

El Derecho de Huelga de los Magistrados

Antonio Ojeda Avilés

Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Sevilla (España)

Pese a todas las diferencias existentes entre la legislación peruana y española, y salvada la distancia también en su respectiva situación política, el concreto aspecto del derecho de huelga de los jueces se ha planteado en algún momento en la doctrina peruana y es objeto de intensos debates en el momento presente español, en vísperas de una nueva Ley de Huelga que deja fuera expresamente a este importante grupo en la última propuesta de enmienda al proyecto que se conoce, fruto de un acuerdo entre los sindicatos y el gobierno.

En el complejo panorama de las relaciones colectivas de los funcionarios públicos, la situación del colectivo de los jueces, magistrados y fiscales ocupa un lugar anómalo desde que la Constitución les negara el derecho de libertad sindical y estableciera en su lugar a unas asociaciones profesionales (art. 127) a las que se otorgan capacidades enormes pero se les niegan las fundamentales. El legislador ordinario les asigna por un lado "la defensa de los intereses profesionales de sus miembros **en todos los aspectos**"¹, y por otro les niega la libertad sindical, la representación unitaria y la negociación colectiva². Se encuentran inmersos en una esquizofrenia legal a la cual denuncian como discriminato-

ria aunque en sí mismos tampoco se sienten cómodos en la consideración de sus asociaciones profesionales como sindicatos³. Desearían tener los derechos colectivos de cualquier funcionario público, pero dedican largas discusiones a ponderar si su naturaleza como tales predomina o no sobre su condición de representantes del Poder Judicial.

El punto específico del derecho de huelga presenta aún mayores oscuridades cuando nos referimos a este colectivo. Ningún texto normativo lo menciona, ni para permitirlo ni para prohibirlo, y cuando el proyecto de Ley Orgánica de Huelga parecía que iba a terminar con las dudas venciendo por la expresa prohibición, una disposición adicional se le añade en el último momento indicando que "la presente Ley no es de aplicación... a los jueces, magistrados y fiscales mientras se hallen en activo, los cuales se regirán por su normativa específica"⁴. De nuevo la indefinición, porque si las leyes callan, ¿cuál es la normativa específica de su derecho de huelga?

Sin embargo, el silencio normativo se interpreta por la mayor parte de la doctrina en un sentido negativo fundado en una serie de datos detrás de los

1. Art. 401.2ª, Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Idénticamente para los fiscales, art. 54.1 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.
2. Arts. 1.4, Ley Orgánica de Libertad Sindical 11/1985, y 2.1.b, Ley de Organos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas 9/1987.
3. Cfr. las "*Orientaciones en materia de política asociativa*" del VII Congreso de Jueces para la Democracia, Separata de la revista "Jueces para la Democracia" 1/1992, págs. XXVIII ss.
4. Manejo el texto de los acuerdos entre el Gobierno y los Sindicatos para la modificación del Proyecto de Ley Orgánica de Huelga aparecido en El País de 10 de noviembre de 1992.

cuales se quiere ver la voluntad del legislador. Se considera por una relevante doctrina que en todo caso se trata de un silencio **muy significativo**, pues en la Ley Orgánica del Poder Judicial se regula taxativamente la huelga del restante personal al servicio de la Administración de Justicia⁵, y los Decretos sobre Servicios Mínimos en huelgas del mismo subsector mencionan asimismo a todos los cuerpos de funcionarios empleados en él, excepto los de jueces, magistrados y fiscales⁶.

Se aduce también la especial posición jurídica de los miembros de este colectivo, dotada de una *autoritas* en el ejercicio de su función muy diferente, por elevada, a la cumplida por los restantes cuerpos de funcionarios. Dictan sentencia en nombre del Rey y pueden imponer sanciones muy severas a los ciudadanos, pues son los máximos intérpretes de la Ley, en un plano no muy distante o distinto del de los parlamentarios. No en balde podrían establecerse similitudes con otro significativo grupo marginado de las libertades colectivas, las Fuerzas Armadas, detentadoras de la *vis institucional* anclada en la Constitución. No solamente detentan soberanía especial los jueces, magistrados y fiscales, sino también una fuerte independencia en el ejercicio de sus funciones, una posición autónoma muy similar a la de un alto cargo, que se traduce en actuaciones como "cuasiempleadores" de cara al personal adscrito a su respectiva sede. Organos con tal poder coactivo e institucional no deberían detentar añadidamente un derecho de huelga de impensables efectos multiplicadores, sobre todo si aplicados en favor de posiciones partidistas o sindicales concretas. Los jueces, magistrados y fiscales deberían mantener una imparcialidad alejada de posiciones que pudieran alterar, si respaldadas por el arma de la huelga, el equilibrio constitucional de poderes.

Pero el argumento seguido por la mayoría de la doctrina consiste en señalar la íntima conexión entre libertad sindical y derecho de huelga. El segundo constituye un contenido esencial del primero, hasta el punto de que sería impensable sin él. ¿Cómo es posible otorgar derecho de huelga a grupos que no tienen reconocida la capacidad para crear sindicatos? El derecho de huelga "discurre paralelo y concurrente con la autoorganización sindical", dicen autores

prestigiosos⁷, de manera que podría deducirse una concesión automática del derecho a la medida básica de conflicto a quienes ostenten libertad sindical, y negarla a quienes se vean privados de ella. Para estos autores y quienes se manifiestan en similares términos, la exclusión de jueces, magistrados y fiscales del ámbito de la libertad sindical en el art. 127 CE, de modo más terminante incluso que el utilizado para las Fuerzas Armadas y similares contemplada en el art. 28.1 CE, no cabe ser interpretada de otro modo.

A nuestro juicio, sin embargo, la operación lógica de subsumir el derecho de huelga dentro de la libertad sindical, como uno de los contenidos esenciales del mismo, obedece a razones que en su momento sirvieron para consolidar el papel de los sindicatos frente a los demás sujetos colectivos que venían privilegiados en las normas de la transición. El Tribunal Constitucional defendió con fuerza, de manera plausible, que un sindicato sin posibilidad de convocar huelgas no podía cumplir con su función constitucional, de la misma forma que también debía considerársele con opciones a plantear los procedimientos de conflicto colectivo, la negociación colectiva "*erga omnes*", y todos los contenidos que -ya más discutiblemente- fue desgranando como integrantes del contenido esencial unas veces, otras del contenido ordinario o adicional.

Ahora bien: que el derecho de huelga se incorpore a la libertad sindical para dotarla de un perfil reconocible no implica que se agote solamente en esta operación. Afirmar que, puesto que está dentro del derecho de libertad sindical no puede estar fuera de él parece a todas luces una mutilación innecesaria, no útil para el objetivo perseguido, y en todo caso excedentaria de lo declarado por el Tribunal Constitucional... y por la propia Constitución. En efecto, el art. 28 consagra en su número 1 la libertad sindical y en su número 2 el derecho de huelga, de manera autónoma, como dos derechos fundamentales con sede propia y distinta. Sigue claramente, como en su momento dijera la sentencia TC 11/1981, de 8 de abril, el modelo de titularidad individual, modelo al que no deberían afectar las discusiones italianas de que "tanto da la titularidad individual de ejercicio colectivo como la titularidad colectiva de ejerci-

5. SALA/ALBIOL, *Derecho Sindical*, Valencia 1992, págs. 599-600. ALONSO OLEA/CASAS BAHAMONDE, *Derecho del Trabajo*, Madrid 1991, pág. 912.
6. Cfr. Reales Decretos 755/1987, de 19 de junio, y 1474/1988, de 9 de diciembre, y Acuerdo de la Presidencia del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 1988.
7. DE LA VILLA/GARCIA BECEDAS/GARCIA PERROTE, *Instituciones de Derecho del Trabajo*, Madrid 1991, pág. 463, refiriéndose a los funcionarios públicos en general para defender su derecho de huelga, con palabras que pueden aplicarse aquí.

cio individual", pues el texto de nuestro art. 28.2 CE es muy distinto al del art. 40 de la Constitución italiana⁸. Tanto es así, que no sólo pueden convocar huelgas en nuestro país los sindicatos, sino también los comités de empresa, delegados de personal, y hasta las asambleas y los grupos de trabajadores. Es claro que el derecho de huelga se considera por la Constitución como un instrumento de defensa que no puede estar vinculado exclusivamente a los sindicatos, y en ello quizá influyera en su momento la escasa implantación de éstos en el mundo laboral. Un derecho tan importante para modificar la relación de fuerzas económicas y sociales en la senda proclamada por el art.9 CE no podía dejarse en las escuálidas manos de unas organizaciones poco implantadas aún en extensos espacios laborales, sobre todo en las pequeñas y medianas empresas que formaban el tejido económico prevalente de nuestro país. Numerosas huelgas se convocan, de este modo, por comités de empresa, incluso contra la voluntad expresa de los sindicatos, al punto de haber alimentado notoriamente los deseos del legislador por legislar la materia de manera más sindicalizada, aunque manteniendo la titularidad del derecho en manos del trabajador individual⁹.

Nos hallamos pues ante un **seguidismo mecanicista**, la falsa sensación de hallarnos frente a una pieza del universo sindical, fuera del cual carece de sentido, cuando en realidad nos enfrentamos ante dos universos distintos que se cortan tangencialmente. De igual modo que existen sindicatos desprovistos del derecho de huelga, pese a las solemnes declaraciones del Tribunal Constitucional sobre la esencialidad que acabamos de ver¹⁰, puede haber colectivos con derecho de huelga privados de libertad sindical. Las relaciones industriales del sector público adolecen de una fuerte asimetría, también detectable en la negociación colectiva: durante varios años los funcionarios disfrutaron del derecho de huelga, pero no del de negociación colectiva, pese a la aparente insensatez que significaba otorgar un instrumento de presión sin el correlativo vehículo para plasmar los acuerdos obtenidos de manera clara y pacífica.

Se ha aducido que las titularidades no sindicales del derecho de huelga (es decir, las ostentadas por los comités, delegados de personal y asambleas) continúan pese a todo en el mismo ámbito, pues la actividad desarrollada por dichos sujetos colectivos es siempre una actividad sindical. A nuestro juicio, ello permitiría en consecuencia dismantelar el argumento de que los colectivos sin sindicatos tampoco pueden convocar huelgas, pues según el antedicho razonamiento dispondrían de la actividad sindical desplegadas por sus asambleas, por ejemplo; o en otras palabras, que en tal caso estaríamos legitimando el derecho de huelga convocado por esos sujetos dotados de actividad sindical. No parece el argumento, pese a todo, convincente, pues ya el Tribunal Constitucional se ha encargado repetidamente de negar un concepto tan amplio de libertad sindical, cuando ha rechazado admitir a trámite los recursos de comités de empresa firmantes de convenios incumplidos que quisieron basar sus alegaciones en la infracción del art. 28.1 CE. Las transgresiones de la negociación colectiva son únicamente transgresiones de la libertad sindical cuando los firmantes del convenio eran sindicatos, pero no si se trataba de otros sujetos.

Otra argumentación asimismo "de baja intensidad" aludiría a la actividad sindical de las asociaciones profesionales de jueces, magistrados y fiscales para entenderles atribuido el derecho de huelga. Pese a defender desde hace tiempo que las referidas asociaciones profesionales tienen naturaleza jurídica sindical, aunque con régimen jurídico diferenciado, o dicho en otros términos, que las asociaciones profesionales son materialmente sindicatos pero formalmente corporaciones (en sentido técnico) con régimen jurídico propio¹¹, ya hemos visto que la libertad sindical debe entenderse como actividad de los sindicatos, lo cual no impide explorar el espacio exterior para detectar la presencia de capacidades conflictivas **a se estantes**.

Vayamos al argumento de la *auctoritas* y la independencia en el ejercicio de sus funciones. Probablemente consista en el argumento más difícil de re-

8. "Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses". En cambio, art. 40 CE italiana: "El derecho de huelga se ejerce en el ámbito de las leyes que lo regulan".

9. Como he mantenido en la ponencia presentada en las IV Jornadas Catalanas de Derecho del Trabajo (Barcelona, 5-6 de noviembre de 1992), sobre **Titularidad y contenidos del derecho de huelga en el Proyecto de Ley Orgánica de Huelga**, en curso de publicación, el hecho de que el Proyecto de Ley Orgánica de Huelga efectúe un reparto de las titularidades de las diversas facultades que componen el derecho entre los trabajadores individuales y sujetos colectivos.

10. El Cuerpo Nacional de Policía carece del derecho de huelga por expresa indicación de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, la misma que regula la existencia y actividad de los diversos y consolidados sindicatos de sus funcionarios.

probar, pues la soberanía del juez, entendida en los dos sentidos que acabamos de menentendida enmitte dudas. Sin embargo, la independencia judicial es relativa, pues incluso en su labor se encuentra fuertemente jerarquizada y sometida a la orientación marcada por los tribunales *ad quem* y en última instancia del Tribunal Constitucional. No como órganos, sino como funcionarios, su dependencia de las decisiones del Consejo General del Poder Judicial y del Ministro de Hacienda tampoco están fuera de duda. Por establecer comparaciones siempre odiosas, un catedrático de Universidad tiene mayor independencia que los jueces, y sin embargo puede sumarse a una huelga y pertenecer a sindicatos.

En cuanto a la *auctoritas* de que están investidos, los jueces y magistrados comparten ese mismo poder con colectivos quizá más modestos, pero según cómo se mire más dotados de coacción inmediata. El concepto de autoridad pública se encuentra muy difundido, aunque sea cuestión de grados, y una multitud de agentes públicos se encuentran autorizados para hacerse respetar de los modos y maneras más diversos, sin que se vean privados en todos los casos de la libertad sindical o del derecho de huelga. El concepto de *auctoritas* es un concepto indeterminado, cuya graduabilidad impide utilizarlo para nuestros fines.

Pero los jueces imparten justicia en nombre del Rey, ejercen un poder delegado de incalculable importancia. ¿Detentan por consiguiente funciones de soberanía? Un poder soberano no puede mezclarse con intereses personales de quienes lo ejercitan, se dirá. El Parlamento, por ejemplo, no puede declararse en huelga y dejar de legislar por reclamaciones retributivas de sus honorables miembros, porque estaría violando su sagrada función. Claro que si el Parlamento no puede dejar de funcionar por reivindicaciones laborales, ¿por qué se permite a los empleados de las Cámaras convocar huelgas, afiliarse a sindicatos, negociar acuerdos colectivos¹²? De igual modo podríamos decir que si se impide a los jueces y magistrados la huelga como medida de presión para salvaguardar el ejercicio de una función soberana, ¿por qué se permite el derecho de huelga

de todos los demás funcionarios de la Administración de Justicia, cuando el juez no puede actuar sin la presencia del secretario, según está establecido legalmente? Pero quizá estemos colocando a todos los jueces a la altura del Parlamento de la nación, y deberíamos llegar a una ubicación más modesta. La mayor parte de los jueces, los jueces *a quo*, disponen de la soberanía en proporciones muy limitadas, pues de ordinario sus decisiones podrán venir impugnadas ante uno, dos o más tribunales de rango superior. La soberanía, en tales circunstancias, se diluye sensiblemente, y no nos permite oponerla como argumento contundente contra el derecho de huelga de los colectivos de referencia.

Ni siquiera entendiendo la *auctoritas* o la soberanía como una actividad vital para los ciudadanos puede defenderse su prohibición para los jueces, magistrados y fiscales. Más vital aún es la de los médicos, y tienen reconocida la capacidad conflictiva. Y si hablamos, *ad limina*, de un colectivo con un poder en sus manos no susceptible de las alteraciones o excitaciones de la huelga, ¿qué decir de los trabajadores de las centrales nucleares, de los que nadie se acuerda, pero detentadores del derecho de huelga en cuanto trabajadores? ¿Y de los oficiales de prisiones? ¿Y de los empleados del Banco de España?

Creemos haber demostrado la escasa entidad de los argumentos sobre los que se basa la interpretación del silencio legal respecto a la huelga de jueces, magistrados y fiscales como silencio negativo. No hay argumentos de peso para adoptar semejante postura hermenéutica. Con ello nos volvemos a situar en el punto de partida: las leyes guardan silencio, y hemos de llegar a una solución que esté razonablemente fundamentada en el ordenamiento jurídico de nuestro país. ¿Cabe considerar, en tales términos, que el silencio legal puede interpretarse en sentido afirmativo o autorizador del derecho de huelga en ese ámbito?

El argumento básico para una respuesta favorable se encuentra muy accesible: la huelga es un derecho fundamental y no puede privarse de él por

11. La defensa de todos los intereses de sus afiliados incluye la de los intereses laborales, sin duda, e incluso diríamos que prioritariamente. Las asociaciones profesionales del art. 127 CE persiguen el lucro indirecto que caracteriza funcionalmente a los sindicatos, a cuya virtud benefician a sus afiliados con las acciones y acuerdos a que puedan llegar, de manera distinta a las asociaciones y a las compañías mercantiles, que o no persiguen ánimo de lucro, o buscan un lucro directo que después repercuten en sus miembros. Por otra parte, los sindicatos y asociaciones profesionales agrupan a personas asalariadas o dependientes, a diferencia de los colegios profesionales, las organizaciones profesionales y las organizaciones económicas, que agrupan a personas de toda condición.

12. Art. 29.4, Estatuto del Personal de Cortes Generales de 26 de junio de 1989, aprobado por las mesas del Congreso de los Diputados y del Senado.

un simple silencio de la legislación ordinaria. Si esos silencios pudieran interpretarse de tal modo, la década de los ochenta habría pasado a la historia como una década pobre en derechos fundamentales, que habrían ido surgiendo al ritmo de las leyes orgánicas reguladoras. ¿Y qué decir de Italia, donde el derecho de huelga sólo vino regulado en 1990? Numerosos países occidentales carecen de una legislación específica sobre la huelga y sobre derechos que se consideran fundamentales, sin por ello negar su ejercicio a los ciudadanos. En otras palabras, si la Constitución consagra un derecho, ha de hacerse lo posible por un disfrute inmediato del mismo, sin necesitar para ello de normas de desarrollo.

Pero además existe otro argumento que consideramos importante. El mismo silencio legal sobre el derecho de huelga para todo el ámbito de la Función Pública vino interpretado por la aludida sentencia TC 11/1981 en sentido positivo con el siguiente razonamiento, bien conocido: "el eventual derecho de huelga de los funcionarios públicos no está regulado -y por consiguiente, tampoco prohibido- por el Real Decreto-Ley 17/1977. Si no hay regulación -y tampoco prohibición- mal puede hablarse de inconstitucionalidad por esta causa"¹³. Eran tiempos en que los funcionarios se consideraban muy distantes de los trabajadores, su situación podría equipararse a la de los jueces respecto de los demás empleados públicos, y sin embargo el TC se mostró muy explícito en reconocer un derecho fundamental a quienes tenían en contra todos los argumentos de la doctrina administrativista para ser asimilados a los trabajadores del Derecho Privado. El paso se dió en 1981, y el Tribunal Supremo siguió el envite en numerosas sentencias, de las que podrían destacarse las veinte fechadas el mismo día, 12 de enero de 1984, antes que la Ley 30/1984 consolidara las posiciones avanzadas por la jurisprudencia. El abismo entre la Función Pública y los trabajadores era tan grande a comienzos de los ochenta, que el argumento fue calificado de "débil doctrina" por significados especialistas¹⁴, y sin embargo prosperó porque en el fondo amparaba a un derecho fundamental y ya la propia Constitución había roto las divisiones clásicas al reconocer a los funcionarios en su art. 28.1 un derecho tan **obrero** como el de libertad sindical.

Pero el defender el derecho de huelga en el ámbito objeto de análisis no significa sin embargo defender un derecho sin límites. Ya se ha encargado el Tribunal Constitucional de decirnos quien no por

tratarse de un derecho fundamental van a ser derechos ilimitados, y de ese límite genérico no vamos aquí a hablar, pues lo daremos por supuesto. Pretendemos llegar a otra cuestión, enlazada con cuanto discutíamos al principio de la separación entre libertad sindical y derecho de huelga. Uno y otro tienen sus límites, y el negar que los límites de la libre sindicación no se aplican mecánicamente al derecho de huelga no debe inducirnos a pensar que éste queda libre de todo límite. Sencillamente, cada derecho tiene sus limitaciones específicas en la Constitución. A tenor del art. 28.1 CE, la libertad sindical se puede prohibir, y de hecho se prohíbe, a las Fuerzas Armadas y asimilados, esto es, a colectivos en función del cuerpo al que pertenecen; en cambio, y a tenor del art. 28.2 CE, el derecho de huelga tiene el límite de la garantía de los servicios esenciales para la comunidad, es decir, prohíbe la cesación de actividades vitales para la comunidad con independencia de qué clase de personas las atiendan, ni de los cuerpos o categorías a que pertenezcan. La huelga de jueces, funcionarios y fiscales no está libre de límites específicos, sino que sencillamente se trata de **otros** límites específicos, los enunciados en su propio precepto constitucional. Bajo tal prisma, lo prohibido no será la cesación de actividades por esos grupos de funcionarios, sino la de determinadas funciones dentro de la Administración de Justicia, que *grosso modo* podríamos delimitar, como hacer el proyecto de Ley Orgánica de huelga, en las actuaciones concernientes a la libertad y seguridad de las personas (art. 11.2.13).

Aplicar al derecho de huelga de jueces, magistrados y fiscales los límites que le son propios abarca una parte, quizá la principal, de la problemática en torno a ese fenómeno. Hay problemas sucesivos, pero asimismo importantes, como el de delimitar los servicios mínimos en la Justicia (¿con la Administración como interlocutora, según el Proyecto de Ley Orgánica de Huelga, o con el Consejo General del Poder Judicial?) o el de controlar judicialmente la legalidad de las huelgas de este ámbito. ¿*Quid custodiat custores?*, podríamos interrogarnos. Aunque se nombren servicios esenciales y se cumplan escrupulosamente, si los magistrados de la Audiencia Nacional van a la huelga y les compete a ellos declarar su licitud o ilicitud, ¿no vendrán, con razón, recusados para tal menester? Una de las soluciones posibles del problema podría estar en la declaración previa sobre la licitud de la medida por parte del tribunal competente, una sentencia declarativa que desde hace tiempo se viene postulando para el

13. Fundamento jurídico nº. 11.

14. ALONSO OLEA, *Derecho del Trabajo*, edición de 1983, págs. 582-583.

conjunto de las huelgas. Otra, considerar en todo caso servicio mínimo la actividad del tribunal que sea competente para enjuiciar las actuaciones conflictivas de la huelga.

Otro orden de cuestiones hace referencia a la jurisdicción competente. Sin duda que la solución adoptada no debería presentar contradicciones con lo establecido para el resto de los funcionarios, y en tal caso la atribución de competencias viene hecha por el proyecto de Ley Orgánica de Huelga al orden contencioso-administrativo (art.20.2), en coincidencia con la Ley de Procedimiento Laboral (art.3.c).

Se trata ya de cuestiones derivadas. Para nosotros, la idea principal ya ha venido desarrollada en las páginas anteriores: el derecho de huelga tiene un asiento propio en la Constitución, independiente de la libertad sindical, y tiene asimismo sus límites propios, consistentes en la garantía de los servicios esenciales para la comunidad. El silencio de las leyes ordinarias respecto a los jueces, magistrados y fiscales sólo puede interpretarse en sentido positivo, al tratarse de funcionarios y de un derecho fundamental. El resto de los problemas comienza cuando aceptemos los postulados antevistos.

Código Civil Peruano

Compiladora: *Dra. Delia Revoredo*

Ultimas Colecciones de VI tomos a la venta en la oficina de Thémis, Revista de Derecho, en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Av. Universitaria s/n. San Miguel o al teléfono 454318 en horario de oficina.

Contenido

Tomos I y II

- Antecedentes legislativos
- Comparación con el Código Civil de 1936

Tomo III

- Concordancias e Indices Comparativos

Tomos IV, V y VI:

- Exposición de motivos y comentarios.