

Mitos y realidades en la relación de empleo público de los jueces y fiscales. Notas para una reflexión sindical

Manuel Jesús DOLZ LAGO

1. INTRODUCCION

Aunque no resulte muy utilizado el término, la relación de empleo público de los jueces y fiscales describe, en el seno de sus respectivas carreras, la llamada relación de servicio del funcionario público, al margen de su relación orgánica, en la que los aspectos profesionales relativos a las condiciones de trabajo en su proyección individual y colectiva forman su núcleo principal.

Es cierto que hasta hace relativamente poco, en nuestro país no ha empezado a estudiarse al sector del funcionariado desde la perspectiva ajena al Derecho Administrativo y más centrada en la problemática sociolaboral de este colectivo. Ello produce la migración de términos propios del Derecho del Trabajo y la homologación de los esquemas interpretativos con el de los demás trabajadores por cuenta ajena, si bien las características específicas del funcionario público hacen inevitable que su proceso de laboralización no lo sea tanto como se teme por los administrativistas ni tan poco como venía afirmándose por los laboristas.

La experiencia extranjera, y más concretamente la italiana, permite suponer que el desarrollo actual habrá de pasar seguramente por mucho de lo ya acontecido años atrás en otros países, donde los regímenes democráticos disfrutaban de una duración superior a nuestra reciente democracia.

Desde esta perspectiva, el catedrático Sala Franco¹ expresaba que en 1969 eligió como tema para su tesis doctoral el estudio de la libertad sindical y

los empleados públicos en Italia por el contraste que se daba entre la norma y la realidad, como se aprecia actualmente en nuestro país².

Así las cosas, desde hace unos años en que comenzó el movimiento asociativo de los jueces y fiscales (aproximadamente en 1980), al igual que ocurre con otros movimientos asociativos de otros funcionarios de la Administración de Justicia (secretarios, médicos forenses, oficiales, auxiliares y agentes), o con otros funcionarios de la Administración Civil del Estado, se observa también en nuestro país el principio de una discordancia entre la realidad y la norma, entre la praxis diaria y las previsiones legislativas. Ello produce un panorama en las relaciones colectivas de estos funcionarios en el que se hace preciso estudiar los mitos y las realidades que operan al objeto de una mejor comprensión del mismo.

En este análisis habrá que arrancar de un situación común para toda clase de funcionarios, en donde se explique la problemática derivada de los aspectos colectivos de la relación funcional y, en concreto, los antecedentes y situación actual de la cuestión. Posteriormente, el análisis debe pormenorizar en las peculiaridades del servicio público de la Administración de Justicia, y dentro de éste, en el de aquellos que detentan el ejercicio de autoridad pública (jueces, fiscales y secretarios), por ser éste el caso más delicado, precisándose que cada colectivo conserva aspectos singulares de la problemática, si bien nosotros vamos a centrarnos en los jueces y fiscales.

¹ En el prólogo al libro del profesor Lopez Gandía titulado *Los acuerdos colectivos en la relación de empleo público (Modelos de Derecho Comparado)* (ed. IES, 1981), donde explica el motivo de su estudio sobre la libertad sindical y los empleados públicos en Italia basado en «la personal constatación del contraste existente en el ordenamiento italiano entre una situación jurídica que se daba sobre el papel y una situación real que pretendía ser jurídica. Entre un Derecho Administrativo que regulaba la relación de empleo público, legitimando la desigualdad entre las partes en relación mediante la atribución de prerrogativas exorbitantes a una de ellas —la Administración Pública— y un derecho autónomo que, bajo la tutela de los artículos 39 y 40 de la Constitución actuaba «mediatizando» aquel Derecho Administrativo en beneficio de los intereses colectivos de los empleados públicos. En otras palabras, la presencia en la vida administrativa italiana cotidiana de un asociacionismo profesional que operaba en el sector del empleo público, a través de una negociación informal y del recurso frecuente a la huelga, pareciendo así transformar «las tradicionales esencias» del ordenamiento jurídico funcional».

² Este mismo catedrático indicaba que las dos ideas-fuerza de su estudio fueron «de un lado, la negación de la ideología apriorística de la prevalencia en todo caso del interés público sobre el privado. La convicción de que el interés público y general de la Administración no debe ser considerado como un "interés abstracto" sino como el tutelado por la Constitución de manera expresa, ya que en un ordenamiento jurídico democrático no se tutelaban intereses "no delimitados", ni siquiera en el caso del Estado, pues ello iría contra los principios más sagrados del Estado de Derecho. De otro lado, y consiguientemente, el dato de que el interés público tutelado expresamente por la Constitución en este caso no era otro que la eficiencia o eficacia administrativa. En estos términos, el problema de la organización administrativa venía mediatizado por su finalidad de eficacia o "productividad administrativa" ya que si la Administración necesita dependientes competentes poco significa a este respecto el régimen jurídico dado a la relación de empleo público, siendo la racionalización del trabajo y una selección previa del personal adecuado los verdaderos elementos condicionantes de esa productividad administrativa».

2. ANTECEDENTES

Los antecedentes de la situación actual vienen dados por una cultura jurídica en la que se concibe a los funcionarios como *servidores de la Administración Pública, en donde prevalece el carácter autoritario de la relación y no democrático, y en la que la relación orgánica se impone sobre la relación de servicio, identificándose al funcionario con la función y, por tanto, sus intereses con los intereses públicos, en cuya formulación sólo concurre la voluntad de la Administración Pública.*

Esta situación es tributaria de la concepción continental del empleo público según los modelos napoleónico y weberiano, en los que se considera a la Administración Pública como soberana, desde una posición de *imperium*; y no como prestadora de servicios públicos, lo que trasciende a la relación del funcionario con la Administración en la que aquél aparece subordinado a ésta y no se da una relación de cambio entre partes iguales. Ello trae como consecuencia el predominio de la teoría de Raneletti basada en el *ius imperii*, en la identificación entre Estado y Administración, entre el objeto de la relación de empleo público (la prestación de trabajo) y la «función pública», esto es, la confusión entre la relación orgánica y la relación de servicio, y, finalmente, en la regulación de la relación por obra de la ley y del reglamento y no por el acuerdo colectivo con participación de los funcionarios.

En realidad, estos antecedentes hay que situarlos en su contexto histórico, ya que nacen en función a un determinado modelo del Estado cual es el Liberal, estando los orígenes históricos de esta relación de empleo público en la segunda mitad del siglo XIX cuando se consolida el Estado burgués, dándose entonces la llamada «profesionalización» de la relación, que implica la independencia y neutralidad del empleado público, la subordinación al «interés general» o al «interés público» y la subordinación especial del funcionario a la Administración. Este modelo³ es el modelo de la burocracia «racional» que inspira las obras de M. Weber y de Hintze, cuyas características más importantes son: los poderes de *imperium*, la estructura jerarquizada, el sistema de subordinación formal basado en el acto administrativo y en el reglamento, y el deber de fidelidad y sujeción a la Administración.

En síntesis, *los mitos de este modelo*, que toda-

vía perviven, serían la concepción abstracta del interés público, delimitado exclusivamente por la voluntad de la Administración Pública; la identificación funcionario-función y prevalencia de la relación orgánica sobre la de servicio, confundiendo los intereses de los funcionarios con los de la Administración; la supremacía especial de la Administración y la subordinación del funcionario a la Administración; la fijación de las condiciones laborales del funcionario por la vía estatutaria y no contractual, no admitiendo la participación ni la negociación de dichas condiciones, así como tampoco el ejercicio de instrumentos colectivos de defensa de tales, como la huelga o los conflictos colectivos, ni la existencia de sindicatos de funcionarios, y, por último, el carácter delictivo de las conductas colectivas contra la Administración como medio de presión para obtener reivindicaciones profesionales.

3. SITUACION ACTUAL

El análisis de estas cuestiones dentro de las carreras Judicial y Fiscal no puede hacerse al margen de la perspectiva del aspecto general del tema que afecta a todos los funcionarios públicos.

En efecto, Albiol Montesinos y Sala Franco⁴ recuerdan que hasta 1978 no se da el Convenio número 151 de la OIT para la «Protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo de la Administración Pública».

Por lo que respecta a la libertad sindical, negociación colectiva y derecho de huelga de los jueces y fiscales en España, se dan las siguientes situaciones:

La libertad sindical

En relación con *la libertad sindical* existe un régimen jurídico más limitado que el derecho de libertad sindical de los restantes funcionarios, basado en el artículo 127.1 de la Constitución y en el artículo 1.4 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical de 2 de agosto de 1985, que admite el derecho de asociación profesional pero no el de libre sindicación. De este modo, en relación con los jueces, el artículo 401 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 de-

³ Como recuerda el profesor López Gandía, ob. cit., a quien seguimos en esta exposición.

⁴ En su obra *Apuntes de Derecho Sindical*, Valencia, 1987. Estos autores recuerdan que «a partir de la segunda guerra mundial, con carácter general a todos los países, si bien con distintos calendarios, se ha desarrollado un proceso imparable de reconocimiento de los derechos colectivos de los funcionarios públicos. Con anterioridad, la presencia de los derechos colectivos de la Administración Pública era tradicionalmente denostada por contraria al régimen jurídico estatutario donde los principios de jerarquía administrativa y de continuidad en la prestación de los servicios públicos deben prevalecer sobre cualesquiera intereses particulares del personal al servicio de la misma. Primero fue el reconocimiento generalizado de la libertad sindical por impulso del Convenio número 87 de la OIT (año 1948), donde únicamente se admiten limitaciones al derecho de sindicación de los miembros de la Policía y de las Fuerzas Armadas (art. 9.1: "La legis-

lación nacional deberá determinar hasta qué punto se aplicarán a las Fuerzas Armadas y a la Policía las garantías previstas por el presente Convenio"). Más tarde, y en algunos países al mismo tiempo, fue reconocido el derecho de huelga de los funcionarios. Finalmente, en la década de los sesenta, la negociación colectiva, con notables matices, adquiere carta de naturaleza respecto de los funcionarios públicos en la mayoría de los países. En la actualidad, es el Convenio número 151 de la OIT (año 1978) sobre "La protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública", la norma internacional de mayor espectro aplicativo acerca de los derechos colectivos de los funcionarios públicos, si bien existan otras que con carácter particular recojan en su articulado algunos de ellos. Tal sucede con la Carta Social Europea o los Pactos Internacionales de la ONU sobre derechos económicos, sociales y culturales o sobre derechos civiles y políticos de 1966».

termina las reglas de su régimen de asociación profesional; y por lo que respecta a los fiscales, los artículos 54 y 59 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (Ley 50/1981) regulan este derecho de asociación profesional de fiscales. Sin embargo, en opinión de los autores citados⁵ «dado el silencio de los Convenios números 87 y 151 de la OIT acerca de estos colectivos, a diferencia de los militares y policía, podría pensarse en la inadecuación de nuestra Constitución a las normas internacionales que sí parecen atribuir el derecho de libertad sindical sin limitación alguna a los jueces, magistrados y fiscales. La ley establecerá el sistema y modalidades de asociación profesional de los jueces, magistrados y fiscales, dice la Constitución».

En esta breve reseña del régimen jurídico de la asociación profesional de los jueces y fiscales hay que destacar la *Sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de febrero de 1987* acerca de la legitimación de la asociación de fiscales para recurrir judicialmente, en base a que «la asociación de fiscales viene contemplada por un precepto específico de la Constitución —artículo 127— que prohíbe a los fiscales pertenecer a partidos políticos o sindicatos y, por tanto, esa autorización especial para constituir asociaciones es el único cauce que tiene la carrera fiscal para defender sus intereses profesionales y ello es un argumento más para que su legitimación para promover procesos en defensa de dicho interés deba potenciarse y entenderse en el sentido amplio que se deja razonado, concediéndola siempre que los actos y disposiciones contra los que se recurra incidan perjudicialmente en sus legítimos intereses asociativos». No obstante, los autores citados⁶ destacan que esta sentencia choca con las restricciones que el propio Tribunal Constitucional efectúa a un sindicato de funcionarios para recurrir contra una disposición que, por afectar a la libertad de expresión, afecta también a la acción sindical⁷.

Por otra parte, la Asociación Profesional de la Magistratura ha interpuesto varios recursos jurisdiccionales en teórica defensa de los intereses de sus asociados (v. gr. caso Asociación Profesional de la Magistratura contra el nombramiento del magistrado Claudio Movilla Álvarez como presidente de la Audiencia Territorial de Sevilla, desestimado por sentencia de la Sala 3.ª-Sección 1.ª de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de fecha 11 de abril de 1989 —artículo 3103/89—; caso Asociación Profesional de la Magistratura contra Pablo Castellano en protección civil del derecho al honor de la Magistratura, estimado por sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia número 2 de Madrid de fecha 22 de diciembre de 1984).

En conclusión, la realidad en esta materia es que los jueces y fiscales no tienen libertad sindical ni pueden formar sindicatos sino sólo asociaciones

profesionales. Esta situación es un verdadero *mito* ya que la naturaleza de la asociación profesional es sindical o no es nada.

La negociación colectiva

Por lo que respecta a la negociación colectiva, hay que señalar que este derecho no se reconoce para los jueces y fiscales, ya que el artículo 37 de la Constitución se refiere a los representantes de los trabajadores y empresarios. No obstante, se da una tímida posibilidad de participar en la regulación de las condiciones de trabajo que vía reglamentaria haga el Gobierno, en virtud del artículo 105.1 de la Constitución⁸, si bien hay que resaltar que la ley a la que se refiere el citado artículo todavía no se ha promulgado.

Otras materias de Derecho Colectivo de Trabajo

La misma ausencia de previsión legislativa específica se observa en materias como representación colectiva, en cuyo esquema no cabe dar entrada a la representación, para los jueces, en el Consejo General del Poder Judicial⁹, donde la elección de sus miembros se realiza desde el Parlamento tras la reforma del sistema en virtud de la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 112.1), ni para los fiscales, en el Consejo Fiscal, donde la representación asociativa si bien sí que existe, al contrario que los jueces, resulta de escasa incidencia operativa, tal y como se configura en la actualidad el referido Consejo; como el derecho a la participación institucional, no cubierto tampoco debidamente por ambos Consejos; como el derecho de reunión; como el derecho a plantear conflictos colectivos en sus modalidades de mediación, conciliación o arbitraje.

Mención especial al derecho de huelga

Por último, en cuanto al derecho de huelga, hay que partir de la base según la cual la Constitución española no reconoce clara y expresamente el derecho de huelga de los funcionarios públicos, ya que el artículo 28.2 se refiere a trabajadores. No obstante, a la luz de las normas internacionales ratificadas por España, se reconoce el derecho de huelga de los funcionarios públicos (artículo 6.4 de la Carta Social Europea y el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966).

Sobre esta materia, el Tribunal Constitucional en

⁵ Albiol Montesinos y Sala Franco, ob. cit.

⁶ Albiol Montesinos y Sala Franco, ob. cit.

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 22 de octubre de 1985, en este caso se trataba de un sindicato de Policía que impugnó un precepto del reglamento de disciplina del Cuerpo Superior de Policía.

⁸ Este artículo dice:

«La ley regulará.

a) La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten»

⁹ Vide Andrés Ibañez, P. y Movilla Álvarez, C. *El Poder Judicial*, editorial Tecnos. Madrid 1986, págs. 33 y ss

sentencia de fecha 8 de abril de 1981, ha mantenido la constitucionalidad del artículo 222.1 del Código Penal, que considera delitos de sedición las huelgas de los funcionarios públicos, al decir que «los funcionarios encargados de la prestación de todo género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad que, suspendiendo su actividad, ocasionen trastornos de los mismos, o, de cualquier forma, alteren su regularidad... serán considerados como reos de sedición»; si bien el Tribunal Constitucional indica que «el tipo delictivo dibujado no puede considerarse como inconstitucional si se tiene en cuenta que lo que se penaliza es un ataque contra la seguridad del Estado, esto es, tiene por finalidad la preservación del funcionamiento del orden constitucional, el libre desarrollo de los órganos del Estado y el ejercicio pacífico de los derechos y libertades ciudadanas... son incuestionablemente delitos cuya producción requiere un dolo específico *que es la voluntad de subvertir la seguridad del Estado* o, como también se ha dicho, delitos de tendencia, según ha puesto de manifiesto una constante y reiterada doctrina de los tribunales. En estos términos, la constitucionalidad del tipo delictivo no puede ser cuestionada».

No obstante lo anterior, la doctrina¹⁰ ha resaltado la incongruencia de esta sentencia en ese punto, ya que parte de un dato legislativo que no responde al tenor del artículo 222.1 del Código Penal, en donde no se recoge esa finalidad de la que habla el Tribunal Constitucional.

Si esto es así para la generalidad de los funcionarios públicos, con las matizaciones derivadas del artículo 2.2 c) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical y Disposición Adicional de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, en el caso de los jueces y fiscales es más notable la ausencia de previsión legislativa al respecto, lo que no debe evitar una interpretación a favor de la titularidad de este derecho colectivo, en base directamente a la Constitución y a los textos internacionales ratificados por España en la materia, con independencia de la fijación de unos servicios mínimos que satisficieran el requisito constitucional del «mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad».

4. CONCLUSIONES

Atendida la actual situación, desde un punto de vista más futuro, no sabemos en qué plazo, es preciso reconocer que es necesaria la superación de esta coyuntura por un cambio en nuestra cultura jurídica sobre el particular, en el que se busque la

igualdad entre los funcionarios y la Administración, basada en la relación de cambio entre ambos, de carácter democrático y no autoritario, en donde quepan los acuerdos colectivos como fuente de regulación de las condiciones de trabajo, lo que implicaría la introducción del llamado método contractual en la Función Pública frente al vigente método estatutario.

Junto con ello, se debe atender al sujeto de la negociación (asociaciones profesionales, que en realidad son sindicatos) y a sus instrumentos de lucha (conflictos colectivos y huelga) así como a su representación institucional.

En este aspecto, López Gandía¹¹ dice que «el funcionamiento de la burocracia, a través de la cual actúa el Estado, no puede permanecer inmune a los procesos de socialización política y del conflicto entre las clases sociales, revelándose entonces como una forma sutil de hacer política los intentos de neutralización del funcionamiento público y del aparato frente a las exigencias de responsabilidad y control por parte de las instancias sociales».

Los mitos actuales tienen su fundamento en concepciones ideológicas de la Función Pública, y en el caso especial de los jueces y de los miembros del Ministerio Fiscal, ancladas en planteamientos periclitados que responden a una determinada concepción del Estado liberal, modelo weberiano de la burocracia racional, en donde la jerarquía aislada de una base democrática y el carácter autoritario de la relación ahogan las reivindicaciones de los funcionarios públicos en la abstracción neutralizadora del interés público.

Esta mitología tiene manifestaciones claras en la normativa vigente: negando la libertad sindical de los jueces y fiscales; limitando su derecho a la representación colectiva y participación institucional en los estrechos cauces del limitado Consejo Fiscal existente, para los fiscales; dudándose de la titularidad de derechos colectivos esenciales tales como el derecho a plantear conflictos colectivos y la huelga, y, por último, negando el derecho de manifestación. En este contexto, es necesario reflexionar sobre la naturaleza sindical o no de las asociaciones profesionales de estos colectivos, y en caso afirmativo, ser congruentes con la asunción de todos los derechos colectivos implícitos al reconocimiento de la relación colectiva de empleo público de los jueces y fiscales, denunciando la pervivencia de concepciones ideológicas limitativas que, en definitiva, vienen a negar las razones de la existencia de estas asociaciones profesionales o sindicatos.

¹⁰ Entre la que se encuentran autores como Albiol Montesinos, Borrajo Dacruz, Sala Franco y Valdés Dal-Re.

¹¹ Ob. cit.