

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Alba García Torres

*Becaria FPU del Área de Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Oviedo*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Martín GODINO REYES, don Fermín GUARDIOLA MADERA, doña Sofía OLARTE ENCABO, don Ángel Luis SÁNCHEZ IGLESIAS y don Juan Miguel TORRES ANDRÉS.

EXTRACTO

En el contexto actual de crisis económica se han planteado en nuestro ordenamiento jurídico reformas de diverso calado que han afectado de manera intensa a la Administración pública, lo que correlativamente ha suscitado un debate sobre el alcance y contenido del empleo público. En este contexto, un estudio de derecho comparado resulta de interés para facilitar la articulación de soluciones o servir de referencia para propuestas *de lege ferenda*, en el camino de crear un sistema coherente con las atribuciones estatales, y con el debido respeto a las garantías constitucionales. Para ello se ha elegido como ordenamiento de referencia el de los Estados Unidos de América, ya que posee una estructura descentralizada y un volumen de empleo público relevante sobre el total de la población activa. El presente trabajo se centra en analizar la relación laboral de empleo público en los Estados Unidos desde la perspectiva de la aplicabilidad de las garantías constitucionales a los servidores públicos. En concreto, se aborda la evolución jurisprudencial y legal sobre la virtualidad de la «Declaración de Derechos» en las relaciones de trabajo en el seno de la Administración.

Palabras claves: empleo público, funcionario, declaración de derechos y enmienda constitucional.

Fecha de entrada: 30-04-2014 / Fecha de aceptación: 10-07-2014

THE CONSTITUTIONALIZATION OF PUBLIC EMPLOYMENT IN THE UNITED STATES OF AMERICA

Alba García Torres

ABSTRACT

In the current context of economic crisis, reforms of varying depth have been raised in our legal system, intensely affecting the Public Administration, and generating, consecutively, a debate on the scope and contents of the public employment. In this context, a study of comparative law becomes interesting to facilitate the articulation of solutions or to work as reference for the proposals *de lege ferenda*, in the attempt to create a coherent system with the state powers, and with all due respect for the constitutional guarantees.

To that end, we have chosen the United States of America system as a reference, since this country has a decentralized structure, with a relevant volume of public employment of the total workforce. This study discusses the labor relation of the public employment in the United States from the applicability of the constitutional guarantees to the public servants perspective. In particular, I address the jurisprudential and legal evolution about the virtuality of the «Bill of Rights» in the working relationships within the Administration.

Keywords: public employment, civil servants, bill of rights and amendment.

Sumario

1. Fuentes de regulación del empleo público en los Estados Unidos
2. Marco normativo federal: The Civil Service Reform Act of 1978
3. El reconocimiento de los derechos fundamentales a los empleados públicos: los casos Pickering y Keyishian
4. La aplicación de las enmiendas constitucionales sobre derechos fundamentales a los empleados públicos
5. El papel de la Administración-empleadora frente al ejercicio de las libertades de conciencia

NOTA: Este trabajo es fruto de la estancia de investigación desarrollada en la Universidad de Harvard durante los meses de mayo a julio del año 2013. Agradezco al Profesor Dr. don José Manuel Martínez Sierra, director del Real Colegio Complutense en Harvard (RCC Harvard) su acogida y guía durante los meses de desarrollo de la investigación.

1. FUENTES DE REGULACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO EN LOS ESTADOS UNIDOS

Pese a las diferencias existentes entre los distintos ordenamientos jurídicos, la regulación de los sistemas de empleo público presenta un denominador común, que se traduce en establecer modulaciones o especialidades respecto de la regulación de las relaciones laborales en el sector privado. Esta característica del empleo público se corresponde con la especial naturaleza de la Administración, cuya actividad debe estar orientada siempre a la consecución del interés general, lo que conlleva una posición privilegiada y diversas prerrogativas a la hora de intervenir en el tráfico jurídico-económico. Este estatuto diferenciado de la Administración impide que cuando actúa como empleadora lo haga en los mismos términos que los sujetos privados.

Desde el punto de vista constitucional, el sistema español diseña un acceso a la función pública basado en los principios de mérito y capacidad, y encarga a la ley la regulación de un estatuto de los funcionarios públicos, las peculiaridades del ejercicio de su derecho de sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones (art. 103.3 CE). El modelo español es heredero del sistema francés de función pública, que cuenta con una larga tradición y una gran influencia y recepción en todo el Derecho continental, como el alemán¹ o el italiano². En efecto, el sistema de función pública francés se instauró con la Constitución napoleónica, a la que el Derecho continental debe la creación de un

¹ La relación tradicional del funcionario alemán con la Administración es aún más rigurosa que la relación estatutaria del Derecho francés, considerándose una relación de servicio dependiente del Derecho público, que cubre toda la vida del funcionario, incluso más allá de la jubilación, que se entiende como una situación administrativa más. Esta concepción tradicional del empleo público fue codificada en la Ley Fundamental de Bonn. En concreto, el artículo 33.5 de la Ley Fundamental de Bonn establece que «El régimen jurídico de la función pública se regulará dentro del respeto a los principios fundamentales tradicionales del funcionariado de carrera», entendiéndose la función pública como «el ejercicio de las competencias de soberanía» que se «atribuirán a título de tarea permanente a funcionarios públicos de carrera, que estarán sujetos a una relación de derecho público de servicio y de lealtad» (art. 33.4 Ley Fundamental del Bonn). Estas previsiones constitucionales han dado lugar a la aprobación de una Ley de la Función Pública (31 de marzo de 1999) y varios estatutos de los Funcionarios Profesionales (tanto a nivel federal como de cada Länder).

² De un modo parecido a lo establecido en el artículo 103.3 de la CE, la Constitución de la República Italiana prevé que «Los cargos públicos se organizarán según los preceptos de la ley, de tal modo que se garantice su buen funcionamiento y la imparcialidad de la Administración. En las disposiciones de los cargos se especificará su ámbito de competencia, las atribuciones y las responsabilidades propias de los funcionarios. Se entrará en los empleos de la Administración Pública mediante oposición salvo los casos que la ley establezca» (art. 97).

«orden civil» de funcionarios del Estado, como un conjunto de grandes cuerpos de funcionarios permanentes dotados de estatutos jurídicos singulares, análogamente a como estaban organizadas las carreras militares³.

Sin embargo, el modelo de empleo público de los Estados Unidos de América difiere mucho del sistema continental, alejándose de la concepción estatutaria dominante en Europa⁴. La concepción del empleo público norteamericana se encuentra más próxima a la regulación tradicional inglesa del «Civil Service», cuyos fundamentos tradicionales, aún hoy vigentes, de aplicarse estrictamente supondrían la imposibilidad de hablar de la existencia de un régimen jurídico de función pública, ya que carece de cualquier estabilidad o seguridad jurídica, toda vez que el «Civil Servant» depende enteramente de la Corona, a la que debe el empleo, y puede ser revocado por la simple voluntad del soberano, sin que pueda esgrimirse ningún derecho contractual.

No obstante, la Constitución federal de los Estados Unidos no configura ningún concreto sistema de empleo público, ni identifica los derechos y libertades específicos de los empleados públicos o los límites de la actuación administrativa⁵. Esta norma fundamental fue aprobada el 17 de septiembre de 1787, en la Convención de Filadelfia (Philadelphia Convention), y posteriormente fue ratificada por los diversos Estados. El texto constitucional se conforma por 7 artículos y, hasta la fecha, 27 enmiendas. Las diez primeras enmiendas fueron ratificadas a la vez, en el año 1791, son conocidas como la «Carta de Derechos» (Bill of Rights), y están dirigidas a garantizar los derechos y libertades de las personas, y a limitar el poder del Gobierno federal⁶.

La pronta revisión constitucional, por la que se introdujo la Declaración de Derechos, se presentó como un refuerzo para ayudar a delimitar el contenido originario de la Constitución, y no como una modificación sustancial de esta. En este sentido, se entendió que la incorporación de los derechos fundamentales a la Carta Magna ayudaba a prevenir una mala interpretación de su literalidad, y evitaba los abusos de poder, mejorando la confianza del pueblo americano en su texto fundacional⁷.

³ Vid. PARADA, R.: *Derecho Administrativo II. Organización y Empleo Público*, Madrid: Marcial Pons, 2007, págs. 364-378; y LÓPEZ GÓMEZ, J. M.: *La relación laboral especial de empleo público. Estudio sobre su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Navarra: Aranzadi, 2009, págs. 29-30.

⁴ Incluso algún autor ha dicho que el sistema norteamericano de empleo público se encuentra en las antípodas del Derecho europeo, en concreto del Derecho francés. Vid. PARADA, R.: *Derecho Administrativo II...*, *op. cit.*, pág. 367.

⁵ Vid. PARADA, R.: *Derecho Administrativo II...*, *op. cit.*, pág. 370.

⁶ Para un estudio detallado sobre la historia y aprobación de la Constitución de los Estados Unidos vid. MEDINA, L. (ed.), *The creation of the U.S. Constitution*, Gale: Thomson, 2003.

⁷ A pesar de que el proceso de adopción de enmiendas está regulado en la propia Constitución (art. 5), la Cámara de los Representantes debatió sobre la forma en la que debían ser incorporadas. Así, una parte de los congresistas, liderados por James Madison, pretendía que las enmiendas fueran incorporadas de manera específica a los artículos de la Constitución que trataban sobre la materia, entretejiéndose, por tanto, con el contenido originario del texto. Sin embargo, otra parte de los congresistas, representados por Roger Sherman, defendía que el Congreso no tenía la au-

A pesar de las sucesivas enmiendas o revisiones constitucionales, en ninguna de ellas se ha abordado directamente el tema del empleo público. Sin embargo, la evolución de las relaciones de trabajo en la Administración ha estado históricamente muy vinculada a la «Declaración de Derechos», como se verá más adelante.

La inexistencia de un marco constitucional predeterminado que ordene el sistema de fuentes de regulación del empleo público conlleva que la configuración de la relación de trabajo en el sector se determine por las leyes federales, la normativa concreta de cada Estado respecto de sus empleados y, en especial, por la actividad judicial. Esta diversidad de fuentes propicia que el contenido de la relación de empleo público sea a priori incierto, aunque también adaptable, y que se haya ido perfilando mediante la resolución de casos por los tribunales.

La relación de empleo público en los Estados Unidos se caracteriza, por tanto, por la ausencia de un estatuto jurídico determinado, al no existir una ley formal que sea aplicable, y destaca porque su evolución se encuentra íntimamente vinculada al acervo jurisprudencial, basado en el casuismo y con el precedente como elemento nuclear⁸. Cabe advertir, no obstante, que en el año 1978 se aprobó la Civil Service Reform Act (CSRA), que pretendió modernizar y estructurar el empleo público federal, aunque su propia estructura, que otorgaba numerosas facultades de regulación a las concretas Administraciones, su bajo impacto real, y la prolífica labor jurisprudencial posterior, impiden que la CSRA pueda considerarse una norma compilatoria del empleo público federal.

Otra característica del régimen jurídico del empleo público estadounidense, derivada de esta dependencia de la doctrina judicial, es el efecto acumulativo en la creación de derechos y beneficios de los servidores del Estado. En este sentido, el contenido de los distintos pronunciamientos judiciales, así como las decisiones o reconocimientos unilaterales administrativos, se van a ir superponiendo al estatuto inicial de los empleados públicos, conformando así, en cada momento, el contenido concreto de la relación.

En este contexto, el estatuto del empleado público en los Estados Unidos ha ido evolucionando gracias a la labor del Tribunal Supremo y los *leading cases*, que son aquellos supuestos resueltos por los tribunales de última instancia que sientan precedente sobre una materia o cuestión particular. Estos casos son de especial relevancia ya que los principios que vertebran el fallo deben seguirse por los tribunales en futuros pronunciamientos. En este sentido, en la década de los 60 se sucedieron una serie de pronunciamientos en los que los tribunales reconocieron la vir-

toridad para modificar el texto de la Constitución, que había sido aprobado por la Asamblea federal. Finalmente esta última opción fue la que prevaleció, procediéndose a la incorporación de las enmiendas como artículos suplementarios al texto constitucional, y no por adición a los ya existentes (*vid.* RAKOVE, J. N.: *The annotated U.S. Constitution and Declaration of Independence*, Cambridge: Harvard University Press, 2009, págs. 219-220).

⁸ *Vid.* LEE, Y. S.: *Public personnel Administration and Constitutional values*, London: Querum Books, 1995, págs. 3-4.

tualidad de los derechos fundamentales inespecíficos de los empleados públicos durante el desarrollo de la prestación de servicio, que hasta entonces había sido negada⁹.

La limitación en el disfrute o ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los empleados públicos en el desempeño de sus servicios también influía en sus fuentes de regulación, ya que la ausencia de garantías constitucionales otorgaba a la Administración la prerrogativa de retirar o limitar condiciones o derechos laborales a sus empleados de manera unilateral, en la misma medida en que podía reconocerlos sin necesidad de adecuarse a ningún procedimiento reglado, en lo que se conoce como doctrina del *Bitter with the sweet*, que podría traducirse como la doctrina de lo «agridulce».

Sin embargo, el referido proceso de extensión de las garantías constitucionales llevado a cabo por el Tribunal Supremo también introdujo cambios sobre la capacidad de la Administración para alterar de manera unilateral el contenido de la relación de empleo público. En efecto, el reconocimiento de los derechos y libertades constitucionales impidió la aplicación de la doctrina del *Bitter with the sweet*, al exigirse la aplicación de un procedimiento reglado, según lo previsto en la cláusula del *due process* (o el «proceso debido»), recogida en la V y en la XIV enmienda de la Constitución federal.

En concreto, la cláusula del *due process* prohíbe a las autoridades gubernamentales crear o implementar actos que limiten los derechos y garantías de los ciudadanos, así como los que supongan privar de la vida, la libertad o la propiedad, sin seguir el procedimiento constitucional o legalmente previsto. Este cambio supuso la desaparición de la doctrina del *Bitter with the sweet*, al entenderse que en un sistema democrático es necesario que los ciudadanos tengan derecho a iniciar y sustentar acciones tendentes a garantizar sus derechos constitucionales frente a las imposiciones o limitaciones de las autoridades, con independencia de que se trate o no de trabajadores públicos¹⁰. Entendida de esta manera, la cláusula del *due process* se podría aproximar en nuestro sistema constitucional a la cláusula del Estado de Derecho (art. 1.1 CE), y la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), al exigirse que los poderes públicos se encuentren reglados y sometidos a Derecho, y a control jurisdiccional.

Como consecuencia de todo ello, en la actualidad, tanto la doctrina como la jurisprudencia definen la relación de empleo público como un sistema de «derecho positivo constitucional»¹¹, en el que todos los empleados, con independencia de que sean trabajadores federales o de un concreto Estado, se encuentran en el radio de acción de las garantías constitucionales y de los derechos y libertades reconocidos en la Declaración de Derechos.

Por tanto, las garantías constitucionales derivadas de la Carta de Derechos son aplicables a todos los empleados públicos, con independencia de su vinculación orgánica.

⁹ Vid. ROSENBLUM, D. H.: *Administrative law for public managers*, Colorado: Westview Press, 2003, págs. 44 y ss.

¹⁰ Vid. OSTRUM, V.: *The Intellectual Crisis in American Public Administration*, Alabama: The University of Alabama, 1973, pág. 104.

¹¹ Vid. LEE, Y. S.: *Public personnel Administration...*, op. cit., págs. 3-4.

Sin embargo, no todos los empleados públicos van a compartir el mismo estatuto jurídico, ya que los trabajadores públicos pertenecientes a cada concreto Estado se benefician, además, de las garantías, los derechos y libertades contenidos en la Constitución de su Estado, aun cuando, en la práctica, el estatuto jurídico de los empleados públicos difiere poco de unos Estados a otros, ya que en su mayoría se reiteran las previsiones de la Declaración de Derechos.

A este respecto, la articulación entre las fuentes de origen federal y las de origen federado prioriza la aplicación de las normas concretas de cada Estado, siempre que mejoren las condiciones mínimas previstas en la Constitución federal, pudiéndose afirmar que la Declaración de Derechos garantiza un suelo para los derechos y libertades de los empleados públicos, pero en ningún caso un techo. La relación entre las normas federales y las estatales, en este punto, podría explicarse por el principio de complementariedad, conforme al cual las normas estatales pueden mejorar, pero nunca empeorar, el estatuto jurídico federal.

En este sentido, los Estados federados también pueden definir los derechos y responsabilidades de sus empleados, y regular el contenido de la prestación de empleo público a través de su normativa administrativa, lo que conlleva una acumulación de derechos. Es necesario destacar que este efecto acumulativo de la normativa federal con la de los Estados se produce solo respecto de las garantías constitucionales, ya que en lo relativo a la regulación de la prestación laboral la normativa federal –principalmente la CSRA– no tiene carácter suplementario o de mínimos. Por ello, la prestación de servicios de los empleados públicos de los distintos estados federados se regirá por su normativa propia en la materia.

Las fuentes de origen estatal y federal coexisten, a su vez, con la regulación de ciertas condiciones de empleo y trabajo por parte de la negociación colectiva¹². La actuación colectiva en el ámbito del empleo público norteamericano entraña una dificultad añadida a su régimen, ya que su regulación no es uniforme en los distintos territorios. En este sentido, la normativa de algunos Estados exige a las agencias del Gobierno negociar con los sindicatos, al tiempo que otorgan a los empleados públicos el derecho de huelga para aquellos supuestos en los que las negociaciones fracasen. Sin embargo, otros Estados prohíben la huelga y la negociación en el sector. Entre estos dos modelos extremos aparece uno intermedio, que es el existente al nivel del Gobierno federal¹³, en el que se permite una negociación controlada y limitada, prohibiéndose sin embargo las huelgas¹⁴.

¹² Vid. DILTS, D. A.; DEITSCH, C. R. y RASSULI, A.: *Labor Relations Law in State and Local Government*, London: Quorum Books, 1992, págs. 14-28.

¹³ *The Civil Service Reform Act of 1978* (o Ley de Reforma de la Función Pública, CSRA) reconoció el derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos federales.

¹⁴ Vid. O'NEIL, R. M.: *The rights of public employees*, Southern Illinois, Edwardsville: University Press and Carbondale, 1993, pág. 5.

La licitud de la negociación colectiva y las huelgas en el sector público ha sido una materia históricamente controvertida en los Estados Unidos. Así, la doctrina clásica afirmaba que los empleados públicos tenían que tolerar las medidas soberanistas impuestas por el Gobierno que implicaran la prohibición de la negociación colectiva y de las huelgas. Esta postura doctrinal se apoyó en una carta escrita por el presidente Franklin D. Roosevelt en el año 1937, en la que declaraba que «el proceso de negociación colectiva, como suele entenderse en el sector privado, no puede ser traspasado al empleo público»¹⁵.

A este respecto, es necesario recordar que el [Convenio n.º 151 de la OIT](#)¹⁶, sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración pública, garantiza a todos los empleados públicos¹⁷ una protección adecuada contra cualquier acto antisindical en relación con el empleo. Esta protección se desplegará especialmente en aquellas situaciones en las que se pretenda condicionar el acceso o continuidad en el empleo con la afiliación –presente o futura– o se perjudique al trabajador de cualquier forma por razón de su afiliación o participación en las actividades normales de los sindicatos u organizaciones de empleados públicos (art. 4 [Convenio n.º 151 OIT](#))¹⁸.

Por otro lado, también ha resultado controvertida la naturaleza del vínculo que une al trabajador con la Administración, y al igual que en otros extremos de la relación, la respuesta no va a ser uniforme para todos los colectivos de empleados públicos¹⁹. Aun así, a nivel federal, y en lo que se refiere a los cargos de designación directa de los poderes ejecutivo, judicial y legislativo, a excepción de los denominados «servicios uniformados»²⁰, parece que se ha descartado la naturaleza contractual del vínculo, en favor del nombramiento. En este sentido, se entiende por nombramiento el acto por el cual la administración de personal determina la posición individual del funcionario, definiendo el carácter del puesto, los derechos y obligaciones de ese concreto empleado. Por lo que parece que la naturaleza de la relación jurídica de los empleados públicos a nivel federal se encontraría a caballo entre lo laboral y lo administrativo.

¹⁵ Vid. WERNER, B.: *The law and practice of public employment labor relations*, vol. I, Charlottesville: Michie Co., 1974, pág. 5.

¹⁶ Convenio n.º 151 de la OIT, sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración pública. Adopción Ginebra, 64.ª reunión, CIT (27 de junio de 1978).

¹⁷ El Convenio n.º 151 de la OIT engloba dentro de la categoría de empleados públicos a todas las personas empleadas por una Administración pública (arts. 1 y 2 Convenio).

¹⁸ A pesar de que el Convenio n.º 151 de la OIT establece la libertad de sindicación de los empleados públicos, el citado convenio no ha sido ratificado por los Estados Unidos de América, por lo que sus previsiones no son aplicables.

¹⁹ Vid. JOHNSON, S. T. y KRETSCHMAN, V. H.: *A to Z. Guide of Public Employment Law*, Horsham: LRP publications, 2000, págs. 189 y ss.

²⁰ Los servicios uniformados están integrados por las Fuerzas Armadas (ejército, marina, fuerza aérea, infantería de marina y guardia costera), el Cuerpo Comisionado del Servicio de Salud Pública y el cuerpo encargado de la Administración Nacional Oceánica y Atmosférica.

2. MARCO NORMATIVO FEDERAL: LA CIVIL SERVICE REFORM ACT DE 1978

La Civil Service Reform Act de 1978 o Ley de Reforma de la Función Pública, aprobada el 13 de octubre de 1978 (CSRA), fue el primer intento de regular y ordenar el empleo público norteamericano a nivel federal, tras el viejo precedente de la llamada Pendleton Civil Service Reform Act de 1883. La CSRA fue una respuesta de la Administración Carter a la grave crisis institucional que se produjo tras los sucesos conocidos como los «escándalos de Watergate», en los que la Administración Nixon, incluido el presidente y su gabinete, se vieron involucrados en una trama de escuchas ilegales²¹.

La CSRA contenía dos líneas de actuación divergentes y en apariencia incompatibles, pero seguramente complementarias. Por un lado, introducía mecanismos tendentes a facilitar a las autoridades federales la intervención sobre la actividad laboral de los empleados, otorgando un mayor control sobre la política de personal, e imponiendo a los trabajadores la obligación de rendir cuentas sobre el desempeño de su actividad. Para hacer efectivo este control por parte de la autoridad federal sobre sus empleados, la CSRA aumentó la capacidad de los organismos gubernamentales para crear sus propias normas, tanto sustantivas como de procedimiento, dentro del marco de regulación general.

Por otro lado, y en aparente disonancia con estas primeras previsiones que aumentaban el poder gubernamental, la CSRA reforzó la protección de los derechos fundamentales de los empleados federales frente a los abusos o las intromisiones injustificadas de la Administración²². Sin embargo, este avance de las garantías constitucionales, además de actuar como paliativo del caso «Watergate», respondía a la lógica interna de la reforma, ya que el reconocimiento expreso de los derechos fundamentales de los empleados federales suponía un límite infranqueable a la actuación de la Administración, que con el refuerzo de las facultades de intervención que le otorga la propia CSRA podría incurrir en abusos de autoridad si no se impusieran límites concretos por otras vías. De esta manera, el debido respeto de los derechos fundamentales, también por parte de la Administración, reduce las posibilidades de arbitrariedad en la toma de decisiones, reforzando con ello el Estado de Derecho.

Por último, la CSRA también tenía como objetivo garantizar la imparcialidad en la actuación de la Administración, y por eso incluye diversos instrumentos tendentes a asegurar un acceso al empleo público basado en los principios de mérito y capacidad, proscribiendo ciertas prácticas en la gestión de los recursos de personal, consideradas abusivas. De esta manera, se codificaron

²¹ Sobre los escándalos «Watergate», *vid.* SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: «Nixon, o la arrogancia del poder: treinta años después de Watergate», *Nómadas: Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, núm. 11, 2005.

²² *Vid.* VAUGHN, R. G.: *Merit Systems Protection Board: Rights and Remedies*, New York: Law Journal-Seminars Press, 2003.

como abusos de autoridad –denominados también prácticas de personal prohibidas– aquellas actuaciones que tienen la consideración de violación grave del sistema de méritos en el que se basa la Administración federal²³. En concreto, se entiende que un empleado federal incurre en una práctica de personal prohibida si interviene o interfiere en el desarrollo ordinario de un proceso selectivo²⁴, si lleva a cabo conductas discriminatorias, tanto con los usuarios del servicio, como con sus compañeros o subordinados²⁵, o si infringe la legalidad ordinaria²⁶, o impide u obstaculiza a los demás actuar conforme a Derecho²⁷.

En este contexto, la aprobación de la CSRA introdujo una protección específica que garantizaba a los empleados federales que actuaran de buena fe la inmunidad a la hora de revelar información relacionada con la presunta comisión de un delito, la violación de una ley o reglamento, la mala gestión o malversación de fondos, el abuso de autoridad, o la utilización de sustancias que pudieran suponer un peligro para la salud y la seguridad pública, sin que ello pudiera suponer un perjuicio para el mantenimiento de su empleo²⁸.

Para cumplir los objetivos previstos en la ley, y garantizar las buenas prácticas dentro de la Administración, se crearon diversos organismos de carácter cuasi-judicial. En concreto, la CSRA

²³ Vid. MOORE, C. D.: «Personnel Actions that may be Challenged», en AA. VV., Bussey, E. M. (ed.), *Federal Civil Service Law and Procedures. A basic Guide*, Washington D.C: The Bureau of National Affairs, 1990, págs. 8-10.

²⁴ Se entiende que se produce una interferencia en el desarrollo ordinario de un proceso selectivo y, por ende, se incurre en una práctica de personal prohibida, si se solicitan o aceptan recomendaciones basadas en factores distintos a los conocimientos, habilidades o características relacionadas con el trabajo, que puedan influir en el resultado de un proceso selectivo. También en aquellos casos en los que se induce intencionadamente a error a alguien, o se obstaculiza de cualquier otra manera el curso normal de un proceso selectivo. Asimismo, constituiría una práctica prohibida ejercer influencia sobre cualquier persona con la intención de que abandone un proceso de selección, proporcionar un tratamiento privilegiado o perjudicar a alguna persona en particular durante el proceso selectivo o incurrir en nepotismo (contratación o promoción de familiares).

²⁵ En concreto, se considerarán conductas discriminatorias ilícitas aquellas en las que se profese un trato discriminatorio entre personas sin que exista causa justificada y, también, cuando se discrimine con base en un comportamiento personal que no se oponga a la actuación de los empleados, los candidatos u otras personas.

²⁶ En este contexto, se considerará una práctica prohibida el coaccionar la actividad política de cualquier persona, así como transgredir cualquier ley o reglamento que afecte directa o indirectamente a los principios del sistema de méritos.

²⁷ Se tendrán por prácticas abusivas la toma de represalias contra aquellas personas que de buena fe hayan denunciado una práctica de personal prohibida, así como la toma de represalias contra un empleado federal que ejercite sus derechos procesales.

²⁸ Como refuerzo de esta garantía, y del resto de prohibiciones en la gestión de los recursos humanos, la CSRA creó la Oficina de Administración de Personal (Office of Personnel Management), con amplios poderes para investigar y juzgar las posibles violaciones de estas disposiciones. Además, este organismo cuenta con la competencia de adoptar medidas disciplinarias contra las autoridades federales que incurrieran en este tipo de prácticas, *vid.* INGRAHAM, P. W.: «The Civil Service Reforms Act of 1978: The Design and Legislative History», en AA. VV., Ingraham, P. W. and Ban, C. (eds.): *The Civil Service Reform Act of 1978*, Albany: State University of New York Press, 1984, págs. 17-18.

creó la Junta de Protección de Sistemas de Méritos [Merit System Protection Board (MSPB)] y una corte o tribunal especial (*special counsel*)²⁹.

La MSPB se erigió como una pieza fundamental en la salvaguarda de una actividad administrativa neutra. Así, su ámbito de actuación se estructuró sobre tres de los pilares del empleo público: el acceso, velando por el cumplimiento del sistema de méritos; la interdicción de la arbitrariedad, como garante de la imparcialidad de la actividad administrativa, y el régimen disciplinario, como órgano encargado de conocer y decidir sobre las apelaciones de los empleados públicos a los que se les hubiera impuesto una sanción disciplinaria³⁰.

En esta misma línea se creó la oficina de la Special Counsel, organismo dependiente de la MSPB, pero con un funcionamiento autónomo, encargado de investigar la comisión de prácticas de personal prohibidas, y de proteger a los empleados que denunciaran este tipo de prácticas frente a la posible toma de represalias por parte de la autoridad denunciada³¹.

Por último, a nivel colectivo, la CSRA reconoció el derecho de los empleados federales a unirse o fundar cualquier organización laboral o sindicato, o a abstenerse de llevar a cabo tal actividad (Sec. 7.101 de la CSRA «Derechos de los Trabajadores»)³². Y por extensión también formalizó el derecho de los empleados federales a participar en la negociación colectiva a través de las organizaciones obreras o sindicatos, recogiendo el mínimo de derechos y deberes que ambas partes deben respetar en el proceso de negociación³³. A este respecto, la CSRA admitió el derecho de los empleados federales a la negociación, al entender que la canalización normativa de la autonomía colectiva contribuía a la buena marcha de los asuntos públicos, facilitando la resolución amistosa de los conflictos³⁴. Aun así, la propia ley advierte que «las disposiciones

²⁹ La MSPB (Sec. 201, The Civil Service Reform Act) es un organismo compuesto por tres personas, nombradas por el presidente de los Estados Unidos, por un periodo de siete años, no renovables. La CSRA pretendió evitar la influencia presidencial estableciendo un sistema de inamovilidad para sus integrantes, que solo podrían ser separados del cargo en caso de negligencia en el servicio, ineficiencia o prevaricación. La MSPB cuenta, además, con un consejero especial, también de nombramiento presidencial por un periodo de cinco años. Entre las funciones asignadas a la MSPB, a través de su consejero especial, se encuentra la facultad de exigir información a los diversos organismos para poder investigar e informar sobre las denuncias existentes, del mismo modo que colabora con la Fiscalía General si existen indicios de que los hechos denunciados pueden ser constitutivos de delito. Además el consejero especial de la MSPB actúa, en cierta medida, como defensor del pueblo en la garantía de investigar y juzgar los asuntos no penales que hayan sido denunciados.

³⁰ Vid. VAUGHM, R. G.: *Merit Systems Protection Board: Rights and Remedies*, New York: Law Journal-Seminars Press, 2003, págs. 2-5.

³¹ Vid. BAN, C.: «Implementing Civil Service Reform: Structure and Strategy», en AA. VV., Ingraham, P. W. and Ban, C. (eds.): *The Civil Service Reform Act ...*, op. cit., pág. 43.

³² Se excluye del derecho a la sindicación a los funcionarios supervisores de la gestión, a los servicios uniformados, a los empleados del servicio exterior y, sobre todo, a cualquier persona que participe en una huelga contra el Gobierno.

³³ Vid. SIMMELKJAER, R. T.: «Collective Bargaining and Impasses», en AA. VV., Bussey, E. M. (ed.), *Federal Civil Service Law and Procedures. A basic Guide*, Washington D.C.: The Bureau of National Affairs, 1990, págs. 284-301.

³⁴ En este sentido la CSRA establece que «1. La experiencia del empleo privado y público indica que la protección legal del derecho de los trabajadores a organizarse, negociar colectivamente y participar a través de las organizacio-

reguladoras de la negociación colectiva deben interpretarse en consonancia con la exigencia de un Gobierno eficaz y eficiente» (apéndice CRSA)³⁵.

Para garantizar el correcto desarrollo de este nuevo marco legal, la CSRA preveía la creación de la Autoridad Federal de Relaciones del Trabajo (FLRA)³⁶, que se erige como organismo federal análogo a la Junta Nacional de Relaciones Laborales (National Labor Relations Board) del sector privado³⁷, creada para asegurar la correcta aplicación de la Ley Nacional de Relaciones de Trabajo (National Labor Relations Act, también llamada «Wagner Act», aprobada el 5 de julio de 1935), para garantizar el derecho de los trabajadores a organizarse, así como el derecho a la negociación colectiva y la prohibición de interferencias arbitrarias o prácticas laborales ilícitas por parte del empleador.

Además de los referidos organismos de carácter general, que alcanzan a todos los empleados federales, la CSRA estableció una regulación específica de los altos funcionarios, y cargos de designación política. Para ello se creó un órgano propio de regulación, denominado Servicio Ejecutivo Superior (Senior Executive Service)³⁸, integrado por una élite de altos directivos de la carrera funcionarial³⁹. El estatuto jurídico de este cuerpo de funcionarios se caracteriza por una mayor flexibilidad en la regulación de las condiciones de empleo y trabajo que la del resto de empleados federales. En concreto, se eliminan muchas de las protecciones y valores constitucionales de la regulación tradicional, a cambio de un régimen económico más beneficioso, basado en bonos de productividad, así como otras bonificaciones y beneficios⁴⁰, que pretendían un aumento de la motivación.

nes sindicales que estimen convenientes en las decisiones que les afectan: a) protege el interés público; b) contribuye a la buena marcha de los asuntos públicos; c) facilita y alienta las soluciones amistosas sobre disputas entre los empleados y sus empleadores. 2. El interés público exige los más altos estándares de desempeño de los empleados y el continuo desarrollo e implementación de prácticas de trabajo modernas y progresivas para facilitar y mejorar el rendimiento de los empleados y el cumplimiento eficiente de las operaciones de Gobierno. Por lo tanto, las organizaciones laborales y la negociación colectiva en la Administración pública son de interés público».

³⁵ Vid. PARKER, D. F.; SCHURMAN, S. J. y MONTGOMERY, B. R.: «Labor-Management Relations Under CSRA: Provisions and Effects», en AA. VV., Ingraham, P. W. and Ban, C. (eds.): *The Civil Service Reform Act ...*, *op. cit.*, pág. 162-165.

³⁶ Esta agencia absorbía las funciones de la antigua Corte Federal de Relaciones Laborales (FLRC).

³⁷ Vid. BAN, C.: «Implementing Civil Service Reform...», *op. cit.*, pág. 44.

³⁸ Senior Executive Service (SES), Title IV, Se. 401, The Civil Service Reform Act.

³⁹ La propia regulación del SES preveía que solo el 10% de los miembros del SES podrían reservarse para cargos políticos.

⁴⁰ La sección 5.384 de la CSRA prevé los llamados «Premios por rendimiento», que tratan de fomentar la excelencia en el desempeño de las funciones públicas. El importe de estos incentivos lo decidirá el director del organismo y no podrá superar en ningún caso el 20% del salario base. Además se añade que por año fiscal solo se podrán otorgar estos incentivos al 50% de los altos cargos de cada organismo.

El establecimiento de un régimen específico para los altos funcionarios, con un sistema de gestión del personal de alto nivel, fue una medida que tuvo una gran acogida, ya que configuraba un sistema de reclutamiento y pago de salarios de altos ejecutivos sobre una base comparable y competitiva con el sector privado⁴¹. Sin embargo, la regulación inicial propuesta por la CSRA tenía un efecto negativo sobre el gasto del sector público, lo que llevó al Senado a introducir medidas correctoras sobre las retribuciones de los altos ejecutivos de la Administración federal, creándose el actual sistema de pago por méritos, vinculados a una evaluación del desempeño⁴².

En resumen, la CSRA se instauró como el marco legal de referencia de la relación laboral de los trabajadores federales, codificando los derechos y libertades, desarrollando diversos organismos de protección de los mismos, y regulando libertades básicas de los empleados públicos del Gobierno federal, como la negociación colectiva.

3. EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LOS EMPLEADOS PÚBLICOS: LOS CASOS PICKERING Y KEYISHIAN

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha ido constitucionalizando la relación de empleo público con el paso de las décadas, ya que tradicionalmente los empleados públicos fueron considerados un colectivo al margen de la aplicación de las garantías constitucionales.

Inicialmente, la doctrina judicial confirmó la capacidad de la Administración, en su vertiente de empleadora, para restringir el ejercicio de las libertades ciudadanas reconocidas en la «Declaración de Derechos» a sus trabajadores, mientras durara su relación laboral con el Estado⁴³. La actividad de los empleados públicos debía amoldarse, por tanto, a los términos previstos por la Administración, que podía restringir o prohibir el ejercicio de determinados derechos (caso *Adler vs. Board of Education*, Tribunal Supremo 3 de marzo de 1952).

En esta primera fase, avalada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, si los límites gubernamentales entraban en colisión con los derechos y libertades otorgados al individuo en su

⁴¹ Cabe destacar que no se integran en el régimen del SES el personal del FBI (Federal Bureau of Investigation), de la CIA (Central Intelligence Agency), del DIA (Defense Intelligence Agency), del NSA (National Security Agency), del GAO (Government Accountability Office) y del servicio exterior, así como los empleadores de corporaciones gubernamentales.

⁴² *Vid.* INGRAHAM, P. W.: «The Civil Service Reforms Act of 1978: The Desing and Legislative History», en AA. VV., Ingraham, P. W. and Ban, C. (eds.): *The Civil Service Reform Act ...*, *op. cit.*, págs. 18 y ss.

⁴³ La I enmienda reconoce la libertad en la adopción de una religión, el libre ejercicio de las actividades relacionadas con aquella, así como la libertad de expresión y de prensa, el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y el derecho a solicitar al Gobierno la reparación de daños y perjuicios.

condición de ciudadano norteamericano, el trabajador era libre de no aceptar las condiciones del empleo y podía abandonar el trabajo, pero las restricciones impuestas al ejercicio de los derechos en su relación de empleo público se consideraban lícitas.

Así ocurrió en el caso *Adler vs. Board of Education*, en el año 1952, en el que se aceptó la posibilidad de despedir o no contratar a un empleado por razones ideológicas. En efecto, tras la «Guerra Fría» se provocó un sentimiento de animadversión por parte de la sociedad americana a ciertas asociaciones ideológicas, que motivó la aprobación, en el año 1949, de la Ley de Feinberg, que permitía despedir o negar el acceso al empleo público de aquellas personas que pertenecieran a determinadas asociaciones, principalmente al Partido Comunista. En este contexto, Irving Adler, profesor de matemáticas y miembro del Partido Comunista de los Estados Unidos, fue investigado por la Comisión Interna del Senado cuando se trataba de determinar la influencia comunista en la educación. Tras esta investigación, Irving Adler fue despedido de su trabajo, junto con otros compañeros. A pesar de que el despido fue declarado improcedente en las instancias inferiores, la Corte Suprema confirmó la aplicación de la Ley Feinberg y declaró procedente el despido (Sentencia de 3 de marzo de 1952).

El Tribunal Supremo entendió en este pronunciamiento que la aplicación de la Ley Feinberg no vulneraba los derechos fundamentales de los maestros, en la medida en que tenían la posibilidad de elegir entre el trabajo y la organización a la que pertenecieran. Esta manera de entender las relaciones de empleo público se correspondía con la llamada «*doctrine of privilege*»⁴⁴, instaurada por el juez Holmes en el caso *McAuliffe vs. New Bedford* (1892)⁴⁵, en la que se establecía que: «El peticionario puede tener un derecho constitucional a hablar de política, pero no tiene el derecho constitucional a ser policía»⁴⁶.

Sin embargo, las relaciones de trabajo en el sector público sufrieron un punto de inflexión en la década de los 60. A través de diversos pronunciamientos históricos, la Corte Suprema de los Estados Unidos constitucionalizó definitivamente la prestación de servicios en el sector público, mutándose la naturaleza de la relación laboral en el seno de las Administraciones, y creándose un nuevo marco para la gestión del personal, basado en los valores constitucionales.

En concreto, el conocido caso *Pickering vs. Board of Education* (3 de junio de 1968), cuestionó el ejercicio del derecho a la libertad de expresión por parte de los empleados públicos. El asunto que se planteó fue la licitud del despido de un maestro de la escuela pública, por publicar

⁴⁴ La «*Doctrine of privilege*» fue denominada así por primera vez por Arch Dotson. En este sentido, *vid.* DOSTON, A.: «*The Emerging Doctrine of Privilege in Public Employment*», *Public Administration Review*, vol. 15, núm. 2, 1955, págs. 77-88.

⁴⁵ La sentencia desestimó la pretensión de un policía de New Bedford que consideraba inconstitucional su despido por pertenecer a un comité político.

⁴⁶ *Vid.* LEE, Y. S.: *Public personnel Administration...*, *op. cit.*, pág. 28 y DOSTON, A.: «*The Emerging Doctrine...*», *op. cit.*, pág. 77.

una carta en el periódico local criticando el sistema de financiación propuesto para ese año por la autoridad gubernamental competente.

En el marco del modelo de gestión pública clásico, defendido inicialmente por el Tribunal Supremo, el despido debería haber sido considerado procedente, ya que el maestro no estaría amparado por la I enmienda –que garantiza la libertad de expresión– al ser un empleado público. Sin embargo, el Tribunal Supremo rechazó esta interpretación, separándose así de su doctrina precedente, y estableció que para que el despido pudiera ser considerado lícito era necesario que la Administración llevara a cabo un análisis razonable de los perjuicios que realmente le causaba el ejercicio de un determinado derecho por parte del trabajador.

En este mismo sentido, el Tribunal Supremo rechazó la licitud de las prácticas administrativas que obligaban a los trabajadores públicos a sacrificar sus derechos y/o libertades para obtener o mantener su empleo. En el caso *Keyishian vs. Board of Regents* (23 de enero de 1967), se resolvió la controversia planteada por varios profesores de la Universidad de Nueva York que consideraban inconstitucionales las leyes de fidelidad que se imponían a los maestros en su Estado. En concreto, la disyuntiva se planteó porque un grupo de profesores vieron amenazados sus puestos de trabajo al negarse a cumplir uno de los requisitos burocráticos impuesto por la universidad en la que prestaban servicio, mediante el cual se obligaba a jurar no haber pertenecido nunca al Partido Comunista.

En este sentido, la Ley de Educación de Nueva York establecía que las declaraciones o actos de «traición o sedición» eran motivo para despedir a un profesor de la enseñanza pública. Sin embargo, no se definía claramente qué debía entenderse por «traición o sedición». Para concretar esta indefinición la propia ley preveía que la «Junta de Regentes del Estado» regulara las causas de despido por falta de fidelidad del profesorado u otro personal del sistema educativo estatal. Para ello se creó una lista de organizaciones «subversivas», y se estableció que la mera pertenencia a ellas constituía una prueba de inhabilitación para el empleo público. La junta incluyó dentro de esta lista al Partido Comunista Nacional, así como a todos los estatales. Sin embargo, el Tribunal Supremo finalmente declaró inconstitucional esa normativa, y las disposiciones administrativas destinadas a impedir el empleo de los docentes «subversivos».

El Tribunal Supremo sostuvo que la causa de despido de los profesores públicos fundamentada en la «traición o sedición» debía ser considerada inconstitucional por su vaguedad, ya que un maestro no podía predecir si las declaraciones acerca de una doctrina abstracta estaban prohibidas, o si el mero ejercicio de su libertad de expresión era motivo de despido. Además, el tribunal consideró que estas disposiciones eran inconstitucionales porque no requerían que el profesor tuviera una intención específica de promover los objetivos ilegales de una organización proscrita, sino que se basaban en la mera pertenencia –pasada o presente–, y, por lo tanto, eran demasiado amplias.

En este pronunciamiento el Tribunal Supremo advirtió de los peligros de una actuación administrativa ilimitada, que podría anular completamente los derechos garantizados en la I enmienda. La importancia de la sentencia radica, por tanto, en que la Corte Suprema rechaza la

idea de que el Estado pueda castigar a aquellos empleados públicos que no sacrifiquen sus libertades constitucionales⁴⁷.

La evolución jurisprudencial no afectó únicamente al ejercicio de los derechos sustantivos, sino que también implicó un cambio desde la perspectiva procesal. Así, durante el periodo en que se negó la naturaleza constitucional de la relación de empleo público, la Administración podía restringir o eliminar condiciones de empleo y trabajo de manera unilateral, sin necesidad de seguir ningún tipo de procedimiento previo, en aplicación de la doctrina del *bitter with the sweet* (caso *Bailey vs. Richardson*, 22 de marzo de 1950). Sin embargo, una vez aceptada la aplicación de la Constitución a las relaciones de empleo público, también se impuso la necesaria observancia de las pertinentes consecuencias procedimentales, por lo que para restringir o eliminar condiciones de trabajo se exigió que la Administración acudiera a la cláusula de *due process*, recogida en la V y la XIV enmiendas de la Constitución⁴⁸.

4. LA APLICACIÓN DE LAS ENMIENDAS CONSTITUCIONALES SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES A LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

Como se ha visto, los casos *Pickering* (1968) y *Keyishian* (1967) supusieron un punto de inflexión en la jurisprudencia de Norteamérica, ya que reconocieron la aplicación de las enmiendas constitucionales («Declaración de Derechos») a los empleados públicos, hasta entonces negada. Aun así, la cuestión de los derechos fundamentales en el empleo público norteamericano sigue suscitando un intenso debate, en la medida en que debe determinarse cuál es su concreto alcance. Así, con carácter general se afirma que los derechos y libertades de los empleados públicos solo pueden limitarse en aquellos supuestos en los que entren en colisión con otros valores constitucionalmente protegidos, debiendo someterse los intereses enfrentados a un juicio de ponderación.

A pesar de que la doctrina judicial moderna alude al citado «juicio de ponderación», el Tribunal Supremo no ha concretado las pautas o el método que han de seguirse para su adecuada aplicación. Sin embargo, estas carencias jurisprudenciales han sido cubiertas por la doctrina científica, para la que deben tenerse en cuenta al menos tres variables a la hora de establecer los límites en el ejercicio de derechos fundamentales en el ámbito del empleo público⁴⁹. En primer lugar, el interés del trabajador, en función del derecho concreto protegido y de la finalidad de su ejercicio en cada caso. En segundo lugar, los intereses de la Administración, no solo en cuanto

⁴⁷ Vid. VELÁZQUEZ, E. J.: «*Waters vs. Churchill: Government-employer efficiency, judicial deference, and the abandonment of public-employee free speech by the Supreme Court*», *61 Brook. L. Rev.*, 1995, pág. 1.060.

⁴⁸ Sobre el origen de la XIV enmienda, y la cláusula del *due process*, vid. BOND, J. E.: *No easy walk to freedom. Reconstruction and ratification of the Fourteenth Amendment*, Westport: Praeger, 1997, págs. 1-14.

⁴⁹ Vid. por todos, ROSENBLUM, D. H.: *Administrative law...*, *op. cit.*, pág. 45.

a poder público, sino principalmente como empleadora, ya que, al igual que cualquier otro empresario del sector privado, la Administración tiene autoridad para limitar el ejercicio de ciertos derechos en la consecución de otros intereses constitucionalmente legítimos. Por último, el interés general de los ciudadanos a los que la Administración sirve, y si el ejercicio de un derecho fundamental por parte del trabajador puede causar alguna obstrucción en el buen funcionamiento del servicio público⁵⁰.

Esta concepción de los límites recíprocos entre los derechos fundamentales y las facultades de organización que derivan del poder de dirección del empleador, construida por el Tribunal Supremo y la doctrina de los Estados Unidos, presenta ciertas semejanzas con la doctrina del «juicio de proporcionalidad» elaborada por Tribunal Constitucional español. Como se sabe, la doctrina de nuestro Alto Tribunal considera que el centro trabajo constituye un espacio en el que los derechos fundamentales despliegan su virtualidad, aunque su ejercicio se pueda ver modalizado en atención a los legítimos intereses empresariales. Para efectuar dicho juicio de proporcionalidad, la doctrina constitucional española exige que concurran tres requisitos o condiciones. En primer lugar, la medida tiene que ser susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad). En segundo término, tiene que ser necesaria, en el sentido de que no puede existir otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad). Y, por último, la medida adoptada debe de ser ponderada o equilibrada, de modo que de su adopción se deriven más beneficios o ventajas que perjuicios sobre el resto de los bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)⁵¹.

En este marco, los tribunales norteamericanos han ido delimitando el contenido y alcance de los distintos derechos fundamentales en el ámbito del empleo público, especialmente en lo que se refiere a las denominadas «libertades de conciencia» (libertad ideológica, religiosa y de culto), y en relación con ellas, a la libertad de expresión y asociación –recogidas todas en la I enmienda–, y también respecto de los «derechos de privacidad» (derecho a la inviolabilidad del domicilio, de la persona y la prohibición de registros arbitrarios, recogidos en la IV enmienda), y la cláusula del *due process* (proceso debido) o sujeción a un proceso preestablecido para la privación de determinados derechos (regulada en la V enmienda).

En lo que se refiere a los derechos reconocidos en la I enmienda, el que mayor litigiosidad ha causado es el «derecho a la libertad de expresión»⁵². La concepción de la libertad de expresión en el empleo público sufrió un hito en el año 1968, con el caso *Pickering vs. Board Education*, en el que, como se vio, se sentaron las bases del ejercicio del derecho por parte de los trabajadores de la Administración. Con anterioridad al caso *Pickering* los tribunales habían admitido el despido de

⁵⁰ Vid. ROSENBLUM, D. H.: *Administrative law...*, *op. cit.*, pág. 45.

⁵¹ Vid. SSTC 98/2000, de 10 de abril y 186/2000, de 10 de julio.

⁵² Vid. GRODIN, J. R.; WEISBERGER, J. M. y MALIN, M. H.: *Public sector employment. Cases and materials*, Thomson, 2004, págs. 26-37.

trabajadores del Gobierno por manifestar opiniones contrarias al ideal de la Administración y, en este sentido, se consideraban ilícitas las opiniones de los trabajadores que criticaran, incluso en privado, las políticas de su empleador, o que expresaran aversión por destacadas figuras públicas.

Si bien es verdad que el caso Pickering no igualó las garantías constitucionales de los empleados públicos con las del resto de los ciudadanos⁵³, sí instauró un cierto grado de protección, extendiéndose las garantías básicas esenciales recogidas en la I enmienda a los trabajadores del sector público. En efecto, desde el año 1968 los empleados públicos pueden expresarse abiertamente sobre asuntos de la Administración y política. Con el modelo de libertad de expresión instaurado tras este pronunciamiento, el discurso estará protegido si, por un lado, versa sobre un asunto de interés general, y, por otro, la opinión ha sido vertida en la condición de ciudadano, y no como trabajador de la Administración. No obstante, los discursos partidistas, a pesar de tener una relevancia pública, pueden ser considerados ilícitos y prohibirse.

El discurso de los empleados sobre los asuntos de interés colectivo no deja de ser una cuestión en la que convergen intereses contrapuestos, debiendo respetarse todos en la medida de lo posible. La crítica a la política de la Administración puede generar fricciones si el discurso deteriora la disciplina o la armonía en el lugar de trabajo, interfiere con el funcionamiento normal de la Administración, o resta capacidad del empleado para desarrollar su trabajo. A la hora de determinar el equilibrio entre los intereses del Gobierno, de los empleados, y el interés general, debe tenerse en cuenta, además, la posición que ocupa en concreto el empleado en la organización de la Administración. En este sentido, cabe que idénticas declaraciones sean tratadas de manera diferente en atención a la jerarquía que ocupa la persona concreta que las realizó (caso Rankin vs. McPherson⁵⁴, 24 de junio de 1987)⁵⁵.

⁵³ Para una concepción más amplia del derecho a la libertad de expresión protegido en la I enmienda *vid.* DWORKIN, R.: «Why must Speech Be Free», en Dworkin, R.: *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, 1996, págs. 195-213.

⁵⁴ En el caso Rankin vs. McPherson se cuestionaron nuevamente los límites de la libertad de expresión por parte de los empleados públicos, a raíz de los comentarios vertidos por McPherson sobre el presidente Reagan en el centro de trabajo. En concreto, el trabajador, empleado de la oficina del alguacil del condado de Harris, Texas, después de escuchar por la radio que había habido un intento de asesinato al presidente Ronald Reagan, declaró que «si van a por él de nuevo, espero que lo consigan». Un compañero de trabajo (Walter H. Rankin) escuchó el comentario y lo puso en conocimiento de la policía. El Tribunal Supremo consideró que las amenazas directas contra el presidente no están protegidas por el derecho a la libertad de expresión, reconocido en la I enmienda. Sin embargo, sí lo estarían las críticas, incluso las extremas, realizadas por cualquier ciudadano, también si es empleado público, sobre un interés público, máxime cuando su trabajo para la Administración no implica una interacción con los ciudadanos. El tribunal consideró que la declaración de McPherson versaba sobre un asunto de interés público, y que no existían pruebas de que su comentario interfiriera con el buen funcionamiento o con el prestigio de la oficina. El tribunal también señaló que influía en esta decisión el hecho de que el puesto desempeñado por McPherson no tenía implicaciones políticas directas o contacto con el público, por lo que el impacto de su discurso sobre el buen funcionamiento de la agencia era menor.

⁵⁵ *Vid.* ROSENBLOOM, D. H.: *Administrative law...*, *op. cit.*, págs. 45-47.

El año 1994 el Tribunal Supremo tuvo oportunidad de pronunciarse nuevamente sobre la libertad de expresión (caso *Water vs. Churchill*, sentencia del 31 de mayo). En este supuesto se juzgaba el despido por insubordinación de una enfermera de un hospital público, que durante un descanso había cuestionado a una compañera ante sus superiores. El tribunal consideró que los trabajadores del Gobierno no podían ser despedidos o sancionados por el libre ejercicio de la libertad de expresión, a no ser que el empleador tuviera una base razonable para creer que el discurso le era perjudicial, o que el ejercicio de tal derecho implicara una cuestión de interés puramente privado, fuera del alcance de la protección de la I enmienda.

Si bien este pronunciamiento afianzó la doctrina emanada del caso *Pickering vs. Board of Education*, en cuanto a la obligación de realizar un juicio de ponderación antes de restringir los derechos de los empleados públicos, otorgó a la Administración una potestad desorbitada para llevar a cabo dicha intervención. En este sentido, el Tribunal Supremo estableció que la Administración podía restringir las libertades constitucionales de sus trabajadores, en particular la libertad de expresión, basándose únicamente en una creencia cabal y razonable sobre la existencia de palabras o expresiones incorrectas de sus empleados, aunque no pudieran probarse con total exactitud.

Esta atribución de facultades a la Administración parece que no se adecua al marco legal de referencia existente en la materia, la CSRA –que fue aprobada con la intención de limitar la discrecionalidad por parte del Gobierno–, así como a la jurisprudencia precedente. Y en tal sentido, fue matizada en el propio pronunciamiento judicial, al establecerse que para poder ejecutar una medida disciplinaria contra un trabajador, a pesar de que no tenga que probarse con total exactitud la comisión de los hechos, era necesario llevar a cabo una investigación previa. Si bien es verdad que la sentencia no concretó cuáles eran los procedimientos o las actuaciones a seguir por la Administración para que se entendiera cumplida esta exigencia.

El caso *Water vs. Churchill* dejó abiertos muchos interrogantes sobre la modulación del ejercicio de los derechos fundamentales de los empleados públicos. Sin embargo, supuso un hito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el empleo público, ya que fue la primera vez que se distinguió el doble papel de la Administración/Gobierno, cuando actúa como empleador y cuando lo hace como poder soberano⁵⁶.

A pesar de esta paulatina evolución jurisprudencial en la materia, su devenir no ha sido constante, y en las cuatros décadas transcurridas desde el caso *Pickering* diversos pronunciamientos judiciales han cuestionado el mantenimiento de las garantías constitucionales de la I enmienda a los empleados públicos, al entender que su libertad de expresión debería estar más restringida, al poder considerarse una manifestación del propio discurso partidista del Gobierno⁵⁷. Esta concep-

⁵⁶ Vid. VELÁZQUEZ, E. J.: «*Waters vs. Churchill*: Government-employer efficiency, judicial deference, and the abandonment of public-employee free speech by the Supreme Court», *61 Brook. L. Rev.*, 1995, págs. 1.057-1.059.

⁵⁷ Para un análisis detenido sobre el devenir jurisprudencial y doctrinal de la concepción de la libertad de expresión de los empleados públicos tras el caso *Pickering* *vid.*, por todos, SECUNDA, P. M.: «*The Story of Pickering v. Bd. Of*

ción de la libertad de expresión de los empleados públicos ha supuesto una ruptura con el ideal de la doctrina Pickering, en la cual se defendía que un ciudadano no perdía su condición de tal por convertirse en un trabajador del Gobierno («un hombre no renuncia a su derecho a la libertad de expresión cuando se convierte en un maestro de escuela»)⁵⁸.

Estas oscilaciones jurisprudenciales (por todos, caso *Garcetti vs. Ceballos*, 30 de mayo de 2006) han suscitado críticas por parte de un sector de la doctrina, tanto científica como judicial, que considera que los nuevos posicionamientos no solo perjudican a los empleados públicos⁵⁹, sino que también socavan la capacidad del resto de conciudadanos para ser conscientes de los problemas críticos que existen dentro del Gobierno y de la Administración, ya que los empleados del Gobierno pueden estar en mejor posición para conocerlos⁶⁰. En este sentido, una parte de la doctrina moderna reivindica la importancia del caso Pickering, aún 40 años después, en aras de un adecuado ejercicio de los derechos fundamentales que garantice en el sector público una fuerza de trabajo sólida y comprometida con la sociedad y el interés público⁶¹.

Además de la libertad de expresión, la I enmienda de la Constitución también protege el derecho a la libre asociación y a la libertad religiosa. De una manera análoga a lo que ocurre respecto de la libertad de expresión, en la actualidad las garantías de la I enmienda despliegan sus efectos en el ámbito del empleo público, pero es posible la imposición de límites en su ejercicio, en atención a los diversos intereses concurrentes.

En lo que respecta al derecho de asociación, la I enmienda despliega una amplia protección, partiendo de la premisa de que la afiliación por sí sola no es un comportamiento prohibido para los empleados públicos. En consecuencia, los empleados pueden afiliarse a sindicatos (aunque no existe un derecho constitucional a la negociación colectiva), a asociaciones de trabajadores, e incluso a grupos antisociales –como el Ku Klux Klan–, y a organizaciones subversivas. Sin embargo, las leyes estatales permiten a la Administración despedir a los trabajadores públicos que participen activamente en asociaciones que tengan fines ilegales, o cuyo propósito principal sea el derrocamiento del Gobierno, aunque para que el despido sea considerado lícito es necesario que el empleado público conozca y comparta el ideario de la organización y tenga, además, la

Education: Unconstitutional Conditions and Public Employment», en AA. VV., Garnett R. W. y Koppelman, A. (eds.), *First Amendment Stories*, New York: Thomson Reuters, 2012, págs. 285-287.

⁵⁸ Vid. SECUNDA, P. M.: «The Story of Pickering v. Bd. Of Education...», *op. cit.*, pág. 278.

⁵⁹ Sobre el caso *Garcetti vs. Ceballos*, vid. ROSENTHAL, L.: The Emerging First Amendment Law of Managerial Prerogative, *Fordham Law Review*, vol. 77, págs. 40-55.

⁶⁰ Sobre la necesidad de proteger el derecho a la libertad de expresión de los empleados públicos, también en el ejercicio de sus funciones, siguiendo las pautas instauradas en el caso Pickering, vid. el voto particular (*Souter's dissent*) del caso *Garcetti vs. Ceballos*.

⁶¹ Vid. SECUNDA, P. M.: «The Story of Pickering v. Bd. Of Education...», *op. cit.*, pág. 279.

intención de llevar a cabo los propósitos ilegales del grupo. Por tanto, la mera afiliación o pertenencia a la asociación por sí sola no es ilegal, y no justificaría un despido⁶².

Esta amplia libertad de asociación puede verse limitada en ciertas categorías o puestos concretos, en los que, por su especial significación para el orden político constitucional, la pertenencia a determinadas organizaciones pudiera dañar significativamente la imagen de la Administración o los intereses del público en general⁶³. En este contexto, puede prohibirse a los supervisores o gerentes unirse a sindicatos que representen a los empleados de base, ya que esta afiliación podría suponer un conflicto de intereses con sus responsabilidades jerárquicas, que les afectara negativamente.

Sin embargo, el mayor límite a la libertad de asociación de los empleados públicos se encuentra en la prohibición genérica de participar de manera activa en campañas políticas partidistas, impuesta por la Ley Hatch⁶⁴, y avalada en numerosas ocasiones por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otros, caso *United Public Workers of America vs. Mitchell*, 10 de febrero de 1947)⁶⁵. Esta restricción solo podría evitarse en aquellos casos en los que el partido pudiera demostrar que la afiliación es la forma de asegurar un desempeño de la actividad laboral efectiva, o que resulta menos restrictiva con los derechos constitucionales⁶⁶. Así ocurrió en el caso *Rutan vs. Republican Party of Illinois* (24 de junio de 1987), en el que varios empleados públicos y aspirantes impugnaron una orden emitida en noviembre de 1980 por el gobernador de Illinois, por la que se prohibía la contratación y promoción de los empleados públicos sin la aprobación previa de la oficina de personal del gobernador, teniendo en cuenta que sus decisiones para la contratación y promoción se basaban en factores tales como las contribuciones, servicios y apoyos prestados al Partido Republicano. La orden fue impugnada alegando que el gobernador violaba los derechos de la I enmienda por la práctica de un clientelismo político injusto y una discriminación por razón de afiliación política.

En este sentido, las restricciones a una participación política activa, a favor de un determinado candidato o partido, se entienden constitucionalmente justificadas por el interés público en la imparcialidad y en la eficacia de la Administración. Del mismo modo, se protege a los trabajadores

⁶² Vid. QUESTEL, L. K.: *Federal Laws prohibiting employment discrimination, for State and Local Officials*, Athens: University of Georgia, 1989, págs. 99-100.

⁶³ Vid. LUNDMARK, T.: *Power & Rights in US Constitutional Law*, New York: Oxford University Press, 2008, pág. 151.

⁶⁴ La Ley Hatch, o «Ley para prevenir las actividades políticas perniciosas» («Act to prevent pernicious political activities»), aprobada el 2 de agosto de 1939, es una ley federal que prohíbe a los empleados públicos de la rama ejecutiva del Gobierno, excepto al presidente, al vicepresidente y a algunos funcionarios de alto nivel, a participar en actividades políticas partidistas [section 9 (a) y (b) Ley Hatch]. Para una análisis sobre la evolución y significación de la ley, vid. LEE, Y. S.: *Public personnel Administration...*, *op. cit.*, págs. 38-41.

⁶⁵ Vid. BAIRD, J.; KADUE, D. D. y SULZAR, K. D.: *Public Employee Privacy. A legal and Practical Guide to Issues Affecting the workplace*, American Bar Association, 1995, págs. 4-5.

⁶⁶ Vid. ROSENBLOOM, D. H.: *Administrative law...*, *op. cit.*, pág. 46.

del Gobierno para no ser coaccionados, por parte de los funcionarios políticos o supervisores, para apoyar a los partidos políticos o a sus candidatos.

Por otro lado, la libertad de asociación también se manifiesta en el ámbito del empleo público en su vertiente negativa de modo que no se puede obligar a un empleado a afiliarse a una organización o sindicato. No resultan, por tanto, aplicables a los empleados públicos las cláusulas de «Union-Shop-labor» (caso *Chicago Teachers Union vs. Hudson*, 4 de marzo de 1986), pactadas tradicionalmente en el sector privado para obligar a los trabajadores incluidos en su radio de acción a estar parcialmente sindicados o a pagar una cuota sindical temporal de negociación o gestión, como condición para el mantenimiento del empleo⁶⁷.

Por último, la I enmienda también garantiza el derecho a la libertad religiosa y de culto, cuyos límites de ejercicio son más difusos que respecto al resto de derechos protegidos por la I enmienda (libertad de expresión y asociación). Parece claro que el derecho a la libertad religiosa garantizado en la I enmienda prohíbe al empleador público obligar a sus trabajadores a participar en la oración o en otra actividad religiosa. Además, resultaría inconstitucional que la Administración limitara el ejercicio de la libertad religiosa de un trabajador si no existe ninguna causa que pudiera justificarlo.

A nivel federal existe una protección o garantía adicional, contenida en la Ley de Igualdad de Oportunidades (Civil Rights Act de 1974)⁶⁸, que prohíbe la discriminación por cuestiones religiosas o de raza en los lugares de trabajo, así como en las dependencias públicas y en las escuelas. Esta ley garantiza a todos los empleados públicos civiles, con independencia del nivel que ocupen en la Administración, la posibilidad de utilizar o portar símbolos religiosos durante el desempeño de su trabajo –joyas o tocados–, incluso si a otros trabajadores les resulta desagradable.

Como ocurre con todos los derechos, el ejercicio de la libertad religiosa no es ilimitado, y puede verse restringido cuando entre en conflicto con otros bienes y valores constitucionalmente protegidos. Por ello, está prohibido el proselitismo religioso en el contexto de la relación de trabajo,

⁶⁷ La Ley Nacional de Relaciones Laborales (NLRA) estableció que no se puede obligar a un trabajador a afiliarse a un sindicato o a abonar cuotas sindicales como una condición del empleo, salvo que el convenio colectivo aplicable contenga una cláusula de «Union Shop», en virtud de la cual se requiera a todos los empleados hacerse miembros del sindicato o pagar cuotas sindicales. En el supuesto de que existiera una cláusula de este tipo en el convenio, la obligación del trabajador se concreta en el pago de una parte de la cuota sindical, equivalente a los gastos ocasionados al sindicato por las funciones de representación desarrolladas durante los procesos de negociación colectiva y la administración del contrato. El Tribunal Supremo, en el caso *Communication Workers vs. Beck* (1988), reforzó esta idea de la NLRA, estableciendo que los pagos que se pueden exigir al trabajador por parte del sindicato funcionan de manera análoga a un contrato de agencia.

⁶⁸ No confundir con la Civil Rights Act de 1990, que trataba de proteger a las minorías y a las mujeres de la discriminación laboral. Esta ley fue aprobada para corregir las dificultades de probar la discriminación en el ámbito laboral, tras varios pronunciamientos del Tribunal Supremo que establecían la necesidad de que fuera el empleador quien aportara la prueba de no haber cometido prácticas discriminatorias. Aun así, esta ley no llegó a surtir efectos, ya que fue vetada por el presidente George W. Bush.

al igual que todas aquellas manifestaciones que puedan suponer un perjuicio o interferencia con el desarrollo de la actividad, con la armonía laboral o con los intereses legítimos de la Administración.

Por último, cabe destacar que la Constitución de los Estados Unidos no reconoce expresamente el derecho a la privacidad aunque el Tribunal Supremo ha ido creando «zonas de privacidad» a partir de diversos preceptos de la Declaración de Derechos (caso *Griswold vs. Connecticut*, 7 de junio de 1965), especialmente de la IV enmienda, relativa a la inviolabilidad del domicilio, de la persona, y la prohibición de registros arbitrarios.

En este sentido, los empleados públicos mantienen durante el desarrollo de su prestación de trabajo la protección contra registros e incautaciones irrazonables, también cuando se encuentren en edificios estatales o federales. La cuestión decisiva para que se extiendan las garantías constitucionales sobre la privacidad es si existe una expectativa razonable por parte del trabajador, de tener privacidad en esas circunstancias concretas. Es decir, si es una expectativa de privacidad que la «sociedad» y, por ende, los jueces, están dispuestos a apoyar. Si no existe esta expectativa razonable, la Administración, como empleadora, es libre de realizar registros e intervenciones.

Con carácter general se admite que los empleados públicos tienen una expectativa razonable de privacidad respecto de su integridad corporal, aun cuando existen supuestos en los que la Administración puede traspasar incluso este límite. Así ocurre, por ejemplo, cuando existen sospechas fundadas de que un empleado público consume sustancias prohibidas por la ley, o incurre en alguna otra actuación o actividad que pueda poner en peligro la seguridad nacional o el orden público constitucional⁶⁹.

En el año 1974 se aprobó la Ley Federal de Privacidad (*Privacy Act*, 31 de diciembre), con el objetivo de evitar el mal uso de la información personal de los ciudadanos por parte de las agencias federales. Esta ley, de carácter general, es la única regulación que existe a nivel federal en la materia y, por tanto, también se aplica para regular el derecho a la privacidad de los empleados públicos, a falta de una norma específica. No obstante, la regulación federal está superada por la normativa propia de algunos Estados, que han aprobado leyes que expresamente regulan el derecho a la privacidad de sus empleados públicos en el lugar de trabajo⁷⁰.

El Tribunal Supremo se pronunció sobre el derecho a la privacidad de los empleados públicos en el caso *O'Connor vs. Oterga* (31 de marzo de 1987), estableciendo el marco general para la aplicación de la IV enmienda en el sector.

El supuesto de hecho resuelto por el Tribunal Supremo era el siguiente: el director de un hospital estatal de California sospechaba que el director ejecutivo del hospital estaba realizando

⁶⁹ Vid. ROSENBLUM, D. H.: *Administrative law...*, *op. cit.*, págs. 45-47.

⁷⁰ Vid. BAIRD, J.; KADUE, D. D. y SULZAR, K. D.: *Public Employee Privacy...*, *op. cit.*, págs. 8-11.

una mala administración del programa de residencia. Para comprobar si realmente se estaba produciendo una gestión inadecuada se otorgó al trabajador una licencia retribuida, y aprovechando su ausencia del hospital se procedió a registrar su oficina. Durante este registro, el personal del hospital se apoderó de artículos, archivadores y efectos personales del trabajador (incluyendo una tarjeta de San Valentín, una fotografía y un libro de poesía, enviados por un exmédico residente del hospital). Tras los resultados de estos registros el hospital puso fin a la relación laboral de Ortega.

La cuestión que finalmente llegó al Tribunal Supremo consistía en determinar si el trabajador tenía o no una expectativa razonable de privacidad amparada por las garantías constitucionales. Conforme a la doctrina clásica, emanada de la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, existe una expectativa de privacidad cuando la sociedad está dispuesta a aceptarla como razonable. Sin embargo, lo que puede ser considerado razonable para la sociedad con carácter general, puede verse mediatizado en el ámbito del empleo público. En efecto, en este sector convergen diversas circunstancias, como la primacía del interés general, que pueden incidir sobre la razonabilidad de la expectativa de privacidad, principalmente, por los efectos desplegados por los usos y costumbres, o la *praxis* profesional, sobre lo que está permitido y prohibido en los lugares de trabajo.

Aun así, el Tribunal Supremo amparó las pretensiones de privacidad del trabajador, al entender que las circunstancias concurrentes en el caso avalaban esta expectativa, ya que el empleado llevaba prestando servicios para el hospital 17 años, y en todo ese tiempo nunca había compartido su oficina ni sus archivadores con ningún otro compañero. Por lo tanto, en este supuesto se había creado una expectativa razonable de privacidad que le había llevado a guardar en su oficina objetos personales, incluida correspondencia privada, datos financieros, materiales didácticos, notas y regalos⁷¹.

El Tribunal Supremo extrae del caso Ortega vs. O'Connor dos claves fundamentales que deben ser tenidas en cuenta a la hora de evaluar las intervenciones y registros por parte de la Administración. En primer lugar, para que la Administración pueda llevar a cabo cualquier tipo de intervención es necesario que existan sospechas razonables y fundadas de que el trabajador está realizando actividades que constituyen una infracción, y que pueden dar lugar a la adopción de sanciones disciplinarias. En segundo lugar, las medidas adoptadas deben ser proporcionales respecto de los objetivos perseguidos por la Administración y los derechos del trabajador, en atención a la naturaleza de la conducta sancionable que se pretende probar⁷².

Por último, cabe destacar que la constitucionalización de la relación de empleo público también tuvo su vertiente procesal, que se concretó en la aplicación generalizada de la cláusula del

⁷¹ Vid. LEE, Y. S.: *A reasonable public servant. Constitutional Foundations of Administrative Conduct in the United State*, New York: Sharpe, págs. 118-119.

⁷² Véase la nota anterior, pág. 120.

due process, recogida en la V y la XIV enmiendas de la Constitución, en detrimento de la doctrina del *Bitter with the sweet*⁷³.

La cláusula del *due process* es una garantía procesal que impide a las autoridades privar de la vida, la libertad o la propiedad a los ciudadanos de los Estados Unidos sin seguir el procedimiento constitucional o legalmente previsto. Esta garantía procesal tiene especial relevancia en el ámbito del empleo público, ya que el ordenamiento jurídico norteamericano configura un concepto de propiedad muy amplio, que puede alcanzar a diversas garantías relacionadas con el empleo. Así, por ejemplo, en el caso *Cleveland Board of Education vs. Loudermill* (Tribunal Supremo, 19 de marzo de 1985), se recurrió el despido de un empleado federal amparándose en un «derecho de propiedad sobre la continuidad en el empleo». En este sentido, debe tenerse en cuenta que en el ordenamiento jurídico norteamericano los intereses de propiedad protegibles no son solo los creados por la Constitución, sino que también se pueden reconocer por reglas y acuerdos, como la ley de un Estado federado.

No obstante, y al igual que ocurre con las garantías sustantivas, la aplicación de la cláusula *due process* no es absoluta, subsistiendo ciertos supuestos en los que, en atención al interés de la Administración o de los ciudadanos, es posible la inaplicación de la garantía procesal. Por ejemplo, resulta lícita la suspensión del salario sin observar las garantías constitucionales, cuando de manera consciente y voluntaria se hayan realizado tareas incorrectamente, con perjuicio para el desarrollo del servicio o de la actividad de la Administración⁷⁴. En cualquier caso, cuando se produzca una restricción de derechos de esta clase debe procederse a dar audiencia previa al empleado (caso *Gilbert vs. Homar*, Tribunal Supremo, 9 de junio de 1997)⁷⁵.

5. EL PAPEL DE LA ADMINISTRACIÓN-EMPLEADORA FRENTE AL EJERCICIO DE LAS LIBERTADES DE CONCIENCIA

Las especialidades intrínsecas del empleo público norteamericano, y su evolución, desde la falta inicial de un reconocimiento de los derechos constitucionales, a los límites actuales impuestos en su ejercicio, pueden plantear la disyuntiva de si la Administración es una empresa de tendencia o no.

Como se sabe, las empresas tendencia son aquellas con una concreta ideología, compartida por todos sus integrantes o simpatizantes, y que se dedican a la gestión de un determinado mensa-

⁷³ Sobre el origen de la XIV enmienda, y la cláusula del *due process*, vid. BOND, J. E.: *No easy walk to freedom...*, *op. cit.*, págs. 1-14.

⁷⁴ Vid. ROSENBLUM, D. H.: *Administrative law...*, *op. cit.*, pág. 47.

⁷⁵ Vid. en este sentido, la sección 4303 de la CSRA, «Acciones basadas en el rendimiento inaceptable», en la que se regulan los supuestos de hecho y el cauce de actuación de la Administración federal en estos casos.

je, lo que afecta a las relaciones de trabajo que se desarrollan en su seno, quedando mediatizadas por el respeto al ideario de la empresa. Por ello, la eventual consideración de la Administración como una empresa de tendencia puede resultar esencial a la hora de analizar la licitud de ciertos comportamientos por parte de los empleados.

La doctrina norteamericana, tanto judicial como científica, ha evolucionado sobre la concepción de la Administración. Como se ha visto, la tendencia mayoritaria a lo largo de las últimas cuatro décadas ha sido la constitucionalización del empleo público, y el refuerzo de la neutralidad de la Administración, también cuando actúa como empleadora. Esta concepción se observa incluso en los límites actuales del ejercicio de los derechos fundamentales, y que se imponen a los trabajadores en garantía de una Administración neutra (*v. gr.* la prohibición de participar en campañas partidistas, impuesta por la Ley Hatch).

Esta configuración de la Administración parece descartar que tenga un mensaje o ideología propia, y, que, por tanto, pueda ser considerada como una empleadora de tendencia.

Sin embargo, una serie de recientes pronunciamientos jurisprudenciales han apuntado en sentido contrario, considerando que la Administración gestiona el mensaje del Gobierno, y, por tanto, tiene una ideología definida y concreta que se proyecta en todas sus actuaciones, también a través de las de sus empleados⁷⁶.

Pese a ello, tanto la regulación legal como la doctrina judicial apuestan por un modelo neutro de Administración de empleadora, en la que el reconocimiento del libre ejercicio de los derechos fundamentales a los empleados públicos (libertad de expresión, de asociación y de religión) impide que se la pueda considerar como una empleadora de tendencia o ideológica en sentido técnico-jurídico.

No obstante, aunque con carácter general la Administración no puede ser considerada una empresa de tendencia, algunos de sus puestos y empleados sí podrían considerarse como tales, como, en sentido inverso, en las empresas de tendencia clásicas se pueden encontrar puestos de trabajo neutros (*v. gr.* servicio de limpieza en un colegio privado con ideario)⁷⁷.

Por ello, es posible que dentro de la estructura interna de la Administración existan ciertos puestos o categorías que no pueden ser considerados neutros, por dedicarse a gestionar y transmitir la opción política de cada concreto Gobierno. En estos casos, el análisis se situaría en un plano distinto, ya que no se estaría refiriendo a la Administración con carácter general, ni a su

⁷⁶ Sobre los distintos pronunciamientos en este sentido, y su acogida en la doctrina científica *vid.* SECUNDA, P. M.: «The Story of Pickering v. Bd. Of Education...», *op. cit.*, págs. 278-285.

⁷⁷ *Vid.* GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, M.ª J.: «Extinción del contrato de trabajo: el despido por razones ideológicas en la Administración Pública», *Temas laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 108, 2011, págs. 270-272.

consideración como sujeto ideológico, sino que se centraría en la problemática sobre las relaciones –también laborales– en la cúspide de esta, encarnada por el Gobierno, y que, por definición, responde a unos concretos ideales, habitualmente coincidentes con los del partido al que pertenece el candidato/presidente. En este plano de análisis, se generan unos concretos puestos que, por tanto, pueden ser considerados de tendencia, en la medida en que son cargos de confianza orientados a la gestión y promoción de los ideales del Gobierno.

La existencia de puestos de tendencia dentro de la Administración se pone de manifiesto con la propia Ley Hatch (aprobada el 2 de agosto de 1939) cuando excluye de la prohibición de participar en actividades políticas partidistas a los funcionarios de alto nivel, al considerarse que son puestos de confianza del presidente y del vicepresidente, y a los que sí es exigible una fidelidad ideológica con la Administración que gobierna y, por tanto, pierden la necesidad de neutralidad que se predica del resto de empleados públicos [Section 9 (a) y (b)].

La consideración de estos puestos como de tendencia conlleva que los empleados que acceden a ellos tengan un mayor sometimiento al poder de dirección, de manera análoga a lo que ocurre con el desempeño de la actividad laboral en una empresa ideológica en sentido estricto. Por ello, la imposición de mayores restricciones a estos empleados (como la prohibición de pertenecer a determinadas asociaciones o mayores restricciones a la libertad de expresión) resulta lícita, si de lo contrario supusiera un perjuicio para el ideario que defiende el concreto Gobierno en el poder.

No obstante, estas restricciones solo son admisibles respecto a determinados puestos en la Administración, por su proximidad con el poder y la necesidad de adhesión –también ideológica– que requieren para que el partido en el Gobierno pueda desarrollar de manera eficiente su programa electoral. Pero en ningún caso son predicables respecto de la generalidad de los puestos de trabajo dentro de la Administración pública. Muy al contrario, la Administración, en la medida en que es garante del pluralismo y del Estado Democrático y de Derecho, debe asegurar la neutralidad en todas sus actuaciones, también respecto de sus empleados, a los cuales no se les puede exigir, en ningún caso, una fidelidad ideológica.

La consideración de la Administración como empleadora de tendencia o ideológica suscita ciertos problemas y reflexiones que bien podrían ser exportables al ordenamiento jurídico español, si bien el planteamiento de partida no es idéntico, ya que el ejercicio de los derechos «privados» o inespecíficos por parte de los empleados públicos no ha sido una cuestión controvertida en nuestro ordenamiento.

En este sentido, la Administración española, como órgano ejecutor del Gobierno, debe servir con objetividad a los fines generales previstos en el texto constitucional (art. 103 CE), lo que implica la necesidad de respetarlos y garantizarlos en todas sus actuaciones, también cuando actúa como empleadora. Sin perjuicio de que esta vinculación positiva de la Administración a la ideología constitucional abre el interrogante de si la adhesión ideológica-constitucional también es exigible a los trabajadores que prestan servicio en su seno.

A este respecto, lo primero que hay que determinar es si la Administración es realmente neutra o si, por el contrario, tiene una ideología concreta que se proyecta en todas sus actuaciones, entendiendo por ideología «el cuerpo de ideas que entregan identidad y coherencia a un grupo social determinado»⁷⁸. Desde una concepción filosófico-política, el Estado y, por ende, la Administración, siempre responden a una concreta ideología, por lo que no puede existir un Estado ideológicamente neutro. No debe olvidarse que el ordenamiento jurídico estatal es una forma de vida societaria instituida por la voluntad unificada de los grupos que han logrado predominar políticamente en un conflicto ideológico, y que se constituyen como el núcleo del poder estatal en un momento histórico determinado⁷⁹.

Sin embargo, una vez que esa ideología informa al Estado, y es aceptada por la mayoría de los ciudadanos, se trasciende a un plano diferente al puramente ideológico y se habla de eficacia del ordenamiento jurídico. La eficacia del orden jurídico estatal, en cuanto que significa una aceptación por parte de los individuos de los fundamentos dogmáticos en los que se apoya el sistema, transforma lo que en un momento inicial fue mera ideología (en una concepción ortodoxa), en una «tesis verdadera» de lo real⁸⁰, dejando de considerarse un fenómeno ideológico.

Desde esta perspectiva se puede descartar que los principios y valores constitucionales recogidos en nuestro texto fundamental conformen ideario que limite la actuación de la Administración (art. 103 CE). Por el contrario, su reconocimiento en el texto constitucional conlleva la codificación de unas pautas de convivencia en las que se funda todo el ordenamiento jurídico español, que impide que la Administración pueda ser considerada un sujeto ideológico.

La exclusión de la Administración como un sujeto ideológico desde la perspectiva técnico-jurídica, parece que limita las posibilidades de que la Administración sea considerada una empresa de tendencia. A pesar de que en nuestro ordenamiento jurídico no existen criterios legales expresos que definan lo que debe entenderse por una empresa de tendencia, se manejan en la doctrina dos tipos de concepción, uno más amplio y otro restrictivo. El primero de ellos considera empresas de tendencia a todas aquellas organizaciones de carácter político, religioso, sindical o moral que tengan una cierta concepción del mundo, compartida por todos sus integrantes o simpatizantes, y que habitualmente se destinen a la difusión de un cierto mensaje, incluidos los centros de enseñanza, las empresas de información o las asociaciones empresariales.

Frente a este concepto amplio, existe un concepto de empresa de tendencia ideológica restrictivo, según el cual solo se incluirían aquellas organizaciones dedicadas a la gestión de un determinado mensaje que se constituyeran como partidos políticos, sindicatos, y confesiones

⁷⁸ Vid. RICOEUR, P.: *Ideología y utopía*, Barcelona: Ediciones Gedisa, 1999.

⁷⁹ Vid. MÉNDEZ DE SMITH, E. A.: *Las ideologías y el derecho*, Buenos Aires: Astrea, 1982, pág. 137.

⁸⁰ Vid. COSSIO, C.: *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964, pág. 480.

religiosas, sin que merezcan esa calificación otras organizaciones productivas, con independencia de que tanto el empresario como los trabajadores mantengan un determinado ideario común.

Este concepto estricto, que excluiría a la Administración pública, es el más utilizado por la doctrina española⁸¹, coincidente con el criterio del tribunal, al entender que la Administración, como el resto de las instituciones del Estado, debe de ser ideológicamente neutral y carece de ideología concreta, y que la neutralidad es necesaria para garantizar el respeto al pluralismo y la libertad en la que se funda el ordenamiento jurídico español (STC 5/1981, de 3 de febrero).

Aun así, pueden existir ciertos puestos determinados dentro de la estructura de la Administración a los que, debido a su especial significación, puedan imponerse límites adicionales. También, con carácter más general, se pueden establecer límites al ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los empleados públicos cuando este ejercicio implique una intromisión injustificada en las pautas de convivencia básicas que sustentan el modelo de Estado. En cualquier caso, para que estas restricciones pudieran ser consideradas idóneas deberían adecuarse a la doctrina del «juicio de proporcionalidad» construida por nuestro Alto Tribunal, y de aplicación general a todas las relaciones de trabajo (SSTC 98/2000, de 10 de abril y 186/2000, de 10 de julio).

⁸¹ Vid., GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, M.^a J.: «Extinción del contrato de trabajo...», *op. cit.*, págs. 270-272.