

João Caupers

*Doctor en Derecho*

*Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nova de Lisboa*

# Las garantías de los trabajadores de la Administración Pública, en general, y su derecho a la reserva de la intimidad de la vida privada, en especial

**SUMARIO:** PARTE I. LAS GARANTÍAS DE LOS TRABAJADORES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. PARTE II. DEBERES DISCIPLINARIOS Y RESERVA DE LA VIDA PRIVADA.

## PARTE I. LAS GARANTÍAS DE LOS TRABAJADORES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. No se plantean hoy dudas sobre el hecho de que los trabajadores de la Administración Pública gozan, en principio, de las mismas garantías que los restantes trabajadores. Es cierto que se tiene que exceptuar la situación de algunos de aquellos trabajadores, que se encuentran sujetos, a causa de la naturaleza especial de las funciones que desempeñan, a restricciones también especiales –los magistrados, los diplomáticos, los agentes de las fuerzas de seguridad, etc.<sup>1</sup>.

No siempre ha sido así: antes de la reforma constitucional de 1982, cuando la Ley fundamental se refería a *funcionarios y agentes del*

---

Traducción de Carlos LEMA AÑÓN y Carlos AMOEDO SOUTO.

<sup>1</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO y Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª edição, Coimbra, 1993, pp. 945-946.

*Estado* había quien entendía que éstos no eran *trabajadores* de la Administración Pública porque no eran estrictamente trabajadores, por lo menos a efectos de la aplicación de (todas) las normas constitucionales que se referían a los *derechos de los trabajadores*<sup>2</sup>.

Por muy discutible que fuese tal interpretación, tuvo sus consecuencias efectivas, circunstancia que acabó por determinar su substitución por la expresión *trabajadores de la Administración pública y demás agentes del Estado*, que se lee en el actual artículo 299º de la Constitución de la República<sup>3</sup>.

Ya que no tiene interés para el caso remover en los meandros conceptuales de la actualmente llamada *relación jurídica de empleo público*, parece preferible concentrar nuestra atención en las garantías específicas de los trabajadores de la Administración Pública y en aquellas que, siendo aplicables a todos los trabajadores, asumen un formato específico en lo que respecta a aquéllos, o plantean —o han planteado— problemas especiales.

2. Parece que lo lógico es empezar por las *garantías individuales*, dejando para un momento posterior las *garantías colectivas*; y dentro de las primeras, empezar por las que se refieren a la *constitución del vínculo laboral*.

El aspecto más importante con relación a la constitución del vínculo laboral entre la Administración Pública y aquellos que van a trabajar para ella se refiere a la necesidad de asegurar la plena proyección del principio de igualdad como factor limitador de la libertad de elección de la Administración. En realidad, la garantía del acceso de todos los ciudadanos en condiciones de igualdad al empleo público impone la sumisión de la constitución de tal vínculo a procesos de concurrencia.

Esta obligación de garantizar la concurrencia justifica la regla que determina que la admisión de trabajadores en la Administración Pública debe ser, en principio, precedida de concurso. Esta norma consta en la propia Constitución, concretamente en el nº 1 del artículo 50º. La ley ordinaria, por su parte, regula detalladamente el procedimiento de selección, cuya obligatoriedad se extiende, además de a los trabajadores de la Administración Pública en general —cfr. Decreto-Ley nº 204/98, de 11 de julio— a los cuadros directivos correspondientes a las categorías de director de servicio y jefe de división —cfr. artículo 4º

<sup>2</sup> Sobre esta discusión doctrinal, aun suscribiendo una posición muy diferente, cfr. José Luís PEREIRA COUTINHO, «A relação de emprego público na Constituição. Algumas notas», en *Estudos sobre a Constituição*, vol. III, Lisboa, 1979, en especial las pp. 689-702.

<sup>3</sup> Cfr. JOÃO CAUPERS, «Situação jurídica comparada dos trabalhadores da Administração Pública e dos trabalhadores abrangidos pela legislação reguladora do contrato individual de trabalho», separata de la *Revista de Direito e Estudos Sociais*, año XXXI, IV Serie nº 1/2, 1989.

de la Ley n° 49/99, de 22 de junio. Sólo el reclutamiento de las categorías de director general y subdirector general escapa a la regla del concurso.

3. Pasemos al segundo aspecto: las garantías individuales que se refieren a lo que designaremos como *estatuto laboral*.

La faceta más peculiar del estatuto laboral de los trabajadores de la Administración Pública tiene que ver con la superior intensidad normativa de tal estatuto, cuando se lo compara con el de los otros trabajadores, aquellos que se encuentran incluidos por la llamada «ley del contrato individual de trabajo». Esa superior intensidad normativa resulta, por un lado, de una tradición de inexistencia de instrumentos de reglamentación colectiva de trabajo de naturaleza contractual otorgados por los representantes de los trabajadores de la Administración Pública (a causa de los obstáculos legales a los que nos referiremos más abajo); por otro, de la existencia de múltiples reglas legales —dictadas por el Estado, por tanto— fuertemente condicionantes del estatuto laboral de aquellos trabajadores: reglas que consagran una elevada estabilidad del vínculo laboral, reglas de contabilidad pública, reglas relativas al control ejercido por el Tribunal de Cuentas, etc<sup>4</sup>.

3.1. En primer lugar analizaremos la *protección del derecho a la categoría profesional y al lugar*.

Por lo que respecta al derecho a la categoría profesional, no existen diferencias sensibles en relación a los demás trabajadores: ningún trabajador puede, en principio, ver disminuida su categoría profesional.

En cuanto al derecho al lugar, se vuelve imprescindible tomar en consideración las reglas legales relativas a la *movilidad* en la Administración Pública. Considerada la naturaleza macroorganizativa de la Administración Pública, el derecho al lugar del trabajador al servicio de ésta que posea plaza definitiva (es decir, un vínculo potencialmente ilimitado con una institución pública) se traduce en el derecho a una posición jurídica determinada en una plantilla, no a un cierto y determinado puesto de trabajo.

Sea como fuere, la ley consagra formalmente el *principio de la movilidad* de los recursos humanos de la Administración Pública, contenido en el artículo 23° del Decreto-Ley n° 184/1989, de 2 de junio. El Decreto-Ley n° 427/1989, de 7 de diciembre, que regula la constitución, modificación y extinción de la relación jurídica de empleo público, concreta los instrumentos de movilidad, en el capítulo relativo a la

---

<sup>4</sup> Sin hablar de la condicionante que resulta de que la Constitución de la República determine que *las bases del régimen y ámbito de la función pública* se integran en la reserva relativa de competencia de la Asamblea de la República —cfr. artículo 165°, n° 1, letra t).

modificación de la relación jurídica: se trata del nombramiento en sustitución, la comisión de servicio, la transferencia, la permuta, la prestación personal forzosa y el «destacamiento». Conviene subrayar que ninguno de estos instrumentos de movilidad puede operar contra la voluntad del trabajador afectado, circunstancia que, naturalmente, reduciendo la respectiva eficacia como instrumentos de gestión de recursos humanos, confiere una garantía reforzada de estabilidad.

Recientemente, el Gobierno ha hecho publicar el Decreto-Ley nº 190/1999, de 5 de junio, estableciendo el régimen general de atribución de puestos de trabajo e incentivos a la movilidad en la Administración Pública. Se busca, a través de incentivos pecuniarios y no pecuniarios, fomentar y facilitar la movilidad de los trabajadores, manteniéndose sin embargo el principio de la relevancia decisiva de la voluntad de éstos.

*3.2. La especial garantía contra las órdenes de los legítimos superiores jerárquicos que contraríen la ley* constituye un rasgo característico del régimen laboral de los trabajadores de la Administración Pública. Tan característico que, además de tener base legal —en el artículo 10º del Estatuto Disciplinario de los Funcionarios y Agentes de la Administración Central, Regional y Local, aprobado por el Decreto-Ley nº 24/84, de 16 de enero— tiene también base constitucional, en el nº 2 del artículo 271º de la Constitución de la República.

El régimen jurídico de esta garantía está constituido por las siguientes reglas:

- a) El deber de obediencia cesa si el cumplimiento de la orden recibida por el subordinado del superior jerárquico supone la práctica de un delito.
- b) Si la orden fuese ilegal pero no supusiese la práctica de un delito, el subordinado puede usar del *derecho de respetuosa representación*, que consiste en la solicitud dirigida al superior jerárquico para que confirme por escrito la orden supuestamente ilegal (*a priori* o, si la orden fuese de inmediato cumplimiento, inmediatamente después de éste).
- c) En caso de que la demora en la ejecución de la orden no lesionase el interés público, el subordinado esperará su confirmación, ejecutándola sólo después de recibirla.
- d) Si la demora perjudicase al interés público, el subordinado comunicará al superior jerárquico los términos exactos de la orden y de la solicitud de confirmación, mencionando la no satisfacción de ésta y cumplirá la orden.
- e) Procediendo como antecede, queda excluida la responsabilidad del subordinado por los perjuicios causados por el cumplimiento de la orden.

Nótese que, muy a pesar de que la principal razón de ser de este régimen resida en la necesidad de asegurar el equilibrio entre el principio de la persecución del interés público y el principio de legalidad, constituye una evidente garantía para los subordinados, que así quedan protegidos contra las consecuencias del cumplimiento de las órdenes que les fuesen dadas.

3.3. En el plano del *derecho a la retribución*, hay que reconocer que los trabajadores de la Administración Pública disponen de una garantía de menor intensidad que la de los restantes trabajadores. En realidad, mientras que éstos se encuentran plenamente protegidos por la prohibición de cualquier reducción de la retribución<sup>5</sup>, aquéllos sufren la posibilidad de perder un sexto de su remuneración en caso de que sumen, en un período de un año civil, 30 días de baja por enfermedad, seguidos o no consecutivos. Es lo que resulta de la aplicación de los artículos 5º, nº 4, del Decreto-Ley nº 353-A/89, de 16 de octubre, y 29º, nº 2, del Decreto-Ley nº 100/99, de 31 de marzo.

3.4. Al contrario de lo que ocurre con la garantía del derecho a la retribución, la garantía del *derecho de defensa en procedimiento disciplinario* es objeto de un grado de formalización más acentuado en lo que se refiere a los trabajadores de la Administración Pública, cuando se procede a la comparación con la misma garantía en relación a los restantes trabajadores. Este grado de formalización más elevado se deriva de la dignidad constitucional conferida a tal garantía que, además de regulada detalladamente en la ley ordinaria —en los artículos 59º a 64º del Estatuto Disciplinario ya citado—, se encuentra solemnemente recogida en el nº 3 del artículo 269º de la Constitución de la República.

3.5. Los trabajadores de la Administración Pública, en general, gozan de los mismos *derechos políticos* que cualquier otro ciudadano. No sólo ejercen libremente su derecho de participación en actos electorales y votaciones, sino que pueden militar en los diversos partidos y movimientos políticos y participar en sus respectivas actividades. El régimen general de la función pública no implica, pues, la existencia de ninguna *capitis diminutio*, lo que se deriva claramente de lo dispuesto en el nº 2 del artículo 269º de la Constitución de la República.

Algunas categorías profesionales de la Administración Pública, sin embargo, pueden ser alcanzadas por restricciones al ejercicio de aquellos derechos, como sucede con los militares, los agentes de los servicios y fuerzas de seguridad y los magistrados, a causa de la auto-

---

<sup>5</sup> Exceptuando los casos de transacción judicial y aquellos —pocos— en los que es posible la compensación limitada con créditos de la entidad patronal.

rización concedida al legislador ordinario por los artículos 270º, nº 2 y 216º nº 5 de la Ley fundamental.

3.6. El problema de la *garantía de la vida privada* de los trabajadores de la Administración Pública es especialmente delicado, razón por la cual le dedicaremos la segunda parte de este escrito. Por ahora nos limitaremos a subrayar que el trabajador de la Administración Pública tampoco se encuentra hoy en día, en principio, afectado, en el ámbito de su vida privada, por ninguna *capitis diminutio*, pues no sufre ningún tipo de restricción por causa de su condición profesional.

Las referencias al *objeto del servicio*, para esclarecer el ámbito del deber de obediencia (cfr. artículo 3º, nº 7, del Estatuto Disciplinario), *materia del servicio*, para delimitar el campo de la responsabilidad disciplinaria (cfr. artículo 10º, nº 1), y a *motivos relacionados con el ejercicio de sus funciones*, para justificar la extensión de esta responsabilidad a actos cometidos fuera del servicio (cfr. artículo 25º, nº 2, letra a)), confirman suficientemente nuestra afirmación.

Más abajo se verá, como hemos dicho, que se pueden plantear cuestiones complejas en este plano.

3.7. El principio de la responsabilidad civil solidaria de la Administración con respecto a sus trabajadores, que figura en el artículo 22º de la Constitución de la República, constituye, en primer lugar, una garantía establecida en favor de las víctimas de los actos realizados por los trabajadores de la Administración Pública<sup>6</sup> y no una garantía de éstos. En efecto, la propia Ley fundamental consagra, en el nº 1 del artículo 271º, la responsabilidad de los *funcionarios y agentes* de la Administración, en los planos patrimonial, criminal y disciplinario, estableciendo el derecho de regreso de esta contra aquellos —cfr. el nº y de ese artículo y, además, los artículos 51º, nº 1, letra h), del Estatuto de los Tribunales Administrativos y Fiscales, y 71º, nº 2, de la Ley de Proceso en los Tribunales Administrativos.

A pesar de todo, se puede decir que la disposición del artículo 22º de la Constitución de la República también constituye, secundariamente, una garantía de los trabajadores de la Administración Pública, en la medida en que su situación patrimonial sería afectada con mayor contundencia si la regla no existiese.

4. En el plano de las garantías individuales de los trabajadores de la Administración Pública, la extinción del vínculo laboral es proba-

<sup>6</sup> Cfr. María DA GLÓRIA F. P. DIAS GARCIA, *A responsabilidade civil do Estado e demais pessoas colectivas públicas*, Lisboa, 1997, pp. 11-16.

blemente el aspecto en que más se acentúa la especificidad, real o mítica, del vínculo laboral público.

Entre nosotros, en la mejor tradición del llamado *modelo de carrera*, de inspiración francesa, el «empleo para toda la vida» aún es el paradigma del trabajo en la Administración Pública. La idea general, muy enraizada, es la de que el vínculo laboral entre el trabajador y la Administración Pública se extingue si el primero quiere y cuando él quiera.

Hay que reconocer que, aun sin ser exactamente así, tal idea se aproxima mucho a la realidad, reflejando así una estabilización de la relación jurídica laboral que es tan cara a los sindicatos representantes de los trabajadores de la Administración Pública —siempre dispuestos a protestar contra cualquier tentativa, aunque tenue, de flexibilización de las relaciones laborales públicas, acusada del terrible pecado de la *precarización*— como perjudicial a la eficiencia de la Administración Pública, ampliamente ocupada por personas que, más que encarar la función pública como un trabajo, la encaran como una especie de fuente de su «rendimiento mínimo garantizado», inmune a cualesquiera consideraciones sobre la calidad y la cantidad de aquello que hacen —o dejan de hacer.

En relación con los funcionarios propiamente dichos, el vínculo laboral sólo puede extinguirse por muerte, jubilación, renuncia a petición del funcionario, mutuo acuerdo o por aplicación de una sanción disciplinar de expulsión (cfr. artículos 28º y 29º del más de una vez citado Estatuto Disciplinario). Esto significa que la Administración Pública no puede poner fin a la relación jurídica laboral por propia iniciativa sin el acuerdo del trabajador, a no ser que éste haya cometido una infracción disciplinaria grave.

Sin embargo, los trabajadores contratados por la Administración Pública pueden ver denunciados sus contratos por ésta, mediante preaviso realizado con sesenta días de antelación, según dispone el artículo 30º, nº 1, letra b), y 2 del citado Estatuto.

5. Por lo que respecta a las garantías colectivas de los trabajadores de la Administración Pública, empezaremos por abordar el *derecho de asociación y afiliación sindical*.

5.1. La mayoría de los trabajadores de la Administración Pública no tiene ninguna restricción al goce y ejercicio del derecho de asociación y afiliación sindical; existen, sin embargo, restricciones que afectan a categorías especiales de funcionarios públicos, como algunos agentes de los servicios y fuerzas de seguridad (cfr. el ya citado artículo 270º de la Constitución de la República).

5.2. El *derecho de contratación colectiva* ha sido objeto de reciente regulación, a través de la Ley nº 23/1998, de 26 de mayo. En ella se ga-

rantiza formalmente a los trabajadores de la Administración pública el derecho de negociación colectiva –cfr. artículo 5º, nº 1– a ejercer, naturalmente, por las respectivas asociaciones sindicales. La ley también aclara cuál es el objeto de tal negociación, a través de la enùmeración contenida en su artículo 6.

Nótese que esta ley representó un significativo avance con relación a la legislación anterior, e incluso el fin de una inconstitucionalidad: en realidad, el Decreto-Ley nº 45-A/84, de 3 de febrero, anteriormente vigente, sólo autorizaba una negociación previa a la adopción por el Gobierno de instrumentos legislativos o reglamentarios –lo que se reconduce a la idea de participación y no de negociación colectiva *proprio sensu*. La actual distingue, y muy correctamente, la materia de negociación colectiva de la materia de participación, enunciada ésta en el artículo 10º.

5.3. Finalmente, en lo que se refiere al *derecho de huelga*, se encuentra garantizado a los trabajadores de la Administración Pública desde la Ley de Huelga (cfr. el nº 1 del artículo 12 de la Ley nº 65/77, de 26 de agosto, modificada por la Ley nº 30/92, de 20 de octubre).

La falta de una norma específica reguladora del derecho de huelga en la Administración Pública, previsto en el nº 2 del artículo 12º, exige la integración de la laguna por medio de la aplicación analógica de la Ley de Huelga, concretamente en materia de servicios mínimos. Nótese, finalmente, que el artículo 13º de la mencionada ley no admite este derecho a los miembros de las *fuerzas militares y militarizadas*.

## PARTE II. DEBERES DISCIPLINARIOS Y RESERVA DE LA VIDA PRIVADA

6. A pesar de que todos tenemos –o queremos tener– una vida privada, se trata de un concepto de definición problemática. En una época en que todo juega a favor de una cierta «publicización» –desde la informatización de datos personales, hasta las indagaciones promovidas por la comunicación social, pasando por una insensata sobreexposición de sus vidas, facilitada por quien revela una apetencia incontrolada por «aparecer»– es cada vez más difícil preservar una esfera de privacidad.

La vida privada se puede definir como el conjunto de actividades, situaciones, actitudes o comportamientos individuales que, sin tener relación con la vida pública, pertenecen estrictamente a la vida personal y familiar de las personas<sup>7</sup>. El prestigioso jurista norteamericano

---

<sup>7</sup> Cfr. Parecer nº 121/80 del Consejo Consultivo de la Procuraduría General de la República, publicado en el volumen VII de los *Pareceres de la Procuraduría General de la República*, p. 80.



Louis BRANDEIS, escribiendo hace más de un siglo, identificaba la vida con *the right to be let alone*; asociándolo a cinco conceptos –autonomía, dignidad, espiritualidad, confianza y libertad– consideraba el derecho a la privacidad como el *más fundamental de los derechos fundamentales gozado por un pueblo libre*.

GOMES CANOTILHO y Vital MOREIRA, por su parte, encuentran en este concepto una *referencia civilizacional* que engloba tres aspectos:

- el respeto de los comportamientos;
- el respeto del anonimato;
- el respeto de la vida en relación<sup>8</sup>.

Nótese que la vida privada no es propiamente el objeto de un derecho, sino que sirve de denominador común a varios derechos fundamentales, garantizados por el artículo 26 de la Constitución de la República:

- el derecho a la identidad personal;
- el derecho a la capacidad civil;
- el derecho a la ciudadanía;
- el derecho a la imagen;
- el derecho a la palabra;
- el derecho a la reserva de la intimidad de la vida privada y familiar.

Cuando se relaciona la vida privada con la sujeción a deberes disciplinarios, lo que está en cuestión es determinar en qué medida estos deberes pueden imponer restricciones a las libres opciones de vida privada de los ciudadanos que se encuentran sujetos a ellos. Lo probable es, como se comprende, que exista una colisión entre derechos y deberes.

Naturalmente no es sólo la disciplina la que puede plantear problemas de esta naturaleza: la mayoría de los derechos fundamentales conoce limitaciones, aunque no sea más que las derivadas de los derechos de los demás. El derecho a la palabra, por ejemplo, no puede ser ejercido para insultar o difamar a terceros.

7. La disciplina está constituida por el *conjunto de reglas que aseguran la cohesión de un grupo social y la realización de sus fines, por vía de la imposición de deberes de comportamiento a sus miembros*<sup>9</sup>.

La violación de esos deberes constituye una infracción disciplinaria: *el hecho, aunque meramente culposo, practicado por el funcionario o*

<sup>8</sup> *Constituição da República Portuguesa Anotada, op. cit.*, p. 182.

<sup>9</sup> Maercello CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, tomo II, p. 800.

*agente con violación de alguno de los deberes generales o especiales derivados de la función que ejerce*, en la definición del n° 1 del artículo del citado Estatuto Disciplinario.

8. No existen dudas de que el estatuto de trabajador de la Administración Pública dicta restricciones a las elecciones individuales de aquellos que están bajo su ámbito de aplicación: la obligación de cumplir un horario de trabajo, por ejemplo, impide al trabajador optar por ir al cine en el período correspondiente a ese horario. Nadie sustentará que se trata de una limitación a la libertad de autodeterminar la vida privada.

Las limitaciones que operan durante los períodos en los que el funcionario o agente se encuentra al servicio de la Administración Pública y en sus locales de trabajo no suelen plantear problemas complicados, aunque sí se hayan dado casos: ¿podrá un responsable de un servicio público exigir que las respectivas trabajadoras no se presenten al trabajo vistiendo pantalones? ¿O que los trabajadores de sexo masculino usen siempre corbata? Si estas exigencias no fuesen acatadas, ¿se estará produciendo la violación de un deber disciplinario?

Más delicadas son, sin embargo, las eventuales restricciones operantes fuera del lugar y del período de trabajo. La cuestión es si podrán constituir infracciones disciplinarias –y, en caso afirmativo, en qué condiciones:

- hábitos de vida mal vistos, como el consumo de drogas o el abuso de bebidas alcohólicas;
- frecuentar establecimientos poco recomendables, como ciertos tipos de casas de vida nocturna;
- la realización de ciertas actividades extraprofesionales, como la especulación inmobiliaria o bolsística.

9. Para formarse fácilmente una idea aproximada de los distintos tipos de problemas que se pueden plantear, procederemos al análisis de dos decisiones judiciales, una portuguesa y otra norteamericana:

- a) La Sentencia del Supremo Tribunal Administrativo, 1ª Sección, de 27 de abril de 1993 –Caso *Pereira Norberto*<sup>10</sup>;
- b) La Sentencia del Tribunal Federal del Distrito Occidental de Washington (9º Circuito) de 14 de febrero de 1997 –*Philips v. Perry*<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Cfr. *Acórdãos Doutrinais do Supremo Tribunal Administrativo*, n° 384, pp. 1244 y ss.

<sup>11</sup> Cfr. [www.aclu.org/news](http://www.aclu.org/news).

9.1. La decisión portuguesa fue dictada en el siguiente marco (en el que se omiten los aspectos de naturaleza procesal):

- se trataba de un recurso contencioso administrativo cuyo objeto era la desestimación, por el miembro competente del Gobierno, de un recurso de alzada interpuesto contra la decisión del Inspector General de Finanzas de imponer al recurrente, inspector tributario, una sanción disciplinaria de veinte días de suspensión;
- el recurrente era simultáneamente, sin estar debidamente autorizado, «provedor»<sup>12</sup> de la mesa de la Santa Casa de la Misericordia de Ponte de Lima;
- en una inspección de las cuentas de esa institución, la Inspección General de Finanzas había encontrado facturas reembolsadas por fondos comunitarios que correspondían a gastos inexistentes relativos a supuestas acciones de formación profesional;
- la documentación encontrada demostraba la implicación directa del recurrente, pero no que hubiese obtenido ventajas personales de naturaleza patrimonial;
- en consecuencia, fue propuesta la incoación de un procedimiento disciplinario.

9.2. El marco de la decisión norteamericana es el siguiente:

- el objeto del proceso judicial era una decisión conjunta de los Secretarios de Defensa y de la Marina de la Unión que habían determinado la expulsión de un teniente de la marina de guerra de los Estados Unidos de América por haber confesado a su superior jerárquico que era homosexual;
- el oficial había prestado cuatro años de servicio con la cualificación de excelente;
- los actos que el oficial había confesado practicar habían sido en privado, entre adultos y libremente consentidos.

9.3. En la decisión judicial portuguesa, en palabras del ponente, *la cuestión así planteada consiste, esencialmente, en saber si y en qué términos, las conductas de la vida privada de agentes y funcionarios de la Administración son sancionables desde el punto de vista disciplinario.*

El recurrente había defendido, naturalmente, una respuesta negativa; el tribunal decidió lo contrario, basándose en dos grandes argumentos:

1º. *El deber de conducta digna en la vida privada obliga a la actuación normal de un individuo dotado de moralidad media y de*

---

<sup>12</sup> Título de jefe de ciertos establecimientos de caridad (nota de los T.)

*consciencia de sus deberes cívicos de armonía con la posición social ocupada. No incluye, sin embargo, la vida íntima del funcionario, sino sólo las manifestaciones de su vida particular que, por revestir publicidad, puedan originar escándalo y reflejarse en el prestigio de la función;*

- 2º. [...] hay que destacar que en el ámbito de las competencias derivadas del ejercicio de las funciones del recurrente se incluye precisamente la prevención y represión de actos que él mismo mandó practicar, por lo que tal comportamiento no puede dejar de repercutir negativamente en el servicio en el que está integrado desprestigiándolo.

9.4. En la decisión judicial norteamericana se enfrentaban dos posiciones: la de los dos jueces que había venido a dar la razón a la Administración, y la del tercer juez, que aceptó la argumentación del oficial expulsado.

Los jueces que determinaron el sentido de la decisión aceptaron los argumentos de la Marina, basados en la política del *don't ask, don't tell*, últimamente muy discutida en los EUA:

- a) Los patrones de conducta de los miembros de las fuerzas armadas son diferentes y más exigentes que los de los civiles y se aplican incluso a su vida privada, de acuerdo con jurisprudencia pacífica del Tribunal Supremo norteamericano.
- b) La homosexualidad confesada –contrariamente a la existente pero no admitida– presenta un efecto perturbador de las relaciones personales entre militares, sobre todo cuando están obligados a convivir en espacios exigüos, como barcos de guerra, poco adecuados a la protección de la intimidad.
- c) Este efecto perturbador, al reducir la cohesión del grupo, es susceptible de dificultar el cumplimiento de misiones militares.

9.5. El Voto Particular se apoyó en tres argumentos esenciales:

- a) Nunca se aportó ninguna prueba, ni con relación al oficial en cuestión, ni en general, de qué la orientación sexual fuese, en sí, un factor negativo en el ejercicio de las funciones militares.
- b) Además, los comportamientos sexuales entre homosexuales no son necesariamente diversos de los corrientes entre heterosexuales.
- c) Si el problema no es la homosexualidad, sino su conocimiento, como parece derivarse de la política del *don't ask, don't tell*, entonces no se refiere a la persona del militar homosexual, sino a la reacción supuestamente desfavorable de los miembros hete-

rosexuales del grupo; esto es un prejuicio, que no puede servir de fundamento a la expulsión del homosexual (el juez firmante del voto particular hizo a este propósito una impresionante comparación con el tratamiento discriminatorio de que eran objeto los militares negros en 1948).

10. En conjunto, estas dos decisiones permiten establecer las principales dudas que se plantean en esta materia.

1º ¿Existe un núcleo esencial, no susceptible de limitación, de la libertad de opciones de vida privada? En caso afirmativo, ¿cómo proceder a su delimitación?

2º Un funcionario público por el simple hecho de serlo, ¿está sujeto, en su vida privada, a restricciones que no afectan a otros ciudadanos?

3º En caso afirmativo, ¿cómo delimitar tales restricciones?

a) ¿Basándose en conceptos vagos, indeterminados y controvertidos, como los de *moralidad media*, o *consciencia de sus deberes cívicos de armonía con la posición social ocupada*?

b) ¿Basándose en la exigencia de un relación especial entre el perfil de la función pública desempeñada y el concreto comportamiento privado, como sustenta la decisión judicial portuguesa?

c) ¿O basándose en los reflejos plausibles, pero no demostrados, de este comportamiento en el ambiente social y profesional en que se ejerce la función pública, como mantiene la decisión judicial norteamericana?

La respuesta bien fundada a las cuestiones planteadas justificaría un escrito de mucho mayor calado que el presente texto. A pesar de ello, no dejaremos de adelantar una respuesta provisional

1º Existe, tiene que existir, un núcleo esencial, no susceptible de limitación, de la libertad en las opciones de vida privada, sea como fuere que se deba delimitar; en caso contrario, ni siquiera se podría hablar de un derecho fundamental.

2º Es perfectamente posible que un funcionario público esté sujeto, en sus opciones de vida privada, a restricciones que no se aplican a otros ciudadanos; tanto por el simple hecho de ejercer funciones públicas, como en atención a las particularidades del tipo de funciones públicas que ejerza.

3º. La delimitación de tales restricciones debe partir de la verificación de una relación especial entre la naturaleza de la función pública ejercida y el comportamiento privado concretamente asumido del

funcionario, que vuelva el ejercicio de aquélla efectivamente susceptible de verse afectado por éste. Nos inclinamos, así, en el sentido de la decisión del tribunal portugués.