

# EL SISTEMA DE OBLIGACIONES DEL PERSONAL Y AUTORIDADES AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: ESPECIAL REFERENCIA AL PRINCIPIO DE LEALTAD A LA CONSTITUCIÓN

---

*Pedro T. Nevado-Batalla Moreno*

*Doctor en Derecho, Universidad de Salamanca, España; Licenciado en Derecho por la Universidad de Salamanca;  
Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Salamanca, España  
E-mail: pnevado@usal.es*

## **Resumen**

El sistema de obligaciones del personal y autoridades al servicio de la Administración en el Ordenamiento Jurídico español, es el tema de análisis en el presente artículo, el autor basa su disertación a partir del principio de lealtad a la Constitución. Los esquemas que trabaja el texto son a partir de la caracterización de la función pública y la responsabilidad de las autoridades y empleados públicos, esto en el marco del principio de lealtad a la Constitución. El texto esboza una preocupación por el cumplimiento del régimen de incompatibilidades y de actuación imparcial en el desempeño de la función pública, de igual forma presenta como consideraciones finales el respeto a la dignidad de la administración, al principio de igualdad y no discriminación y el respeto a los particulares en el ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales.

**Palabras clave:** Función pública, autoridades administrativas, empleados públicos, principio de lealtad, Constitución Política, obligaciones, Responsabilidad y régimen de incompatibilidades

## **Abstract**

The system of obligations of personnel and authorities at the service of the Administration in the Spanish juridical order, is the topic of analysis in the present article. The author bases his dissertation from the principle of loyalty to the Constitution. The schemes that the paper works are the public function characterization and responsibility of authorities and public employees, this in the frame of the principle of loyalty to the Constitution. This paper outlines the concern about the fulfillment of the incompatibility regime and impartial behavior in the performance of the public function. Also, it presents some final considerations about the respect of the dignity of the administration, equality and no discrimination principle, and the respect of the citizens during their exercise of rights and fundamental freedoms.

**Key Words:** Public function, administrative authorities, public employees, loyalty principle, political Constitution, obligations, responsibility and incompatibility regime.

## **Résumé**

Le système d'obligations du personnel de service et des fonctionnaires de l'administration dans le système juridique espagnol, fait l'objet d'une analyse dans cet article, l'auteur fonde sa thèse du principe de loyauté à la Constitution. Régimes s'emploient le texte de la caractérisation du rôle et la responsabilité des pouvoirs publics et les employés du secteur public, qu'en vertu du principe de loyauté à la Constitution. Le texte décrit une préoccupation quant au respect des règles sur les incompatibilités et la conduite impartiale dans l'exercice de fonctions publiques, même présentés comme des considérations finales respectant la dignité de l'administration, le principe de la discrimination égalité et de non et le respect individus dans l'exercice de leurs droits et libertés.

**Mots-clés:** De la fonction publique, administratives, les fonctionnaires, le principe de loyauté, de la Constitution, les obligations, la responsabilité et les incompatibilités



---

Cañón del Chicamocha - Ceibas Barrigonas  
Jorge William Sánchez Latorre

## **EL SISTEMA DE OBLIGACIONES DEL PERSONAL Y AUTORIDADES AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: ESPECIAL REFERENCIA AL PRINCIPIO DE LEALTAD A LA CONSTITUCIÓN\***

---

*Pedro T. Nevado-Batalla Moreno*

### **1. EL MARCO BÁSICO DE OBLIGACIONES EN EL DESEMPEÑO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA Y LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD**

A partir del vínculo general de autoridades y empleados públicos con el principio de legalidad presente en todo Texto Constitucional, puede apreciarse que el ejercicio de la función pública está sometido a concretas obligaciones que perfilan el desempeño de la actividad como reflejo de un entorno de buena administración en un marco de legalidad. Con más precisión si cabe, dichas obligaciones suponen una importante garantía para la Administración y el normal desarrollo de las competencias de los órganos que la integran. Por lo tanto, tenemos unos patrones objetivos cuyo seguimiento (cumplimiento) dotarán de contenido al modelo de Administración que la propia Constitución dibuja, al reglar el comportamiento de sus agentes.

Si se observa la actuación administrativa, se descubre de forma muy sencilla que los empleados públicos y, de forma más general, los servidores públicos, a diferencia de otros agentes u operadores en el tráfico jurídico, su comportamiento se encuentra ajustado a una serie de parámetros y criterios que determinan la forma y momento en

---

\* El artículo revisa sobre el principio de lealtad a la Constitución en el Sistema de Obligaciones del personal y autoridades al Servicio de Administración en el Ordenamiento Jurídico Español. Se enmarca en la línea Gobierno y Administración del Estado Social de Derecho del Grupo de Derecho Público USTABGA, en el Convenio de Colaboración Conjunta Universidad de Salamanca- España, Universidad Santo Tomás - Bucaramanga.

que debe desarrollarse dicha actividad. Como sintetiza la Exposición de Motivos del Estatuto español del Empleado Público<sup>1</sup> (en adelante EBEP), *la condición de empleado público no sólo comporta derechos, sino también una especial responsabilidad y obligaciones específicas para con los ciudadanos, la propia Administración y las necesidades del servicio*. En otras palabras, como ha formulado FAZZIO<sup>2</sup>, el empleado público detenta un poder de actuación pero, al mismo tiempo, tiene un deber de ejercerlo con un sentido finalista. El desempeño de la función pública es un poder/deber del empleado que no puede renunciar al ejercicio del mismo y ha de hacerlo con la obligación de cumplir la finalidad legalmente determinada.

Desde una perspectiva más general y en conexión con las consideraciones expuestas, cabría englobar esta reflexión en el mero respeto al principio de legalidad apuntado al inicio de este capítulo.

Y es que, a mayor abundamiento, la actividad administrativa viene marcada por la necesidad de alcanzar una serie de umbrales de calidad y respetar una serie de límites, cuya consecución y respeto confirmarán la validez de la actuación administrativa y, por tanto, de la sujeción al principio de legalidad.

Siendo así las cosas, no es infrecuente que el proceder del empleado público no se ajuste a los parámetros preestablecidos por la norma; es más, la percepción de incumplimiento en el caso de los empleados públicos es socialmente muy notoria, habiéndose llegado incluso a la categorización de los comportamientos de este personal como, por ejemplo, hace Nieto<sup>3</sup> que, al analizar precisamente las consecuencias que las disfunciones entre el deber y el ser dentro de la Administración derivan para el funcionario, establece tres opciones de afrontar su régimen de obligaciones. A saber:

En primer lugar, se identifica el empleado público que se desentiende de su trabajo y se limita a cumplir, o a aparentar que cumple, los mínimos exigibles, dedicándose a actividades privadas más gratificantes económicamente.

En segundo lugar estaría el empleado público que atiende a su promoción administrativa poniéndose cínicamente al servicio de los intereses personales del superior y no de los generales y públicos, con la esperanza y seguridad de ser recompensado con un ascenso.

En tercer lugar, estarían aquellos empleados públicos que cumplen su función escrupulosamente, que sirven a los intereses generales sometidos al Derecho e inspirados en la justicia individual y social, sin pensar en el desagrado de los superiores ni en la inutilidad de lo que hacen.

Obviamente, es esta última categoría la que nos interesa y la que el legislador pretende identificar como empleado público o, en su caso, autoridad, que somete su actuación al imperio de la ley y las reglas que de tal principio derivan, eso sí, hay

1 Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

2 Fazzio Jr., W.: “*Corrupção no poder público. Peculato, concussao, corrupçao, passiva e prevaricação*”. San Pablo. Editora Atlas. 2002. P. 15.

3 Nieto, A.: “*Balada de la Justicia y la Ley*”. Editorial Trotta. Madrid, 2002. Pp. 258 y ss.

que entender que su ajustado proceder sí resulta de extrema utilidad a los intereses generales. En este sentido, podemos recordar en este momento, a título meramente ejemplificativo, algunos haces de principios que perfilan de forma inequívoca la actuación administrativa de clara ascendencia en la prestación de sus servicios y funciones. A saber:

Por una parte, principios institucionales básicos del Derecho Administrativo, en ocasiones de claro arranque constitucional: igualdad, objetividad, imparcialidad, eficacia en el cumplimiento de objetivos, eficiencia y publicidad entre otros. Por otra parte, principios relacionados con concretas actuaciones administrativas como por ejemplo los estudiados en el desarrollo del procedimiento administrativo: celeridad en la tramitación, flexibilidad, transparencia u oficialidad.

Por otro lado, principios orientados a trazar el signo de las relaciones de la Administración con los ciudadanos: participación, proximidad, respeto y deferencia, servicio efectivo, racionalización y agilidad en la gestión, simplicidad y claridad, identificación de autoridades y personal.

Finalmente, principios que inciden sobre la manera de relacionarse entre distintas Administraciones: coordinación, cooperación, solidaridad y ayuda mutua.

Amplio listado que no queda proclamado en una mera enunciación de principios o bondadoso desiderátum si no que en mayor o menor grado, de acuerdo a cada caso, se encuentran desarrollados normativamente, bien en derechos subjetivos o concretas obligaciones, referenciándose de forma precisa las metodologías o comportamientos cuya práctica habrá de conducir a conquistar los fines que aquellos determinan. En definitiva, el modelo de actividad administrativa que cualquier Administración desea, no ya y exclusivamente como cumplimiento de imperativos legales concretos de los que en ningún caso se puede separar o eximir, sino por la influencia directa que la virtualidad práctica que estos principios y obligaciones tienen en los ciudadanos y la visión que éstos pueden tener de la Administración actuante. No puede desconocerse que la relación de principios citada y su correspondiente concreción normativa determina el patrimonio jurídico de los ciudadanos, por lo que su materialización precisará a la vez el grado de satisfacción de aquellos, de los sujetos a los que se dirige su actividad y, por tanto, la credibilidad de la actuación administrativa.

A título de ejemplo, podemos apreciar cómo la regulación del procedimiento se pliega ante los anteriores argumentos cuando, además, tal y como hemos podido admitir líneas atrás, el procedimiento administrativo orienta sus efectos garantistas tanto al interés general y vigencia del principio de legalidad como a tutelar la posición jurídica de los ciudadanos.

Visto lo anterior, una de las técnicas o instituto más atinado para complacer las pretensiones descritas es (traer causa en el correspondiente cuadro de deberes y obligaciones) el establecimiento de un régimen de responsabilidad del personal encargado de ejecutar y desarrollar la actividad administrativa, habida cuenta que las directrices referenciadas resultan para ellos, un reto en algunos casos, pero una exigencia legal en su mayoría. Consideración que refleja, entre otras, la Ley de

Derechos del Ciudadano de Castilla y León<sup>4</sup> (en adelante LDCL) en su Exposición de Motivos, para aunar y sintetizar todo lo expuesto hasta el momento al hilo del derecho de los ciudadanos para exigir responsabilidades:(...) pues sin obligaciones, cuyo incumplimiento por las autoridades y empleados públicos pueda ser sancionado, los derechos reconocidos devendrían en meras directrices organizativas.

Los empleados públicos y también las autoridades, como integrantes físicos y titulares, en su caso, de los órganos encargados de forjar la actuación administrativa, asumen una posición de privilegio y una responsabilidad propia en el cumplimiento de los precitados postulados, en definitiva, en la guarda del principio de legalidad. Se debe observar, además, que en la práctica totalidad de los casos será este personal la primera línea de la Administración en cuanto a la ejecución de actuaciones, desarrollo de funciones y trato al ciudadano.

En este sentido, burocracia técnica y burocracia política deben actuar de manera perfectamente sincronizada al manifestar un unívoco espíritu de servicio público, sin que la independencia y profesionalización de unos (capacidad técnica) colisione con la eventualidad y sesgo político (capacidad política) de los otros en el ejercicio de la función de gobierno, marcándose a través del Derecho y en concreto de las reglas que disciplinan el actuar de la Administración una situación de equilibrio y óptima atención a las necesidades y expectativas de los ciudadanos.

Desde otra perspectiva, el establecimiento de un sistema de responsabilidad redundante de forma igualmente beneficiosa en la ordenación interna de la propia organización administrativa, al corregir aquellos comportamientos contrarios a ella y que en la medida que suponen una disfuncionalidad en la organización pueden llegar a ascender y menoscabar su finalidad última: la genérica satisfacción del interés general, con lo que nuevamente entroncamos con los argumentos expuestos hasta el momento.

No obstante todo lo expuesto, pese al significativo papel y proceder del personal al servicio de la Administración y la carga de obligaciones que se le traslada, no puede obviarse la necesaria capacitación y disposición de medios de este personal, tarea que primordialmente corresponde a la institución en la que se integran. A nadie escapa que resulta poco razonable exigir comportamientos eficaces, ágiles, próximos a los ciudadanos, en definitiva, ejemplares, si se carece de la imprescindible motivación profesional y los mínimos y básicos recursos materiales para llevarlo a cabo entre los que debemos incluir la propia preparación profesional del servidor.

Pues bien, dentro del genérico respeto al principio de legalidad y, por tanto, el pleno sometimiento de la acción administrativa y sus medios a éste, el ordenamiento y en concreto el bloque normativo jurídico-administrativo español diseña un sistema de responsabilidad que hemos de calificar de perfil bajo en la medida que no se encuentra una norma que de manera ordenada y unitaria establezca el régimen de

4 Ley 2/2010, de 11 de marzo, de Derechos de los Ciudadanos en sus relaciones con la Administración de la Comunidad de Castilla y León y de Gestión Pública.

responsabilidad en el ámbito de la prestación de servicios a la Administración. Y esta calificación se realiza tras constatar que el ya citado EBEP no alcanza la altura de ordenación y unidad que se pretende, y ello, por varias razones:

- Por limitarse a establecer un régimen general de los deberes básicos de los empleados públicos fundado en principios éticos y reglas de comportamiento, lo cual llega a producir una cierta confusión habida cuenta del mal maridaje entre ética, principios de comportamiento, exigencia y concreción de responsabilidad. Es más, el legislador no tuvo empacho en señalar el carácter pedagógico y orientador de estos principios y reglas pero, a la vez, la posibilidad de que su incumplimiento pueda tener consecuencias disciplinarias<sup>5</sup> o, de forma más precisa, informar la interpretación y aplicación del régimen disciplinario del empleado público (artículo 52 *in fine* del Estatuto). Claro, es indudable que toda norma de conducta u obligación profesional cumple una función pedagógica y también preventiva pero, también, es cierto que la formalización de la regla no debe dejar lugar a dudas sobre su carácter preceptivo y correspondiente efecto sancionador, cuestión que el Estatuto no nos parece que resuelva o evidencie de la manera más correcta.

Por ello, resultan muy bien recibidas normas como la LDCL que como se reconoce en su Exposición de Motivos, desarrollan y mejoran la legislación básica, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del personal al servicio de la Administración y la efectiva realización de los derechos de los ciudadanos.

- Por tipificar únicamente las faltas muy graves y establecer someramente tres circunstancias para identificar las faltas graves que, junto a las leves, serán desarrolladas por el Estado y las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias.
- Por establecer un régimen sancionador necesitado de una mayor precisión que, en su caso, será también atendida por el Estado y las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias.

En síntesis, salvado el ya reconocido acierto que supone la Disposición Adicional Primera respecto a la extensión de los deberes y código de conducta de los artículos 52 y ss. del EBEP a todas las entidades del sector público estatal, autonómico y local no incluidas en el artículo 2 de dicha norma, el Estatuto provoca un efecto multiplicador de regímenes de responsabilidad. Sin duda alguna, pesó en el legislador sobre empleo público el condicionante que suponía la existencia de un cuerpo normativo autonómico sobre la materia.

Al centrar un poco más nuestros argumentos más allá del debate planteado, es posible destilar del conjunto del bloque normativo jurídico-administrativo los distintos tipos de responsabilidad que se pueden anudar a la falta de respeto al cuadro obligacional del empleado público. A saber:

5 *Vide* Exposición de Motivos del EBEP

- Responsabilidad Civil
- Responsabilidad Penal
- Responsabilidad Administrativa (disciplinaria).

Lógicamente no nos corresponde abordar la responsabilidad civil y penal de los empleados públicos, sin embargo, a partir de esta sintética clasificación debemos distinguir la responsabilidad penal en sentido estricto y la responsabilidad civil derivada del delito, de la responsabilidad patrimonial del empleado público por daños y perjuicios causados a los particulares o, en su caso, a la propia Administración.

En los dos primeros supuestos dicha responsabilidad será depurada de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente (artículo 146 de la Ley 30/92<sup>6</sup>) que carece de particularidad alguna.

En el segundo supuesto, pese a que la efectividad de la responsabilidad se exigirá directamente frente a la Administración, el empleado no se libera de la obligación de responder por el comportamiento del que trajo causa la exigencia de responsabilidad, compromiso que será exigido de oficio por la Administración correspondiente en vía de regreso (artículo 145 de la Ley 30/92).

Al circunscribir nuestro interés al ámbito de la responsabilidad administrativa, esto es, aquella que deriva directamente del incumplimiento de las reglas de actuación y procedimiento previstas en las normas administrativas, con especial atención a las normas reguladoras del procedimiento administrativo, podemos llegar a clasificar los principales deberes o pautas de comportamiento del empleado público cuya inobservancia conduce a la modalidad de responsabilidad que nos ocupa.

Evidentemente, el correcto proceder del empleado público se nuclea en torno al ya varias veces reiterado respeto y sujeción al principio de legalidad, actitud que al descender al haz obligacional de dicho personal supone genéricamente que éste ha de realizar las funciones que le han sido encomendadas, desempeñar dichas tareas en la forma normativamente determinada y de acuerdo a las instrucciones de sus superiores jerárquicos; exigencias especialmente atinadas si estamos ante actividades o funciones cuya validez se vincula a la disciplina de un procedimiento previo.

Por tanto, el propio contenido de la actividad o función y de las reglas procedimentales que la encauzan, definirán los deberes del cumplimiento.

Así las cosas, la conducta antijurídica, esto es, descuidar alguno de estos deberes o cualquier otro que sin estar citado expresamente la Administración, previamente habilitada en la norma que se trate, imponga al servidor será respondida para exigir la correspondiente responsabilidad. Por lo tanto, en ese punto puede apreciarse con mayor nitidez la validez de este sistema en el aseguramiento de la completa juridicidad de la actuación administrativa a través de su personal como parte del varillaje que sustenta el Estado de Derecho.

Reacción frente a la situación de abandono de las obligaciones legalmente

6 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

impuestas que en el caso personal del funcionario, vinculado a la Administración correspondiente mediante un vínculo de especial sujeción, se conduce a través del ejercicio de la potestad disciplinaria que guardada una íntima conexión con el resto de potestades sancionadoras de la Administración, constituye una institución correctiva interna que refuerza el contenido y cumplimiento de los deberes descritos y, por tanto, una mejor garantía de respeto al principio de legalidad.

Sobre estas consideraciones se aísla por un lado, la tipificación de las conductas infractoras en forma de faltas, graduadas en función de la conducta jurídicamente reprochable; y, por otro, la respuesta de la Administración frente al comportamiento ilícito en forma de sanción sujeta al imperio de la legalidad cristalizado, fundamentalmente, en los principios de reserva de ley, tipicidad, irretroactividad, *non bis in ídem* y proporcionalidad.

A la vista de todo lo expuesto y, a modo de conclusión, podemos ver de forma palmaria que las argumentaciones anteriores son las premisas desde las que se debe analizar el tradicional sometimiento del empleado público a una serie de parámetros y criterios que determinarán casi con exhaustividad su actitud y proceder profesional que en definitiva no es más que cristalizar en el desempeño profesional de la función encomendada el mero respeto al principio de legalidad como principio y obligación fundamental del proceder de la Administración y sus empleados.

## **2. EL PRINCIPIO DE LEALTAD A LA CONSTITUCIÓN COMO OBLIGACIÓN BÁSICA DE AUTORIDADES Y EMPLEADOS PÚBLICOS**

### **2.1. Consideraciones generales**

Resulta lógico, incluso desde diferentes puntos de vista, que autoridades y empleados públicos mantengan un compromiso activo con los valores y principios sobre los que se asienta el modelo constitucional representados en el propio Texto Fundamental y la norma institucional básica de la Comunidad Autónoma (Estatuto de Autonomía) en la que presta sus servicios. Así, sin perjuicio del mandato general previsto en el artículo 103.1 de la Constitución Española, se solicita por el EBEP tanto en el Código de Conducta (artículo 52) como en el primero de los principios de comportamiento que prevé (artículo 53.1).

Ello es la base de una cultura administrativa colectiva como pilar de una Administración de calidad, conciencia colectiva de autoridades y empleados públicos hoy difuminada, dispersa, habida cuenta de la varias veces citada proliferación de modalidades orgánicas, vías de acceso a la condición de empleado público, regímenes

retributivos y extensión de la contratación laboral<sup>7</sup>.

Salvado todo planteamiento respecto a la libertad ideológica del empleado público, que evidentemente se asegura como no podría ser de otra manera, sí debe tenerse en cuenta a la hora de interpretar y exigir estos deberes (por cuanto desde esta posición se plantea la propuesta de norma) que los empleados públicos no realizan una función representativa, sino ejecutiva manifestada en el desarrollo de sus actividades y funciones procedimentalizadas<sup>8</sup>.

Las funciones que desarrolla, el servidor y los medios, muchas veces privilegiados y extraordinarios, que el ordenamiento jurídico pone a su disposición, le imprimen una mayor consideración y lealtad al orden constitucional y, por tanto, respeto a sus símbolos e instituciones representativas. Lealtad o fidelidad al sistema que va más allá de su simple percepción pasiva como mero respeto en tanto existe una vinculación activa de este personal al modelo que le acoge y en el que presta sus servicios. Esto es, de acuerdo a las aportaciones realizadas por autores como Trayter Jiménez<sup>9</sup> a través del estudio de ordenamientos como el alemán, el desempeño de la función por todos los empleados públicos (con independencia de su vínculo o concreta condición) desde una dimensión constitucional debería exigir:

- Garantía de actuar en todo momento a favor del orden constitucional como requisito previo para el acceso.
- Establecimiento de una vinculación positiva con el orden constitucional; es decir, se articula como una obligación positiva que obliga al funcionario a apartarse de aquellos grupos o actuaciones que mancillen dicho orden y las instituciones que lo integran.
- Deber de cumplimiento en todo momento.

Separación del servicio en caso de incumplimiento (jurisprudencialmente, consciente, eficaz y positiva infidelidad a la Constitución).

En síntesis, el compromiso de acatamiento a la Constitución se considera, a la vez, como un requisito para la adquisición de la condición de funcionario público y un deber genérico de los mismos que estará presente en el desarrollo de su actividad que puede ser concretado en obligaciones más específicas. A saber:

- Adecuación a la legalidad en el ejercicio de sus funciones
- Deber de neutralidad e independencia política en el desarrollo de su labor

7 Resulta significativo que una organización como la OCDE reconozca en su análisis sobre el futuro de la modernización del Estado que en la tendencia a sustituir el sistema funcional por la contratación laboral que ella misma impulso durante veinte años de trabajo, se minusvaloraron las consecuencias de estas políticas y la complejidad de las mismas en el sector público. OECD: "Modernising Government. The way forward". Op. Cit.

8 Vide STC 74/1991 sobre denegación de la adquisición de la condición de Senador por no utilizar la fórmula pertinente de acatamiento a la Constitución.

9 Rayter Jiménez, J.M.: "Manual de Derecho disciplinario de los funcionarios públicos". Madrid. Editorial Marcial Pons. 1992. Pp. 231 y ss.

- Respeto a la dignidad de la Administración
- Respeto del principio de igualdad y no discriminación
- Respeto a los particulares en el ejercicio de sus derechos y libertades públicas
- Obligaciones que se procede a su estudio más detenido.

## **2.2. Adecuación a la legalidad en el ejercicio de sus funciones**

Sin ninguna duda y fuera de todo debate, el principio de lealtad a la Constitución conlleva un inexcusable compromiso con la legalidad a través del mandato fundamental del artículo 103 de la Constitución Española<sup>10</sup> (en adelante CE). Consecuentemente, procede recordar en este momento que el empleado público debe actuar de conformidad con el ordenamiento jurídico y aplicar las normas y procedimientos establecidos en el correspondiente bloque normativo que regula la función pública que se trate.

Conformidad a Derecho propia del rendimiento del principio de legalidad respecto al que, según Sánchez Morón<sup>11</sup> con apoyo en la jurisprudencia sobre la materia, es posible distinguir dos dimensiones de impacto en el desempeño de la función pública.

Una dimensión material, que supone la necesidad de no infringir la normativa que resulte de aplicación.

Una dimensión o vertiente formal que exige de la Administración y, por tanto, de sus agentes, empleados públicos, que toda actuación tenga su cobertura en una norma con rango de ley (habilitación previa).

En otras palabras, desde una perspectiva más amplia y constitucionalmente relevante, con el actuar de los empleados públicos conforme a la legalidad se verifica el fundamento básico de un auténtico Estado Social y Democrático de Derecho y recordar además que, como regla general, se encuentran en una posición jurídica que difiere del resto de los ciudadanos, de la que derivan deberes especiales para con la Administración y para con los administrados ligados a la autoridad de la que están

---

10 Tal y como afirma Sánchez Goyanes, *la sujeción de los poderes públicos al imperio de la Ley es una condición indispensable. Su ausencia provocaría un régimen de arbitrariedad. Precisamente, el gran valor del Estado de Derecho, como conquista histórica de la persona frente al absolutismo de los primeros tiempos, radica en esa sujeción de los poderes públicos, que impide, de alguna manera, la sistemática vulneración de la seguridad individual de los ciudadanos. La aplicación de este principio afecta, particularmente, al Gobierno y a la Administración, ya que de su funcionamiento depende directamente la vida de los ciudadanos, cada vez más, puesto que la nota característica del Estado de nuestro tiempo es la hegemonía del Poder Ejecutivo frente a los restantes*. Sánchez Goyanes, E.: *“Constitución Española comentada”*. Madrid. Editorial Paraninfo. 21ª edición, 1998. P. 55.

11 Sánchez Morón, M.: *“Legalidad y sometimiento a la Ley y al Derecho”*. En la obra dirigida por Santamaría Pastor, J.a.: *“Los principios jurídicos del Derecho Administrativo”*. Madrid. Editorial La Ley. 2010. P. 57

investidos y a una mayor exigibilidad de rigor<sup>12</sup>.

Especialmente atinado resulta exigir que cualquier decisión que afecte a los ciudadanos esté fundamentada por el ordenamiento jurídico, cumpla su contenido con la legalidad y suponga, por tanto, la exclusión de cualquier modalidad de abuso de poder o arbitrariedad proscrita por nuestra Constitución en su artículo 9.3. Y así lo establece el artículo 52 del EBEP y lo confirma el 53.1 de la misma norma.

En esta línea se pronuncia de manera muy lograda la Sala de lo Civil y Penal del TSJ Madrid en su Sentencia de 13 de enero de 2011<sup>13</sup> al indicar en un supuesto de prevaricación la necesidad de que todos los servidores públicos acaten las decisiones soberanas que hayan adoptado los representantes legítimos del pueblo español a través del ejercicio de la potestad legislativa. Añade la existencia de un

deber de preservar con todo rigor el orden jurídico en su consideración jurídica, tal como haya emanado del poder legislativo y sin que, por tanto, sean en absoluto tolerables aquellas desviaciones del mandato legal que cada sujeto (servidor público), suponiendo que su criterio personal es más fundado que el del legislador, considere en un determinado supuesto específico que puede servir con superior eficacia que la dispensada por la norma general al logro de los intereses públicos en juego.

En términos disciplinarios, el reflejo de este compromiso del empleado público con la legalidad se advierte en la tipificación como falta muy grave la *adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos* (artículo 95.d) del EBEP).

Puede apreciarse, y sin perjuicio de tipos más específicos contenidos en el Título XIX del Código Penal relativo a los delitos contra la Administración Pública<sup>14</sup>, el tipo

12 Buen ejemplo de ello puede contemplarse en la STC 142/2009 de 15 de junio, en la que se produce la denegación de amparo a dos policías locales que fueron sancionados por faltar a la verdad en un procedimiento de información reservada para esclarecer los hechos denunciados por un ciudadano.

13 Sentencia que aborda la prevaricación cometida por los 14 concejales que votaron favorablemente, en Pleno municipal, la aprobación de un proyecto de convenio urbanístico ilegal.

14 Abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos (Arts. 407 al 409), Desobediencia y denegación de auxilio (Arts. 410 al 412); infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos (Arts. 413 al 418); cohecho (Arts. 419 al 427); tráfico de influencias (Arts. 428 al 431); malversación (Arts. 432 al 435); fraudes y exacciones ilegales (arts. 436 al 438); negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función (Arts. 439 al 444); delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales (Art. 445).

Obviamente, además de estos delitos, el empleado público puede verificar otros tipos penales como por ejemplo sucede con la falsificación de documentos oficiales cuyas consecuencias pueden ser muy severas tal y como puede apreciarse en la SAP de La Coruña de 29 de junio de 2009 por la que se condena a un Catedrático de Universidad como autor responsable de un delito continuado de falsedad en documento oficial cometido por funcionario público en ejercicio de sus funciones en concurso medial con un delito continuado de estafa, a la pena de 5 años y 3 meses de prisión,

infractor de naturaleza administrativa resulta muy próximo al de la prevaricación, si bien, como ha señalado la doctrina jurisprudencial sobre la materia, la intervención del Derecho Penal requiere algo más que una mera ilegalidad de tal manera que no son identificables los conceptos de nulidad y prevaricación.

Pero, en cualquiera de los dos campos en los que nos situemos, administrativo o penal, la finalidad que se pretende es el correcto funcionamiento de la Administración pública, en cuanto que ha de estar dirigida a satisfacer los intereses generales de los ciudadanos, con pleno sometimiento a la ley y al Derecho, de tal modo que se logre la exigencia constitucional, plasmada en los artículos 9 y 103 CE, de garantizar los principios de legalidad, seguridad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Avanzado un poco más en los razonamientos expuestos, esta percepción del deber de adecuación a la legalidad en el desarrollo de una función pública que, como se ha dicho, tiene encaje técnico en el genérico deber que el artículo 103 de la Constitución impone a la Administración y, por tanto, a sus servidores, puede tener una lectura más compleja si nos detenemos ante dos posibles reflexiones.

En primer lugar, al valorar y enfrentándonos a las críticas que recibe el tipo de Administración Pública (en palabras de López Benítez<sup>15</sup>) que está meramente atenta al cumplimiento formal de la legalidad. Claro, esta crítica a un comportamiento mecanicista, asentado de manera exclusiva en el precepto legal supone censurar el proceder de los empleados que integran este modelo de Administración pues es, a través de ellos, como se desarrolla su actuación.

Desde nuestra posición, no creemos que los postulados expuestos con anterioridad en los que enfáticamente se reclama la plena vigencia del principio de legalidad conduzcan a un formal y mecanicista cumplimiento de la normativa que acaba por provocar una situación estática alejada del dinamismo que caracteriza la realidad social a través de las mutables necesidades y expectativas de los ciudadanos. Y ello, por una razón muy sencilla: precisamente el principio de legalidad proscribió ese mecanicismo y solicita tener presente en el proceder de las Administraciones Públicas la inspiración en principios de corte “espiritualista” que han de esmaltar las reglas y técnicas que reglan la actividad administrativa. Es más, el propio empleado público, en su entorno de legalidad dispone de margen para, precisamente, evitar caer en lo que algún sector de la doctrina ha calificado como concepción técnica del principio

---

inhabilitación especial para empleo o cargo público por cinco años, multa de diecinueve meses y quince días con cuota diaria de 12 euros, pago de las costas procesales y responsabilidad civil frente a la Universidad en la que prestaba sus servicios. Y ello por el aprovechamiento de la confianza generada por su cargo y por su condición de director del centro de gasto de un máster universitario organizado por su Departamento, para pasar al cobro a la Universidad justificantes de gastos con cantidades manipuladas o ficticias, a través de la inserción de guarismos en los recibos de Correos y de taxis que determinaban un aumento de la cuantía, superior al gasto real.

15 López Benítez, M.: *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*. Madrid. Universidad de Córdoba y Editorial Civitas. 1994. P. 113.

de juridicidad formal<sup>16</sup>, al deber rehuir que sus actuaciones por más que resulten ajustadas a la legalidad no alcancen a otorgar una respuesta idónea, ecuaníme y satisfactoria a las ya referidas necesidades y expectativas de los ciudadanos cuya atención es el elemento caracterizador de la Administración Pública.

La confianza legítima, la buena fe, la ecuanimidad, la iniciativa para remover obstáculos que impidan o dificulten el ejercicio de derechos, la propia concreción en el ámbito público de los principios de eficacia y eficiencia y la proximidad, entre otros, son pautas conocidas en el bloque jurídico-administrativo y que, en primer plano, modulan y controlan<sup>17</sup> la aplicación del principio de legalidad en el margen que éste habilita para que de manera real y efectiva podamos estar en un entorno de auténtica y real buena administración. Ese es el obligado compromiso de la Administración y sus empleados con el principio de legalidad y no otro<sup>18</sup>.

En segundo lugar, nos ubicamos en la posición del empleado público que, precisamente, por fomentar esa legalidad y los valores sobre los que se sostiene puede verse afectado por algún tipo de exigencia de responsabilidad.

El caso más habitual de esta contradicción del propio marco legal puede encontrarse en la difusión o publicidad por un empleado público de conductas ilegales o prácticas incorrectas, a cuyo conocimiento se accede por el ejercicio de la función pública que se desarrolla (información interna) que incluso puede tener un carácter confidencial.

Pues bien, abierta la depuración de las oportunas responsabilidades por los hechos que se difunden por el empleado público, la STEDH de 12 de febrero de 2008 (asunto Guja contra Moldavia<sup>19</sup>), ha analizado la cuestión desde el ejercicio del derecho a la

16 *Vide* Bayod, R.: “Estado de Derecho y Poder Político”. Madrid. Grefol. 1987. P. 18. Según cita de Gómez Méndez, A. Y Gómez Pavajeau, C.a.: “Delitos contra la Administración Pública”. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 3ª edición, 2008. P. 40.

17 Por ejemplo, respecto a la actividad discrecional de la Administración.

18 En relación a este tema y en concreto sobre el papel de un principio como el de la equidad en el Derecho Administrativo y su aplicación pueden consultarse los trabajos de RIVERO YSERN y FERNANDO PABLO, M: “Principio de equidad” y Urbano Castrillo, E: “El principio de equidad”, ambos en la obra dirigida por Santamaría Pastor, J.a. : “Los principios jurídicos del Derecho Administrativo”. Madrid. Editorial La Ley. 2010. Pp. 231 a 248 y 248 a 271, respectivamente.

19 El supuesto de hecho del que parte la sentencia, es el cese en la condición de funcionario público de un ciudadano moldavo que divulga documentos que comprometían a un alto cargo del Estado. Sobre esta sentencia, puede consultarse el extenso trabajo de Díez Herrero, L.: “Los derechos a la libertad de expresión e información en el marco del ejercicio de funciones públicas: comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de febrero de 2008 (asunto Guja contra Moldavia)”. ASAMBLEA. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid. No.18, junio de 2008. Pp. 311 a 330. Igualmente, distanciándose un poco de la cuestión de hecho planteada pero con igual sentido respecto a la prevalencia del derecho a la libertad de información de cargos públicos, puede apreciarse la SAN de 17 de julio de 2008 relativa a la anulación de la sanción impuesta a un Ayuntamiento por la difusión de la identidad de varias personas que con la interposición de recursos favorecían la saturación en las oficinas municipales. Prevalencia del derecho a la libertad de información.

libertad de expresión del empleado público para difundir información que, siendo cierta, resulta necesaria para una sociedad democrática. Interpretación que relativiza alguno de los deberes del empleado público y que, en cualquier caso, resulta acorde y muy beneficiosa para la fortaleza de un Estado Democrático y de Derecho.

## **2.3. Objetividad en el desempeño de la función**

### **2.3.1. Deber de neutralidad e independencia política en el desempeño de sus funciones**

Puede integrarse en los artículos 52 y 53.2, 5 y 11 del EBEP, el análisis de esta obligación como regla que marca el comportamiento del empleado público y puede ser enfocado desde dos puntos de vista o perspectivas en función del sujeto afectado.

En primer lugar, cabe apreciar el deber de neutralidad e independencia desde el perjuicio o agravio comparativo al ciudadano. Desde esta perspectiva, el empleado público deberá abstenerse de cualquier proceder arbitrario o interesado que, por motivos políticos o de cualquier otro tipo<sup>20</sup>, irrelevante para el interés general, afecte o pueda afectar de manera negativa a cualquier ciudadano o, por el contrario, suponga un trato de favor.

No es posible admitir ningún tipo de conducta pública ascendida o guiada por intereses personales, familiares o por presiones políticas en la línea de la racionalidad burocrática que ya proclamara WEBER<sup>21</sup> al entender al empleado público como un individuo funcional y objetivo, despojado de toda subjetividad en sus tareas.

No obstante lo expuesto, habría que matizar las afirmaciones expuestas en lo tocante a la burocracia política ya que su proceder, pese a estar sujeto a la legalidad, se informa de los valores políticos de su programa de partido que concreta, desde su visión y entendimiento de la realidad, las líneas de actuación administrativa.

Esta perspectiva nos sitúa ante el fenómeno del *lobbying* o la intermediación de

20 Puede pensarse en los motivos de índole religioso que pueden llegar a influir el proceder de un empleado público mediatizando el ejercicio de sus funciones. Salvando la distancia que supone referirnos al Poder Judicial, puede contemplarse como ejemplo de lo expuesto la STS de 16 de noviembre de 2009. Ponente Murillo de la Cueva, Pablo Lucas (LA LEY 226730/2009) por la que debido a motivos formales, se anula de la sanción impuesta a un magistrado que incluyó en dos sentencias diversos consejos religiosos. Así en la dictada en un juicio de faltas de injurias y lesiones, invita a las partes, matrimonio separado, a acudir a la Iglesia para reconciliarse culpando de su ruptura al maligno. En otra, que confirma la absolución de un hombre al que su ex mujer acusó de amenazas y vejaciones, invita a los contendientes en beneficio propio y de sus hijos a que intenten la reconciliación, mediante el perdón mutuo, objetivo que dice sólo alcanzable si ponen en medio la fuerza de Jesucristo.

21 WEBER, M.: *¿Qué es la burocracia?* Traducción de Rufino Arar. Editorial Leviatán. Buenos Aires, 1985.

grupos<sup>22</sup> que tienen como objetivo proporcionar información a la Institución ante la que comparecen para que comprenda y conozca a las entidades que representan e influir en la concreta actuación pública que les afecta, y conseguir un tratamiento favorable o limitar los posibles efectos desfavorables<sup>23</sup>. Proceder que según el *Libro Verde* sobre la “Iniciativa europea en favor de la Transparencia”<sup>24</sup> se considera una parte legítima del sistema democrático por cuanto se entiende que las pretensiones del grupo de presión no interfieren ilícitamente o, al menos, no deben hacerlo, en la toma de decisiones públicas.

Se trata de un equilibrio, sin duda, de mantenimiento complejo en el que la línea entre la “interferencia” lícita y el posicionamiento parcial del empleado público por influencia de medios ilícitos es muy delgada, que requiere una buena dosis de correcta normativa reguladora y un alto concepto de interés general en quien ha de tomar la futura decisión.

En otras palabras, diferenciar el inadmisibles proceder de un empleado público que, aprovechándose de su posición o de sus relaciones en el ámbito de la Administración, influya o intenta influir en una autoridad para lograr un beneficio para sí o para otro de naturaleza o ventaja esencialmente económica<sup>25</sup>, del mismo proceder pero con

22 Consultorías especializadas en asuntos públicos, despachos de abogados, ONG, grupos de reflexión, asociaciones profesionales, grupos empresariales y colectivos vecinales entre otros.

23 Sobre esta cuestión puede consultarse el trabajo de Díaz-Maroto y Villarejo, J.: “*Sobre la práctica del lobby y los delitos de tráfico de influencias*”. Diario La Ley, N° 7286, Sección Doctrina, 18 Nov. 2009.

24 Libro Verde de 3 de mayo de 2006 - Iniciativa europea en favor de la transparencia [COM (2006) 194 final - Diario Oficial C 151 de 29.6.2006].

25 Recordemos que el Código Penal español tipifica como delito el tráfico de influencia (artículo 428) tomando como elemento constitutivo del tipo la obtención de un beneficio económico a través de la prevalencia del cargo. A saber: *El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a un año, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior.* Por su parte la jurisprudencia ha interpretado la verificación del tipo penal descrito en el sentido de exigir la existencia de una actuación dolosa de superioridad, prevalimiento o abuso que ha de quedar perfectamente acreditada, pues no basta el mero beneficio particular. Así, por ejemplo, se pronuncia la STSJ Andalucía, Sala de lo Civil y Penal, de 9 de julio de 2009 por la que se estima el recurso contra la sentencia de condena del Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Granada y absuelve a la apelante de un delito de tráfico de influencias, asesora de Alcalde y sobrina de éste. Para la Sala, como se ha apuntado, el delito se configura como una actuación dolosa de superioridad, prevalimiento o abuso que ha de quedar perfectamente acreditada. No concurre en el caso, al aludir únicamente los hechos probados a que la acusada se limitó a proponer al Consistorio, no a presionar ni a prevalerse de su cargo, la contratación de empresa de su propiedad para la prestación de determinados servicios. Según el Tribunal, no basta el beneficio económico entre el particular y el funcionario con el que se relaciona sino la

una finalidad de beneficio o rédito en términos políticos, no es tarea precisamente sencilla.

En segundo lugar, la neutralidad e independencia política del empleado público cabe también apreciarla en la preservación de valores y principios consustanciales a la organización administrativa como son la sujeción jerárquica y el principio de unidad interna de la Administración. Es muy cierto que este planteamiento pudiera entenderse como contrario a los derechos civiles o políticos del empleado público pero no debe llegarse a esa conclusión habida cuenta que se está en el campo del desempeño de la función pública que se trate, muy alejado (o, al menos, completamente diferenciado) del ámbito ajeno al servicio en el que el empleado público puede desarrollar, pública o privadamente, los posicionamientos o comportamientos políticos que, en el marco de la legalidad, entienda oportunos.

En otras palabras, la Administración por su posición institucional y la propia supraordenación jurídica respecto al resto de ciudadanos no puede entrar en formas indeseables de debate partidista<sup>26</sup> de la mano de sus empleados públicos, ya de por sí

---

acreditación de una presión, fuerza moral, o estrategia para afectar la imparcialidad y su libertad de decisión.

- 26 Tal y como indican la STS de 11 de junio de 2007 y STS, Sala Quinta, de lo Militar, Sentencia de 14 de septiembre de 2009 en relación a la confirmación de la sanción impuesta a un miembro de las Fuerzas Armadas por las críticas efectuadas hacia sus superiores por la retirada de la estatua del General Franco de la Academia General Militar. De manera más específica, la citada sentencia aborda la necesaria neutralidad del empleado público desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión que si bien recibe limitaciones en cualquier ciudadano, éstas crecen en el caso de los empleados públicos y mucho más aún si éstos se encuentran prestando sus servicios en el ámbito castrense. Así, el Tribunal de instancia razona sobre la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, a propósito de la extensión y límites del ejercicio de dicho derecho esencial por parte de los militares, en el sentido de que el derecho a la libre manifestación y por cualquier medio de pensamientos, ideas y opiniones, corresponde también a los militares si bien que con las limitaciones generales aplicable a todos los ciudadanos que se derivan de lo dispuesto en el art. 20.4 CE., más las específicas propias previstas para el ámbito castrense en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, en el Código Penal Militar y en su Régimen Disciplinario, en la medida en que resultan necesarias para preservar los valores y principios consustanciales a la organización militar, es decir, la disciplina, la subordinación jerárquica, la unidad y la cohesión interna que resulta preciso salvaguardar para garantizar la funcionalidad de los Ejércitos y el cumplimiento de las misiones que constitucional y legalmente tienen confiadas (arts. 8.1 CE; 15.1 LO. de Defensa Nacional; 10 RROO para las FAS de 1978 y 4 RROO. de 2009). Así se ha declarado de modo invariable con objeto de mantener la disciplina esencial en las FAS y en los institutos armados de naturaleza militar (arts. 28 y 29 CE.), y asimismo para proteger el deber de neutralidad política de los militares, pero siempre que no reduzcan a sus miembros al puro y simple silencio. La anterior doctrina es la que sostiene el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el art. 10 del Convenio de 04.11.1950, y en particular su apartado 2º en el sentido de que la libertad de expresión podrá ser sometida a ciertas restricciones que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública. En la STEDH. 08.06.1976, caso “Engel y otros”, tras sostener que la libertad de expresión garantizada por el Convenio es aplicable a los militares, se dice que “el funcionamiento eficaz de un ejército difícilmente se concibe sin

marcados a nivel de burocracia política y por tanto en la línea de altos cargos de la Administración, por la afiliación o proximidad al partido político de turno. Si ello no fuera así, no cabría identificar a los empleados públicos como agentes que apoyan la toma de decisiones a la burocracia política democráticamente elegida y que, en sentido weberiano, poseen el conocimiento experto sobre la organización, sus medios y el régimen jurídico de aplicación<sup>27</sup>.

De manera natural, a la exigencia normativa de neutralidad e independencia política se contraponen el derecho al cargo del empleado público y especialmente del funcionario de carrera, en la actualidad sujeto a un fuerte debate que debe hacernos recordar a modo de síntesis, como muy bien indica Castillo Blanco, que el reconocimiento responde a la garantía de la imparcialidad en el cumplimiento de las funciones del funcionario de carrera (burocracia técnica) a fin de garantizar la objetividad de la actuación administrativa que se deriva del estatuto constitucional de

---

reglas jurídicas destinadas a impedir que sea minada la disciplina militar, en particular mediante escritos". Doctrina que se reitera en SS. 25.03.1985, caso "Barthol" y 25.11.1997, caso "Grigoriades c. Grecia", y se actualiza en la de fecha 20.05.2003. A mayor abundamiento, la Sala recuerda que el Tribunal Constitucional que desde sus sentencias. 21/1981, de 15 de junio, y las posteriores 97/1985, de 29 de julio; 69/1989, de 20 de abril; 371/1993, de 13 de diciembre; 270/1994, de 17 de octubre; 288/1994, de 27 de octubre y 102/2001, de 23 de abril, sostiene que el legislador puede legítimamente imponer límites específicos al ejercicio de la libertad de expresión de los miembros de las FAS, siempre y cuando esos límites respondan a los principios primordiales y a los criterios esenciales de organización de la institución militar, que garanticen no solo la necesaria disciplina y sujeción jerárquica, sino también el principio de unidad interna que excluye manifestaciones de opinión que pudieran introducir formas indeseables de debate partidista dentro de las FAS, o, en términos de la STC. 97/1985, discusiones y contiendas dentro de las FAS, las cuales necesitan imperiosamente para el logro de los altos fines que el art. 8.1 CE les asigna, una especial e idónea configuración (STC. 371/1993 y Auto TC. 375/1983, de 30 de julio; y nuestras Sentencias 01.07.2002 y 23.03.2005).

En suma, para el Tribunal Supremo los miembros de las FAS están sometidos a un Estatuto jurídico singular que da lugar a una relación de sujeción especial, voluntariamente asumida por las personas que integran la organización castrense (STEDH. 10.07.1997, caso "Kalac c. Turquía), de que forman parte restricciones al ejercicio de determinados derechos fundamentales, cuya justificación se encuentra en el interés de preservar aquellos valores y principios que se consideran indispensables para que los Ejércitos cumplan las misiones que tienen asignadas, por lo que el sacrificio que representan aquellas limitaciones está en función del logro de estos fines, lo que requerirá de un juicio de ponderación razonable en cada caso.

27 *Vide* Arenilla Sáez: M.: "La reforma administrativa desde el ciudadano". Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública. 2003. Pp. 178 y ss.

Para este autor, el apoyo de la burocracia técnica de la Administración en la toma de decisiones correctas frente a los ciudadanos, *se cifra especialmente en el conocimiento de los medios del aparato público y que tienen que poner a disposición de los dirigentes políticos, lo que es especialmente importante en la fase de complementación de una política pública. Los funcionarios no son buenos en representación política pero toman decisiones políticas, no sólo con los políticos, sino en la implementación de las decisiones y aun en su ejecución.*

la Administración pública<sup>28</sup>. Afirmación que se alinea con los argumentos expuestos líneas atrás y que recibe su respaldo normativo en la propia Exposición de Motivos del EBEP al indicar que *el más específico derecho de los funcionarios de carrera a la inamovilidad es su condición, que no debe contemplarse como un privilegio corporativo sino como la garantía más importante de su imparcialidad*.

Todo ello, a modo de cierre, nos lleva a confirmar las acertadas palabras de Heredero<sup>29</sup> al afirmar que

sea o no beneficioso para los funcionarios públicos la inamovilidad, rechazamos de pleno la calificación de la misma como privilegio, toda vez que como se ha indicado en estos renglones, es la propia Constitución Española la que opta por una Administración neutral, a través de unos servidores profesionalizados con un régimen estatutario que acceden al mismo a través de sistemas basados en el mérito y la capacidad, y que mantienen como línea de actuación esencial la objetividad y el respeto al ordenamiento jurídico vigente.

### 2.3.2. Cumplimiento del régimen de incompatibilidades y de actuación imparcial en el desempeño de la función.

Al acudir al régimen general sobre la materia dispuesto, esencialmente, por los artículos 52, 53.2, 5, 6, y 7, y 54.6 del EBEP y la Ley de Incompatibilidades del Personal al servicio de las Administraciones Públicas<sup>30</sup> (en adelante LIPSAP) el empleado público está obligado al cumplimiento de las normas sobre incompatibilidades en el desempeño de cualquier actividad pública o privada, salvo las exceptuadas en la legislación sobre las mismas, y ello en un marco de proceder imparcial.

Según la doctrina jurisprudencial sobre la materia, el fundamento de la incompatibilidad no es unívoco; resulta evidente el componente ético en la materia que nos ocupa, y que abarca distintas manifestaciones, desde la honestidad profesional o relación de lealtad del funcionario, hasta la de conseguir la dedicación de sus titulares y la moralidad e imparcialidad de estos para evitar el conflicto de intereses<sup>31</sup> y, por qué

28 Castillo Blanco, F. *“Los derechos individuales de los empleados públicos”*, en Sánchez Morón, Miguel (Director): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*. Valladolid. Editorial Lex Nova, 2007. P. 139.

29 Heredero Ortiz de La Tabla: *“La culpabilidad del empleado público frente a la crisis: la inamovilidad”*. Diario La Ley, N° 7484, Sección Tribuna, 7 Oct. 2010, Año XXXI, Editorial La Ley.

30 Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas

31 Sobre el conflicto de intereses resulta palmaria la noción aportada por la OCDE al afirmar que representa un conflicto entre el deber público y los intereses privados de un empleado, cuando el empleado tiene a título particular intereses que podrían influir indebidamente en la forma correcta de ejercicio de sus funciones y responsabilidades oficiales. OCDE: *“La Gestión de los Conflictos de Interés en el Servicio Público”*. Traducción de Martínez Bargueño, M. Madrid. INAP Ministerio de Administraciones Públicas, 2004. P. 8

no decirlo, la concurrencia desleal. Este espectro de manifestaciones es cubierto por el EBEP que sin referirse expresamente al régimen de incompatibilidades salvo para anudar a su incumplimiento la correspondiente sanción (artículo 95.2.n), prevé una serie de reglas de comportamiento e interdicción que redundan en las ideas expuestas sobre los fundamentos de la incompatibilidad pero también de la imparcialidad para hacer especial hincapié en el conflicto de intereses tanto por el ejercicio de una actividad privada como por la posibilidad que determinados vínculos o actos puedan mediatizar el normal y objetivo ejercicio de sus funciones públicas. A saber:

Abstención en aquellos asuntos en los que tengan un interés personal, así como de toda actividad privada o interés que pueda suponer un riesgo de plantear conflictos de intereses con su puesto público (artículo 53.2.5 EBEP). Y es que, el conflicto de intereses puede considerarse la antesala de la corrupción entendida como *un ataque pluriofensivo a valores y bienes jurídicos esenciales en el Estado democrático de Derecho que deben preservarse mediante su protección penal. Están constituidos tanto por el prestigio de la Administración ante los administrados, como por el deber de la Administración de servir «con objetividad los intereses generales» según exigencia del art. 103.1 de la Constitución, que se traduce en un deber de neutralidad, probidad e imparcialidad de todos aquellos que participan en las funciones públicas y en el deber de prestación eficaz del servicio público*<sup>32</sup>.

Puede afirmarse que, en la actualidad, una debilidad en la Administración Pública española e incluso global se detecta en el ámbito del conflicto de intereses de los gestores públicos, especialmente en el ámbito de la burocracia política<sup>33</sup>, pese

32 *Instrucción 1/1996, de 15 de enero, sobre competencias y organización de la Fiscalía especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción. Debe igualmente tenerse en consideración la Instrucción 4/2006 sobre atribuciones y organización de la Fiscalía especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción y sobre la actuación de los fiscales especialistas en delincuencia organizada*

33 De acuerdo a GARCÍA MEXÍA y tomando como referencia la Administración General del Estado, podemos apreciar cómo el contenido del régimen jurídico de las incompatibilidades de la burocracia política en España se sitúa en un nivel medio alto de rigurosidad. Sucintamente:

- *Dedicación exclusiva.* La condición de miembro del Gobierno o alto cargo de la Administración es incompatible con cualesquiera otras actividades públicas y privadas, con excepción de aquellas declaradas expresamente compatibles.

- *Deber de abstención.* El miembro del Gobierno o alto cargo habrá de abstenerse de intervenir en procedimientos que afecten a empresas en que tuvieren un interés directo ellos mismos o algunos de sus familiares.

- *Disposición de vigencia posterior.* Durante un período de dos años inmediatamente posteriores a su cese como tales, los miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración General del Estado no podrán desempeñar actividades privadas relacionadas con expedientes sobre los que hubieren dictado resolución en el ejercicio de su cargo, ni celebrar determinados contratos con las Administraciones Públicas.

- *Deber de declaración.* Los miembros del Gobierno y altos cargos formularán declaración de incompatibilidades y de actividades que les proporcionen o puedan proporcionar ingresos económicos; esta declaración se inscribirá en el denominado «Registro de Actividades», que

a las no pocas declaraciones de buenas intenciones respecto al tema y los esfuerzos concretos de garantizar un sistema inmune a la influencia de intereses espurios en la toma de decisiones públicas.

- Prohibición de contraer obligaciones económicas ni intervenir en operaciones financieras, obligaciones patrimoniales o negocios jurídicos con personas o entidades cuando pueda suponer un conflicto de intereses con las obligaciones de su puesto público (artículo 53.2.6 EBEP).
- Prohibición de aceptar ningún trato de favor o situación que implique privilegio o ventaja injustificada, por parte de personas físicas o entidades privadas (artículo 53.2.7 EBEP).
- Deber de rechazar cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía, sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal (artículo 54.6 EBEP)

En definitiva, parece que la idea que subyace recupera la posición tradicional de doctrina y jurisprudencia sobre la materia de preservar la necesaria objetividad e imparcialidad de dicho personal (que pueden quedar comprometidas con el desempeño de actividades relacionadas con la función) y asegurar la plena dedicación del empleado a la función pública encomendada<sup>34</sup>. Se perfila así, un bien jurídico

---

tendrá carácter público. Asimismo, formularán declaración sobre sus bienes patrimoniales, que se inscribirá en el denominado «Registro de Bienes», al que sólo podrán acceder las Cortes Generales, los órganos judiciales, el Ministerio Fiscal y el Defensor del Pueblo.

- *Gestión de los Registros*. Se encomienda a la Inspección General de Servicios de la Administración Pública, organismo dependiente (con rango de Dirección general) del Ministerio para las Administraciones Públicas.

- *Infracciones y sanciones*. Las principales potestades al respecto (las de incoación del procedimiento sancionador e imposición de la sanción) corresponden, según los casos, al Consejo de Ministros o al Ministro para las Administraciones Públicas.

GARCÍA MEXÍA, P.: “*El régimen jurídico de las incompatibilidades de los cargos políticos en el ordenamiento español*”. Diario La Ley, Sección Doctrina, 1996, Ref. D-156, tomo 2, Editorial LA LEY.

A la vista de este régimen, la pregunta que inmediatamente surge es el porqué de un sistema que no acaba de fraguar expresado en un debate continuo, cuando no en sorprendentes o incluso escandalosos casos de flagrante incompatibilidad o conflicto de intereses que, sin llegar a ser una práctica abiertamente corrupta suponen un quebranto a la referida normativa y la confianza que esta debería generar en el actuar público. Resulta muy significativa la consideración que hace la Sala de lo Civil y Penal del TSJ Madrid en su sentencia de 13 enero de 2011 al hilo de un supuesto de prevaricación, reconociendo una realidad jurídico-política bastante asumida y extendida:

Resulta patente, incluso, que el legislador, sin duda inducido y hasta quizá alarmado por los graves escándalos acaecidos durante las últimas décadas, con llamativa notoriedad y con tan frecuente e intensa indignación popular como sensación de impotencia ante los desmanes de algunos de nuestros servidores públicos, ha adoptado una línea de evidente severidad a la hora de establecer de modo imperativo los requisitos que forzosamente han de concurrir para que la práctica de tales operaciones pueda reputarse legítima.

34 *Vide* STS Sala Quinta, de 2 de junio de 2010. Ponente: Calderón Cerezo, Ángel (la Ley 76265/2010) relativa a la Sanción de suspensión de empleo por desempeño de actividad privada incompatible, consistente en asesoramiento técnico a varias empresas existiendo relación directa entre el asesoramiento realizado y las funciones propias del cargo y destino del servidor público.

como es el correcto funcionamiento de la función pública que en los casos de mayor gravedad en su lesión va a poder recibir la protección del Derecho Penal a través, esencialmente, del tipo contemplado en el artículo el artículo 441 del Código Penal que, como ha señalado la jurisprudencia<sup>35</sup>, considera reos del delito de negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos, a la autoridad o funcionario público que, fuera de los casos admitidos por las Leyes o Reglamentos, realizare, por sí o por persona interpuesta, una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, en asunto en que debe intervenir o haya intervenido por razón de su cargo, o en los que se tramiten, informen o resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa. En este sentido, ha confirmado la citada jurisprudencia, al estudiar esta figura jurídica, la doctrina destaca, aparte de que se trata de un delito especial propio (por cuanto el sujeto activo del mismo sólo puede ser una persona que sea autoridad o funcionario público), que estamos ante un delito de mera actividad (ya que no requiere para su comisión la producción de un determinado resultado), ni demanda un especial elemento subjetivo (de modo que basta el denominado dolo de autor), cuyo bien jurídico protegido lo constituye el correcto funcionamiento de la función pública, conforme a las exigencias constitucionales (artículos 9.1 y 103 C.E), con respeto de los principios de objetividad, imparcialidad, igualdad e incorruptibilidad.

Centrándonos de manera más específica en el régimen de incompatibilidades y su directo nexo con la idea de imparcialidad, ya tempranamente el Tribunal Supremo afirmaba con acierto que la legislación de incompatibilidades tiene como finalidad evitar la existencia de contactos o áreas de actividades coincidentes que puedan dar lugar a que los medios y facultades concedidas a los funcionarios por razón de su cargo puedan ser utilizadas en provecho particular y pueden venir en perjuicio del interés público, o por lo menos, del prestigio que por su independencia debe rodear al funcionario. A mayor abundamiento, puede afirmarse que las incompatibilidades sirven para reforzar la credibilidad en las personas que desempeñan funciones públicas lo que permite de sus actuaciones predicar la presunción de objetividad e imparcialidad. La imparcialidad, en suma, es la regla matriz determinante de las incompatibilidades. Su finalidad es la de garantizar la separación de funciones o transparencia en la correspondiente gestión, la imparcialidad del órgano en cuestión y la de eliminar situaciones reales de pérdida de la neutralidad debida en la función.

Imparcialidad en el desempeño de la función que traslada una imagen pública de credibilidad que resulta fundamental en la acción administrativa, de ahí que puedan identificarse como fines de un régimen de incompatibilidades de los empleados

35 SAP La Rioja, de 7 de junio de 2010. Ponente: Díaz Roldán, José Luis. (LA LEY 116052/2010). Condena de un Alcalde por negociaciones prohibidas a funcionarios públicos ya que favoreció la Modificación Puntual del Plan General respecto a unos terrenos adquiridos por la empresa de la que era administrador solidario. Delito especial propio y de mera actividad, cometido al intervenir activamente en dos Plenos Municipales en los que se aprueba la citada Modificación sin abstenerse y votando a favor de la misma.

públicos, la imparcialidad e independencia en la gestión y la imagen pública de la Administración a través del proceder de aquellos<sup>36</sup>.

Argumentación que sintetiza muy acertadamente la Sala Quinta del Tribunal Supremo en un pronunciamiento<sup>37</sup> que, pensado en el ámbito de la disciplina militar, debe o debería ser de plena aplicación para el conjunto de empleados públicos:

El régimen de incompatibilidades y por tanto las sanciones que se anudan a su incumplimiento tiene como objeto de protección,

*la total dedicación profesional de los destinatarios de la norma, que no debe verse perturbada por otro tipo de ocupaciones no permitidas, las cuales pueden afectar tanto al eficaz desarrollo de sus obligaciones, como al tratamiento objetivo e igualitario de la ciudadanía, sin influencias de vinculaciones laborales, profesionales o de carácter equivalente a éstas.*

Para la Sala, desde la ampliación del ámbito subjetivo de aplicación, se protege asimismo la imagen pública y social del empleado público, que debe permanecer incólume ante influencias o actuaciones inadaptables a su condición de tal.

## **2.4. Respeto a la dignidad de la Administración**

No resulta sencillo concretar la obligación del funcionario de respetar la dignidad de la Administración en la medida que, por un lado, se trata de un concepto al que es posible anudar una fuerte carga de subjetividad. Por otro lado, el mero respeto a la legalidad ya supone una dignificación de la acción pública, lo contrario es una indignidad además de una ilegalidad.

36 Sobre las finalidades del régimen de incompatibilidades, puede consultarse la STC 178/1989 de 2 de noviembre de 1989. En este sentido la sentencia afirma que *a las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones se refiere el art. 103.3 de la Constitución como objeto de regulación mediante Ley, pero no es menos cierto que el propio precepto distingue esa regulación de la del propio sistema de incompatibilidades. O dicho con otras palabras: con base en una interpretación literal y sistemática del art. 103.3 de la Constitución puede llegarse fácilmente a la conclusión de que sistema de incompatibilidades y garantías de imparcialidad no son dos ámbitos o círculos absolutamente coincidentes. De modo que si bien la garantía de la imparcialidad puede ser una de las finalidades del sistema o régimen legal de incompatibilidades de los empleados públicos, constitucionalmente no tiene por qué ser, la única finalidad de dicho régimen legal.*

Es evidente que la situación es mucho más grave cuando el empleado público, además de vulnerar el régimen sobre incompatibilidades entra en el campo del intrusismo profesional, precisamente aprovechándose de la credibilidad que aporta frente a terceros su propia condición de empleado público. Sobre esta evolución delictiva del incumplimiento del régimen de incompatibilidades sirva como ejemplo la SAP de Las Palmas de 4 de junio de 2009. Ponente: Alemán Almeida, Secundino (LA LEY 142237/2009) por la que se condena a un funcionario público por intrusismo profesional y estafa ya que, a cambio de dinero, asesoraba e interponía recursos contenciosos-administrativos en materia de extranjería invadiendo competencias de Letrado.

37 STS, Sala Quinta, de lo Militar, de 27 de abril de 2007, relativa a la sanción disciplinaria a un agente de la Guardia Civil por haber incurrido en la falta muy grave de incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades, al realizar labores de empleado de estación de servicio.

No obstante, para evitar equívocos, vinculamos esta obligación más al comportamiento personal del empleado público en todos los órdenes de su vida, sin circunscribirlo exclusivamente a su actividad estrictamente profesional. En este sentido, sin afectar a la intimidad y privacidad del empleado público, campo inmune frente a cualquier tipo de intervención, bien es cierto que al trabajador público se le puede exigir un comportamiento privado acorde con la moral social<sup>38</sup>, y la finalidad de velar por el buen nombre de la institución a la que pertenece<sup>39</sup>. En pocas palabras, como ha señalado la jurisprudencia<sup>40</sup>, al empleado público le son exigibles cualidades de irreprochabilidad personal cuando su proceder guarda relación directa o indirecta con el desempeño de sus funciones públicas. Afirmación que al ser acertada y nuclear en el tipo de servicio público que nuestro ordenamiento regula, tal vez marque una distancia considerable con una realidad social poco dada a reconocer este tipo de condicionantes para el ejercicio de una profesión que ha perdido o difuminado no pocos de los valores de servicio y especificidad respecto a cualquier otra actividad laboral privada.

Y obviamente sólo nos referimos a los comportamientos indignos en el ámbito privado con trascendencia pública ya que en el ámbito público en el que se desempeña la correspondiente función, el proceder del funcionario debe sujetarse, en el marco de sus competencias<sup>41</sup>, a lo preceptuado por las normas que regulan su actividad y que, en definitiva, establecen el patrón de conducta exigible<sup>42</sup>.

Pues bien, el EBEP al establecer un Código de Conducta acompañado de una serie de principios éticos, sus valores y reglas tienen inicialmente un fácil encaje en el subjetivo concepto de dignidad de la Administración que, en un esfuerzo de intentar

38 Tomada la cita que de Hans Wezel realiza REDONDO HERMIDA, A. en su trabajo “El concepto de conducta ‘socialmente adecuada’ en el Auto del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2008”, lo adecuado socialmente son aquellas acciones determinadas o inducidas intrínsecamente por el ordenamiento ético-social histórico de la vida en sociedad. REDONDO HERMIDA, A.: “El concepto de conducta ‘socialmente adecuada’ en el Auto del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2008”. Diario La Ley. Nº 7071. Viernes 5 de diciembre de 2008. Pp. 8 a 10.

39 Tratándose de obligaciones cada vez más difuminadas en una sociedad en continuo proceso de apertura moral, no es frecuente encontrar pronunciamientos judiciales sobre la cuestión abordada, por eso, resulta de especial interés la STS, Sala 5ª, de 29 de noviembre de 1999 por la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una Guardia Civil frente a la Resolución que acordaba su separación del servicio por ejercer la prostitución.

40 Fundamento Jurídico Cuarto *in fine* de la STS de 3 de febrero de 2010.

41 Resulta fundamental que el empleado público ajuste su proceder a los límites competenciales que el ordenamiento le atribuye sin que quepa abuso alguno de sus atribuciones que, suele tener como consecuencia el desprestigio de la Administración ante los ciudadanos. Buen ejemplo de ello es la STS, Sala Quinta, de lo Militar, de 18 Diciembre de 2009 por la que se confirma la sanción por falta muy grave impuesta a un Guardia Civil que introdujo sin autorización a varios periodistas en el Parque de Doñana para realizar un reportaje televisivo sobre cazadores furtivos, pues causaron un grave daño a la Administración.

42 Buen ejemplo de este deber de respetar el crédito y la dignidad de la Administración o institución en la que el empleado público desempeña sus funciones puede observarse en la STS, 20 de mayo de 2009 en la que se confirma la sanción impuesta a un funcionario de las Cortes Generales que facilita ilícitamente la entrada de varios videoartistas al Congreso con el fin de grabar un vídeo en que se simula el robo del sillón del Presidente del Gobierno.

precisar este concepto síntesis, podemos integrar en él, sin ánimo de exhaustividad los siguientes principios: ejemplaridad, austeridad, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres. Los cuales, no son fáciles de desarrollar en reglas concretas ya que se vinculan más a una conducta social que a un proceder profesional.

## **2.5. Respeto del principio de igualdad y no discriminación**

De manera muy simple, el empleado público al tramitar los procedimientos y realizar las actuaciones que correspondan y adoptar las oportunas decisiones, deberá respetar y garantizar el principio de igualdad de trato, sin que pueda producirse ninguna diferencia sólo justificada por las circunstancias objetivas del caso concreto las cuales, en su caso, deberán ser perfectamente justificadas. Y realmente no es una tarea fácil cuando resulta relativamente sencillo camuflar un proceder discriminatorio o desigual ya que, en no pocas ocasiones, puede quedar en el fuero interno del empleado público actuante sirviendo el propio procedimiento de eficaz telón para ocultar una desviada actuación. Pensemos, por ejemplo, en los procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva en los que la decisión o valoración del servidor público competente puede resultar determinante para adoptar una u otra decisión.

Resulta, por tanto, fundamental que el servidor público, tenga bien asumidos los valores constitucionales sobre los que se realiza la construcción jurídico-técnica de la igualdad y no discriminación. Y es que, en todo actuar administrativo por muchas que sean las garantías y formalidades, concretadas a nuestros efectos en un procedimiento, siempre hay un elemento personal básico cuya participación en la toma de decisiones se vincula necesariamente a su condición de servidor público asentada en parámetros de profesionalidad y responsabilidad en el ejercicio de sus funciones. En este caso, pero también en cualquier otro, si este elemento personal no verifica las exigencias expuestas el Derecho Público de la igualdad puede convertirse en sibilina y difícilmente detectable (salvo palmarias e incluso escandalosas discriminaciones, que también las hay) causa de desigualdad y discriminación de tal manera que, como señala MAIRAL, ese bloque normativo lejos de combatir las malas prácticas y la corrupción, la fomentaría<sup>43</sup>.

Son los artículos 14 y 23.2 CE los que trazan el fundamento básico de este deber de todo servidor público sin que puedan desconectarse del establecimiento de un régimen de incompatibilidades según disposición del artículo 103.3 CE y de manera más específica a efectos procedimentales a través de la figura de la abstención.

En definitiva, y de la manera más amplia, el empleado público deberá evitar cualquier tipo de discriminación por razones de nacionalidad, sexo, raza, color, origen

43 Mairal, H.: *“Las raíces legales de la corrupción. O de cómo el Derecho Público fomenta la corrupción en lugar de combatirla”*. Buenos Aires. Ediciones RPA. 2007.

étnico, características genéticas, lengua, religión o creencias, opiniones políticas o de cualquier tipo, pertenencia a una minoría nacional, propiedad, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

No obstante, sin embargo, como ha modulado la jurisprudencia al hilo de determinadas prácticas en espacios públicos como, por ejemplo, las religiosas vinculadas a la religión católica, la neutralidad del Estado y de las Administraciones no debe llegar al extremo de limitar o restringir las libertades o derechos de los ciudadanos, ya que podría darse en ese caso una discriminación negativa, con la consiguiente vulneración del art. 14 CE<sup>44</sup>.

Así es previsto en el EBEP en cuyo artículo 53.4 recoge el principio de igualdad desde la perspectiva amplia indicada, se tiene igualmente en el párrafo noveno del mismo artículo un reconocimiento de la igualdad como principio informador de la actividad pública en el ámbito de la tramitación administrativa muy en la línea y con la norma recogida en el artículo 74.2 de la ley 30/92.

Pero aún hay más, junto a la perspectiva expuesta, el principio de igualdad y no discriminación como manifestaciones de la necesaria objetividad en el proceder de la Administración (según conocida y muy manida exigencia constitucional del artículo 103) puede apreciarse también desde otros puntos de vista más concretos.

En primer lugar, desde el conocimiento de las reglas relativas al régimen de incompatibilidades y de garantía del deber de imparcialidad del empleado público que serán analizadas más adelante pero que en este momento deben ser recordadas por cuanto, sin perjuicio de su específica finalidad, el objetivo principal de las mismas trae causa en el respeto al principio de igualdad.

Y en segundo lugar, desde la obligación de tramitar determinados procedimientos asegurar el anonimato de los interesados para garantizar así la objetividad y transparencia en la sustanciación de dichos procedimientos y, por tanto, la igualdad en el trato, tal y como se exige por ejemplo en procedimientos de contratación o de concurrencia competitiva<sup>45</sup>.

44 Esta mención se refiere esencialmente a la doctrina que se deriva de la STSJ de la Región de Murcia, de 30 de octubre 2009, en la que se declara la inexistencia de violación de los derechos a la libertad ideológica, religiosa y de culto de un profesor de instituto, por la colocación de un belén en época navideña en una zona común del centro público.

45 Respecto esta cuestión puede consultarse la STSJ Madrid de 27 de enero de 2010 sobre nulidad de proceso de adjudicación pública de proyecto urbanístico que incumple la normativa sobre anonimato de las ofertas, cualificación técnica del jurado y criterios objetivos de selección de las ofertas.

## **2.6. Respeto a los particulares en el ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales**

Este deber, integrado en el principio previsto en el artículo 53.4 del EBEP sostiene los tipos de las denominadas faltas contra los deberes democráticos o políticos (constitucionales) del empleado público.

El desempeño de las funciones propias del empleado público impone un especial cuidado o atención respecto a las libertades y derechos de carácter fundamental habida cuenta de las potestades y prerrogativas que supraordenan a la Administración y a sus servidores respecto al resto de los ciudadanos.

Quizá, en el momento jurídico-político en el que nos encontramos, uno de los derechos que pueden verse más afectados o, sobre los que existe mayor sensibilidad social, es el derecho a la intimidad sobre el que hay que recordar los perfiles que el Tribunal Constitucional ha trazado respecto a su garantía y que, sin duda, delimitan de manera clara el proceder del empleado público en el desempeño de su función.

Para el Alto Tribunal, se trata de un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad y deriva de la dignidad de la persona humana que reconoce el artículo 10 de la Constitución, pudiendo identificarse varias implicaciones:

- La existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana.
- La atribución a la persona del poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido.
- En definitiva, lo que garantiza el art. 18.1 CE es el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal, excluido que sean los terceros, particulares o poderes públicos, quienes delimiten los contornos de nuestra vida privada. Afirmación que extiende sus efectos incluso en áreas en las que la intervención pública puede encontrar una justificación de interés general pero que ayuna de las correspondientes formalidades, el peso del interés público perseguido no es suficiente para hacer ceder los perfiles constitucionales del derecho a la intimidad<sup>46</sup>.

46 Es el caso, por ejemplo, de la STC 159/2009 de 29 Junio. 2009 en la que se reconoce la vulneración del derecho a la intimidad de un policía municipal en prácticas por el intercambio de sus datos médicos entre distintas Administraciones. En una línea similar puede también citarse la declaración de infracción muy grave realizada por la Agencia Española de Protección de Datos por incumplimiento del deber de secreto, al publicarse en el Diario Oficial de una Comunidad Autónoma una resolución en la que figuraban los nombres, apellidos y DNI de treinta personas beneficiarios de ayudas para el tratamiento de drogodependencias, incluidas las alcohólicas, en comunidades terapéuticas. La Agencia Española de Protección de Datos puso de relieve que no discutía que la Administración estuviera habilitada para publicar la resolución, sino el contenido de la misma; considerando que para cumplir con el requisito de “publicidad, objetividad y concurrencia” no era necesaria la identificación de los beneficiarios de las ayudas para el tratamiento de drogodependencias. De hecho, la Agencia señalaba que existen alternativas, como la anonimización o disociación para

## REFERENCIAS

- Arenilla Sáez, M.: *“La reforma administrativa desde el ciudadano”*. Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública. 2003. Pp. 178 y ss.
- Bayod, R.: *“Estado de Derecho y Poder Político”*. Madrid. Grefol. 1987. Pp. 18.
- Castillo Blanco, F.: *“Los derechos individuales de los empleados públicos”*, en SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Director): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*. Valladolid. Editorial Lex Nova, 2007. Pp. 139.
- Díaz-Maroto y Villarejo, J.: *“Sobre la práctica del lobby y los delitos de tráfico de influencias”*. Diario La Ley, No. 7286, Sección Doctrina, 18 Nov. 2009.
- Díez Herrero, L.: *“Los derechos a la libertad de expresión e información en el marco del ejercicio de funciones públicas: comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de febrero de 2008 (asunto Guja contra Moldavia)”*. ASAMBLEA. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid. No. 18, junio de 2008. Pp. 311 a 330.
- Fazio Jr., W.: *“Corrupção no poder público. Peculato, concussao, corrupção, passiva e prevaricação”*. San Pablo. Editora Atlas. 2002.
- García Mexía, P.: *“El régimen jurídico de las incompatibilidades de los cargos políticos en el ordenamiento español”*. Diario La Ley, Sección Doctrina, 1996, Ref. D-156, tomo 2, Editorial LA LEY.
- Gómez Méndez, A. y Gómez Pavajeau, C.A.: *“Delitos contra la Administración Pública”*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 3ª edición, 2008.
- Herederero Ortiz de la Tabla. *“La culpabilidad del empleado público frente a la crisis: la inamovilidad”*. Diario La Ley, No. 7484, Sección Tribuna, 7 Oct. 2010, Año XXXI, Editorial LA LEY.
- Libro Verde de 3 de mayo de 2006 - Iniciativa europea en favor de la transparencia [COM (2006) 194 final - Diario Oficial C 151 de 29.6.2006].
- López Benítez, M.: *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*. Madrid. Universidad de Córdoba y Editorial Civitas. 1994. P. 113.
- Mairal, H.: *“Las raíces legales de la corrupción. O de cómo el Derecho Público fomenta la corrupción en lugar de combatirla”*. Buenos Aires. Ediciones RPA. 2007.
- Nieto, A.: *“Balada de la Justicia y la Ley”*. Editorial Trotta. Madrid, 2002.
- OCDE: *“La Gestión de los Conflictos de Interés en el Servicio Público”*. Traducción de Martínez Bargueño, M. Madrid. INAP Ministerio de Administraciones Públicas, 2004.

---

hacer inidentificables a los afectados. Con la adopción de estas medidas, no se hubiese impedido ni la publicidad ni que el beneficiario accediese a la información sobre el reparto de ayudas.

Diario La Ley, N° 7072, Sección Hoy es Noticia, 9 Dic. 2008, Año XXIX, Editorial LA LEY (LA LEY 34173/2008).

- OECD. Modernising Government. The way forward. Op. Cit.
- Redondo Hermida, A.: “El concepto de conducta ‘socialmente adecuada’ en el Auto del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2008”. Diario La Ley. Nº 7071. Viernes 5 de diciembre de 2008.
- Rivero Ysern y Fernando Pablo, M.: “Principio de equidad”. en la obra dirigida por SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: “Los principios jurídicos del Derecho Administrativo”. Madrid. Editorial La Ley. 2010. Pp. 231 a 248.
- Sánchez Goyanes, E.: “Constitución Española comentada”. Madrid. Editorial Paraninfo. 21ª edición, 1998. Pp. 55.
- Sánchez Morón, M.: “Legalidad y sometimiento a la Ley y al Derecho”. En la obra dirigida por Santamaría Pastor, J.A.: “Los principios jurídicos del Derecho Administrativo”. Madrid. Editorial La Ley. 2010. P. 57
- Trayter Jiménez, J.M.: “Manual de Derecho disciplinario de los funcionarios públicos”. Madrid. Editorial Marcial Pons. 1992. Pp. 231 y ss.
- Urbano Castrillo, E.: “El principio de equidad”, ambos en la obra dirigida por Santamaría Pastor, J.A.: “Los principios jurídicos del Derecho Administrativo”. Madrid. Editorial La Ley. 2010. Pp. 248 a 271
- Weber, M.: *¿Qué es la burocracia?* Traducción de Rufino Arar. Editorial Leviatán. Buenos Aires, 1985.