

# **El trabajador ante el Tribunal Constitucional alemán**

***Wolfgang Däubler***

## **I. El punto de partida normativo.**

El texto de la Ley Fundamental alemana le ha dedicado escasa atención al trabajo dependiente. A diferencia de, por ejemplo, la Constitución brasileña (arts. 6 y ss.), la huelga y la negociación colectiva no han recibido mención expresa. Esto obedece, sobre todo, a que durante la elaboración de la Ley Fundamental en los años 1948 y 1949 no pudo alcanzarse un acuerdo sobre el contenido del "orden social" y en consecuencia esta materia fue casi totalmente excluida<sup>1</sup>. Para el trabajo dependiente, las siguientes disposiciones pueden ser de importancia:

- El art. 1 inc. 1 de la Ley Fundamental establece que la dignidad humana es inviolable, toda autoridad estatal está obligada a respetarla y protegerla;
- El art. 2 inc. 1 de la Ley Fundamental reconoce a todas las personas el derecho al libre desarrollo de su personalidad, siempre que no lesione los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional;
- El art. 2 inc. 2 garantiza el derecho a la vida y a la salud, que sólo pueden ser limitados por ley;
- La única disposición directamente pertinente es la libertad sindical del art. 9 inc. 3. En la primera oración garantiza el derecho de todas las personas y todas las profesiones a fundar asociaciones para defender y mejorar las condiciones laborales y económicas. De acuerdo a la segunda oración, los convenios que restrinjan o tiendan a obstaculizar este derecho serán nulos, e ilegales las medidas que se adopten con ese fin. La tercera oración establece que determinadas medidas de emergencia no podrán dirigirse

---

<sup>1</sup> Las negociaciones están documentadas en Jahrbuch des Öffentlichen Rechts BD. 1 p. 30 ss.

contra los conflictos laborales organizados por asociaciones en el sentido de la primera oración del inciso.

- El art. 12 inc. 1 reconoce a todos los alemanes el derecho de elegir libremente su profesión, su lugar de trabajo y su centro de formación. El ejercicio de la profesión puede ser regulado por ley o en virtud de una ley.
- El art. 14 inc. 1 garantiza el derecho a la propiedad y a la herencia, aunque su contenido y límites serán determinados por las leyes. El art. 14 inc. 2 establece en forma corta y concisa: "la propiedad obliga". Su uso debe servir al mismo tiempo al bien común.
- De acuerdo al art. 20 inc. 1 la República Federal Alemana es un Estado federal social y democrático; el art. 28 inc. 1 oración 1 establece que el orden constitucional de los Länder deberá ajustarse a los principios del Estado de Derecho social y democrático. El posteriormente llamado "principio del Estado social" (Sozialstaatsprinzip) concede derechos reconocidos en principio pero no exigibles judicialmente, pero ganó no obstante considerable trascendencia en la aplicación de otros derechos, protegidos por la Constitución o por normas de menor rango.

Los derechos fundamentales, según el art. 1 inc. 3 vinculan a las autoridades legislativas, administrativas y judiciales como derechos directamente aplicables. El art. 93 inc. 1 nra. 4 reconoce a toda persona el recurso de amparo en caso de lesión por el poder público de sus derechos fundamentales. Sin embargo, se debe agotar la acción ante el tribunal especializado, antes de que pueda recurrirse al Tribunal Constitucional Federal. Sólo en cuanto dicha vía no está abierta – una ley interviene directamente en un derecho fundamental – puede el individuo dirigirse directamente al Tribunal Constitucional. Además, todos los tribunales tienen, según el art. 100 inc. 1 de la Ley Fundamental, el derecho y el deber de dirigirse al Tribunal Constitucional, cuando tengan el convencimiento de que una norma legal no es compatible con la Ley Fundamental.

A lo largo de 60 años, el Tribunal Constitucional Federal, a partir de este material normativo tan limitado, ha desarrollado numerosos principios fundamentales, que han marcado decisivamente el actual Derecho del Trabajo alemán<sup>2</sup>. Esto se describirá más adelante mediante fallos individuales pero trascendentes. En esto, el adelanto metódico de los tribunales debe ponerse en el centro. Cuestiones similares pueden plantearse en otros ordenamientos jurídicos, en los que exista necesidad de dar solución a estos problemas. El enriquecimiento de las respectivas elaboraciones doctrinarias nacionales tiene para el autor una finalidad más significativa y ventajosa que la exportación o importación de los institutos jurídicos en su conjunto. Precisamente en derecho del trabajo hay pocos ejemplos exitosos de "transplante legal"<sup>3</sup>.

## **II. La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales.**

Los denominados derechos fundamentales son relevantes para el mundo del trabajo, si influyen también las relaciones entre ciudadanos – en la terminología alemana "Drittwirkung" (eficacia frente a terceros). Esto es hoy reconocido, aunque existen dudas sobre su contenido y alcance.

En los años cincuenta del siglo pasado dominó en la jurisprudencia del Tribunal Federal del Trabajo la doctrina del efecto directo frente a terceros de los derechos fundamentales<sup>4</sup>. Según esta doctrina, los derechos fundamentales pueden oponerse a otros sujetos de derecho privado, de igual forma que se oponen al Estado. Hoy esta doctrina se ha vuelto generalmente abandonada, porque la contraparte destinataria del derecho es igualmente titular de derechos fundamentales de modo

---

<sup>2</sup> Sinopsis de Däubler, en: Iliopoulos-Strangas (ed.), La protection des droits sociaux fondamentaux dans les États membres de l'Union Européenne. Étude de droit comparé, Atenas-Bruselas-Baden-Baden, 2000, p. 47 ss.

<sup>3</sup> Ejemplos negativos en Däubler, Das Arbeitsrecht, 1, 16. Edic., Reinbek, 2006, Rn 73e ss.

<sup>4</sup> Ver por ej., BAG AP Nr. 16 sobre art. 3 LF; BAG AP N° 1 sobre art. 6 inc. 1 LF Ehe y Familia; BAG AP Nr. 25 sobre art. 12 LF.

que la solución concreta del conflicto sólo sería posible a través de la ponderación de los derechos mutuos – el resultado es siempre incerto.

El Tribunal Constitucional Federal desarrolló por esa razón la denominada eficacia *indirecta* frente a terceros: los derechos fundamentales expresan un sistema universal de valores, que también debe observarse en la relación entre personas privadas, mediante el manejo y la interpretación de principios generales como el de la ilicitud de los actos contrarios a la moral o a la buena fe en la ejecución de los contratos<sup>5</sup>.

El concepto de “sistema universal de valores” posee un considerable grado de generalidad y permite llegar a resultados claros sólo en algunas situaciones específicas. Por esa razón, el Tribunal Constitucional Federal ha dado otro paso: los derechos fundamentales incluyen una obligación del Estado de proteger los individuos contra terceros que pueden violar sus derechos fundamentales. Así se planteó, al inicio, con el desarrollo del derecho fundamental a la vida y a la salud<sup>6</sup>, y actualmente es reconocido para otros derechos fundamentales. Esto significa concretamente que el legislador, o el juez actuando en su lugar, deben evitar la desproporcionada disminución de las esferas de libertad de otros titulares de derechos. Sostuvo, por ejemplo, que cuando entre las partes de una relación contractual existe un marcado desequilibrio de fuerzas, se debe intervenir a favor de la parte más débil. En este aspecto hay – como primeramente señaló Canaris<sup>7</sup>– una así llamada “prohibición de menoscabo o disminución”, el legislador debe amparar el derecho fundamental contra la intromisión o supresión por terceros. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional federal ha concretado especialmente ello en ejemplos de derecho civil y derecho del trabajo, concediendo, sin embargo, un amplio margen de valoración al legislador.

### **III. Los fallos sobre la autonomía privada.**

---

<sup>5</sup> BVerfGE (fallo del tribunal constitucional) 7, 198, 205; BVerfGE 42, 143, 148.

<sup>6</sup> BVerfGE 39, 1 ss.: el Estado tiene también con respecto al no nacido un deber de protección, a lo que obedece la regulación del aborto.

<sup>7</sup> AcP 184 (1984), 201, 228.

En el denominado fallo del viajante comercial de 7 de febrero de 1990<sup>8</sup>, el Tribunal Constitucional señaló que en las situaciones de dependencia económica de una de las partes podría estar comprometido el derecho reconocido en el art. 12 inc. 1 de la Ley Fundamental, de modo que el legislador debe tomar provisiones para la protección de la libertad de trabajo contra las cláusulas contractuales que la restringen. Ello se aplica en particular cuando existe un claro desequilibrio de fuerzas entre las partes. Según el Tribunal, la autonomía privada está basada en el principio de autodeterminación, lo que presupone condiciones para su ejercicio real y libre.

En tal sentido afirma lo siguiente<sup>9</sup>:

“Cuando una de las partes del contrato tiene una supremacía tan fuerte, que de hecho puede fijar las cláusulas contractuales unilateralmente, provoca que la otra parte contractual se vea obligada por voluntad ajena. Cuando falta un equilibrio aproximado de fuerzas entre las partes, el derecho de los contratos no logra una adecuada conciliación de los intereses. Afectados los derechos fundamentales en tales circunstancias, las regulaciones estatales deben intervenir, para asegurar la protección compensatoria de los derechos fundamentales. Preceptos legales corrigiendo las desigualdades sociales y económicas, materializan los objetivos de las disposiciones sobre derechos fundamentales y al mismo tiempo el principio constitucional del Estado social (art. 20 inc. 1, art. 28 inc. 1 Ley Fundamental)”.

La libertad de trabajo de uno no puede sacrificarse a favor de la libertad de trabajo de otro. El Estado debe, en este aspecto, para lograr el equilibrio, asegurar determinados estándares de equidad. El Tribunal Constitucional sin embargo, resiste la tentación de concretar los “límites inmanentes” de la autonomía privada, a través de reglas precisas. El legislador o eventualmente el tribunal actuando en su lugar deben tener suficiente margen de apreciación y decisión, porque de otro modo el balance entre los poderes se vería distorsionado. El Tribunal Constitucional señaló en este sentido, que la Constitución no le autoriza a

---

<sup>8</sup> AP Nr. 65 sobre art. 12 LF.

<sup>9</sup> aaO hoja 4 vuelta.

actuar directamente, en casos de grave desigualdad de fuerzas, pues el legislador o eventualmente el juez deben intervenir. Éstos no deben contemplar inactivos la ostensible debilidad de una de las partes. La ley o el juez deben tomarla en cuenta, pues cada delimitación de la libertad contractual para protección de una parte al mismo tiempo interviene en la libertad de la otra parte. Cuando no existen disposiciones especiales, deben utilizarse disposiciones generales como las contenidas en los artículos 138, 242, 315 BGB, de modo que el mandato de protección de la Constitución se haga efectivo. Bajo tales circunstancias, la exclusión de una indemnización de carencia en el caso de un despido sin preaviso tendría un efecto desproporcional en contra los intereses de la parte más débil<sup>10</sup>.

En el fallo referido a un contrato de fianza, de 19 de enero de 1993<sup>11</sup>, el Tribunal Constitucional siguió esta jurisprudencia. En primer lugar, sostuvo el tribunal que la autonomía privada, entendida como "autodeterminación de los individuos en la vida jurídica" está garantizada por el art. 2 inc. 1 de la Ley Fundamental. En los fundamentos del fallo del viajante quedó destacado que cuando una de las partes ejerce una supremacía tan fuerte sobre la otra que puede de hecho determinar el contenido del contrato, para la otra parte esa situación resulta en heteronomía. Desde luego, el orden jurídico no puede encontrar previsiones para todas las situaciones de ese tipo. No obstante, en un fundamento típico de los fallos, cuando existe una "inferioridad estructural" de una de las partes del contrato, y son los efectos del contrato para esa parte "insólitamente graves"<sup>12</sup>, entonces debe

---

<sup>10</sup> El viajante comercial no podía hacer competencia al empresario ("comitente") en los dos años siguientes a su cese en la empresa, según se había estipulado. Tal acuerdo en casos normales sólo se establecía, cuando en contrapartida se recibía una indemnización equivalente a la mitad de su retribución promedio. Esta indemnización puede omitirse cuando el comitente termina la relación contractual sin preaviso por un motivo fundado.

<sup>11</sup> AP Nr. 35 sobre art. 2 LF, en la versión española reproducida por Zachert-Martínez Girón-Arufe Varela, Los grandes casos judiciales del derecho alemán del trabajo. Estudio comparado con el derecho español y traducción castellana, 2008, pp. 181 ss.

<sup>12</sup> aaO hoja 4.

corregirse el ordenamiento jurídico civil. Esto se logra principalmente recurriendo a los principios generales.

En un fallo concreto, una mujer de 21 años garantizó un préstamo de su padre por la suma de DM 100.000. Se obligó sin tener ninguna formación profesional y ganaba en la época 1.150 DM líquidos mensuales en una planta procesadora de pescado. Más tarde perdió el trabajo y debió vivir de la asistencia social. El empleado del banco le había dicho: "Firme aquí por favor, Ud no asume ninguna obligación importante, lo necesito para mis archivos". Aún personas con experiencia en los negocios difícilmente habrían estimado los riesgos asumidos con la firma. Contra la opinión de la Alta Corte Federal el Tribunal Constitucional entendió que se había lesionado un derecho fundamental, el derecho a la autonomía privada.

No mucho más allá llegaron las ideas, pues es compatible con los derechos generales de la personalidad, que cuando el individuo cae en una situación económica sin salida por sus propias acciones, también debe pagarlas por su propio esfuerzo.

En un fallo semejante, el OLG de Stuttgart ha aplicado por analogía el art. 310 BGB, que declara sin eficacia la transmisión del patrimonio futuro (o de una parte de el), comentando: la norma desea proteger la integridad general del individuo contra la pérdida de los "derechos humanos inalienables a la esperanza y a la búsqueda de la felicidad"<sup>13</sup>. El Tribunal Constitucional no ha seguido este camino, sino no se pronunció sobre una eventual violación directa del derecho general de la persona.

El Tribunal Constitucional ha trasladado esta fórmula también a la relación laboral. En un fallo del 28 de enero de 1992<sup>14</sup> ha entendido que la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres (par. 19 AZO) era incompatible con el derecho constitucional a la igualdad. Contestó afirmativamente esta pregunta, planteando el problema como lo haría en lo sucesivo. Dio al deber de protección estatal a los derechos a la vida y la salud del art. 2 inc. 2 Ley Fundamental, una interpretación que impuso una nueva regulación legal. Estos no debían separarse del problema de

---

<sup>13</sup> OLG Stuttgart NJW 1988, 833, cuya concordancia con la "búsqueda de la felicidad" expresada por la Constitución de los EE.UU. ("pursuit of happiness") es citada.

<sup>14</sup> BVerfG NZA 1992, 270, 273.

la licitud del trabajo nocturno, que no podía depender exclusivamente del acuerdo de las partes del contrato de trabajo. En el caso se expresó en los siguientes términos:

“La especial protección legal no se vuelve innecesaria porque el trabajo nocturno se ejecute según acuerdos libremente asumidos, pues el derecho contractual basado en el principio de autonomía privada puede garantizar suficiente protección solamente cuando están dadas las condiciones para la autodeterminación. Cuando falta una aproximada igualdad de fuerzas de las partes, no es mediante el mero derecho de los contratos que puede garantizarse el adecuado equilibrio de los intereses. Y ese es el caso típico en el momento de la celebración del contrato”.

Una ilimitada disponibilidad por las partes del trabajo nocturno iría, por lo tanto, contra el art. 2 inc. 2 de la Ley Fundamental.

La inferioridad estructural de los trabajadores ya había sido reconocida por el Tribunal Federal del Trabajo. Así lo hizo en su fallo de 31 de marzo de 1966<sup>15</sup>, donde remarcó:

“En la relación individual de trabajo se chocan el trabajador, que normalmente sólo posee su fuerza de trabajo, y el empleador, que es económicamente más fuerte por poseer los medios de producción. De ello se deriva la necesidad de una especial protección para el trabajador”.

En otra parte el Tribunal habla de la “paridad contractual distorsionada” en la relación de trabajo<sup>16</sup>.

Este ir más allá de los intereses individuales es metódico, pues el sistema de los derechos fundamentales, especialmente el deber de protección, no debe ser visto como una normativa abstracta y general, sino referida a una detallada realidad social individual. Surge de allí un deber de intervención del Estado, es decir, el legislador o el juez a falta de normas legales escritas, que tenga como resultado el equivalente de determinadas garantías sociopolíticas: el trabajo nocturno queda limitado a casos excepcionales, y ello encuentra fundamento adecuado en Alemania en el deber de protección que se deriva de los derechos fundamentales a la vida y a la salud.

---

<sup>15</sup> BAG AP Nr. 54 sobre el art. 611 BGB Gratifikation hoja 2 vto.

<sup>16</sup> BAG Nr. 1 sobre el art. 242 BGB Ruhegeld – Unterstützungskassen, hoja 3.

#### **IV. El mandato constitucional de protección de la estabilidad en el empleo.**

Del derecho a la "libre elección del empleo" garantizado en el art. 12 inc. 1 de la Ley Fundamental, forma parte también el derecho a la estabilidad en el empleo, como lo ha dicho el Tribunal Constitucional en varios fallos<sup>17</sup>. Esto significa que el Estado, sólo en determinadas condiciones, puede por ley eliminar puestos de trabajo, como se hizo en el Acuerdo de Unificación relativo a las personas empleadas en el sector público de la antigua República Democrática Alemana<sup>18</sup>. En lo referente a los despidos en el sector privado, el art. 12 inc. 1 sólo entra en juego, cuando el legislador o la jurisprudencia entienden que eventualmente el titular de algún derecho fundamental ha sido lesionado.

Si la ley de protección contra el despido interviene, uno puede suponerse en general que ella garantiza una suficiente protección al empleado. Sin embargo, en pequeñas empresas de hasta 10 empleados y en los primeros seis meses de una relación de trabajo, esta protección no es aplicable. Aquí surge la cuestión de si la Constitución exige condiciones mínimas para el despido.

En su fallo del 27 de enero de 1998<sup>19</sup> el Tribunal Constitucional señaló que el legislador o el juez encuentran un doble deber de protección: por un lado el interés de los trabajadores al mantenimiento de sus puestos de trabajo, y por otro lado, también con fundamento en el art. 12 inc. 1, el interés de los empleadores, a emplear en sus empresas, sólo a los colaboradores que respondan a su concepto, y ajustar su número a dicha medida<sup>20</sup>. Según el Tribunal, se plantea para el legislador el problema de

---

<sup>17</sup> BVerfG AP Nr. 70 sobre art. 12 LF hoja 5; BVerfG AP Nr. 67 sobre Anexo I del Contrato cap. XIX hoja 3

<sup>18</sup> BVerfG AP Nr. 67 sobre Anexo I del Contrato cap. XIX hoja 3: necesariamente para la intervención en el derecho fundamental del art. 12 inc. 1 LF deben existir "concluyentes razones de interés general"; también en el caso se observó el principio de proporcionalidad.

<sup>19</sup> BVerfG NZA 1998, 470 en la versión española reproducida por Zachert-Martínez Girón-Arufe Varela, opus cit., pp. 202 ss.

<sup>20</sup> BVerfG aaO bajo B I 3 de los fundamentos.

la llamada concordancia práctica. Las posiciones jurídicas de los titulares de los derechos fundamentales que entran en colisión deberían ser determinadas y limitadas de modo que para todos los interesados se vuelvan eficaces en la mayor medida posible. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional esta tarea de optimización es mencionada con frecuencia. Sin embargo, poco ayuda cuando la protección de un derecho automáticamente perjudica otro titular de derechos<sup>21</sup>. Además queda al legislador un amplio margen de acción para el cumplimiento de esta tarea. Una falta al deber de protección de los derechos fundamentales sólo ocurre "cuando una posición basada en derechos fundamentales es subordinada a los intereses de las otras partes, de forma que teniendo en cuenta el significado y alcance de los derechos fundamentales encontrados no más es posible hablar de un adecuado equilibrio"<sup>22</sup>. Esto significa concretamente, que la constitución reclama una "mínima" protección contra despidos, de otra forma del derecho de los trabajadores nada más quedaría y el adecuado equilibrio no se lograría. La naturaleza de este mínimo en los casos concretos no ha sido definida de modo terminante por el Tribunal Constitucional, aunque este sentó tres criterios sustanciales. En primer lugar, el despido no puede ser arbitrario o estar basado en motivos exteriores a la causa. En segundo lugar, si debe elegirse entre varios empleados, se requiere cierta medida de consideración social. En tercer lugar, en la determinación de las condiciones mínimas de protección debe tenerse en cuenta también la confianza de los colaboradores con mayor antigüedad en la continuidad de sus relaciones laborales.

En un fallo más reciente, el Tribunal Constitucional ha desarrollado un "control por evidencia". Las razones del despido no deben ser simplemente imputadas; en un despido dentro de los primeros seis meses de la relación de trabajo debería existir una "evaluación plausible"<sup>23</sup>. Los tribunales del trabajo han concretado una vez más estos criterios a partir de los principios generales del art. 242 BGB: un despido

<sup>21</sup> En extenso: Fischer-Lescano KJ 2008, pp. 166 ss.

<sup>22</sup> BVerfG (arriba Fn 19).

<sup>23</sup> BVerfG NZA 2006, 913.

que no cumple con las condiciones mínimas que se derivan de los derechos fundamentales es nulo por ser contrario al principio de buena fe<sup>24</sup>. Desde entonces, diferentes matices se volvieron más claros. Así el Tribunal Regional del Trabajo (LAG) de Schleswig-Holstein<sup>25</sup> requirió “pertinentes y atendibles motivos” mientras el Tribunal Federal del Trabajo (BAG) cuidadosamente formuló y estableció que un despido prohibido de acuerdo a la jurisprudencia constitucional no existe delante un “cualquier fundamento plausible”<sup>26</sup>. Cuando se trata de la selección entre varios trabajadores, un despido es contrario a la buena fe, cuando “a primera vista” se advierte que el despido era socialmente merecedor de mayor protección que otros trabajadores<sup>27</sup>. Éste es el caso, cuando el despido es más viejo, más antiguo en la empresa y tiene mayores obligaciones alimenticias que atender<sup>28</sup>. La comparabilidad con otros trabajadores, presupuesto de la selección, también debe ser evidente<sup>29</sup>. Además, la antigüedad del vínculo con la empresa requiere fundamentos para el despido que tengan un peso mayor que en el caso de los trabajadores empleados hace poco tiempo<sup>30</sup>.

También aquí podemos constatar que con fundamento en el deber de protección emanado de la garantía del art. 12 inc. 1 Ley Fundamental, se extrae una conclusión semejante como si la Constitución determinara una protección contra el despido, cuyo alcance el legislador debe determinar<sup>31</sup>.

## **V. ¿Derecho a la autodisposición sobre los datos personales en el lugar de trabajo?**

---

<sup>24</sup> Síntesis por Däubler, en: Kittner-Däubler-Zwanziger, Kündigungsschutzrecht, 7 edic., 2008, 242 BGB Rn 27 ss.

<sup>25</sup> AuR 1998, 376.

<sup>26</sup> BAG NZA 2002, 87, 89; igualmente BAG NZA 2005, 218, 221.

<sup>27</sup> BAG DB 2001, 1677.

<sup>28</sup> BAG aaO.

<sup>29</sup> BAG DB 2003, 1393.

<sup>30</sup> ArbG Reutlingen AuR 1999, 326; LAG Schleswig-Holstein AuR 2006, 171.

<sup>31</sup> Ver, por ejemplo, art. 30 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, según la cual todo empleado debe recibir protección contra el “despido injustificado”. En forma similar, el art. 7 inc. 1 de la Constitución brasileña.

Existe otro ámbito que se relaciona con la protección de la personalidad en el lugar de trabajo. También aquí hay “directivas” constitucionales para la aplicación del derecho, que fueron desarrolladas por el Tribunal constitucional, y cuya traslación al derecho del trabajo estuvo a cargo de los tribunales del trabajo.

Contra la ley del censo de 1983 muchos ciudadanos presentaron amparos de inconstitucionalidad, que condujeron a una decisión principiológica del Tribunal Constitucional que, en principio aplicable sólo a la relación entre el ciudadano y el Estado, fueron sin embargo de importancia también para la relación laboral.

El criterio para el Tribunal fue que “el art. 2 inc. 1 de la Ley Fundamental en relación con el art. 1 inc. 1 protegen el derecho general de protección de la personalidad”<sup>32</sup>. Ello ganó trascendencia en vistas de los modernos desarrollos y los riesgos conexos para los derechos de la personalidad<sup>33</sup>. Los anteriores concretizaciones del derecho general de la protección de la personalidad a través de la jurisprudencia no tenían un carácter exhaustivo. Este derecho comprende también “el poder de los individuos, resultante de la idea de la autonomía, de decidir en principio por sí mismos, cuando y dentro de qué límites las circunstancias de la vida personal son reveladas”<sup>34</sup>. En las actuales y futuras condiciones del procesamiento electrónico de datos este poder requiere una particular protección. Al respecto se desarrolló lo siguiente:

“Ese poder está amenazado sobre todo, porque las decisiones no exigen más como antes el recurso a fichas y actas recopiladas manualmente, sino transcurren más bien con la ayuda del procesamiento automático de datos sobre condiciones personales o materiales de una persona determinada o determinable (datos personales) almacenables del punto de vista técnico por un período ilimitado, y a los que se puede recurrir en cualquier momento sin considerar las distancias. Pueden ser juntados – sobre todo en la creación de sistemas integrados de información - con otras colecciones de datos para tener el retrato de toda o parte de una persona, sin que el interesado pueda controlar su

---

<sup>32</sup> BVerfGE 65, 1,41.

<sup>33</sup> V. Fn 32.

<sup>34</sup> BVerfGE 65, 1,42.

corrección y calibrar su uso. De esta forma existe una forma antes desconocida de expandir el conocimiento e influencia, y a través del conocimiento del comportamiento de los individuos, ejercer influencia a través de la presión psicológica”.

Este análisis de riesgos es concretizado en lo sucesivo del fallo con referencia a su significado para la libertad de decisión de los individuos, si las posibilidades de la técnica permiten almacenar informaciones sobre ellos. Así se pronuncia el fallo al respecto<sup>35</sup>:

“Quien no puede saber con suficiente seguridad, qué informaciones personales relativas a determinados ámbitos de su entorno social son conocidas, y quien no puede prever grosso modo el conocimiento de posibles interlocutores, puede estar sustancialmente disminuido en su autodeterminación para planear o decidir. No serían compatibles con el derecho a la autodisposición de los datos un posible orden social y el subyacente orden jurídico, en que los ciudadanos no pudieran ya saber, quién, cuándo y en qué oportunidad sabe algo sobre ellos. Quien no sabe si sus comportamientos desviantes van a ser registrados en cualquier momento, almacenados, usados y transmitidos como información en forma durable, tratará no llamar la atención con esos comportamientos. Quien cuenta con el hecho de que, por ejemplo, la participación en una reunión o en una iniciativa ciudadana va a ser oficialmente registrada, y que como consecuencia de ello, se verá en una situación riesgosa, posiblemente renunciara al ejercicio de sus correspondientes derechos fundamentales (arts. 8, 9 Ley Fundamental)”.

La intimidación por superioridad informativa no sólo dañaría las posibilidades de desarrollo del individuo, “también el interés público, pues la autodeterminación es una condición funcional elemental para la facultad de actuación y cooperación de los ciudadanos en una comunidad libre y democrática”. Está implicada entonces no sólo la protección de la libertad de los ciudadanos frente al Estado, sino también la soberanía cuyos fundamentos son socavados.

Para evitarlo, hay diferentes medios. A la vista del Tribunal Constitucional, lo más importante es el derecho a la autodisposición sobre los datos: el derecho fundamental del art. 2 inc. 1 de la Ley

---

<sup>35</sup> BVerfGE 65, 1, 43.

Fundamental en conjunto con el art. 1 inc. 1 asegura el poder del individuo "de determinar por sí mismo, en principio, la entrega y el empleo de sus datos personales"<sup>36</sup>. De este derecho se deriva que cada recolección y uso de datos personales requiere un fundamento especial, que puede basarse en la voluntad del particular (contrato) o en una disposición legal.

El legislador puede reglamentar el derecho a la autodisposición sólo basado en un "preponderante interés general"<sup>37</sup>.

Además, la finalidad de la recogida de los datos debe estar determinada en forma precisa, y los datos sólo pueden ser utilizados con el destino fijado. El cumplimiento de los límites del procesamiento de los datos debe estar asegurado por la participación de agentes independientes de protección de datos. Estos requisitos, entre otros, deben cumplirse en función de la protección preventiva del derecho.

Con relación al método, el procedimiento del Tribunal Constitucional tuvo aprobación por la doctrina<sup>38</sup>. Un juez del Tribunal Constitucional expresó que la protección de la personalidad debe concretarse teniendo en cuenta las nuevas situaciones<sup>39</sup>. Esto debe hacerse mediante un fundado análisis de la realidad social y técnica. Las informaciones las obtiene el tribunal de las partes del proceso (las que generalmente pertenecen a los órganos estatales como el gobierno federal), y en caso de necesidad oyendo la opinión de asociaciones, de peritos, o mediante la investigación<sup>40</sup>. La idea fundamental de este procedimiento es que solamente bajo este presupuesto las valoraciones de principio expresas en derechos fundamentales puedan adquirir la plena relevancia práctica.

---

<sup>36</sup> BVerfGE 65, 1, 43, confirmado en BVerfGE 67, 100, 143 y en BVerfGE 78, 77, 84.

<sup>37</sup> BVerfGE 65, 1, 44.

<sup>38</sup> Busch DVBI 1984, 386; Hufen JZ 1984, 1074; Meydam DuD 1985, 16.

<sup>39</sup> Heussner RDV 1988, 8; conformes también Hufen JZ 1984, 1074 y Zöllner RDV 1985, 4.

<sup>40</sup> Adicionalmente Bryde, *Tatsachenfeststellungen und soziale Wirklichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, en Badura-Dreier (coord.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Bd. 1, Tübingen, 2001, pp. 534 ss.

La transposición al derecho del trabajo estuvo a cargo del Tribunal Federal del Trabajo. Éste señaló poco después de la decisión sobre el censo que el derecho de un candidato a la autodisposición sobre sus datos resultaría afectado, si el empleador dejara que los datos personales del candidato permanezcan en su poder, en su esfera de influencia<sup>41</sup>. En fallos posteriores señaló que el legítimo interés de información de los empleadores debía conciliarse en forma equilibrada con el derecho de los trabajadores a la autodisposición de los datos<sup>42</sup>. Esto lleva por ejemplo a que el control de los empleados por videocámaras sea posible solo cuando existe un interés claramente justificado del empleador, lo que ocurre cuando se sospecha de alguna acción delictiva<sup>43</sup>. También en tales casos el comité de empresa tiene un derecho de cogestión en los términos del párrafo 87 inc. 1 nra. 6 BetrVG, de donde se deriva una "solución protectora preventiva" de los trabajadores, como la calificó la jurisprudencia, como medio para la realización del derecho a la autodeterminación informativa<sup>44</sup>.

## **VI. El art. 9 inc. 3 de la Ley Fundamental y el derecho colectivo del trabajo.**

En su tenor el art. 9 inc. 3 de la LF protege exclusivamente el derecho de los individuos de fundar asociaciones para defender y mejorar las condiciones laborales y económicas, por lo que parece limitarse a la libertad sindical individual<sup>45</sup>. Los derechos específicos de los sindicatos de trabajadores y de las agremiaciones empresariales no están mencionados; a diferencia de muchas constituciones la Ley Fundamental no contiene garantías expresas para la negociación colectiva u otros derechos colectivos como la huelga. El Tribunal Constitucional ha, sin

---

<sup>41</sup> BAG NZA 1984, 321 = DB 1984, 2626.

<sup>42</sup> BAG DB 1987, 1048 = AP nr. 2 sobre art. 23 BDSG con nota de Däubler.

<sup>43</sup> BAG NZA 2008, 1187.

<sup>44</sup> BAG NZA 1985, 28 = AuR 1985, 261.

<sup>45</sup> Ver la reproducción más arriba en cap. I.

embargo, a través de su fallo de 18 de noviembre de 1954, puesto las cosas de modo diferente<sup>46</sup>; por eso sus argumentos requieren especial atención.

El punto de partida fue una cuestión relativamente intrascendente, sobre si las federaciones de rama deben considerarse asociaciones, que tienen el poder de representación como abogados ante los tribunales. El Tribunal Regional de Trabajo (LAG) de Bavaria lo había denegado en aplicación de la legislación de la época; la federación interesada presentó un amparo de inconstitucionalidad con fundamento en el art. 9 inc. 3 de la Ley Fundamental. El Tribunal Constitucional debió examinar si el art. 9 inc. 3 también comprende el derecho de los sindicatos a la existencia y la acción. El Tribunal contestó afirmativamente la cuestión y los argumentos fueron principalmente históricos.

A diferencia de la época de Weimar, en que el art. 165 de la Constitución reconocía a las organizaciones el derecho a concluir convenios colectivos, no existía una garantía similar en la Ley Fundamental. Ella sería "prescindible" porque las legislaciones y constituciones estatales permitían reconocer el derecho de los interlocutores sociales a la autonomía colectiva. Y además señaló:

"Definitivo para la interpretación aquí hallada del art. 9 inc. 3 de la Ley Fundamental es la expresada creencia de la Ley Fundamental en el Estado social de derecho (art. 20 inc. 1, 28 inc. 1 oración 1 LF). Esta definición de los constituyentes excluye que un derecho fundamental, cuya ampliación a las colectividades tuvo su inicio en la época de Weimar, se vea, sin motivo cogente necesario, limitado en su eficacia a los individuos".

Esta interpretación del art. 9 inc. 3 LF recibió aprobación generalizada, aunque uno podría ensayar otra argumentación: ¿No había suficientes razones, para una expresa garantía de los derechos colectivos, cuando éstos en la época de Weimar habían tenido solo un "inicio"? ¿Era verdaderamente imperioso concluir que si existían las garantías contenidas en las constituciones estatales (como efectivamente ocurría) los aspectos colectivos de la libertad sindical estaban sobreentendidos?

---

<sup>46</sup> BVerfGE 4, 96 ss.

¿No debía extraerse la conclusión inversa, que había una desviación en relación a los ordenamientos estatales? ¿Se extrae realmente de la creencia en el Estado social de derecho, que Weimar contenía un nivel mínimo, sobre el que no estaba permitido retroceder? Las cuestiones son hoy de naturaleza meramente retórica; sin embargo, sugieren la existencia de otros criterios no expresamente mencionados para tal interpretación extensiva del art. 9 inc. 3 LF. En la realidad social los sindicatos y las organizaciones de empleadores habían sido reconocidos en los años cincuenta como importantes interlocutores; negarles un estatuto jurídico adecuado probablemente tería resultado en una incomprehensión generalizada. El Tribunal tuvo siempre un olfato por los resultados que al fin y al cabo encontraron aceptación política. Esto se aplica también al perfeccionamiento innovador de los derechos constitucionales como el reconocimiento del derecho a la autodisposición sobre los datos personales. Justo cuarenta años más tarde, el tribunal le ha dado a su argumento escasa acentuación, mientras destaca que en el art. 9 inc. 3 LF se ha expresado el propósito de la asociación (“la defensa y promoción de las condiciones laborales y económicas”). Así se expresa en su fallo del 26 de junio de 1991<sup>47</sup>:

“El derecho fundamental no se limita a la libertad de los individuos de crear una asociación de ese tipo, de ingresar a ella, de permanecer o de abandonarla. Protege más bien a la asociación en su existencia, sus arreglos organizativos y en su actividad, porque de éstos dependen la defensa y promoción de las condiciones laborales y económicas. A diferencia de la Constitución de Weimar, no está expresamente dicho, pero surge, sin embargo, de la inclusión de la finalidad del derecho de asociación en el ámbito de protección del derecho fundamental”.

¿Cómo está conformada la libertad sindical? En el fallo del 18 de noviembre de 1954 en relación al derecho de negociación colectiva el tribunal constitucional también recurrió a argumentos históricos. El reconocimiento de los sindicatos conduce a reconocer el derecho a la negociación colectiva, pues tiene directa relación con la formación de los

---

<sup>47</sup> BVerfGE 84, 212 = AuR 1992, 29 ss, con nota de Däubler, en Zachert-Martínez Girón-Arufe Varela, opus cit., pp. 387 ss.

salarios y las condiciones de trabajo, en cuanto es necesaria para que los "acuerdos colectivos" puedan concluirse. Por causa de la evolución histórica tales acuerdos pudieran convertirse en convenios colectivos formalmente protegidos, de carácter normativo e irrenunciable. Más adelante dice:

"La libertad sindical garantizada por el art. 9 inc. 3 LF no debe ser privada de su sentido histórico, el derecho fundamental del art. 9 inc. 3 debe contener un núcleo central protegido también en el sentido de que un sistema de convenios colectivos al modo del moderno derecho del trabajo sea genericamente puesta a disposición por el Estado, y que las partes de estos acuerdos necesariamente sean organizaciones libremente formadas".

El empleo del concepto de "núcleo central" sorteó durante una década una prolongada discusión. No se refería tanto, sin embargo, a la negociación colectiva, pues la conclusión y efectos de los acuerdos colectivos están regulados en principio en la ley de convenios colectivos. Relevante fue, empero, para aquellas formas de acción sindical, que no habían recibido ninguna regulación legal expresa, para lo cual fue inevitable recurrir al art. 9 inc. 3 LF. Esto es aplicable al derecho de los sindicatos de acceso a la empresa, así como al derecho de distribuir volantes y periódicos sindicales, o de elegir a los representantes sindicales. En un fallo de 17 de febrero de 1981 la Sala 2 del Tribunal Constitucional adoptó el enfoque según el cual art. 9 inc. 3 LF sólo garantizaba el "núcleo central"<sup>48</sup>. Esto significa que sólo las "indispensables" formas de acción gozarían de la garantía constitucional. Teniendo el sindicato integrantes en la empresa, puede también con su ayuda informar sobre las actividades sindicales y reclutar afiliados; un derecho de acceso no se requiere<sup>49</sup>. Lo mismo aceptó la jurisprudencia de los tribunales de trabajo para la distribución de publicaciones y para la elección de los representantes sindicales en la empresa: se puede realizar la elección por correo o en un autobús alquilado que se estaciona en la

---

<sup>48</sup> BVerfGE 57, 220 ss.

<sup>49</sup> El sindicato conserva sin embargo conforme al art. 2 inc. 2 BetrVG y el art. 2 inc. 2 BPerVG la garantía del derecho de acceso en vistas del trabajo conjunto con el consejo de empresa o consejo de personal.

entrada de la empresa. La realización de estas actividades en la empresa no es "indispensable"<sup>50</sup>. Con el mismo fundamento se rechazó el derecho a portar un emblema del sindicato en el casco, porque éste pertenecía al empleador<sup>51</sup>. También la utilización del correo interno de la empresa con fines sindicales<sup>52</sup> y el poder hablar en la pausa con otros trabajadores que todavía están trabajando<sup>53</sup> fue considerado "no indispensable".

Con el fallo del 14 de noviembre de 1995<sup>54</sup>, la Sala 1 del Tribunal Constitucional evolucionó. El art. 9 inc. 3 LF cubre todas las formas específicas de actividad de los sindicatos, no sólo aquellas incluidas en su "núcleo central". Éste no define el alcance la protección, sino a lo sumo el límite para la intervención del legislador en la libertad sindical. En cuanto las actividades del sindicato colidan con los bienes jurídicos de los empleadores, protegidos por derecho fundamental, ambos derechos deberían ser ponderados en el marco de sus posibilidades – una nueva aplicación de la concordancia práctica, cuya relación con el art. 12 inc. 1 LF ya fue discutida con referencia a la protección mínima contra el despido<sup>55</sup>. El fallo de la 2ª Sala del 17 de febrero de 1981<sup>56</sup> fue "incomprendido", nunca quiso efectuar una delimitación al "núcleo central". Éste argumento no es directamente plausible – para elegir una crítica diplomática. Probablemente solamente así se pudo evitar una decisión del plenario, lo que fue una alternativa que no interesa a los jueces, considerando el éxito incierto y el riesgo de quedar en minoría. En realidad se buscó un "giro", que no por último se expresó en el hecho, que el Tribunal Federal del Trabajo confirmó en una nueva decisión el derecho de acceso de los sindicatos, abandonando su anterior jurisprudencia<sup>57</sup>.

---

<sup>50</sup> BAG DB 1979, 1185 (distribución de periódicos sindicales); BAG AuR 1979, 254 = DB 1979, 1043 (elección de los representantes).

<sup>51</sup> BAG AuR 1979, 381 = DB 1979, 1089.

<sup>52</sup> Así en el caso BAG DB 1987, 440 = NZA 1987, 164.

<sup>53</sup> BAG DB 1982, 1327.

<sup>54</sup> BVerfGE 93, 352 ss., en la versión española reproducida Zachert-Martínez Girón-Arufe Varela, opus cit., pp. 258 ss.

<sup>55</sup> Ver arriba Cap. IV.

<sup>56</sup> Ver arriba nota 47.

<sup>57</sup> BAG AP Nr. 127 sobre art. 9 LF = RdA 2007, 110 con nota de Dieterich.

Frente a la ausencia de una expresa garantía del derecho de huelga en la constitución no podía, a la vista del tribunal constitucional, irse más allá, si el art. 9 inc. LF no garantiza un derecho de huelga de los sindicatos o un derecho de cierre patronal de los empleadores. Más bien el Tribunal Constitucional calificó a la huelga como un medio, que es necesario para asegurar el funcionamiento de la autonomía colectiva, al respecto se refiere también el art. 9 inc. 3 oración 3 de la LF<sup>58</sup>. La libertad de asociación y el derecho de huelga tienen la misma limitación que otros derechos fundamentales y derechos provistos de rango constitucional. Es por ello lícito conceder al empleador el derecho al cierre, si es necesario para producir un equilibrio de fuerzas en las negociaciones colectivas. La interpretación del Tribunal Federal del Trabajo de admitir el cierre patronal en las dichas huelgas parciales o topicas<sup>59</sup> sería constitucionalmente inofensiva<sup>60</sup>. El análisis detallado del Tribunal Federal del Trabajo se mantuvo, aunque se levantaran contra el mismo objeciones sustantivas<sup>61</sup>.

## **VII. Evaluación.**

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional se caracteriza por, más que en las causas judiciales, regularmente investigar la realidad social, a la que se remiten sus pronunciamientos<sup>62</sup>. La ley sobre el Tribunal Constitucional abre para ello numerosas posibilidades, que llegan hasta el dictamen de peritos sobre cuestiones generales<sup>63</sup>. En este aspecto guarda un paralelismo con los procedimientos parlamentarios, lo que está

---

<sup>58</sup> BVerfGE 84, 212 = AuR 1992, 30, en la versión española reproducida Zachert-Martínez Girón-Arufe Varela, opus cit., pp. 378 ss.

<sup>59</sup> BAG DB 1980, 1266 ss.

<sup>60</sup> BVerfG, aaO, principio guía 4.

<sup>61</sup> Ver en detalle Däubler, *Das Arbeitsrecht* 1, 16 edic., Reinbek, 2006, Rn 611 ss. Bryde (aaO, arriba nota 40, p. 539) sostiene que en la búsqueda del acuerdo en el resultado las condiciones reales no son expresadas.

<sup>62</sup> Al respecto ver sobre todo Bryde, aaO (arriba nota 40).

<sup>63</sup> Sobre las posibilidades de otros tribunales, ver Däubler, *Folgenabschätzung im Arbeitsrecht – zwischen Schutzprinzip und Effizienzdenken*, en: *Folgenabschätzung im Arbeitsrecht*, ZAAR serie de publicaciones 8, München 2007, pp. 37 ss.

completamente justificado, porque los fallos del Tribunal Constitucional tienen de hecho (y en algunos casos como los de la derogación de las leyes también de jure) efectos normativos. Sobre tales bases es posible requerir una mayor garantía de resultados justos. Los fallos ganaron en tales circunstancias una creciente fuerza de convicción y la tendencia a una mejor aceptación.

La segunda característica es la penetración constitucional en las relaciones laborales, que es realizada predominantemente por medio del efecto indirecto frente a terceros de los derechos fundamentales y mediante la doctrina del deber de protección. Ello crea una elevada medida de estabilidad. Una "desregulación" sólo sería posible si hubiera un cambio de jurisprudencia del Tribunal Constitucional o una formal enmienda constitucional, que debería superar importantes obstáculos.

La tercera característica es la creación de un sistema de diferentes pautas jurisprudenciales, que en una lectura imparcial, sólo difícilmente podrían extraerse del texto. A lo largo de una evolución de casi 60 años éstas no encontraron resistencias significativas. Esto se vincula con el hecho de que las "pautas" poseen un alto grado de abstracción, por lo que le queda al legislador un elevado margen de acción.

En cuanto al contenido el Tribunal Constitucional ha realizado un esfuerzo de igualación. Los intereses del trabajador son un elemento importante en el señalado proceso de ponderación, en el que sobre todo los intereses del empleador también están presentes, lo que se reconoce en el manejo del art. 12 inc. 1 LF y del art. 9 inc. 3 LF. Si los trabajadores y sus organizaciones son sujetos con derechos disminuidos o si manejan los mismos derechos, es el principal campo de discusión. El Tribunal Constitucional ha dado algunos pasos a favor de la segunda alternativa<sup>64</sup>.

---

<sup>64</sup> Para mayor análisis, sobre cómo los intereses de los trabajadores se incorporan en el texto constitucional y en la interpretación constitucional puede verse: Däubler, Los trabajadores y la Constitución, en: Trabajo y Seguridad Social. Revista de doctrina, noticias, legislación, jurisprudencia, fórmulas, estadísticas. Octubre 1997, pp. 5-26 (Edial, Lima, Perú).