que *“Si bien no lo hace en forme expresa, al menos en la versión sancionada en 1853, nuestra Constitución establece que tenemos derecho a la vida. Podemos entender que este derecho es precondition de todos los demás derechos que explícitamente emergen en la Carta Magna. Es más, el derecho a diseñar nuestro propio plan de vida (...) supone que tenemos derecho a que no nos quiten la vida, dado que sin ella no hay plan posible.”*

⁶¹Ver el primer párrafo del Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos y su art. 1; asimismo, ver el primer párrafo del Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; ver el primer párrafo del Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su art. 10.1 y ver el párrafo segundo del Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sus arts. 5.2 y 11.1, entre otros instrumentos de jerarquía constitucional.

⁶²Ver el segundo párrafo del Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el segundo párrafo del Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁶³ Conf. CSJN, *Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688*, Fallos: 327:3573.

⁶⁴ La Corte ha dicho que *“(…) es manifiesto que el art. 14 bis de la Constitución Nacional no ha tenido otra finalidad que hacer de todo hombre y mujer trabajadores sujetos de preferente tutela constitucional (...) la reforma constitucional de 1957 se erige en una suerte de hito mayúsculo en el desarrollo de nuestro orden constitucional, por haber enriquecido el bagaje humanista del texto de 1853-1860 con los renovadores impulsos del constitucionalismo social desplegados, a escala universal, en la primera mitad del siglo XX. Impulsos estos percibidos por la Corte en temprana hora (1938), cuando juzgó válidas diversas reglamentaciones tutelares de la relación de trabajo con base en que el legislador argentino, mediante ellas, no hacía otra cosa que seguir “el ritmo universal de la justicia” (Fallos: 181:209;213) (...)”* Esta manda constitucional –agrega la Corte- *“(…) se ha visto fortalecida y agigantada por la singular protección reconocida a toda persona trabajadora en textos internacionales de derechos humanos que, desde 1994, tienen jerarquía constitucional (...).”*

⁶⁵ Por todos, CSJN, *Campodónico de Beviacqua*, Fallos: 323:3229.

⁶⁶ SABA, ROBERTO P., “Igualdad de trato entre particulares,” en AAVV, *Lecciones y Ensayos* n° 89, op. cit., p. 228.

A la luz de lo reseñado en los acápites precedentes se observa que los fallos en comentario ponen en la liza, de modo general, la protección del derecho de raigambre constitucional a la integridad psicofísica, a la salud y, si se quiere, hasta la propia vida del *enfermero franquero*. Y al ser inescindible el vínculo entre los dos primeros y el último, según ha dicho en múltiples ocasiones el Máximo Tribunal, la prevención remite al primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, que resulta garantizado por la Constitución Nacional,⁶⁷ máxime cuando éste comprende no sólo el derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida a la persona el acceso a las condiciones que le garanticen una “existencia digna.”⁶⁸

⁶⁷ CSJN, *Floreancig*, Fallos 329:2552, entre muchos otros en igual sentido.

⁶⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de los “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y otros vs. Guatemala*, sentencia del 19/11/99, Serie C N° 63, párr. 144, y voto concurrente conjunto de los jueces CASCADO TRINDADO y ABREU BURELLI, párr. 4.