

La noción del orden público social¹

Mario Garmendia Arigón

Profesor Agregado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
(Universidad de la República, Montevideo, Uruguay)

Profesor Titular de Derecho del Trabajo
(Universidad CLAEH, Punta del Este, Uruguay)

Sumario: 1. El orden público. 2. Caracteres. 2.1. Sustancia unitaria, compleja y jerarquizada. 2.2. Omnipresencia conceptual. 2.3. Relatividad espacial. 2.4. Dinamismo. 2.5. Trascendencia. 2.6. Versatilidad instrumental. 3. Orden público y derecho del trabajo. 3.1. Del abstencionismo a la intervención de la ley. 3.2. Centralidad. 3.3. El orden público social. 3.3.1. Precisión terminológica. 3.3.2. Caracteres del orden público social. a. Supra-legalidad o trascendencia. b. Tendencia a la progresividad. c. Instrumentos del orden público social. d. El contenido del orden público social.

1. EL ORDEN PÚBLICO

La idea jurídica del *orden público* ha sido desde siempre tan controversial y compleja como crucial. Esa poderosa combinación ha contribuido a rodearla de cierta mística, que ha quedado muy bien ilustrada en aquella aguda imagen en que se la compara con “una especie de sombra familiar que proyectamos para defendernos y ampararnos, pero que nadie ha alcanzado a descubrir la sustancia real de que se forma”².

Muchos ensayos han intentado explicar su esquivada esencia.

Algunos se han enfocado en la *naturaleza pública o privada del interés* en juego, siendo el *orden público* el tocante a la utilidad colectiva o general; lo opuesto al *orden privado*, que sólo involucra el interés singular del individuo³. Otros han relacionado el *orden público* con las *reglas o valores que conforman el sustrato esencial de un ordenamiento jurídico dado*. Serían, en este sentido, los cimientos de la *organización social* y del *sistema jurídico* generado por determinada sociedad⁴. Otros, los más numerosos, han apuntado

¹- El presente trabajo es una síntesis de la tesis del autor, *Orden público y Derecho del Trabajo*, 2a. edición, La Ley Uruguay, Montevideo, 2016.

²- Martínez Paz, Enrique, “El concepto de orden público en el Derecho privado positivo”, in *rev. argentina del Colegio de Abogados*, año XXI, T. XX, N° 4, Bs. As., julio-agosto 1942, p. 668.

³- Planiol, Marcel y Ripert, G. (con la colaboración de Esmein, P.), *Traité Pratique de Droit Civil Français*, T. VI, París, 1930, p. 303; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. I, p. 95; Laurent, François, *Principes de Droit Civil Français*, t. I., 5ª ed., Bruselas, París, 1893, p. 88; Demolombe, Charles, *Cours de Code Napoleon*, t. I, 2ª ed, París, 1860, p. 92, Beudant, Charles, *Cours de droit civil français*, 2ª ed., París, 1934, p. 76; Savigny, Friederic Carl von, *Traité de Droit romain*, traduct. Guenoux, t. VIII, París. 1885, p. 38

⁴- Alglave, Émile, “Definition de l’ordre public en matière civile”, en *Revue Pratique de Droit Français*, t. XXV, año 1868, p. 572, Marcadé, Victor, *Explication théorique et pratique du Code Civil*, T. I, 7ª. ed., París, 1873, p. 78; Larombière, M.L., *Théorie et Pratique des Obligations ou Commentaire des Titres II et IV libre III du Code Civil*, T. I,

a su *instrumentalidad*, para identificarlo con la *eficacia especialmente imperativa de ciertas normas*, que se impone como límite frente a la autonomía de la voluntad de los particulares⁵.

En todo caso, es de suma importancia distinguir la *esencia* de la *instrumentalidad* del *orden público*. Porque mientras la primera tiene una naturaleza unitaria e integral, válida para cualquier espacio del universo jurídico, la segunda, en cambio, es un *recurso técnico* que apunta a asegurar el respeto inexorable de ciertas normas. Ese *recurso técnico* no es único, no siempre es el mismo, sino que varía para atender de la mejor forma las particularidades de cada materia específica. En algunos casos consistirá en la imposición de límites infranqueables a la voluntad de los particulares (v. gr.: *indisponibilidad absoluta*, *imperatividad*, *inderogabilidad* o *eficacia particularmente imperativa* de las normas). En otros, se manifestará como una *indisponibilidad relativa* (típica del llamado *orden público social*), o como la *aplicación inmediata* de ciertas normas (o, incluso, la *retroactividad* de las mismas), o como la imposición de *límites ante la eventual aplicación de normas foráneas* o bajo la forma de la *tutela jurídica automática*, que apunta a proteger determinados *valores fundamentales* incluso en ausencia de reglamentación legal explícita.

Por eso, la tendencia a identificar la idea del *orden público*, con sus *manifestaciones instrumentales*, expone al riesgo de caer en la errónea creencia de que cada disciplina jurídica podría generar su propia y particular definición del instituto y, además, puede inducir a infravalorar la verdadera esencia del concepto.

Pero los valores que conforman la noción sustantiva del *orden público*, son los ideales básicos de un determinado colectivo social y orientan la evolución del ordenamiento jurídico positivo, así como la hermenéutica con que debe ser abordado el mismo.

Y en ese entendido, el orden público puede ser definido como el *conjunto de valores de la vida que por la especial trascendencia que asumen en determinado estadio de la evolución social, pasan a integrar la conciencia jurídica colectiva y se constituyen en objetos de tutela privilegiada por parte del Derecho*⁶.

París, 1885, p. 158; Gény, François, *Méthode d'interprétation et Sources en Droit Privé Positif. Essai critique*, 2ª ed., París, 1919, p. 180; Baudry, G., Houques Fourcade, M., *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil. Des personnes*, 3ª ed., París, 1907, p. 242; Bevilacqua, Clovis, *Direito internacional privado*, 3ª ed., 1938, p. 108; de Roa, Julio, *Del orden público en el Derecho Positivo*, Bs. As., 1926, p. 64; Caldera, Rafael, *Derecho del Trabajo*, t. I, 2ª ed., El Ateneo, Bs.As., 1960, p. 58.

⁵- Gounot, Emmanuel., *Le principe de l'autonomie de la volonté en Droit privé. Contribution a l'étude critique de l'individualisme juridique*. Arthur Rousseau, éditeur, Paris, 1912, p. 87; Barassi, Ludovico, *Tratado de Derecho del Trabajo*, Ed. Alfa, Bs. As., 1953, p. 105; de Moraes Filho, Evaristo, *A natureza jurídica do direito do trabalho*, 1954, p. 100.

⁶- Del autor: *Orden público y Derecho del Trabajo*, 2ª edición, La Ley Uruguay, 2016, p. 74.

2. CARACTERES

2.1. Sustancia unitaria, compleja y jerarquizada

El orden público está conformado por un conjunto de valores especialmente significativos para un cierto colectivo social. Su esencia se nutre de profundas convicciones éticas que se integran en un esquema de preceptos fundamentales, a menudo llamado *conciencia jurídica colectiva*. Su complejidad determina que su sustancia sea, a la vez, *única y diversa*. Es *única* porque los valores que lo integran conforman una unidad básica, que rige para cualquier disciplina jurídica⁷. Pero, al mismo tiempo, su materia también es diversa, porque asume expresiones instrumentales diferentes en cada rama del Derecho. Pero, además, no todos los valores de esa compleja trama poseen la misma jerarquía, pues a algunos se les reconocerá mayor centralidad que a otros.

2.2. Omnipresencia conceptual

La idea del orden público es universal porque es el sustrato fundamental de cualquier sistema normativo. Todo ordenamiento responde a una determinada concepción sustantiva del orden público y los principios, institutos y normas que lo componen deberían ser una fiel consagración de los contenidos que cada sociedad ha conferido a dicho concepto. Por este motivo, no es posible concebir la idea de un Derecho positivo en la que no esté presente la noción de orden público, como esencia o núcleo central de la *ingeniería jurídica*.

2.3. Relatividad espacial

La antedicha omnipresencia no puede llevar a suponer que en todos los ordenamientos asuma un contenido idéntico. Siendo un resultado de la realidad social, su contenido es variable. En otras palabras: el orden público es, como noción, omnipresente, pero su contenido es diferente según cada realidad social. Por esta razón no es posible describir un contenido universalmente válido para este concepto, si bien algunos valores (los *medulares*) tendrán mayor generalidad y prevalencia.

2.4. Dinamismo

La materia del orden público es esencialmente mutable. Hay quienes han resaltado la importancia de esta característica como factor impulsor de cambios en el Derecho, para adecuarlo a “*las nuevas tendencias sociales, políticas y económicas en un campo vasto de posibilidades y sin necesidad de nuevas*

⁷ En materia de derechos humanos fundamentales se hace referencia a su carácter *global* y a su *comunicabilidad e interdependencia*. V.: VV.AA., El Sistema Universal de los Derechos Humanos, Dirección y Coordinación Cristina Monereo Atienza y José Luis Monereo, Comares, Colección *Comentarios a la Legislación Social*, Granada, 2014, p. XVII.

leyes”⁸. Como se verá, el propio surgimiento de la *legislación industrial*, es resultado de una importante mutación del orden público.

2.5. Trascendencia

El orden público *trasciende* al Derecho positivo y, por ello, no necesariamente debe asumir una expresión normativa concreta. Su existencia no requiere de la declaración explícita del legislador, sino que resulta una emanación del sentir profundo de una determinada colectividad.

Sin embargo, la doctrina no es unánime en cuanto a la importancia o efectos que deben atribuirse a la explicitación normativa del orden público. Algunos han opinado que sólo esa explicitación normativa permite que un precepto califique como *de orden público*⁹. Otros, en cambio, restan toda importancia a la referencia positiva¹⁰ y sostienen que una norma puede ser *de orden público* aún sin declaración expresa¹¹ y que, incluso, el intérprete puede distanciarse de la declaración *de orden público* del legislador si concluye que el contenido del precepto no se compadece con la naturaleza de aquella noción¹².

Es probable que la mejor conclusión se encuentre entre ambos extremos. La declaración legal reviste gran importancia, pero el carácter *de orden público* también podría, por ejemplo, resultar de una referencia *indirecta*, que puede inferirse del texto de la norma (consecuencias que apareja su incumplimiento, sanciones, etc.) o, incluso, de su contexto¹³. Pero la declaración normativa expresa no es imprescindible. Ciertos *valores de la vida* pueden ser conceptualizados por el intérprete como *de orden público* aun antes de haber sido reconocidos como tales por el legislador. Tan es así, que los propios ordenamientos positivos suelen contener mecanismos que permiten sortear esos posibles desfasajes, mediante el reconocimiento de, por ejemplo,

⁸- Fueyo Laneri, F., “La noción de orden público y su evolución útil”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, N° 3-4, año XVIII, Montevideo, julio-diciembre de 1967.

⁹- Alglave, E., op. cit., p. 588.

¹⁰- Demogue, op. cit., p. 146.

¹¹- Risolía, “Orden público y derecho privado positivo”, separata del Libro en Homenaje a Enrique Martínez Paz, Buenos Aires, 1957, p. 30, cit. por Lima, O., “Orden público y renuncia al empleo”, en rev. *Derecho del Trabajo*, t. XXI, Buenos Aires, 1961, p. 354.

¹²- Para Larombière existen ciertas normas que pertenecen al orden público por su propia naturaleza (por ejemplo, las referidas al estado de las personas) no siendo necesario que la ley explicité esta circunstancia. Pero también hay otras que siendo de “utilidad pública”, no forman parte natural del orden público y por ello exigen la declaración explícita (por ejemplo, las referidas al orden de los bienes). Op. cit., p. 167.

¹³- V. Supervielle, Bernardo, “*El orden público y las buenas costumbres*”, en La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, t. 54, Montevideo, 1956, p. 214.

el carácter no taxativo de las nóminas de derechos humanos explicitadas en los textos constitucionales¹⁴.

2.6. Versatilidad instrumental

La *indisponibilidad absoluta* (también llamada *imperatividad*, *inderogabilidad*, *eficacia particularmente imperativa*, etc.), es el mecanismo que más habitualmente se identifica con la noción del orden público, al punto de llegar a confundirse con la misma. Sin embargo, el amparo de los valores inherentes al orden público no siempre se consigue concretar mediante este mecanismo.

En algunos casos se presenta bajo la forma de una *indisponibilidad relativa*, que permite que los particulares tengan una cierta libertad de movimientos. Se trata de situaciones en las que el propio ordenamiento jurídico considera que el respeto de dicho margen para el despliegue de la autonomía de la voluntad resulta compatible y necesario para la mejor y más sana tutela de los valores que están en juego. Por este motivo se ha señalado que el concepto de orden público no es de carácter automático, ni se puede aplicar rígidamente *en todos los casos* como límite a la libertad de convenir¹⁵. Esa *indisponibilidad relativa* es muy típica del Derecho del Trabajo, donde se admiten espacios en que sí es posible que las partes se manejen en los términos de la autonomía de la voluntad.

La versatilidad del orden público determina que, en ciertos casos, el instrumento tenga otras características. A veces se proyecta hacia el ámbito de la *eficacia temporal* de las normas jurídicas y, en esta línea, el orden público ha permitido justificar, a veces, la eficacia retroactiva o la llamada *aplicación inmediata* de determinadas normas. Como paradoja, hay que señalar también, que el mismo orden público suele invocarse para rechazar la retroactividad de las leyes¹⁶.

Los instrumentos también se proyectan en el plano de la *eficacia espacial* de las normas jurídicas, determinando que algunas de ellas no puedan ceder frente a la eventual aplicación de una norma extranjera en los casos de relaciones jurídicas que comprometen elementos extranjerizantes¹⁷.

Como ya se dijo, los modernos sistemas jurídicos han generado, también, mecanismos que habilitan el *reconocimiento y la protección automática* de determinados bienes jurídicos especialmente sensibles. Esto permite que la tutela jurídica de dichos *valores de la vida* no dependa necesariamente de la existencia de un reconocimiento normativo explícito, sino que pueda

¹⁴.- V. gr.: constituciones de Argentina (art. 33); Brasil (art. 5, § 2); Colombia (art. 93); Ecuador (art. 44) Guatemala (art. 46), Nicaragua (art. 46); Paraguay (art.45); Perú (cláusula 4ª de las “*Disposiciones finales*”); Uruguay (art. 72).

¹⁵.- Lanfranchi, C., op. cit., p. 158.

¹⁶.- Roubier, *Les conflits de lois dans le temps*, París, 1929, t. I, p. 509, cit. por Supervielle, op. cit., p. 207.

¹⁷.- Alfonsín, Q., *Curso de Derecho Privado Internacional, Teoría del Derecho Privado Internacional*, Montevideo, 1953, p. 560.

adelantarse al mismo y obtenerla incluso en ausencia de norma expresa. Esta también es una manifestación del concepto del orden público, pues esta tutela automática y autoejecutable es un poderoso instrumento dirigido a preservar sus contenidos.

3. ORDEN PÚBLICO Y DERECHO DEL TRABAJO

3.1. Del abstencionismo a la intervención de la ley

Alain Supiot condensó la esencia básica del Derecho del Trabajo diciendo que es “*aquel que rige los intercambios de trabajo y dinero*”¹⁸. Esa *relación de cambio* sólo pudo surgir una vez que el fenómeno del *trabajo productivo por cuenta de otros* (realidad conocida por todas las sociedades históricas)¹⁹ quedó *jurídicamente* definido como *libre*. Lo que hasta entonces se explicaba mediante el simple ejercicio del derecho de propiedad ejercido directamente *sobre el individuo*, a título de *derecho real*²⁰, debió ir en busca de *otra justificación jurídica*. Fue así que la propiedad dejó de ejercerse directamente *sobre* la persona, pero su trabajo pasó a transformarse en el *objeto* de una *nueva relación jurídica*, que los juristas clásicos calificaron como un *contrato* entre iguales. Ante el Derecho del liberalismo *no había trabajadores*, sino sólo individuos capaces de contratar y ninguna razón podía determinar que hacia ellos se dirigiese un tratamiento distinto o particular²¹. El desequilibrio entre las partes, es decir, la esencia principal de aquella novedosa relación jurídica que se generaba a partir del trabajo industrial, quedaba completamente oculto tras un velo de consignas jurídicas formales (la proclamación de la libertad, la igualdad, y la autonomía de la voluntad individual²²), que lo tornaban perfectamente *invisible* ante los ojos de los

18.- Supiot, Alain, *El Derecho del Trabajo*, Heliasta, Bs. As., 2008, p. 18. En términos similares: Palomeque López, M. Carlos, *Derecho del Trabajo e Ideología*, 7ª ed. revisada, Tecnos, Madrid, 2011, p. 19.

19.- Palomeque López, M. C., op. cit., p. 20.

20.- Sinzheimer, Hugo, “La democratizzazione del rapporto di lavoro”, *Giornale di Diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 2, 1979 (1928), p. 219 y ss.; Barbagelata, Héctor-Hugo, *Curso sobre la Evolución del Pensamiento Juslaboralista*, FCU, Mdeo., 2009, p. 16. V., además: Alonso Olea, Manuel, *De la servidumbre al contrato de trabajo*, Cuadernillos de la Fundación Electra, Páginas Memorables, núm. 1, Mdeo., 2014.

21.- Si acaso, todo lo que la ley podía estar llamada a intervenir tenía que ver con garantizar la mayor libertad de los contratantes, p. ej., prohibiendo la contratación de por vida o determinando que la misma sólo era lícita cuando se concretaba con un determinado plazo (art. 1780 del C. Civil francés de 1804, ley Chaptal, del 22 germinal año XI). Renard, Alain, *La prohibition de l’engagement à vie, de la condamnation du servage à la refondation du licenciement. Généalogie d’une transmutation*, Bruxelles, Bruylant, “Penser le droit”, 2009, cit. por Olszak, N., cit., pp. 28-29. Supiot, A., *Derecho del Trabajo*, cit., p. 19.

22.- Al decir de Monereo, “...los trabajadores no alcanzarían por la mera declaración de sus derechos y libertades una posición contractual en condiciones de igualdad (contractual) con la contraparte empresarial, sino que verían la persistencia de las condiciones de sujeción jurídico-económica (...). Ello supuso que en los orígenes del capitalismo y durante la época codicística el tránsito en la realidad jurídica operaba con una secuencia bien diferente: de la tutela estatutaria precedente a un nuevo estatuto

juristas y que daba base para la construcción y despliegue hegemónico de lo que, con acierto, Monereo ha definido como un *Derecho indiferente*²³. De este modo, donde la realidad mostraba *trabajadores* en situación de *inferioridad* frente a los empresarios, el jurista sólo percibía *personas libres e iguales* y, por lo tanto, sujetos plenamente capaces de traducir sus intereses y asumir obligaciones a través de la vía contractual.

La ilusión de libertad escenificada por aquella *concepción contractual-mercantil*, prohió la proliferación de condiciones de trabajo y de vida miserables en la nueva clase proletaria, descargando, incluso, sus peores consecuencias sobre los niños²⁴. Fue para atender esta terrible situación que los Estados comenzaron a adoptar algunas normas tendientes a limitar el esfuerzo excesivo al que éstos eran sometidos²⁵. Aquellas no eran, todavía, normas protectoras *del trabajador*, sino, en alguna medida, *de la niñez*, pues el *trabajo* todavía no era apreciado como una materia que en sí misma reclamara una tutela particular y se rechazaba toda regulación que tuviera por objeto el trabajo de los adultos.

Aun así, es aquí donde se ubica el comienzo del fin del abstencionismo estatal y el inicio del proceso de la intervención estatal, dirigida a corregir las injusticias del *liberalismo manchesteriano*. La *legislación industrial* surgió como manifestación concreta de un nuevo pensamiento intervencionista y se desarrolló en clara ruptura respecto de la hegemonía que hasta entonces había tenido el derecho liberal²⁶.

unilateral transfigurado ("trasvestido") bajo el ropaje o vestimenta del "contrato de servicios" (pero donde el trabajo está también "regulado") por las reglas unilateralmente dictadas por el empleador); todo ello bajo la vigencia de la filosofía individualista y del formalismo jurídico". Monereo Pérez, José Luis, Estudio Preliminar sobre Reformismo Social y Socialismo Jurídico a la obra de Anton Menger, El Derecho Civil y los Pobres, Ed. Comares, Granada, 1998, p. 27. En una línea similar, Palomeque cita un pasaje del artículo "La cuestión obrera", de Canalejas y Méndez: "Si el que trabaja ha dejado de ser esclavo o siervo, transformándose en persona libre, lo cual implica un progreso innegable, todavía sigue siendo proletario, asalariado, es decir, vive en condiciones de inferioridad más acusadas que nunca por el contraste de los enormes bienes acumulados por unos cuantos hombre o entes colectivos, privilegiados de la fortuna". Canalejas y Méndez, José, "La cuestión obrera", RGLJ, t. 103, 1903, p. 509, in Palomeque López, M.C., Derecho del Trabajo e Ideología, cit., p. 52.

²³- Monereo Pérez, J.L., *Estudio Preliminar*, cit., p. 32.

²⁴- Chadwick, *Report on the sanitary condition of the labouring population of Great Britain* (1842), Edimburgo, University Press, 1965, pp. 220-241, accesible en <http://archive.org/details/reportonsanitary00chaduoft>.

²⁵- El antecedente más remoto se ubica en Inglaterra, en 1788, cuando se estableció la edad mínima de 8 años para la admisión de los aprendices. Esta norma y otras posteriores (*Health and Morals of Apprentices Act*, de 1802; *Cotton Mills and factories Act*, de 1819, etc.) no fueron cumplidas en la práctica. En 1833 el Parlamento aprobó una nueva *Factory Act* que prohibió el trabajo de los niños menores de 9 años y estableció límites horarios por franjas de edades. En esta norma se creó el primer cuerpo de inspectores (*'inspectorate of factories'*). <http://www.parliament.uk/about/living-heritage/transformingsociety/livinglearning/19thcentury>.

²⁶- Barbagelata, H-H, *Curso sobre la Evolución...*, cit., p. 125 y ss.

Un *nuevo Derecho* comenzaría a configurarse con base en normas protectoras, que reaccionaban contra *el imperialismo del contrato*²⁷ y se imponían a la voluntad de los particulares con preceptos indisponibles a la baja. Aunque duramente objetada desde su propio nacimiento, esta imperatividad fue lo que, a la postre, permitió el progresivo asentamiento de las normas laborales, para que no resultaran desplazadas en su aplicación práctica por los pactos entre empleador y trabajador²⁸.

3.2. Centralidad

La centralidad que el orden público tiene en el Derecho del Trabajo, es un rasgo típico de esta disciplina²⁹. La presencia de la persona humana como el eje fundamental del sistema *juslaboralista*, determina el involucramiento de una serie de valores profundos que exigen y merecen un tratamiento privilegiado del ordenamiento jurídico. Esos valores son verdaderos rasgos culturales de nuestro tiempo histórico, y constituyen el resultado de lentos procesos evolutivos de compleja raigambre social. Esto determina que su consideración jurídica no pueda quedar simplemente librada a la aleatoriedad de los cambios legislativos y que, en cambio, sea imprescindible dotarlos de un fundamento, conceptual e instrumental, más sólido, que permita reconocerles su verdadera dimensión de “*pretensiones subjetivas absolutas, válidas por sí mismas con independencia de la ley*”³⁰.

Por otra parte, es evidente que la especial imperatividad, como manifestación instrumental con que habitualmente es identificada la noción del orden público, también ha resultado de importancia para ubicar al instituto en un punto crucial dentro de la estructura del Derecho del Trabajo. La *legislación industrial* emergió con una vocación francamente limitadora de la autonomía de la voluntad, pues solamente así podía consolidar su concepción protectora, evitando que sus normas quedaran libradas al albedrío de los particulares, que seguramente terminaría desvirtuándolas o, directamente, dejándolas de lado. Fue a partir de esto que se conformó un núcleo de derechos laborales indisponibles para las voluntades particulares, que se inserta automáticamente dentro de cada relación de trabajo, como una especie de estatuto prefijado, que tiende a generar una identidad colectiva de trabajadores asalariados.

La imposición normativa que no deja margen a la autonomía de la voluntad, busca primordialmente eliminar el predominio económico o jerárquico de la voluntad del empleador, y se presenta como una herramienta imprescindible para desplegar con verdaderas posibilidades de éxito el arsenal

²⁷- Lyon-Caen, Antoine, “Actualité du contrat de travail”, en *Droit Social*, N° 7-8, julio-agosto 1988.

²⁸- De Ferrari, F., op. cit., p. 408.

²⁹- V. Gamonal Contreras, S., *Introducción al Derecho del Trabajo*, Ed. Cono Sur Ltda., Santiago de Chile, 1998, p. 107 y *Fundamentos de Derecho Laboral*, LexisNexis, Santiago, 2008, p. 17.

³⁰- Según propone Zagrebelsky, op. cit., p. 47.

tuitivo del Derecho del Trabajo. Eso explica que hablar de Derecho del Trabajo, sea casi lo mismo que hablar del orden público³¹.

Por otra parte, a diferencia de lo que suele suceder en otras disciplinas (donde, por regla, el orden público presenta una única o, al menos, una primordial manifestación instrumental), en el Derecho del Trabajo es posible apreciar el empleo de casi todos los mecanismos tutelares que están a su servicio, lo que incorpora un ingrediente que complejiza todavía más la temática. Si se tiene en cuenta que resulta habitual que la doctrina aborde el estudio del orden público casi exclusivamente a través de la preocupación por los efectos que el instituto provoca en el tráfico jurídico (por ejemplo, interrogándose acerca de si convierte en total o relativamente indisponibles los preceptos de una norma legal) y considerando que es ésta una de las ramas del Derecho donde con mayor facilidad se reproducen diversos de estos instrumentos tutelares de los bienes que integran la materialidad del orden público, no puede sorprender que la doctrina se haya abocado a su estudio con especial frecuencia y detenimiento.

3.3. El orden público social o laboral

3.3.1. Precisión terminológica

Las expresiones orden público *laboral* o *social*, suelen emplearse para aludir a la idea de la *indisponibilidad relativa*, que consiste en concebir a los contenidos plasmados en las normas laborales exclusivamente como *mínimos*, que, en cuanto sea en beneficio del trabajador, admiten ser *superados* o *sobrepujados* por normas inferiores o mediante convenciones colectivas o, incluso, individuales.

Si bien esto ha contribuido a perfilar los rasgos característicos que el orden público posee en el Derecho del Trabajo y, consecuentemente, ha sido un factor importante para fundamentar la autonomía científica de la materia; es necesario remarcar que resultaría excesivo sostener la existencia de un orden público propio y particular de esta disciplina. Tal posición, conspira contra la verdadera integralidad sustantiva del orden público, disminuyendo la trascendencia que en realidad posee el instituto, al restringir su marco conceptual a un sector concreto del ordenamiento.

Por otra parte, si como parece acontecer, tales denominaciones son el resultado de la confusión entre la noción del orden público y una de sus manifestaciones instrumentales (la *indisponibilidad relativa*), debe advertirse que la misma no es la única manifestación o proyección que el concepto asume en el Derecho del Trabajo y, además, que también otras disciplinas recurren a la misma técnica para llevar tutela a los preceptos que integran al orden público.

Sin embargo, reafirmando la esencial unidad e integralidad del orden público y evitando la improcedente parquedad que implica identificarlas

³¹- Tosca, D. M., “Fuentes del Derecho del Trabajo”, cap. VI del Tratado de Derecho del Trabajo, (Mario Ackerman, Director, Diego M. Tosca, Coordinador), T. I, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2005, p. 455.

exclusivamente con la eficacia de la derogabilidad *in melius* que admiten las normas laborales; *orden público laboral* y *orden público social*, son conceptos que merecen ser conservados debido a la expresividad que han adquirido.

3.3.2. Caracteres del orden público social

a) Supra-legalidad o trascendencia

Los valores que conforman la noción del orden público representan los ideales de un colectivo social. No se agotan en un estricto contenido normativo, sino que ofician como verdaderos *orientadores* o *guías de la evolución* del ordenamiento jurídico positivo, así como de la hermenéutica con que debe ser abordado el mismo.

El orden público social o laboral se presenta como un *sesgo* o *faz* de la compleja integralidad sustantiva del orden público³² y aporta al mismo una consideración marcadamente antropocéntrica del universo jurídico. La protección del trabajo es una expresión específica del amparo jurídico de la dignidad humana³³ y forma parte del complejo e interdependiente entramado de valores superiores que configura la idea del orden público. La protección del ser humano que trabaja, núcleo principal del Derecho del Trabajo, sitúa a esta disciplina en el corazón mismo de los derechos fundamentales³⁴. La constitucionalización de estos bienes jurídicos vinculados con la materia laboral, constituye una expresión de la elevada consideración que los mismos merecen en la conciencia jurídica colectiva, y los acerca a una concepción más profunda del Derecho que aquélla a la que el llamado "*positivismo legislativo*" los había reducido, al identificar todo lo que pertenece al mundo del Derecho, con lo establecido explícitamente en la ley³⁵.

En este punto, corresponde recordar otra vez que el carácter *trascendente* del orden público respecto del Derecho positivo, determina que su expresión o explicitación normativa concreta no constituye una condición necesaria para concluir en su existencia. De este modo, la calidad inherente al orden público que pueda atribuírsele a un determinado bien jurídico, se independiza de la

³²- Gamonal Contreras, S., *Fundamentos de Derecho Laboral*, LexisNexis, Santiago, 2008, p. 18.

³³- Barbagelata, H.-H., "Perspectiva de una Carta de derechos fundamentales para el MERCOSUR" y "Papel de una Carta Social y de las Declaraciones y Pactos Internacionales en el MERCOSUR. Contenido de la Carta Social", *VII Jornadas Rioplatenses de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Costos laborales. Carta de derechos fundamentales*, FCU, Montevideo, 1993; Ermida Uriarte, Ó., *Meditación sobre el Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 9.

³⁴- Barbagelata, H.-H., *El particularismo del Derecho del Trabajo y los derechos humanos laborales*, op. cit., p. 219 y ss.; Ermida Uriarte, Óscar, *Meditación sobre el Derecho del Trabajo*, Cuadernillos de la Fundación Electra, núm. 1, Montevideo, 2011, p. 9; Plá Rodríguez, A., "Los derechos humanos para el Derecho Laboral", en *Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, N° 1, Montevideo, 1968, p. 68; "Los derechos humanos y el derecho del trabajo", in rev. *Debate Laboral*, N° 6, Costa Rica, 1990, p. 11.

³⁵- Zagreblesky, G., op. cit., p. 33 y 39; Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Ed. Trotta, 4ª edición, Madrid, 2004, p. 66. Ugarte Cataldo, José Luis, *Derecho del Trabajo: invención, teoría y crítica*, op. cit., p. 11.

calificación legislativa. Esto legitima al intérprete a concluir en la pertenencia al orden público de cierto bien jurídico que es tutelado por una norma, a pesar de que la misma guarde silencio al respecto. Incluso es posible que se plantee la situación inversa, es decir, que la calificación “de orden público” que el legislador atribuye a una determinada norma, no resulte obligatoriamente oponible al analista, quien está habilitado a concluir lo contrario, si considera que los bienes que se encuentran tutelados en la misma claramente no responden al espíritu del instituto³⁶.

La admisión de este característico sentido *trascendente* que posee el orden público en general, así como la exacerbada expresividad que el mismo asume en el Derecho del Trabajo, aporta un inestimable componente ético a la disciplina³⁷, que queda ubicada así, en una dimensión conceptual superior a la meramente dimanante de la normativa legal positiva.

b. Tendencia a la progresividad

El anotado *dinamismo* del orden público asume en la materia laboral un sentido específico, que resulta pautado por el signo de la “*progresividad*”, que los impulsa a evolucionar en un sentido que los dota de una cada vez más elevada consideración jurídica.

Esta tendencia ascendente solo es realmente apreciable si se comprende que *orden público* y *Derecho positivo* no son nociones totalmente identificables. De lo contrario, el jurista que comience su análisis del orden público a partir del estudio particular de la legislación —y sin alcanzar a concebir al instituto en su verdadera dimensión supralegal— sólo llegará a percibir la evolución del mismo como una línea zigzagueante, que acompaña las hesitaciones propias de las normas que integran el Derecho positivo.

Esta línea evolutiva ascendente refleja lo que es una constante en la doctrina de los derechos humanos y se erige en guía inestimable para la interpretación y aplicación del Derecho en ese ámbito. La vocación de “irreversibilidad”³⁸ que se vislumbra en los niveles tutelares que alcanzan estos bienes jurídicos deja entrever en su propia concepción, la presencia de la

³⁶- V. Larombière, op. cit., p. 167. Se trata, con todo, de un problema delicado, sobre todo, porque involucra la exigencia de que el intérprete asuma una actividad de *valoración* de la norma positiva, tarea que algunos consideran como *asunto de política* y no de la *ciencia jurídica*. V. Bulygin, Eugenio, “*El problema de la validez en Kelsen*”, en *Validez y eficacia del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 102.

³⁷- Ermida Uriarte, Óscar, “*Ética y Derecho del Trabajo*”, in *Veinte Estudios Laborales en Memoria de Ricardo Mantero Álvarez*, FCU, 2004, p. 19. Francesco Carnelutti identificaba como *misión* del Derecho la de *imponer la ética a la economía*. Carnelutti, Francesco, *Teoría General del Derecho*, Teoría General del Derecho, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1941, p. 56.

³⁸- Barbagelata presenta a la irreversibilidad como un corolario del principio de progresividad, consistente en la “*imposibilidad jurídica de que se reduzca la protección ya acordada a los trabajadores por normas anteriores*” y, con cita a Abramovich y Courtis, agrega que “*La prohibición de regresividad no es ajena al Derecho Constitucional*”, Barbagelata, H.-H., *El particularismo del Derecho del Trabajo y los derechos humanos laborales*, op. cit., p. 245 y 246.

dogmática juslaboralista, que desde siempre ha enfatizado el “*sentido unidireccional*” del orden público social o laboral; constantemente enfocado hacia la superación de los umbrales de protección. Del mismo modo, la prevalencia del criterio del *favor al interés del trabajador* -regla hermenéutica básica que en el Derecho del Trabajo permite determinar cuál habrá de ser la norma aplicable entre dos que tienen vocación de serlo³⁹-, también constituye una pauta a seguir en la aplicación de los derechos humanos en general, ámbito en el que tiene acogida la llamada interpretación *pro cives* o *pro libertatis*, que supone la primacía de la norma que resulte más favorable a la persona.

Estos conceptos adquieren especial importancia en coyunturas en que se plantean impulsos de flexibilización o desregulación. En tal sentido, Barbagelata admitía que si bien “*la tendencia a la flexibilización del Derecho del Trabajo y la consiguiente desregulación, ha provocado una reducción del ámbito del orden público laboral*” estos procesos tienen límites infranqueables a partir de “*una zona de garantías básicas*”⁴⁰ que quedan fuera del alcance del legislador.

Sin embargo, también es preciso reconocer que estas tendencias desreguladoras (manifestadas a través de normas positivas o de interpretaciones doctrinarias o jurisprudenciales) pueden sí intentar desposeer de instrumental tuitivo a la materialidad del orden público (por ejemplo, mediante el reconocimiento a los particulares de mayores grados de disponibilidad) o introducir variantes regresivas en determinados aspectos de la materia laboral. La estrategia, no obstante, no puede superar el plano meramente instrumental y más allá de que sus efectos inmediatos tienen la potencialidad de provocar descensos de los niveles de amparo, es importante no perder de vista que lo verdaderamente trascendente, está ubicado en un sitio jurídico inasequible para quien apunta a consagrar la retrogradación de los beneficios laborales. La agudeza del jurista deberá, entonces, enfocarse hacia la búsqueda de los instrumentos que permitan superar los efectos perniciosos inmediatos que provienen de la legislación positiva, y alcanzar la reivindicación jurídica de los valores básicos que deben prevalecer.

Ahora bien, la *progresividad* no se confunde con *imposibilidad absoluta de retrocesos*, pues éstos pueden ser resultado de la propia historicidad del orden público. Sin embargo, también es necesario insistir en la existencia de determinados valores, que, por su característica inmanencia a la condición humana, resultan proclives a permanecer ubicados en la médula del instituto, y entre los cuales se encuentran muchos que pertenecen o afectan a la materia laboral. La posibilidad de que se verifique un descenso en la valoración jurídica de derechos no podría desestimarse de antemano, pero, de existir, debería resultar de un profundo proceso de transformación cultural.

c. Instrumentos del orden público social

³⁹- Plá Rodríguez, A., *Los principios*, cit., p. 99 y ss.

⁴⁰- Barbagelata, H.-H., *El particularismo del Derecho del Trabajo y los derechos humanos laborales*, cit., p. 33.

La progresividad del orden público social se expresa en al menos *tres aspectos instrumentales*, mediante los cuales se tutelan los bienes jurídicos que conforman la esencia del instituto, y que consisten en *la primacía de la regla de la norma más favorable o sobrepujamiento*; *la conservación de las condiciones más beneficiosas*; y *la irrenunciabilidad* por el trabajador de los beneficios que le reconoce el Derecho del Trabajo. La conjunción de estos tres mecanismos tiende a consagrar, por un lado, la sucesiva superación de los niveles de protección, y por otro, la proscripción de los retrocesos de las condiciones de trabajo que ostenta el trabajador; finalidades ambas que se identifican con la idea de la progresividad antes mencionada.

Estas manifestaciones instrumentales de la *progresividad* típica del orden público social, también son frecuentemente cuestionadas por las corrientes que impugnan el Derecho del Trabajo. No en vano se ha señalado, con agudeza, que *desregular* no necesariamente significa terminar con las fuentes regulativas, sino que resulta mucho más inteligente, sencillo y eficaz hacerlas funcionar de manera distinta⁴¹.

Además, la efectiva tutela de los valores integrantes del orden público social no puede depender de la existencia de una reglamentación legal, porque la importancia de los bienes jurídicos a proteger no admite que su tutela sea retardada hasta el momento en que sean explícitamente acogidos en una norma positiva. Esta es la idea que inspira a las disposiciones constitucionales que mandatan al intérprete a aplicar directamente los mecanismos que resulten coherentes con su efectivo amparo. Si bien no puede decirse que la admisión de estos mecanismos jurídicos habilitantes de la aplicación automática de instrumentos tutelares, sea demasiado novedosa, en cambio sí puede advertirse que en los últimos años ha quedado perfilada una tendencia que apunta a darle a los mismos una dimensión práctica real, al menos en cuanto a la materia laboral se refiere.

El orden público social también se ha servido de otros instrumentos para asegurar la vigencia y tutela de sus valores. Así, por ejemplo, en materia de *eficacia temporal* de las normas, se ha sostenido vigencia inmediata de las normas laborales, en la forma más estricta⁴². Incluso, las consecuencias que en la eficacia temporal de las normas provoca el orden público social, pueden llegar a relativizar o atenuar el principio de irretroactividad de la ley, “*por la necesidad de atender más enérgicamente a la protección del trabajo y del*

⁴¹- Romagnoli, Umberto, “La desregulación y las fuentes del Derecho del Trabajo”, en Reflexiones sobre el Derecho del Trabajo y la flexibilidad, Instituto Peruano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Lima, 1994.

⁴²- Barbagelata, H.-H., *Derecho del Trabajo*, cit., p. 156. Citando a Krotoschin, enseñaba De la Cueva que “*El carácter de orden público que revisten, por lo general, las leyes de trabajo, requiere su aplicación inmediata, esto es, su imposición a partir del momento mismo de su vigencia a todas las situaciones afectadas y con respecto a los efectos jurídicos que en el futuro se produzcan. En cambio, esas leyes sólo por excepción tendrán retroactividad de segundo grado, que se refiere a los efectos que una situación determinada habría producido bajo el imperio de la ley anterior, para modificarlos, aumentarlos o disminuirlos*”. De la Cueva, op. cit., p. 411.

trabajador”⁴³. En una línea similar, en materia de *eficacia espacial*, el orden público laboral ha introducido la regla *de la norma más favorable*, que en el ámbito del Derecho Internacional, implica que existiendo más de un orden jurídico razonablemente aplicable a la relación de trabajo, ha de optarse por el más favorable al trabajador⁴⁴.

d. El contenido del orden público social

Resultaría extremadamente difícil y, además, metodológicamente impropio, pretender formular un elenco de valores que pueden considerarse integrantes de la materialidad del orden público social. La esencia unitaria e integral que posee el instituto del orden público, probablemente se constituiría en uno de los elementos determinantes del fracaso de dicha tarea, puesto que seguramente, a poco de comenzado el mismo, el complejo entramado de cruzamientos que se generaría debido a la interdependencia que guardan los distintos bienes jurídicos que lo componen conformaría una maraña tan impenetrable que restaría toda utilidad al esfuerzo. Por este motivo, el hecho de limitarse a señalar, genéricamente, que todos los valores inherentes a la condición humana constituyen parte integrante de la esencia del orden público social, no podría ser considerado como un excesivo simplismo, sino el ineludible resultado de reconocer la estrecha interdependencia que guardan entre sí todos los valores inherentes a la persona.

En tal sentido, la totalidad de los bienes jurídicos que tutela el Derecho del Trabajo son la materialización o expresión concreta en la materia, de valores de alcance mucho más amplio, en tanto atinentes a la compleja naturaleza humana.

Hacer mención a la protección del salario, o al descanso, o a la necesidad de tutelar la libertad sindical, implica necesariamente aludir a bienes tales como la vida, la seguridad, la dignidad, la libertad, etc. Estos últimos, constituyen valores fundamentales que impregnan a la disciplina, asumiendo en ella, dimensiones y orientaciones específicas, pero que no por este motivo pierden su raigambre genérica sustantiva⁴⁵.

⁴³- Cesarino Junior, *Direito Social*, cit. por Barbagelata, H.-H., *Derecho del Trabajo*, cit., nota N° 139, p. 157.

⁴⁴- Racciatti, O., “*Conflicto de leyes y...*”, cit., p. 609. En general, la doctrina acepta la aplicación de esta regla a la relación internacional de trabajo aunque suele señalar las dificultades para su aplicación, derivadas de que es necesario comparar ordenamientos y no normas jurídicas comparación global que algunos autores directamente consideran imposible Barbagelata, H.-H., op. cit., p. 159; Plá Rodríguez, A., “Reflexiones sobre el Derecho Internacional del Trabajo”, en rev. *Derecho Laboral*, t. XVIII, N° 100, p. 638; Ermida Uriarte, O., *Empresas multinacionales y Derecho Laboral*, Montevideo, 1981, p. 165; Racciatti, O., “Conflictos de leyes y...”, cit., p. 607; Russomano, G.M.C.M., op. cit., p. 180; Süsskind, A., op. cit., p. 26; Alonso Olea, M., op. cit., p. 295; Morgenstern, F., op. cit., p. 45 Maranhão, D., op. cit., p. 173, quien cita en apoyo de su tesis a Krotoschin, E., *Instituciones del Derecho del Trabajo*, T. I, Buenos Aires, 1947, p. 52; Gamillscheg, F., op. cit., p. 363.

⁴⁵- De Vicente Pachés, F., op. cit., p. 37. El autor refiere al fenómeno de “*impregnación laboral*” de derechos de titularidad general o inespecífica por el hecho de su utilización por

Sin embargo, como ya fuera indicado, la relación entre el Derecho del Trabajo y el orden público, es de ida y vuelta, puesto que también es posible advertir una “*impregnación juslaboralista*” de diversos valores que integran dicho instituto.

Pero en el perfil que el orden público contornea en la materia laboral, se vislumbra la presencia de una idea fundamental y orientadora, especie de materia prima a partir de la cual se construye la estructura del orden público social, y que se sintetiza en la fórmula matriz: “*el trabajo no es una mercancía*”. Esta es la máxima en la que se resumen y hacia la que confluyen todas las elaboraciones dogmáticas que generó el Derecho del Trabajo, y por ello, puede ser considerada la llave principal del instituto del orden público social.

La fórmula, explicitada con esos términos⁴⁶ en la Declaración de Filadelfia, de 1944, sobre los fines y objetivos de la OIT, en realidad desde el punto de vista *jusfilosófico* puede considerarse presente desde varias décadas antes, pues es precisamente inspirada en ella que se produce el surgimiento del Derecho del Trabajo. En la misma se expresa un pronunciamiento ético, verdaderamente definidor de nuestra cultura contemporánea, y un rasgo fundamental para comprender, tanto la evolución de la teoría general del derecho, como particularmente, el surgimiento y desarrollo del Derecho del Trabajo en el último siglo⁴⁷.

El enunciado no es, precisamente, una descripción de lo que acontece en la realidad, sino una afirmación de tenor ético-jurídico, que marca una pauta ineludible con relación a la manera en que debe ser concebida la regulación del trabajo humano. La toma de conciencia respecto de la necesidad de sustraer la consideración jurídica del trabajo humano, de las reglas mercantiles, supone un avance que ennoblece el sentido evolutivo del Derecho.

Esta fundamental declaración se corporiza y reproduce en otros dos valores singularmente trascendentes y poseedores, a su vez, de un enorme potencial multiplicador. Por una parte, el que impone la premisa de que el trabajo, como objeto ajeno a las variables mercantiles, resulta merecedor de *protección jurídica privilegiada*. En segundo lugar, el valor que supone adjudicar a la *justicia social*, el rol de oficiar como criterio rector básico de todo desarrollo jurídico-normativo vinculado con el trabajo, y a cuya consecución debe estar dirigida toda la estructura científica de la disciplina que lo regule.

trabajadores asalariados (también eventualmente por empresarios) a propósito y en el ámbito del contrato de trabajo.

⁴⁶· El artículo 427 del Tratado de Versalles se refería a que “*el trabajo no debe considerarse simplemente como un artículo de comercio*”.

⁴⁷· Supiot, A., *El espíritu de Filadelfia, La justicia social frente al mercado total*, Peninsula, Barcelona, 2011, p. 25; Lee, Eddy, “La Déclaration de Philadelphie: rétrospective et perspective”, in VV.AA., *La Mondialisation, origines, développements et effects*, sous la direction de James D. Thwaites, Les presses de l’Université Laval, Québec, 2004, p. 35 y ss.

Por consiguiente, la materialidad del orden público social, queda representada a través de un tríptico conformado por los siguientes valores básicos: a) el trabajo no es una mercancía; b) el trabajo es objeto de tutela jurídica especial y, c) la consecución de la justicia social es el criterio rector de la regulación jurídica del trabajo.

A partir de estos tres valores fundamentales, germina el reconocimiento y la tutela de una serie de derechos humanos específicamente vinculados con el trabajo, cuya trascendencia los ha llevado a quedar plasmados en textos jurídicos de la mayor jerarquía, que bien pueden conceptualizarse como una verdadera reserva de valores jurídicos de nuestra época.

De modo que, el contenido material del orden público social, conformado por el mencionado tríptico de valores fundamentales, y la miríada de derechos y garantías que a partir de los mismos se han generado, representan un engranaje fundamental en la estructura integral del orden público y se constituyen en verdaderas pautas identificatorias de la cultura jurídica contemporánea.