

EL DERECHO NEGATIVO DE SINDICACION: EL "CLOSED SHOP" COMO DELITO

Por Gaspar RUL-LAN BUADES

1. LAS CLAUSULAS DE SEGURIDAD SINDICAL

Con ocasión del nuevo Proyecto de Ley de Libertad Sindical vuelve a surgir la controversia sobre la legalidad o ilegalidad de las llamadas "cláusulas de seguridad sindical" en conexión con el art. 28 de la Constitución que consagra el derecho de libertad sindical negativa, es decir, el derecho a NO afiliarse a ningún sindicato, y con frecuencia se confunde con una de estas cláusulas de seguridad algo que no tiene nada que ver necesariamente con ellas; el llamado "canon de negociación".

La fuerza de un sindicato depende, en primer lugar, del número de afiliados que tiene y de los recursos económicos de los que dispone. A aumentar esta afiliación y los fondos económicos van dirigidas las numerosas y diversas cláusulas de seguridad que los sindicatos han ideado, las principales son:

— *Closed shop* (taller cerrado): Esta es una cláusula, incluida en el convenio colectivo, por la que la empresa se compromete a contratar el nuevo personal sólo y exclusivamente de entre los trabajadores que están ya afiliados a un sindicato. La afiliación previa a un sindicato es condición indispensable para entrar a formar parte de la plantilla de la empresa.

— *Union shop* (taller sindical): Según esta cláusula el empresario es libre para contratar a la persona que quiera, pero ésta, una vez contratada, tiene obligatoriamente que afiliarse a un sindicato dentro de un período determinado. Si en el "closed shop" la afiliación al sindicato es condición previa indispensable para empezar a trabajar en la empresa, en el "union shop" esta afiliación es condición para continuar trabajando en la misma.

— *Maintenance of membership* (mantenimiento de afiliación): Según esta cláusula el ya afiliado ha de continuar manteniendo su afiliación como condición indispensable para continuar trabajando. Esta cláusula, como se ve, no pretende aumentar el número de afiliados sino simplemente mantener los ya existentes.

— *Selección preferencial*: Si en el "closed shop" el empresario necesariamente tenía que contratar nuevo personal de entre los ya afiliados al sindicato, en esta cláusula a lo que se obliga el empresario es a que en igualdad de condiciones entre dos candidatos, contrate a aquel que sea miembro del sindicato.

— *Agency shop*: Por esta cláusula el empresario se obliga a deducir de los salarios de los trabajadores afiliados a un sindicato las cuotas mensuales correspondientes a éste. En este caso el empresario se convierte en un mero recaudador de cuotas de los afiliados. Esta cláusula está prevista en el art. 8/3 del Proyecto de Ley de Libertad Sindical en el que se lee: "Previa conformidad del trabajador y cuando así lo solicite el sindicato al que esté afiliado, el empresario procederá al descuento de la cuota sindical sobre los salarios y a la correspondiente transferencia."

— *Cotización obligatoria*: Si en la cláusula anterior el empresario se obliga a deducir de los salarios de los trabajadores su cuota sindical en esta cláusula el empresario se obliga a deducir la cuota sindical del salario de todos los trabajadores estén o no estén afiliados.

— *Canon de negociación*: Esto no puede llamarse, estrictamente hablando, una cláusula de seguridad sindical pues su objetivo no es reforzar de ninguna manera al sindicato sino simplemente obligar a todos los trabajadores cubiertos por un determinado convenio laboral a participar en los gastos normales de una negociación colectiva de cuyos resultados se van a beneficiar. En este caso lo realmente importante es quién va a administrar estos fondos de negociación, pues si no se mantienen separados de los fondos sindicales y los administra el mismo sindicato puede convertirse este "canon de negociación" en una fórmula encubierta de cotización obligatoria al sindicato.

En el presente trabajo queremos centrar nuestra atención directamente en el "closed shop" e, indirectamente, en aquellas otras cláusulas de seguridad que de alguna manera hacen obligatoria la afiliación del trabajador a un sindicato, pues esto parece violar abiertamente el precepto constitucional que defiende el derecho a afiliarse o no afiliarse a un sindicato.

2. EL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL

Tenemos tres fuentes para conocer el contenido concreto del derecho de libertad sindical: Los Convenios de la Organización Internacional de trabajo suscritos por España, los Tratados Internacionales que según el art. 96 de la Constitución una vez válidamente celebrados y publicados en el Boletín Oficial del Estado, forman parte del ordenamiento del país, y la legislación nacional, tanto constitucio-

nal como ordinaria. En todos estos cuerpos jurídicos nos interesa descubrir, para el presente estudio, el doble carácter, positivo o negativo que pueda tener el derecho de libertad sindical, es decir, si la libertad sindical supone necesariamente el derecho tanto a afiliarse como a NO afiliarse a un sindicato.

La OIT:

El Convenio 87 de la OIT, suscrito por España el 13 de abril de 1977, declara de forma explícita únicamente el derecho positivo de afiliarse a un sindicato, sin decir nada sobre el derecho a no afiliarse al mismo. Con todo, el Comité de Libertad Sindical de la misma OIT, cuya función es vigilar sobre el cumplimiento de la letra y el espíritu de este Convenio en los Estados que lo han suscrito, ha remitido el tema a la legislación nacional afirmando que el Convenio 87 ni permite ni prohíbe las cláusulas de seguridad sindical, de manera que ni los Estados firmantes están obligados a permitir este tipo de cláusulas, ni los Estados que las permiten puede decirse que violen los Convenios ratificados. Así en una decisión de este Comité leemos: "Basándose en la declaración de la Comisión de Relaciones de Trabajo de la Conferencia Internacional del Trabajo de 1949, el Comité ha estimado que una legislación que establece el derecho a no afiliarse o a no pertenecer a un sindicato no constituye en sí una violación de los Convenios 87 y 98." Pero también el mismo Comité ha afirmado que en determinados casos las cláusulas de seguridad sindical, en cuanto obligan a los trabajadores a afiliarse a un determinado sindicato o establecen condiciones irrazonables para la afiliación de las personas que lo soliciten, pueden constituir un caso de clara discriminación por razones sindicales.

Finalmente, el mismo Comité ha declarado que si las cláusulas de seguridad sindical conseguidas por un sindicato en el convenio colectivo podrían, en determinados casos, suponer una violación del Convenio 87, la imposición de estas cláusulas por la legislación nacional siempre y sin duda alguna, supone una violación del Convenio 87 "ya sea haciendo obligatoria la afiliación, ya imponiendo el pago de cuotas sindicales en condiciones tales que se llegue al mismo resultado". Existen muchos ejemplos dice el Comité, de países en los que la ley prohíbe ciertas modalidades de seguridad sindical y muchos otros en los cuales la ley permite tales modalidades, ya formalmente o por no existir ninguna legislación en la materia, ni en uno ni en otro caso se puede decir que el Convenio 87 sea violado, siempre que las dichas cláusulas no hayan sido impuestas por la ley y se adopten las medidas necesarias para proteger los derechos del individuo.

Los Tratados Internacionales

El art. 95 de la Constitución es taxativo al firmar que "los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno". Pero no sólo los Tratados vienen a formar parte de nuestro ordenamiento

sino que, en la jerarquía normativa estos Tratados ocupan un lugar superior al de las leyes nacionales, como puede desprenderse de la segunda parte del mismo artículo que afirma que las disposiciones de estos Tratados "sólo podrán ser derogados, modificados o suspendidos en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional" es decir, que si en el momento de firmarse el Convenio existiese alguna ley que contradijese los preceptos del Tratado, ésta y no éste, debería ser modificada, y si posteriormente se aprobase una ley que violase algún precepto de un Tratado ya suscrito y publicado y que por tanto ya formase parte de nuestro ordenamiento, esta ley violaría el principio de jerarquía normativa contenido en el art. 9.3.

Pero todavía hay más. Estos tratados Internacionales de alguna manera están por encima de la misma Constitución, de manera que si hay una contradicción entre las normas de una y otra, es la Constitución la que deberá adaptarse al Convenio y no viceversa. Esto lo declara categóricamente el art. 95 de la Constitución al afirmar que "la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional". Si, por el contrario, por una razón u otra la reforma constitucional necesaria no prosperase el Tratado Internacional no podría ser suscrito por España.

No sólo la normativa de los Tratados Internacionales está por encima de las leyes nacionales y, en cierta manera, de la misma Constitución, sino que, al menos las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España (art. 10.2 de la Constitución). Ahora bien, sería absurdo remitir para la interpretación de nuestro texto constitucional a otros textos (los Tratados Internacionales) también necesitados de interpretación, si estos últimos no poseyesen ya un órgano de interpretación de los Tratados que a través de los años ha construido una jurisprudencia muy sólida sobre los derechos humanos y libertades civiles. Afortunadamente este órgano interpretativo ya existe en el Tribunal Europeo de Derechos del Hombre y, por tanto, a sus decisiones hay que acudir para descubrir el verdadero y último sentido e implicaciones de los artículos de nuestra Constitución y leyes que afecten a los derechos fundamentales del hombre. De todo lo dicho sobre la relación entre normativa interna y Tratados Internacionales se puede sacar las siguientes conclusiones:

- a) Necesidad ineludible de una perfecta concordancia entre nuestros preceptos constitucionales y la normativa legal española con los preceptos de los Tratados Internacionales que nuestro país ha suscrito.
- b) Obligación de nuestros jueces de aplicar directamente la normativa de los Tratados Internacionales como parte esencial, y jerárquicamente superior de nuestro ordenamiento.

- c) Necesidad de interpretar el Título I de nuestra Constitución, sobre "derechos y deberes fundamentales" y las leyes que los desarrollan, según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- d) Posibilidad de invocar ante los Tribunales españoles la jurisprudencia de este Tribunal Europeo.
- e) Posibilidad de invocar la inconstitucionalidad de cualquier ley que vaya en contra de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Una vez asentado el papel jerárquico que ocupan en nuestro ordenamiento los Tratados Internacionales y la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales, podemos pasar a ver lo que estos Tratados y Sentencias internacionales tienen que decir sobre el tema que nos ocupa: el "closed shop" en relación con el derecho fundamental de "NO AFILIACION" a un sindicato.

Ante todo hay que decir que la normativa internacional parece hacer una clara distinción entre el derecho general de "libertad de asociación" y el derecho específico de "afiliarse a un sindicato", así la Declaración Universal de Derechos Humanos trata los dos temas en distintos artículos y de forma diferente. Mientras que el art. 20 proclama que "toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacífica" añadiendo inmediatamente que "nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación", en el art. 23 se proclama el derecho de toda persona de "fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses" sin añadir explícitamente el derecho negativo de que "nadie puede ser obligado a afiliarse".

El texto de la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del 4 de noviembre de 1950, así como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 19 de diciembre de 1966, en los artículos 11 y 22 respectivamente, y casi con idénticas palabras, proclaman el derecho de toda persona a asociarse libremente, incluido el derecho de fundar, con otros, sindicatos y de afiliarse a ellos para la protección de sus intereses, pero ninguno de los dos documentos internacionales mencionan explícitamente el derecho de "NO afiliarse a un sindicato". Pero sí que mencionan los dos documentos una serie de razones que justificarían la restricción del ejercicio de este derecho de asociación y de afiliación al sindicato. Y entre estas razones está la que mencionan los sindicatos en defensa del "closed shop": la defensa de "los derechos y libertades de los demás".

Según la argumentación de los sindicatos, es imposible el derecho a formar sindicatos a menos que puedan exigir a todos los trabajadores a afiliarse a ellos. Sin esta cláusula de "closed shop", argumentan los sindicatos, los empresarios debilitan a los sindicatos enfrentando a los trabajadores afiliados y a los no afiliados; las fuerzas sociales no están equilibradas en el momento de firmar el convenio dada la baja tasa de afiliación sindical; se fomenta el pluralismo sindical, y, por último, los sindicatos firmantes del convenio colectivo no pueden res-

ponsabilizarse del cumplimiento de lo pactado por parte de los trabajadores no afiliados al sindicato. De lo que se sigue, según los sindicatos, que la tan deseada paz social se hace imposible y los sindicatos no están en posición de ejercer aquellas funciones que le han sido asignadas, en una sociedad democrática, como "representantes de todos los trabajadores".

Frente a estos argumentos, los grupos opuestos a la admisión del "closed shop" invocan los derechos fundamentales también proclamados por los mismos documentos internacionales como son el derecho al trabajo, el derecho a la no discriminación y el derecho a la libertad de opinión. En la Declaración Universal de Derechos Humanos, el mismo artículo que proclama el derecho de toda persona a formar sindicatos, empieza proclamando el derecho de "toda persona al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas de trabajo...", y según esta opinión contraria al "closed shop", este derecho es directamente violado por unas cláusulas que condicionan la entrada o permanencia en un puesto de trabajo a la afiliación a un sindicato.

También se cree que el "closed shop" puede violar los artículos de estos documentos internacionales relativos a la libertad de pensamiento, conciencia, opinión y expresión, con su correlativo derecho negativo a NO tener que expresar sus convicciones más íntimas cuando, para limitar los efectos más duros del "closed shop", se exceptúan de la obligación de afiliación los trabajadores que por razones religiosas o políticas no quieran hacerlo, pues esto supone, necesariamente, la declaración pública de estas opiniones.

Sin embargo, en los textos internacionales también se admite que el derecho a afiliarse a un sindicato puede, en ciertas situaciones concretas, implicar también una obligación a hacerlo para poder "proteger los derechos y libertades de los demás", como afirman los sindicatos y proclama el mismo art. 11 del Convenio Europeo, y entonces tenemos que del contenido literal del articulado no podemos concluir que el "closed shop" viole ninguno de estos artículos, pues parece haber argumentos en favor y en contra.

Pero ¿cuál es el contenido exacto del derecho de afiliarse a un sindicato? La jurisprudencia internacional tampoco nos da una solución a este problema. Cuatro son, hasta ahora, las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el tema de la libertad sindical y ninguna de ellas nos da una respuesta definitiva. Las dos primeras sentencias referentes al Sindicato Nacional de Policía Belga (sentencia 12 de abril de 1975) y el Sindicato Sueco de Conductores de Locomotoras (sentencia 6 de febrero de 1976) no hacen al caso en nuestro estudio del "closep shop" pues se refieren, más bien, a los derechos inherentes a un sindicato una vez ha sido creado. La cuestión que se suscitó en estos dos casos en sí una vez creado un sindicato, este tenía derecho a ser consultado y a concluir convenios colectivos, y en los dos casos, en los que el Estado no había contado con ellos para concluir ciertos acuerdos, el Tribunal declaró que el derecho a formar sindicatos no implica necesariamente la obligación por parte del Estado a

EL "CLOSED SHOP" COMO DELITO

consultarlos y, mucho menos, a contar con ellos a la hora de concluir un convenio colectivo.

El caso de Schmidt y Dahiström puede ser interesante por tratarse de un profesor de Derecho de la universidad de Estocolmo y un oficial de la Armada sueca, los dos pertenecientes a sus respectivos sindicatos y que acudieron al Tribunal de Estrasburgo, recurriendo las sentencias de los tribunales suecos, al creer que habían sido discriminados por su pertenencia a un sindicato, al ser privados de los efectos retroactivos que se consiguieron en un convenio colectivo, por el hecho de que sus sindicatos habían ido a la huelga, durante la negociación del convenio. Pero en esta sentencia tampoco se dice nada del derecho a pertenecer o no pertenecer a un sindicato, sino que se declara que aunque el Estado, en cuestiones de respeto al derecho de sindicación, debe ser tratado como un empresario más, en algunos casos puede imponer restricciones a los mismos cuando se trate de miembros de sus fuerzas armadas, de su policía o de su administración.

Pero si estas tres sentencias del alto Tribunal de Estrasburgo no hacen referencia al tema que nos ocupa, sí hay una que trata directamente el tema del "closed shop". Esta es la sentencia del 13 de agosto de 1981 enjuiciando la demanda de tres trabajadores británicos que habían sido despedidos de su empresa, el British Railways, por no querer afiliarse a unos sindicatos con los que la empresa había firmado una cláusula de "closed shop".

Podría uno esperar, pues, que estudiando esta sentencia llegaría a saber si el "closed shop" viola o no los arts. 20 o 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos o el art. 11 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos, pero los resultados de este estudio son también defraudantes pues el Tribunal de Estrasburgo se niega a definirse sobre el particular de forma general, de modo que establezca una doctrina o interpretación válida de estos artículos y se ciñe a declarar EN ESTE CASO PARTICULAR como improcedente el despido de los tres trabajadores británicos que habían recurrido.

Los hechos del caso son los siguientes: En julio de 1975 la British Railway firmó un acuerdo con los tres sindicatos (Unión Internacional de Ferroviarios, Asociación de Personal de Transportes y la Asociación de Fogoneros y Maquinistas de Locomotoras) en el que se estipulaba que a partir del 1 de agosto de 1979 la afiliación a uno de estos sindicatos sería condición indispensable para ciertas categorías, para continuar trabajando en esta empresa, pero tres trabajadores, los señores Young, James y Webster, que llevaban respectivamente tres, uno y diecisiete años trabajando en esta empresa, se negaron a afiliarse por no estar conformes con las prácticas y actividades de estos sindicatos ni con su orientación política, y en consecuencia fueron despedidos en 1976. Estos señores acudieron a la Comisión Europea de Derechos Humanos presentando sendas demandas contra el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte por violación del art. 11 de la Convención y la Comisión remitió el asunto al Tribunal de Estras-

burgo quien dictó sentencia favorable a los tres trabajadores el 13 de agosto de 1981, con un voto particular concordante que hubiese deseado una interpretación más amplia del derecho negativo de afiliación sindical y un voto particular disidente que no compartía la opinión del Tribunal.

A la presunción de los demandantes de que el art. 11 del Convenio Europeo al afirmar el derecho positivo de afiliación a un sindicato necesariamente afirma el correlativo derecho negativo a no afiliarse, el Gobierno británico argüía que este derecho negativo no estaba incluido en el articulado, pues en los trabajos preparatorios del Convenio, la Conferencia de Altos Funcionarios declaró, el 19 de junio de 1950, que "a causa de las dificultades que podría plantear a este respecto la inclusión del 'closed shop' existente en ciertos países, la Conferencia no ha considerado oportuno introducir en el Convenio la regla según la cual nadie puede ser obligado a formar parte de una asociación que figura en el art. 20.2 de la Declaración Universal de las Naciones Unidas". Es interesante recordar aquí que ya en la elaboración de esta Declaración Universal, algunos delegados quisieron introducir en el art. 23, referido al derecho de afiliación sindical, el mismo aspecto negativo que aparece en el art. 20.2 que afirma que "nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación", pero fue precisamente la delegación británica la que se opuso a tal inclusión por creer que "la prohibición del 'closed shop' no se corresponde con un derecho fundamental del hombre y... en consecuencia dicha prohibición no debe figurar en la Declaración Universal".

Otra línea de argumentación del Gobierno británico era que la institución del "closed shop" estaba tan extendida en Gran Bretaña y de tal manera admitida por el "common law" que la inclusión en el art. 11 del derecho negativo de sindicación hubiese obligado al Gobierno británico a firmar el Convenio con una reserva respecto a este particular. Desde principios de siglo el "closed shop" había sido aceptado por los Tribunales británicos como un derecho que tenían los sindicatos a defender sus intereses, y las distintas leyes que fueron aprobadas en la última década, más que prohibir el "closed shop" lo que habían hecho era asegurar las garantías de los individuos afectados por éste, y permitir ciertas excepciones a la obligación de afiliarse a un sindicato por "razones de tipo religioso para afiliarse a cualquier sindicato o motivos razonables para afiliarse a un sindicato determinado".

Contra esta argumentación del demandado, el Tribunal, después de afirmar que "obligar a alguien a inscribirse en un sindicato determinado puede no siempre ir en contra del Convenio" no quiso determinar si el derecho negativo de afiliación estaba necesariamente implícito en el derecho positivo del art. 11 y afirmó que en este caso particular las presiones sufridas por los tres demandantes atentaban directamente contra la sustancia misma de la libertad sindical, máxime cuando estas mismas presiones podían violar los art. 9 y 10 del mismo Convenio sobre libertad de pensamiento, conciencia, expresión, etc.

El Tribunal también refuta la posibilidad de aplicar en este caso el párrafo 2 del mismo art. 11 que permite la restricción del ejercicio del

derecho positivo de afiliación como una medida necesaria, en una sociedad democrática, para la protección de los derechos y libertades ajenos. El Tribunal aplicando los mismos principios que ya aplicó en el caso Handyside de 7 de diciembre de 1976, afirma que lo que caracteriza a una sociedad democrática es, precisamente, el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura a las distintas opciones; que la regla de la mayoría no es el único criterio para medir el grado de democracia pues frente a estas mayorías hay que respetar y proteger los derechos de las minorías; que la restricción al ejercicio de un derecho individual debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue para el bien común. Pero, afirma el Tribunal, ninguno de estos tres requisitos se encuentran en el caso que se les ha presentado pues el hecho de que la mayoría de los miembros de los sindicatos británicos en cuestión hayan aceptado el "closed shop" no pueda esgrimirse como argumento para forzar a los tres demandados a afiliarse.

A la vista de estos argumentos el Tribunal falló que en el caso concreto de los señores Young, James y Websters contra el Gobierno de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, que había habido una infracción del art. 11 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, pero no quiso definirse sobre el punto en cuestión que a nosotros nos interesa, es decir, si el derecho negativo de afiliación está implícitamente incluido en el art. 11 del Convenio sobre el derecho positivo de afiliación. Fue, precisamente, esta negativa a declararse sobre este particular lo que determinó un voto particular concordante y otro voto particular disidente apoyado por tres de los miembros del Tribunal.

Seis de los jueces creyeron que la sentencia pecaba por exceso mientras que los tres disidentes creyeron que pecaba por defecto. Los primeros afirmaban taxativamente que:

- El aspecto negativo de la libertad de asociación es necesariamente complementario, correlativo e inseparable de su aspecto positivo. Los dos aspectos, positivos y negativos, forman un solo y mismo derecho.
- Afirieron que para que haya violación del art. 11, no se requiere que la negativa a afiliarse a una asociación, esté justificado por consideraciones conectadas con la libertad de pensamiento, conciencia, religión o con la libertad de expresión.
- Pensaron que el mero hecho de estar sometido a la obligación de dar razones de la negativa constituye ya una violación de la libertad de asociación.
- La libertad sindical es una mera expresión de la libertad de asociación, es decir la libertad para asociarse o no asociarse y si lo hace a escoger su asociación.

Por el contrario tres de los Jueces presentaron, como hemos dicho, un voto disidente basándose, precisamente en argumentos totalmente contrarios a los que acabamos de exponer:

- Tanto en las decisiones de la Organización Internacional del Trabajo como en la Conferencia de Altos Funcionarios en su informe 19 de junio de 1950, dentro de los trabajos preparatorios del Convenio Europeo, aparece claramente que ninguno de los dos organismos quiso definirse sobre la legalidad o ilegalidad de las cláusulas de seguridad sindical, dejándolo a la regulación y práctica de los distintos Estados.
- Las llamadas libertades positivas y negativas de asociación no son dos caras de la misma moneda, ni dos aspectos de la misma libertad. No existe ningún vínculo lógico entre las dos.

La libertad positiva (derecho a afiliarse) permite al individuo el asociarse con otros individuos para perseguir fines y proteger intereses comunes. Este es, en cierta manera, un derecho colectivo, en cuanto no puede ejercerse sino es conjuntamente con otros individuos. Por el contrario, el derecho a la libertad negativa de asociación, es un derecho individual que pretende proteger al individuo contra la posibilidad de verse forzado a asociarse con otros individuos con los que no está de acuerdo; la libertad negativa de asociación pretende defender la esfera íntima de la personalidad, pero por muy importante que pueda aparecer la necesidad de esta protección, no forma parte, ni lógica ni implícitamente de la libertad positiva de asociación.

- En consecuencia lo que se plantea en el caso de los señores Young, James y Websters, no es un problema de interpretación extensiva del art. 11 del Convenio Europeo, sino un problema de protección contra el despido por su negativa a afiliarse a un sindicato. En otras palabras, el problema planteado no es sobre el derecho de afiliación o no afiliación sino sobre el derecho al trabajo, y este derecho no está reconocido en el Convenio Europeo, aunque sí lo está en el art. 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, pero esta Declaración no está provista de obligatoriedad jurídica, y por tanto la protección de este derecho al trabajo no depende de los textos internacionales sino de la legislación nacional de cada Estado.

El "closed shop" en España

Ante todo hemos de recordar que los textos internacionales suscritos por el Estado español sólo fijan estándares mínimos de actuación, pero no implican la imposibilidad de que un Estado determinado vaya más allá de estos textos en la declaración de otros derechos que crea también fundamentales o en la interpretación de los derechos proclamados por los textos internacionales. Y éste es precisamente el caso de España. Si la Declaración Universal de Derechos Humanos no especifica el derecho negativo de afiliación sindical y si la Convención Europea no habla del derecho al trabajo, nuestra Constitución de 1978 consagra explícitamente los dos derechos. Así el párrafo 1.º del art. 28 determina proclamando que "nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato", y el art. 35, párrafo 1.º dice que "todos los españoles tienen el derecho al trabajo". El Proyecto de Ley Orgánica de Libertad

Sindical, en el art. 2 b, explícitamente afirma que "la libertad sindical comprende": b) el derecho a afiliarse al sindicato de su elección con la sola condición de observar los estatutos del mismo, a separarse del que estuviere afiliado, así como el derecho a no afiliarse a sindicato alguno.

Finalmente, hay que tener en cuenta, en el tema que nos ocupa, el art. 14 de la Constitución que proclama la igualdad de todos ante la ley "sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de... cualquier condición o circunstancia personal o social". Y, naturalmente, el despido de un trabajador por su negativa a afiliarse a un sindicato, sería una clara discriminación por circunstancias tanto personales (negativa a afiliarse) como sociales (negativa a aceptar un convenio colectivo firmado por el sindicato que le representa).

3. TIPICIDAD DEL DELITO DE "CLOSED SHOP"

Admitida la existencia de dos bienes jurídicos que la ley ha de proteger: el derecho a "no afiliarse a un sindicato" y el derecho al "trabajo", hemos de ver si el "closed shop" los viola, y si es así bajo qué tipo delictivo puede subsimirse esta conducta.

Mientras otros Códigos Penales, como el alemán o el italiano, incluyen la amenaza, junto con la violencia, como elementos del tipo delictivo de coacción, nuestro Código Penal ve a la amenaza como un delito autónomo distinto a la coacción. La amenaza, según el art. 493 del Código Penal, supone la intimidación por medio de la expresión de voluntad de causar un daño, que constituye o no delito, y la coacción según el art. 496 consiste en impedir o compeler a otro con violencia a omitir lo que la ley no prohíbe o a efectuar lo que no quiere. Está claro, sin embargo que estas dos figuras delictivas no son perfectamente excluyentes, pues la violencia en la coacción puede ejercerse por medio de una amenaza y por el contrario, una amenaza condicionada puede constituir una clara violencia que impida u obligue a actuar a otra persona de una forma contraria a su voluntad.

Aunque teóricamente la intimidación no forma parte de la coacción, una vez se admite la espiritualización del concepto de violencia, entendiendo como tal todo procedimiento que anule la capacidad de formación de la voluntad, la intimidación implícita en la amenaza ha de considerarse también como una forma de violencia. Así numerosas sentencias hablan de "fuerza material o intimidación", "presión o intimidación", "actos materiales formales de palabra u obra capaces o tendentes a intimidar o influir en el ánimo", "intimidación o fuerza moral". A mi entender, pues, la diferencia entre amenaza condicional y coacción está en que, mientras en la amenaza el daño seguirá a una determinada conducta del sujeto pasivo, en la coacción el daño, i.e. la violencia, precede la conducta del sujeto pasivo. No es lo mismo decir "te pegaré si haces esto" a pegarle para que no lo haga. En el primer caso habría amenaza en el segundo coacción.

Vistas pues estas dos figuras delictivas, está claro que el "closed

GASPAR RUL-LAN BUADES

shop" implica una amenaza de despido si no se afilia al sindicato, y el despido subsecuente una coacción contra el derecho a trabajar. El "closed shop" (te despediré si no te afilias) cae directamente bajo la normativa del art. 494 del Código Penal:

- es un delito de amenaza: se informa al sujeto pasivo que se le va a causar un daño a su propiedad
- menos grave: por ser el mal con que se amenaza (el despido) una acción que en sí no constituye delito
- bajo una condición (el afiliarse a un sindicato) que tampoco constituye delito
- que está castigado con la pena de arresto mayor.

Una vez el sujeto pasivo ha rehusado someterse a esta cláusula de seguridad sindical y en consecuencia es despedido, el empresario comete un delito de coacción, según el art. 496 del Código Penal pues con verdadera violencia (rescisión del contrato de trabajo) le impide hacer lo que la ley no prohíbe, es decir, seguir trabajando en la empresa, lo que está penado con arresto mayor según el art. mencionado 496.

Pero si el "closed shop" puede ser constitutivo de un delito de amenaza, y el subsecuente despido de un delito de coacción, el "closed" está también tipificado como delito específico en el nuevo art. 117 bis según la Ley Orgánica 8/1983 de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal. Según este art. 117 bis "los que impidieren o limitaren el ejercicio legítimo de la libertad sindical o del derecho de huelga serán castigados con la pena de arresto mayor y multa de 30.000 a 300.000 ptas.". Está claro, según ya hemos visto, que en nuestro país, y según el art. 28.1 de nuestra Constitución, el derecho de libertad sindical implica necesariamente el derecho positivo de afiliarse y el negativo de no afiliarse, y por tanto, cualquier tipo de presión para forzar una afiliación sería un acto delictivo.

4. JURISDICCION

El trabajador que crea que ha sido violado su derecho de no afiliarse a un sindicato tiene tres vías para proteger su derecho: el recurso de amparo ordinario, el recurso de amparo constitucional y, en última instancia, el Tribunal Internacional de Derechos Humanos. Por el art. 19 de la Convención Europea se crearon la Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que es competente para dictar sentencia sobre los casos que le presente la Comisión. El art. 25 de la Convención dice así: "La Comisión podrá conocer de cualquier demanda dirigida al Secretario General del Consejo de Europa por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares, que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el presente Convenio", pero para que ello sea

posible han de cumplirse tres condiciones previas: a) que el Estado haya reconocido la competencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos, b) que el recurrente haya agotado todos los recursos internos, y c) que la Comisión difiera la resolución del caso al Tribunal Internacional.

En nuestro país esta declaración del Estado, por la cual se reconoce la competencia de la Comisión en esta materia parece que está implícita en los artículos 53.2 y 161.1 b de la Constitución y su posterior desarrollo legislativo en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona del 26 de diciembre de 1978.

Protección ordinaria

El art. 53.2 de la Constitución dice "cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la Sección Primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad ante los Tribunales ordinarios" y este procedimiento quedó definido en la Ley de 26 de diciembre de 1979. Dejando aparte el carácter muy imperfecto de esta ley, imperfección que ha hecho pensar a algunos autores en su carácter anticonstitucional, al no cubrir en su ámbito de protección todos los derechos fundamentales proclamados en la Constitución, esta limitación quedó subsanada, en la materia que nos ocupa del "closed shop", por el Real Decreto 342/79 del 20 de febrero que en su artículo único extendía esta protección ordinaria al derecho de sindicación en su doble aspecto, naturalmente, de afiliarse o no afiliarse. Tampoco necesitamos entrar en la polémica sobre la relación entre esta protección ordinaria del derecho de sindicación que ofrecen los tribunales ordinarios y la protección que ofrece el Tribunal Constitucional, pues no se ha determinado si estos recursos son alternativos, sucesivos o concurrentes.

La Ley del 26 de diciembre declara que las vulneraciones a los derechos fundamentales, tipificadas como delitos, se atribuyen a los Juzgados y Tribunales del orden penal quienes tramitarán los casos conforme a los procedimientos estipulados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal; las causas tendrán carácter urgente y preferente, no pudiendo durar desde la iniciación del procedimiento hasta la sentencia, en unos de los casos más de cuarenta y cinco días y en otros más de sesenta días. Finalmente, la indemnización por perjuicios materiales y morales será fijada en la sentencia expresamente. Los Tribunales tendrán en cuenta el agravio producido y el medio a través del cual se cometiera el delito o falta.

Protección constitucional extraordinaria

El Título III de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1979 trata expresamente del "recurso de amparo constitucional". Ante todo hemos de hacer notar que frente al número limitado de derechos protegidos por la Ley de 26 de diciembre de 1978, el

ámbito del recurso de amparo constitucional cubre todos los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en los artículos del 14 al 29 inclusive de la Constitución, así como la objeción de conciencia del art. 30 de la misma. Están legitimados para interponer este recurso de amparo constitucional todos los ciudadanos que crean han sido violados sus derechos y libertades fundamentales por cualquier disposición, acto jurídico o simple vía de hecho de los poderes públicos de sus funcionarios o agentes. Es importante hacer notar aquí que la protección no alcanza los actos u omisiones de los particulares que afecten a estos derechos y libertades fundamentales. Esto quiere decir, en nuestro caso, que el trabajador despedido con ocasión de un "closep shop" no podría denunciar al empresario directamente ante el Tribunal Constitucional, sino que tendría que acudir primero a los Tribunales ordinarios y luego presentar recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional contra la sentencia firme del tribunal ordinario que violaba su derecho fundamental de no afiliarse a un sindicato.

También el trabajador, o cualquier otro ciudadano podría recurrir directamente ante el Tribunal Constitucional contra una Ley que legalizase el "closep shop" o cualquier otra cláusula de seguridad sindical que violase el derecho de libertad sindical en su forma negativa de derecho a no afiliarse al mismo.

Recurso ante el Tribunal Internacional de Estrasburgo

El art. 26 de la Convención declara que "la Comisión no podrá conocer de un asunto sino después de que se hayan agotado todos los recursos internos". Este artículo ha de ponerse en relación con el art. 13 de la misma Convención que dice que "toda persona cuyos derechos y libertades, reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales".

En conclusión podemos decir que el trabajador despedido por negarse a afiliarse a un sindicato, en caso de la existencia de un "closed shop", tendría estos caminos abiertos para proteger su derecho fundamental a no afiliarse:

- Si el "closed shop" estaba permitido por ley podría acudir él directamente o a través del Defensor del Pueblo, ante el Tribunal Constitucional para que declarase la inconstitucionalidad de la Ley. También podría acudir ante los tribunales ordinarios contra la persona, pública o privada que lo hubiese despedido o le hubiese coaccionado para que se afiliase al sindicato.
- Si el "closed shop" no estaba previsto en ninguna ley, el trabajador despedido podría acudir ante los Tribunales ordinarios o el Tribunal Constitucional aduciendo la violación de un derecho fundamental.
- Finalmente, contra la decisión de los Tribunales ordinarios o

del Tribunal Constitucional, el trabajador, en el plazo de seis meses desde la fecha de la sentencia firme, podría presentar su demanda ante el secretario general del Consejo de Europa quien la pasaría a la Comisión Europea de Derechos Humanos la cual después de un intento fallido de procurar un acuerdo amistoso entre las partes, sometería el caso a la consideración y decisión final del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

5. LAS PARTES DEL CONFLICTO

El deber de denunciar el "closed shop" corresponde a todo ciudadano según los arts. 259 y 264 de la L.E.Cr., y el derecho de presentar la correspondiente querrela a toda persona que quiera ejercer la acción popular. Es decir no sólo el trabajador afectado por el "closep shop" sino también sus compañeros, familiares o amigos podrían denunciar el "closed shop" causante del despido del trabajador.

También, según el art. 262 de la L.E.Cr. que dice que "los que por razón de sus cargos, profesionales u oficios tuvieron conocimiento de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente...", estarían obligados a denunciar el "closed shop", los funcionarios que lo tuviesen que registrar, los abogados laboristas o de empresa que participaron en la negociación colectiva en la que se incluyó esta cláusula de seguridad sindical.

Hasta la última reforma del Código Penal de 25 de junio de 1983, el sujeto pasivo de toda acción penal tenía que ser una persona física. Era esta persona física la que podía ser denunciada, contra esta persona física se dirigía la querrela; ella podía ser citada a declarar ante el juez; si aparecían "indicios racionales de criminalidad" podía ser procesada y finalmente podía ser acusada y condenada. El art. 14 del Código Penal también consideraba autores a "los que toman parte directa en la ejecución del hecho, los que fuerzan o inducen a otros a ejecutarlo y los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiese efectuado" pero, como apunta la exposición de motivos de la nueva Ley Orgánica de Reforma Urgente del Código Penal, la aplicación de este artículo 14 no era fácil cuando se trataba de individualizar la responsabilidad "en el marco de la actividad de las personas jurídicas o de las actuaciones en nombre de otro". En el caso que nos ocupa del "closed shop", no sería fácil, según este art. 14 del vigente Código Penal, individualizar la responsabilidad de este delito en el seno del sindicato o de la empresa, partes firmantes del convenio con cláusula sindical. Pero esta dificultad está resuelta con el nuevo art. 15 bis, por el que se amplían los casos de responsabilidad de autor descritos en el actual art. 14, y que está redactado en los siguientes términos: "El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma, responde personalmente, aunque no concurran en él y sí en la entidad en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiere para poder ser sujeto activo del mismo." Así pues,

GASPAR RUL-LAN BUADES

en el caso de "closed shop", serían responsables personales del delito tipificado en el art. 177 bis los que pusiesen su firma en el convenio colectivo que incluyese dicha cláusula de seguridad sindical, bien como representantes del sindicato, bien como representantes de la empresa.

Es interesante notar que la misma responsabilidad penal caería sobre funcionarios y representantes del Estado si se firmase tal convenio colectivo en el ámbito de la Administración pública pues, como ha indicado en distintas ocasiones el Tribunal Internacional de Estrasburgo, el Estado-empresario ha de ser equiparado en todo con cualquier otro empresario privado, tanto en sus derechos como en sus obligaciones. Especialmente en el caso citado de Schmidt y Dahls-tröm, el uno profesor de la universidad estatal y el otro miembro de las Fuerzas Armadas y por tanto funcionarios públicos en relación contractual con el Estado-empresario, el Tribunal afirmó que la Convención no distingue en parte alguna, de modo expreso, las atribuciones de los Estados contratantes en cuanto poder público y sus responsabilidades en cuanto empresario. El Estado ha de respetar, lo mismo que cualquier empresa, el art. 11 de la Convención, sobre la libertad de formar sindicato, afiliarse o no afiliarse a ellos, y sólo se permiten algunas restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos para miembros de las Fuerzas Armadas, de la policía o de la Administración del Estado. Pero poder poner restricciones al ejercicio de un derecho no significa hacer imposible el ejercicio de este derecho.