

LA CONEXIÓN ENTRE LA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO LABORAL EN ALEMANIA*

Manfred Weiss**

En el presente artículo, el profesor Weiss hace un recorrido por los principales derechos laborales en Alemania, siempre partiendo desde un análisis constitucional de las normas, y tomando en consideración la aplicación vertical y horizontal de los derechos.

Lo invitamos a leer un artículo que refleja también la realidad constitucional de los derechos laborales en nuestra región.

* El presente artículo fue publicado anteriormente en el volumen 26 de Comparative Labor Law & Political Journal, en 2005, bajo el título "The interface between Constitution and Labor Law in Germany". La traducción estuvo a cargo de Mario Drago Alfaro, Director de la Comisión de Contenido de THEMIS, y María José Higuera Chicot, miembro de la Comisión de Contenido de THEMIS. Agradecemos a Óscar Súmar, ex-Director de la Comisión de Contenido de THEMIS, por hacernos llegar el artículo, y al autor por autorizarnos a traducirlo y publicarlo.

** Profesor de Derecho en la Universidad de Frankfurt, Alemania.

I. INTRODUCCIÓN

La “Ley Básica”¹, aprobada en 1949 como la Constitución de Alemania del Oeste, se tornó también en la Constitución que unificó a Alemania en 1990. El primer y más importante capítulo de ésta contiene un catálogo de derechos fundamentales que es de crucial importancia. Estos derechos fundamentales son, básicamente, la columna más fuerte dentro de los cimientos de la República Federal Alemana. Si, explícitamente, un artículo específico referido a un derecho fundamental, permite hacer algo, éste puede ser restringido hasta cierto punto por la legislación futura; pero, “de ninguna manera se puede afectar la esencia de un derecho fundamental” (artículo 19, parágrafo 2). La Constitución puede ser reformada con la aprobación de una mayoría de dos tercios de los cuerpos legislativos; no obstante, las reformas mediante las cuales se tratara de afectar los principios garantizados por los artículos sobre derechos fundamentales, serían nulas (artículo 79, parágrafo 3). Esta defensa contra la abolición de los derechos fundamentales (y otros pilares de la Constitución) es una reacción a la experiencia vivida durante el período Nazi, cuando quedó claro que el voto de la mayoría no previene necesariamente la perversión de los preceptos del Derecho.

De acuerdo al artículo 1, parágrafo 3, de la Constitución, los tres poderes del Estado –Legislativo, Ejecutivo y Judicial– están vinculados a los derechos fundamentales. El mencionado artículo, no obstante, no pinta un escenario completo del espectro de aplicación de los derechos fundamentales. Es muy estrecho y por consiguiente engañoso. Sólo se refiere a la aplicación vertical en las relaciones entre los ciudadanos y el Estado. Esto refleja la comprensión tradicional de los derechos fundamentales como una defensa contra el poder del Estado, que les garantiza a los ciudadanos un área de libertad donde el Estado no puede intervenir. Sin embargo, esta interpretación tradicional sólo se considera el punto de partida. Los derechos fundamentales, hoy en día, son considerados como una expresión de valores que le dan la base al ordenamiento legal entero. Por consiguiente, ya no se puede ignorar su aplicación a las relaciones entre actores privados. Las diferencias de poder no son sólo características de la relación entre el Estado y los ciudadanos,

sino también un fenómeno creciente entre los actores privados, como por ejemplo entre empleadores y empleados. Esta realización ha llevado a Alemania al concepto de la aplicación horizontal indirecta de los derechos fundamentales. Es una manera leve de introducir a los derechos fundamentales a las relaciones entre los privados. Estos derechos no son aplicados estrictamente de la misma manera que en las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, pero la normativa general que rigen las relaciones entre los privados debe ser interpretada a la luz de los valores expresados por los derechos fundamentales. Esto, por supuesto, le da al Poder Judicial una amplia libertad de interpretación para adaptar los derechos fundamentales a una situación específica.

Entre los derechos fundamentales garantizados por la Constitución, sólo existe uno que podría ser denominado un derecho fundamental social en sentido estricto. De acuerdo al artículo 9, parágrafo 3, el derecho a formar asociaciones para defender y mejorar las condiciones laborales y económicas está garantizado a cada individuo, ocupación y profesión. Es cierto que no estaría inclinado a incluir al artículo 12 en esta categoría, que garantiza la libertad de profesión, dado que es claro que el impacto social es evidente. Pero, después de todo, la libertad de profesión pertenece al grupo de los derechos clásicos de una sociedad cívica, incluso si su significado ha cambiado durante la historia. Los otros derechos fundamentales pertenecen, evidentemente, a la caja de los derechos clásicos: dignidad humana (artículo 1); libertad personal (artículo 2); igualdad ante la ley (artículo 3); libertad de religión, conciencia y credo (artículo 4); libertad de expresión y de prensa (artículo 5); protección del matrimonio y la familia (artículo 6); libertad de cátedra (artículo 7); libertad de reunión (artículo 8); protección de la privacidad en la correspondencia, correo y telecomunicaciones (artículo 10); libertad de tránsito (artículo 11); inviolabilidad de domicilio (artículo 13); protección de la propiedad privada (artículo 14); protección contra la privación de la nacionalidad (artículo 16); derecho al asilo (artículo 16,a); y derecho a la petición (artículo 17).

El propósito principal de esta contribución es mostrar que sería una concepción totalmente engañosa ignorar el impacto social de estos llamados “derechos fundamentales clásicos”. La

separación estricta entre éstos y los derechos fundamentales sociales ya ha perdido el sentido. Después de todo, son dos lados de la misma moneda. Las libertades fundamentales y los derechos de igualdad no sirven de nada si falta la base social. Por otro lado, si los derechos fundamentales sociales no están expresamente garantizados, los derechos fundamentales clásicos deben ser interpretados desde una perspectiva social sino quieren perder su función. Alemania es un muy buen ejemplo de esa reinterpretación de los derechos fundamentales. Éstos ya no son sólo considerados como una garantía de la libertad e igualdad en un sentido formal, sino en uno más substancial. Es decir que la base social debe estar incluida. Por consiguiente, no debe ser sorprendente que el Derecho Laboral en Alemania no esté compuesto de mucho más que normas derivadas de los derechos fundamentales. Se le debe reconocer a La Corte Constitucional Federal, como guardiana de la Constitución, el desarrollo y fortalecimiento del concepto de los derechos fundamentales. Sin embargo, su intervención sólo cubre la cumbre: las situaciones donde el impacto de los derechos fundamentales es altamente controversial. Lo que es mucho más importante es la interpretación de la ley ordinaria por las cortes ordinarias a la luz de la Constitución. En el área del Derecho Laboral, esta importante tarea se cumple por las cortes laborales, en particular por la Corte Federal Laboral. De acuerdo a la Ley de Convenios Colectivos, las partes de dichos convenios colectivos en Alemania están habilitadas para actuar como si fueran legisladores, es decir, hacer normas que deben ser respetadas por ambas partes de un contrato de trabajo individual, como si fuera un estatuto. Así, al crear normas se vinculan a los convenios colectivos como si fueran legisladores, es decir, de manera directa. El concepto de la aplicación horizontal indirecta no se necesita aquí, incluso si las partes de los convenios colectivos son organizaciones privadas.

Los derechos fundamentales garantizados por la Constitución no sólo juegan un rol en el derecho estatutario, sino también cuando no existen textos legales aplicables. En ese momento, es tarea del Poder Judicial el llenar los vacíos al interpretar a la Constitución y derivar de ella estructuras legales.

En Alemania, los derechos fundamentales tienen una doble cara: son, antes que todo, derechos subjetivos de los individuos, pero en buena medida también son garantías institucionales. Si, por ejemplo, la libertad de prensa está garantizada, esto no significa solamente la libertad de aquellos que producen prensa de expresar libremente su opinión y el derecho de los individuos

de usar libremente esta prensa para obtener información, sino también implica la garantía de la existencia de la prensa libre como una institución. O si la familia está garantizada, no implica solamente que los individuos tienen garantizados el derecho a casarse y tener una familia, sino también que el matrimonio y la familia son instituciones que se deben proteger. Este enfoque en la necesidad de una base institucional ha llevado al mayor desarrollo de la función de los derechos fundamentales: el Estado no sólo tiene que proveer instituciones como garantía de los derechos fundamentales, sino que tiene el deber de hacer todo lo necesario para proveer un marco que asegure que éstos se tornen relevantes en la práctica: ir mucho más allá de la interpretación original de los derechos fundamentales como una mera defensa contra el Estado.

II. LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN COMO UN EJEMPLO IMPORTANTE DE CÓMO LLENAR LOS VACÍOS

En Alemania, no hay un estatuto suprallegal sobre la huelga y/o los paros. No obstante, hay una ley muy elaborada sobre éstos, desarrollada exclusivamente por el Poder Judicial, la Corte Laboral Federal y, hasta cierto punto, la Corte Federal Constitucional. Las Cortes basaron el sistema entero de estas detalladas y complicadas reglas sobre el conflicto industrial en una sola frase de la Constitución: “el derecho a formar asociaciones para defender y mejorar las condiciones laborales y económicas está garantizado a cada individuo, ocupación y profesión” (artículo 9, parágrafo 3, primera línea). Evidentemente, este precepto no menciona nada sobre la huelga y los paros. Meramente garantiza el derecho fundamental de cada individuo a la asociación, el derecho del empleado a formar o unirse a un sindicato, y el derecho de cada empleador a formar o unirse a una asociación de empleadores; nada más.

Aplicando la filosofía explicada anteriormente, las Cortes dejaron en claro que la libertad individual de asociación sería inútil si la organización misma no estuviera protegida constitucionalmente también. Siguiendo este pensamiento, la llamada “libertad colectiva de asociación” es entendida como parte de la libertad individual de asociación. Es decir, está implícita la protección constitucional de la existencia de las organizaciones, tanto como de sus actividades. Así, dado que una de las actividades más importantes de los sindicatos y las asociaciones de empleadores es, por supuesto, la negociación colectiva, se acepta que el artículo 9, parágrafo 3 de la Constitución –a pesar de su

fraseo— también garantiza un sistema de negociación colectiva libre como una institución en la cual la libertad de asociación individual puede jugar un papel relevante en la práctica actual. Este primer paso implica necesariamente el segundo: una vez que se acuerda que un sistema de negociación colectiva libre está garantizado por la Constitución, la filosofía anteriormente expresada requiere que el sistema se forme de manera que garantice que se pueda cumplir con la función de proveer condiciones laborales adecuadas. A su vez, esto sólo es posible si un lado no puede dictarle las condiciones al otro: el sistema necesita un balance de poder justo para darle a cada lado una oportunidad igual de llegar a un compromiso adecuado. Esto implica el derecho de huelga: sin este derecho, la negociación colectiva no sería nada más que un pedir limosnas de manera grupal. Y de acuerdo a la Corte Federal Laboral, en gran medida y bajo condiciones muy específicas, se necesita un derecho de paros defensivos con el fin de garantizar la balanza de poder en todas las circunstancias de acciones industriales. Sin ir más allá en la descripción de los detalles de las leyes de huelga o paros¹, debe ser enfatizado que el solo recurso a la provisión constitucional del derecho fundamental a la asociación es la única fuente para éstas. Por consiguiente, el derecho a la huelga y —al menos, en principio— el derecho al paro se han tornado parte de la garantía constitucional.

III. LA APLICACIÓN VERTICAL Y HORIZONTAL

Como ya ha sido mencionado, los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial están vinculados a los derechos fundamentales. Para estar seguros de que las violaciones a éstos no son toleradas, todas las personas (ya sean naturales o jurídicas) tienen acceso a la Corte Federal Constitucional. Los requerimientos procesales son ignorados aquí; lo que es importante es que al final sea posible que todas las medidas tomadas por el poder Estatal sean examinadas por la Corte.

El poder de reexaminación también se aplica a estatutos, sin importar que tan grande sea la mayoría en el Congreso. Si estos no se ajustan a la

Constitución, pueden ser declarados nulos. Sólo para dar un ejemplo claro en el área del Derecho Laboral, cuando en 1976 la Ley de la Co-Determinación (referente a la representación de los empleados en la junta supervisora de las grandes compañías) fue aprobada con una mayoría impresionante en el Congreso, los empleadores y las asociaciones de empleadores retaron la constitucionalidad de este estatuto, alegando que violaría el derecho fundamental de los empleadores a la libertad de profesión (artículo 12) y el derecho de los accionistas a la propiedad (artículo 14). En una decisión espectacular, la Corte Federal Constitucional confirmó la constitucionalidad del estatuto, y al mismo tiempo, le puso fronteras a una extensión del concepto de co-determinación². Estas fronteras podrían jugar un rol importante en la discusión actual de una reforma a la Ley del Trabajo, que contiene las provisiones de las participaciones de los trabajadores mediante los concejos laborales³.

Si una decisión de la Corte Laboral Federal respeta la Constitución, podría también tornarse en una cuestión controvertida que involucre a la Corte Federal Constitucional. Esto pasaba con frecuencia en el pasado, incluyendo también la ya mencionada época del derecho a la huelga y al paro⁴.

Sólo existe un derecho fundamental en el cual no es necesario recurrir al concepto de la aplicación horizontal indirecta en las relaciones entre los actores privados; éste es el ya mencionado artículo 9, parágrafo 3, que trata la libertad de asociación. Así, establece que: “los acuerdos que restrinjan o busquen impedir este derecho serán nulos; cualquier medida que busque esta restricción será ilegal”. Esto implica que los actores privados, como potenciales violadores del derecho, están en la misma posición que los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial del Estado. Cualquier medida tomada por un empleador o cualquier persona que viole la libertad de asociación del empleado sería nula y carecería de valor, e incluso podría acarrear diversas sanciones.

En este contexto, es importante al menos comentar la complicada estructura de este derecho fundamental. No sólo protege a los empleados y em-

¹ Para obtener detalles de este desarrollo, ver: WEISS, Manfred. “Alemania”. En: *Strikes and Lockouts in Industrialized Market Economies*. BLANPAIN, Roger y otros (Editores). *Bulletin of Comparative Labour Relations Series*. 1994.

² Resolución del 1 de Marzo de 1979 de la Bundesverfassungsgericht BVerfGE 50, (290) (F.R.G.).

³ Ver: WEISS, Manfred. “Zur aktuellen Bedeutung des Mitbestimmungsrecht”. En: *Kritische Vierteljahresschrift Fuer Gesetzgebung Und Rechtswissenschaft*. 2000.

⁴ Ver, como ejemplos actuales: BVerfG, EzA Nr. 97 and Nr. 107 zu GG y el artículo 9 de la Constitución Federal *Arbeitskampf*.

pleadores organizados, sino también a los que no lo han hecho, a pesar del fraseo del artículo 9, parágrafo 3 de la Constitución que sólo se refiere a la mal llamada “libertad de asociación positiva”, garantizando el derecho del individuo a formar una asociación, unirse a una y participar activamente en ésta. La Corte Federal Laboral y la Corte Federal Constitucional interpretan esta garantía constitucional de manera que también cubre la llamada “libertad de asociación negativa”. La idea básica es que la libertad positiva no sería libertad si no hubiese, al mismo tiempo, una garantía de no-irrupción, de poder disfrutar de la libertad de no unirse a ninguna asociación o dejar una.

Esta línea fronteriza entre el derecho colectivo de las asociaciones y el derecho negativo de los individuos no es fácil de trazar. Hay un volumen significativo de jurisprudencia donde el poder judicial ha buscado encontrar un balance justo entre los dos derechos en conflicto. Se puede incluso observar una tendencia a sobre-estimar la relevancia del “derecho negativo de asociación” y, por consiguiente, limitar significativamente el derecho de asociación colectivo de las organizaciones, lo que es bien ilustrado por el caso citado. Al usar el instrumento del convenio colectivo, los sindicatos trataron de establecer cláusulas que conllevarían a que algunas ventajas financieras estén reservadas sólo para miembros del sindicato, pues siempre debería haber un espacio (el área de beneficios extras) entre los miembros del sindicato y los trabajadores no sindicalizados. Estas cláusulas desiguales llevaron a un conflicto entre la libertad de asociación positiva que apoyaban los sindicatos pues aumentaba su atracción, y la negativa, que era apoyada por empleados no sindicalizados que no deseaban ser tentados a unirse a un sindicato. Finalmente, este conflicto fue ganado por la libertad negativa, y las cláusulas fueron declaradas nulas e ineficaces. Esta decisión de la Corte Federal Laboral⁵ provocó muchas críticas, pues para muchos autores la actitud de la Corte implicó sobreestimar a la libertad negativa. La Corte Federal Laboral, sin embargo, ha mantenido esta posición hasta el día de hoy, rechazando cualquier crítica⁶.

IV. DERECHOS Y PRINCIPIOS DERIVADOS DE LA CONSTITUCIÓN

En Alemania, el Derecho civil protege a ciertos derechos específicos y ofrece remedios en caso se

viole alguno de éstos. Este grupo de derechos ha sido modificado no por ley estatutaria, sino por el poder judicial, al referirse a los valores expresados por los derechos fundamentales de la Constitución. La fuente más importante para esta estrategia de desarrollo de derechos fue tomar la dignidad humana como valor nuclear al igual que el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad; así, ahora estos derechos forman parte integral de los derechos que ya eran garantizados por ley estatutaria.

A) Protección de la privacidad

Antes que nada, existe el derecho general de respetar la personalidad de cada uno. Es decir, que cualquier intrusión en la esfera privada de un individuo está prohibida, al igual que el tratamiento irrespetuoso hacia cualquier sujeto que pudiera dañar su posición en la estima de otros. Partiendo de esta premisa general y yendo hacia una más específica, adicionalmente se señaló que existe el derecho de autodeterminación en referencia a la información personal de cada sujeto. La existencia de estos derechos, claro está, no excluyó el potencial conflicto entre ellos y otros valores protegidos por la Constitución. En esa situación es posible que la labor del Poder Judicial sea desarrollar un balance justo entre las posiciones en conflicto, cada una respaldada por el catálogo de derechos fundamentales de la Constitución.

El ejercicio del derecho general de respetar la personalidad de cada uno, y del derecho específico de autodeterminación, puede ser ilustrada en la manera que las Cortes restringen la posibilidad de que el empleador consiga información de los aplicantes al trabajo. Antes, los empleadores podían preguntarle a éstos todo tipo de preguntas y hacerlos pasar por diferentes tipos de exámenes, lo que ha cambiado significativamente, pues los derechos mencionados han sido aplicados como una importante restricción a esas prácticas. Sin embargo, el derecho del empleador de obtener información sobre el aplicante, en principio, tiene respaldo constitucional en el derecho de libertad de profesión del empleador, el derecho de propiedad privada y, finalmente, el derecho de libre desenvolvimiento de la personalidad, derecho considerado una base constitucional para la libertad de contratar. En resumen, se debe encontrar una solución justa y balanceada entre las posiciones antagonistas. Con el fin de encontrar esta

⁵ BAG (Corte Federal Laboral), EzA Nr. 3 zu GG y artículo 9 de la Constitución Federal.

⁶ Ver, por ejemplo: BAG, EzA Nr. 42 zu GG y artículo 9 de la Constitución Federal.

solución, las Cortes sólo permiten la realización de preguntas justificadas por el interés del empleador debido a la relación laboral a establecerse. Este interés es tan fuerte que proteger la inviolabilidad de la protección del aplicante es considerado menos importante.

Asimismo, el aplicante no está obligado a responder preguntas inadmisibles y –incluso más importante por razones prácticas– está permitido a responder preguntas inadmisibles con mentiras. Sólo una respuesta falsa a una pregunta válida puede ser considerada como fraudulenta con consecuencias legales, incluyendo el cuestionamiento del mismo contrato laboral. Debido al hecho que Alemania cuenta con una protección muy eficiente contra despidos injustos, una respuesta equivocada a una pregunta inadmisibles podría no sólo llevar al aplicante a obtener el puesto laboral, sino que garantizaría su permanencia. Esta tendencia, a la luz de los derechos que protegen la privacidad del aplicante, restringirá cada vez más el derecho del empleador a formular preguntas que invadan la vida privada del aplicante. Para dar un ejemplo, el empleado podrá sólo preguntar acerca de condenas pasadas si el trabajo ofrecido lo requiere. Así, por ejemplo, a un contador o a un cajero se les podría preguntar solamente sobre condenas previas en asuntos de propiedad, o a un conductor de caminos se le puede hacer preguntas sobre infracciones de tráfico; sin embargo, incluso en este caso el aplicante no tendría que declarar sus condenas previas o dar información de los hechos que llevaron a éstas condenas si ya no están registradas en Registro Federal Central de Condenas o si ya no aparecieran en sus antecedentes policiales. Es decir, los casos en los que no hubieran infracciones significativas cometidas en los últimos cinco años. El ejemplo demuestra que el poder discrecional de la Corte en trazar esta línea fronteriza es enorme, pero es quizá la única manera de encontrar un balance justo entre los valores en conflicto como están expresados en la Constitución⁷.

B) El derecho a trabajar

En Alemania no existe un derecho a trabajar, en el sentido que todo individuo tiene derecho a conseguir un trabajo. El derecho al trabajo, no obstante, si juega un rol cuando ya existe un trabajo, y esto sólo se debe a los primeros dos artículos de la Constitución.

De acuerdo a la cláusula estatutaria (sección 611 del Código Civil), que define los derechos y obligaciones mutuas en una relación laboral, el empleado se obliga a trabajar y el empleador se obliga a pagar un salario. No existe un deber del empleador de permitir que el empleado trabaje; por lo tanto, el empleador está cumpliendo con sus deberes contractuales simplemente pagando el salario. Esto ha llevado a situaciones (particularmente en los casos donde el tiempo de aviso para el despido se extendía por contrato y era por lo tanto muy largo) donde el empleador estuvo dispuesto a pagar el salario hasta el fin de la relación laboral pero no dejó al empleado presentarse a trabajar como estaba establecido en el contrato. Este acercamiento se tornó mas incompatible con los principios de los primeros dos artículos de la Constitución, es decir la dignidad humana y el derecho al libre desarrollo de la personalidad. El desenvolvimiento de la personalidad de cada uno mediante el trabajo, al menos en el contexto alemán, es considerado como un elemento esencial de este derecho. Es por esto que la Corte Federal Laboral ha establecido los derechos del empleado a trabajar y no simplemente su derecho a recibir una remuneración. Al comienzo, este derecho se le otorgó solamente a algunas profesiones; no obstante, ahora es una regla general e imposible de rebatir. Sólo bajo condiciones muy restringidas (por ejemplo, si se sospecha que el empleado ha incurrido en una falta grave), es que el empleador puede unilateralmente declarar la suspensión y por lo tanto, se libera del deber de permitir al empleado trabajar de acuerdo con el contrato⁸.

Este derecho a trabajar ha sido extendido por la Corte Federal Laboral al contexto de la demanda sobre la legalidad del despido. Esta ley alemana que protege contra los despidos injustos se enfoca en la restitución en caso de despido ilegal; no obstante, incluso si el despido es ilegal, el empleador siempre puede buscar la disolución del contrato laboral y prevenir de esta manera la restitución. Esta disolución, sin embargo, es aprobada por la Corte si concurren dos condiciones: primero, el empleador debe pagar una compensación financiera y, segundo, debe demostrar que no se puede esperar ninguna cooperación fructífera en el futuro. La última condición es fácil de lograr si el empleado ya no es parte de la compañía. Si, no obstante, el empleado aún está trabajando, es mucho más difícil para el empleador convencer a la Corte de que no se podría dar más

⁷ Ver: WEISS, Manfred y Marlene SCHMIDT. "Labour law and industrial relations in Germany". 2000.

⁸ Ibid. p. 80.

cooperación. Así, la cuestión de si un empleado continúa trabajando durante el período del proceso se torna crucial, pues puede durar varios años si todos los niveles del sistema judicial llegan a involucrarse. La Corte Federal Laboral, en una decisión espectacular⁹, elaboró un lineamiento, en vista de la incertidumbre de si un despido había o no sido ilegal y por lo tanto había terminado con la relación laboral; el empleado despedido no tenía derecho a permanecer en la compañía y a seguir trabajando ahí. Sin embargo –y esta es una innovación importante–, si de acuerdo a la decisión de la Corte Laboral de primera instancia el despido es ilegal, el empleado despedido puede continuar trabajando por lo que resta del proceso en todos los niveles de apelación hasta la decisión final. En otras palabras, una vez que existen indicios fuertes de ilegalidad, el interés del empleado prevalece sobre el del empleador. Este nuevo acercamiento al problema ha mejorado significativamente la posibilidad de ser restituido en caso de un despido ilegal.

C) El principio de tratamiento igualitario

De acuerdo al artículo 3, parágrafo 1 de la Constitución, “todas las personas son iguales frente a la ley”. Este derecho fundamental se ha vuelto una base legítima para el principio de tratamiento igualitario que fue desarrollado por el Poder judicial y que juega un rol muy importante en las relaciones laborales.

El principio de tratamiento igualitario sólo se aplica a las regulaciones de las condiciones laborales orientadas a grupos. Así, este principio, por un lado, exige que cada miembro dentro del grupo sea tratado de la misma manera y, por otro lado, limita la libertad del empleador de dividir el trabajo en diferentes condiciones laborales. No se excluye el tratamiento diferente; lo que prohíbe es la distinción arbitraria, no las diferencias justificadas. Los requisitos para esta justificación se tornan más onerosos, por ejemplo, si un empleador le otorga una gratificación a los ejecutivos pero no a los obreros; esto evidentemente sería una regulación dirigida a grupos, por lo que el principio de tratamiento igualitario sí se aplicaría. La pregunta relevante sería si la distinción hecha entre los ejecutivos y los obreros está justificada por el propósito de la gratificación¹⁰. Esto evi-

dentamente depende de la naturaleza de ésta. Si la justificación fuera denegada, la consecuencia sería que aquellos excluidos (en el ejemplo, los obreros) obtendrían lo mismo que el grupo privilegiados (en el ejemplo, los ejecutivos). Podría ser que el grupo excluido consista en muchos más miembros que el grupo privilegiado: en ese caso el principio de tratamiento igualitario podría costarle mucho al empleador. Esto, por supuesto, es algo ambiguo, pues para no quedar atrapado en el principio de tratamiento igualitario, el empleador podría preferir abolir todas las gratificaciones y condiciones favorables similares. Pero el ejemplo demuestra que este principio, como parte de la garantía constitucional de tratamiento igualitario, no sólo se entiende como una prohibición formal de discriminar, sino también como un vehículo de distribución igualitaria de los servicios dados por el empleador. El impacto práctico no debe ser subestimado.

V. APLICACIÓN HORIZONTAL INDIRECTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Como ya se mencionó, la aplicación horizontal indirecta de los derechos fundamentales es, por lejos, el método más importante para influenciar en todo el sistema legal, incluyendo la legislación laboral, a partir de los valores expresados en el catálogo constitucional de los derechos fundamentales. Por tanto, es simplemente imposible hacer un estudio exhaustivo de la gran cantidad de casos donde el método es aplicado. Más bien, sería más útil solamente indicar la constelación típica en donde éste juega un rol importante.

A) Control del contenido del contrato de trabajo

De acuerdo a la filosofía tradicional del Derecho civil, las partes pueden acordar lo que quieran en un contrato, siempre que se respeten las normas. Esta filosofía tradicional se aplica también al Derecho laboral. Por supuesto, se entiende también que no sólo debemos respetar las normas, sino también los acuerdos colectivos y acuerdos laborales como los pactados entre la autoridad y los empleadores¹¹, que estrechan los límites de la libertad contractual. Aún así, existe un gran espacio para dicha libertad contractual en la actualidad.

⁹ BAGE. Op. cit. pp. 48, 122.

¹⁰ Para ejemplos ver: BAG. (Corte Federal Laboral) EzA Nr. 38 - 40 zu § 242 BGB Gleichbehandlung.

¹¹ Para esta categoría, ver: WEISS y SCHMIDT. *Supra* 7. p. 205.

Los contratos laborales toman en consideración la desigualdad de poder entre las partes. Sin embargo, la igualdad de poder entre las partes, una de las presunciones básicas de la libertad contractual: en tanto no exista la posibilidad para una de las partes de dictar, en mayor o menor medida, las condiciones contractuales del contrato a la otra parte, no existe ninguna necesidad de intervención; cada parte tiene la posibilidad de alcanzar un acuerdo justo. Las cortes laborales alemanas consideran que el empleador, por lo general, se encuentra en una posición más fuerte que el empleado. Por ende, el balance de poderes debe ser reestablecido por las cortes, claro está, sólo si una de las partes así lo solicita. De acuerdo a la cláusula general establecida en el Código Civil, todos los contratos, incluidos los laborales, deben pactarse conforme a los principios de equidad y buena fe (sección 242). Esta fórmula, tal como está, parece no tener mucho significado, pero abre las puertas al sistema de valores expresado como los derechos fundamentales de la Constitución. Y estos valores, a fin de cuentas, se convierten en el criterio decisivo para controlar el contenido del contrato laboral. El proceso de control es más severo con los contratos estandarizados que con los contratos negociados individualmente. Pero, incluso en estos últimos, el contrato es sujeto de control por parte de las cortes.

Existen casos donde es evidente que el contrato viola el espíritu de los derechos fundamentales. Por ejemplo: hay contratos laborales de aeromozas y aeromozos que indican la terminación del contrato en caso que estos contraigan matrimonio. Esto, por supuesto, fue juzgado por las cortes como una evidente y fuerte violación del espíritu de los derechos fundamentales que garantizan el matrimonio y la formación de una familia, tal como se expresa en el artículo 6 de la Constitución¹².

La mayor parte del tiempo, la violación no es tan evidente. Por ende, el control es mucho más complicado. Por dar un ejemplo: si un empleador paga por un entrenamiento especial o por un programa educativo con el fin de mejorar su calidad como trabajador, es natural que el empleador quiera mantener a dicho empleado, altamente calificado, pagándole más de acuerdo a sus nuevas habilidades. Por eso, es común ver que el empleador acuerda con su empleado para

pagarle su educación, con la condición de que el empleado deba devolverle el dinero si renuncia a su puesto antes de una fecha pactada.

Antes, dichas cláusulas contractuales no se consideraban problemáticas. El derecho fundamental a la libertad de elección de la profesión, no obstante, no sólo garantiza la libertad de elección de la profesión, sino también a libertad de ejercer dicha profesión (artículo 12 de la Constitución). Esta libertad de ejercicio de la profesión puede ser violentada si al empleado se le imposibilita realizar un mejor uso de sus habilidades, al no permitírsele cambiar de empleo debido a la cláusula contractual. La obligación contractual de devolver el pago en caso renuncie a su trabajo se convierte entonces en una especie de "cadena de oro": por un lado, la oportunidad de mejorar su calidad como profesional; por otro, la necesidad de permanecer en su actual relación laboral. En principio, la Corte Federal Laboral, al examinar dicha cláusula a la luz del derecho fundamental que garantiza la libertad de profesión, todavía concluye en que son permitidas. Sin embargo, todavía hay límites significativos. El periodo que el empleado debe permanecer en su trabajo es limitado. El marco temporal depende del monto pagado y de la pregunta sobre si la calificación laboral que se le dio al empleado es una a ser utilizada internamente en la empresa o si es atractiva en el mercado laboral en general. Además, el periodo también depende de las modalidades de devolución: si, por ejemplo, no importa el momento en que el empleado renuncie, igual debe devolver todo el monto, o si dicha devolución se reduce paso a paso (monto completo si renuncia el primer año, menos si lo hace el segundo, aún menos el tercero, etcétera). En resumen y yendo al punto, el recurso al derecho fundamental de la libertad de profesión ha guiado a un patrón flexible en la limitación de dichas cláusulas, que le entrega a las cortes un significativo margen discrecional en cada caso concreto¹³.

Pueden darse numerosos ejemplos de este tipo de intervención. Uno prominente es la jurisdicción de la Corte Federal Laboral sobre las cláusulas en las cuales al empleado se le prohíbe competir contra el empleador de la relación laboral. Existe una regulación estatutaria específica sobre dicha cláusula en el Código de Comercio para empleados

¹² BAG (Corte Federal Laboral). AP 1 zu Artículo 6 Ehe u. Familie.

¹³ Como ejemplo de esta jurisprudencia, ver: BAG (Corte Federal Laboral). EZA 13 y 21 zu GG (Constitución Federal). Artículo 12.

de oficina que realizan tareas comerciales. Para el resto del grupo de empleados, sin embargo, no existe una norma específica.

Volviendo a la visión del derecho fundamental a la profesión, la Corte Federal Laboral¹⁴ ha limitado la posibilidad de dichas cláusulas de no-competencia y han transferido el régimen legal de los empleados de oficina que realizan tareas comerciales a todos los otros empleados. Esto significa que la cláusula de no-competencia debe establecerse por escrito, la limitación no debe extenderse por más de dos años luego de la resolución del contrato y, por el periodo en el cual se prohíbe competir, el empleador debe entregar un monto de dinero que corresponda por lo menos a la mitad del sueldo anual que el empleado recibía antes de la resolución del contrato. Adicionalmente, se entiende que la cláusula es válida si el empleador tiene un interés comercial justificado en que el empleado no compita y si, de acuerdo a la región, tiempo y el motivo de la no-competencia, ello no causa desventajas razonables al empleado, tomando en consideración cada caso concreto. Nuevamente, este patrón muestra que las cortes gozan de un nivel de discreción significativo en la aplicación del derecho fundamental al caso concreto y en la determinación de sus límites.

B) Control de las especificaciones del contrato

De acuerdo a las normas laborales alemanas, el empleado está obligado a trabajar bajo las órdenes, control y autoridad del empleador. En otras palabras, el empleador tiene el derecho de, unilateralmente, especificar las obligaciones contractuales del empleado. Este poder, por supuesto, puede ser delegado a un supervisor personal dentro de la organización del establecimiento. El empleado debe obedecer las órdenes, sino corre el riesgo de incumplir con el contrato, lo que puede conllevar una sanción. El derecho de especificar las labores del empleado está limitado por el texto del contrato, el cual es usualmente vago. El problema, sin embargo, es si existen límites a dicho derecho. El Código Civil contiene una norma relevante sobre el tema. La persona que tiene la capacidad de especificar las órdenes unilateralmente debe usar dicho poder de tal forma que se respete el principio de equidad

(sección 315). Nuevamente, esta cláusula general es muy vaga y carece de sentido por sí sola, pero abre la puerta a los valores expresados como derechos fundamentales de la Constitución.

Un ejemplo puede ilustrar cómo funciona este mecanismo. Un investigador en una compañía de químicos se niega a seguir las órdenes de su empleador de participar en un proyecto que, supuestamente, desarrollaría dispositivos farmacéuticos que reducirán los daños causados por armas nucleares. Esto, a primera vista, parece un evidente caso de incumplimiento contractual. No obstante, el empleado alega que su participación en dicho proyecto es incompatible con sus convicciones. La Corte Federal Laboral¹⁵ examinó este caso sobre la base del derecho de libertad de conciencia (artículo 4, parágrafo 4 de la Constitución), haciendo referencia al contenido de este derecho fundamental tal como fue desarrollado por la Corte Federal Constitucional. Esta última desarrolló un amplio alcance de protección de la conciencia del individuo al establecer que corresponde a la persona la decisión sobre sus convicciones y que no existe, por lo menos en principio, criterio alguno que pueda ser aplicado desde afuera. Por supuesto, esto no excluye el denegar la protección en los casos donde, evidentemente, no existe ninguna objeción de conciencia. Sin embargo, las posibilidades de los individuos para recurrir a esta categoría sólo están limitadas por un marco. En el caso señalado, ello significa que el recurso de la objeción de conciencia por parte del empleado estuvo justificado y que no era el trabajo de la Corte el examinar si lo que aquél entiende por conciencia corresponde a lo que la Corte piensa. Por tanto, el impacto de este derecho fundamental en tales casos es de largo alcance: la negativa a cumplir con la orden está justificada, por lo que no puede calificarse como incumplimiento contractual. Aún así, debe mencionarse, por lo menos, que tal negativa no implica que el trabajador se encuentre fuera de todo riesgo. La negativa justificada implicará que el empleado no pueda cumplir con el trabajo que se le asignó contractualmente si no existe posibilidad alguna de darle a éste otro trabajo cubierto por el marco de obligaciones contractuales. Ello dependerá en gran medida del puesto del empleado y del tamaño de la empresa. Sin embargo, en el contexto discutido líneas arriba, sólo es importante demostrar la limitación que tiene el empleador al ejercicio de

¹⁴ BAG (Corte Federal Laboral), EzA 10 zu § 74 HGB.

¹⁵ BAGE 62, 59.

su derecho de especificar el contenido del contrato laboral unilateralmente. Y, otra vez, los derechos fundamentales resultan ser la categoría crucial.

C) Control de la justificación del despido

De acuerdo a la Ley Laboral alemana, un despido sin notificación (denominado "despido extraordinario") está justificado si "existen causas que, en razón de todas las circunstancias del caso y de acuerdo a la evaluación de los intereses de ambas partes, se vuelve inaceptable para ambas el respetar el contrato hasta el final del periodo notificado" (sección 626 del Código Civil). Y bajo el régimen de la norma de protección contra despidos injustos, un despido con notificación de término (denominado "despido ordinario") es sólo aceptado socialmente y, por ende, lícito si hay razones concernientes a la personalidad del empleado, su comportamiento o urgencias económicas (sección 1). Resulta evidente que la fórmula para justificar un despido extraordinario y la amplitud de situaciones para la justificación de un despido ordinario bajo la norma de protección contra despidos injustos son poco específicas y, por ende, la Corte tiene un gran margen discrecional para demarcar la línea entre lo justificado y lo injustificado. En la interpretación de la fórmula referida al despido extraordinario y en la interpretación concerniente a las nociones del despido ordinario, las cortes están obligadas a desarrollar este tema a la luz de los valores expresados por el catálogo de derechos fundamentales de la Constitución.

La función de los derechos fundamentales sobre la libertad de expresión puede ser usada como ejemplo para ilustrar el rol que juega la aplicación horizontal indirecta de los derechos fundamentales en el tema de los despidos. La Constitución garantiza a todos "el derecho a la libre expresión y a la diseminación de sus opiniones habladas, escritas o graficadas" (artículo 5, parágrafo 1). Ello, claro está, sólo juega dicho rol si la opinión busca expresarse. De acuerdo a la doctrina de la aplicación horizontal indirecta de los derechos fundamentales, no hay duda de que esta garantía también se aplica a las relaciones laborales.

La libertad de expresión es uno de los pilares básicos de una sociedad democrática y plural; por tanto, es evidente que no puede excluirse del ámbito del empleo, que determina la vida de la

amplia mayoría de ciudadanos. No obstante, debe mencionarse que la garantía constitucional de libre expresión está limitada "por lo previsto por normas de carácter general" (artículo 5, parágrafo 2). De acuerdo a la interpretación mayoritaria, estas "previsiones" incluyen también principios del derecho no cuestionados. En el derecho laboral, estos serían el deber de lealtad y el deber de no perturbar la "paz" en el establecimiento de trabajo. Para encontrar si la expresión de una opinión específica de un empleado puede constituir una justificación para un despido ordinario o extraordinario, las cortes deben ponderar el derecho fundamental de libertad de expresión con las labores del empleado. Para realizar este análisis, las cortes poseen un significativo poder de discreción. Así, es difícil predecir el resultado de un caso en concreto.

Debe decirse, sin embargo, que el recurso al derecho a la libertad de expresión nos ha llevado por un camino interesante. La gran cantidad de casos de este tipo muestra claramente que, comparado a la década del 50, se le da más peso a la libertad de expresión, a la vez que el deber de lealtad y el deber de no perturbar la "paz" en el centro laboral pierden relevancia¹⁶. Esto es verdad especialmente en aquellos casos donde los temas públicos intervienen, lo que demuestra que el recurso a los derechos fundamentales por la vía de la aplicación horizontal indirecta no es estático, sino, por el contrario, dinámico. En este contexto, el debate académico que influye en la percepción de los jueces sobre los derechos fundamentales juega un rol importante.

VI. CONCLUSIÓN

La descripción general bosquejada sobre la conexión entre los derechos fundamentales como garantías constitucionales y las normas laborales ha demostrado que el derecho laboral se encuentra influenciado por dichos derechos fundamentales. Emancipados de la percepción tradicional como medios de defensa de los ciudadanos frente al poder estatal, los derechos fundamentales se han tornado en un sistema de valores que define en gran medida el contenido del sistema legal en su conjunto. En tanto todas las normas deben interpretarse a la luz de la Constitución, el Poder Judicial ha tenido un crecimiento sustancial. El método de la aplicación horizontal indirecta de los derechos fundamentales abre la puerta para una

¹⁶ Para un panorama general, ver: SHAUB, G. "Die Freiheit der Meinungsäußerung im Individualarbeits- und Betriebsverfassungsrecht". *Rect. Der Arbeit* 137. 1979.

aproximación flexible y dúctil que integre los valores básicos dentro de diferentes áreas del Derecho.

En el Derecho laboral, el recurso a los derechos fundamentales es de singular importancia debido a la desigualdad entre el empleador y el empleado. Sobre el tema, las cortes han tenido éxito en desarrollar un balance justo en los conflictos entre valores fundamentales, así como en los conflictos entre valores fundamentales y necesidades económicas. La importancia de los derechos fundamentales en el Derecho laboral, antes que reducirse, se ha incrementado en las últimas décadas. Las cortes, como guardianes de los derechos fundamentales, han demostrado su independencia, manteniéndose relativamente inafectas por las a veces agitadas acciones políticas y por grupos de interés que han pretendido cambiar la perspectiva del Derecho laboral. Esta actitud no es una característica única de la Corte Federal Constitucional y de la Corte Federal Laboral, sino de todas las cortes en general.

La posición asumida por las cortes tiene también un efecto preventivo. El enfoque judicial de los derechos fundamentales hace que el legislador sea cauto. La amenaza sobre la inconstitucionalidad de un proyecto de ley trabaja como un limitador eficiente en el proceso legislativo. La presente discusión sobre la enmienda planeada a la Ley sobre autoridades laborales es un buen ejemplo de este fenómeno.

El balance de todo lo anterior es claro: los derechos fundamentales como garantías constitucionales juegan un rol importante en la creación y aplicación de las normas laborales. Por último, pero no por ello menos importante, ellos son los salvavidas frente a cualquier intento por destruir la función protectora del Derecho laboral, protegiéndolo frente al camino modernizador. En la búsqueda de un Derecho laboral que provea un balance justo entre flexibilidad y seguridad, los derechos fundamentales, tal como se encuentran en la Constitución alemana, son buenos puntos de referencia.