

LA CONDICION POLITICA DE LOS FUNCIONARIOS FEDERALES EN ALEMANIA OCCIDENTAL

«Sólo puede ser nombrado funcionario... quien ofrezca garantías de que en todo momento ha de sostener los principios fundamentales de la democracia y la libertad contenidos en la Constitución.» (Artículos 7, 1, 2 de la Ley de Funcionarios: Bundesbeamtengesetz: BBG.)

«La selección de funcionarios ha de hacerse atendiendo a las cualidades, capacidad y conocimientos técnicos de los aspirantes, y sin tener en cuenta... sus ideas políticas.» (Art. 8, 1, BBG.)

Tan palmaria contradicción bien merece un comentario.

I

La influencia de la política en la Función Pública alemana es de fecha relativamente reciente. La doctrina suele precisamente recrearse en el recuerdo de aquella época gloriosa de la burocracia imperial, que tantos elogios merece, y que ninguna relación tenía con la política. Los funcionarios, a partir del «Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten» de 5 de febrero de 1794, habían dejado, es cierto, de ser servidores personales del Príncipe, pero seguían ligados a él por una tradicional relación de fidelidad, de la que se sentían con justa causa orgullosos, puesto que constituía la razón de ser de su «casta». No eran de temer entonces peligrosas intromisiones de la política en la Administración, puesto que el hecho de poder prestar esta especial fidelidad, de formar una casta, era garantía suficiente de privilegio.

Al derrumbarse el Imperio se quebrantó buena parte de esta particular estructura de la Función Pública, y los vaivenes políticos afectaron gravemente a la Administración. Pero no debemos entender que este fenómeno fuera causado únicamente por la modificación de la mecánica política del país. Hay otras causas más profundas.

Tenemos, en primer lugar, la irrefrenable trayectoria evolutiva de un Estado que, abandonando su papel de simple árbitro en el juego económico y social de la nación, quiere formar parte del mismo y adop-

ta una postura activa, conformadora. Si el Estado sale de su actitud extrasocial y se inserta en las tormentas de la Sociedad (1), nada tiene de extraño, pues, que la sociedad, a su vez, afecte al Estado en todos y cada uno de sus aspectos e inquietudes.

Por otra parte, tenemos que la inflación burocrática había forzado la creación de un abultado cuerpo de funcionarios que carecía de la homogeneidad de otros tiempos, y que ya no podía sentir en todos sus miembros el concepto de clase y privilegio. Los primeros síntomas de este fenómeno aparecieron ya en la época imperial con la creación de las asociaciones de funcionarios (*Verband Deutscher Beamtenvereine*, 1892; *Bunde der Festbesoldenten*, 1909) y, dato aún más significativo, con la actividad política pública antigubernamental de algunos funcionarios.

La Constitución de Weimar (art. 130) acordó a los funcionarios, en principio, una absoluta libertad de opinión política (2), que en la práctica nunca alcanzaron por causa de una doctrina y jurisprudencia decididamente opuestas. Pero el prestigio de la imparcialidad política de la Función Pública no acabó de desmoronarse hasta la época hitleriana, cuyas graves intromisiones en la Administración han sido rematadas por la acción depuradora del régimen actual (3). El puesto de funcionarios es tenido por peligroso: expuesto a vejaciones tanto por no doblegarse a la presión gubernamental de cada momento como por haberse doblegado a presiones gubernamentales pasadas.

II

La legislación actual tiende a remediar esta penosa situación, creando un ambiente de confianza y seguridad en torno a los funcionarios; ya veremos con qué éxito.

Por lo pronto reanuda en cierto sentido los viejos conceptos del honor y del espíritu de clase, que la jurisprudencia nunca había abandonado por completo: «Por regla general el mantenimiento de la dignidad de la función es muy estricto. Por ejemplo..., se ha entendido en diversas ocasiones que constituye una falta digna de sanción la tole-

(1) Cfr. FORSTHOFF: *Lehrbuch des Verwaltungsrecht. Allgemeiner Teil*. Tercera edición, 1953; págs. 60 y sgs.

(2) La terminología alemana se refiere siempre a la libertad de la expresión de la opinión (*Meinungsausserung*), no a la íntima conciencia de cada individuo.

(3) Por cierto que, a pesar del rigor de estas medidas, un sector de la opinión pública no se ha dado aún por satisfecho. En los últimos días del mes de noviembre de 1959, se ha celebrado en Karlsruhe una impresionante exposición de fotocopias de documentos del régimen nazi, tintos en sangre, que afectan a funcionarios que en el momento ocupan elevados cargos de la República Federal.

rancia de un comportamiento contrario al *honor* o a la moral por parte de los miembros de la familia del funcionario. Aunque no hay un texto legal sobre el particular, la jurisprudencia considera que el funcionario tiene el deber de dar a sus parientes una educación conveniente e inculcarles los principios que corresponden a la *dignidad de su función...*, debiendo vigilar porque la situación de su familia no comprometa su *honor y reputación*» (4).

En esta línea puede también encajarse el deber de prestar solemne juramento, como se señala en el artículo 58 de la BBG. Esta obligación estaba ya consignada en el artículo 176 de la Constitución de Weimar, aunque con un espíritu muy distinto (5). La fidelidad que se exigía entonces se limitaba formalmente a la actuación dentro del servicio; en la actualidad, como más adelante veremos, es mucho más amplia.

Por otra parte, la libertad para ejercer o dimitir del cargo (garantizada en el artículo 12 de la Constitución) se consagra en el artículo 30 de la BBG, en el que se consigna que el «funcionario puede en cualquier momento pedir su separación del servicio, mediante escrito razonado que ha de presentar al jefe del Servicio... La cesación debe concederse para el momento en que se haya pedido. No obstante puede retrasarse hasta tres meses hasta tanto que el funcionario haya terminado de tramitar los asuntos perdientes».

Es de advertir que este derecho, que en principio parece elemental, fué desconocido bajo el régimen nazi, que en 1939 impuso a los funcionarios la obligación de mantener sus relaciones con la Función Pública, en atención a la importancia que en general debe concederse a su misión en el sostenimiento del Estado (6).

Como garantía de la separación entre las funciones legislativa y ejecutiva (7), se establece una radical incompatibilidad entre el ejercicio de un cargo de la Función Pública y el de diputado en el Bundestag. El artículo 28, p. 2, de la BBG determina como condición inexcusable del nombramiento de un funcionario (en el supuesto de ser miembro del Parlamento), el haber renunciado a tal mandato. Y el artículo 57 de la misma Ley impone a los funcionarios que hayan sido elegidos diputados la obligación de abandonar su cargo. Limitación que es admitida por el artículo 137, 1 de la Constitución.

En el proyecto de Ley se señalaba esta incompatibilidad tanto res-

(4) CHAPEL, Ivès: *Le droit disciplinaire des fonctionnaires federaux dans la Republique federal allemande*. «Revue I. des Siences Ad.», n. 1, 1956.

(5) Cfr. REDEBERGER: *Der Eid des Beamten*, en «Die Öffentliche Verwaltung», n. 3. Julio, 1954.

(6) KÖTTGEN: *Comentario a la BBG en la cátedra de Derecho administrativo de la Universidad de Gotinga en el semestre de invierno 1959-60*.

(7) Cfr. BOCHALLI: *Bundesbeamtengesetz. Kommentar*. Segunda ed., 1958, pág. 151.

pecto al Bundestag como a los Landstage. En la discusión parlamentaria se consideró innecesaria esta segunda limitación, por entender que ninguna relación funcional media entre los Landstage y los funcionarios federales. Sobre este particular la Circular del Ministerio del Interior de 23 de julio de 1952 (8) ha aclarado que «mientras no se haya dispuesto otra cosa en contrario en la legislación constitucional o electoral de los Estados, nada impide que los funcionarios federales acepten mandatos parlamentarios en el nivel de los Estados o los entes locales, ya que los derechos electorales pasivos de los funcionarios sólo pueden ser limitados mediante leyes, y hasta ahora sólo ha legislado sobre este punto la BBG». La Ley Federal de 1 de julio de 1957 (9) ha concedido libertad a los Estados para que legislen en este punto.

Es de señalar, por último, que el citado artículo 8, 1 de la BBG tiene su fundamento constitucional en el artículo 3, 3 de la Constitución, que determina que nadie puede ser tratado ventajosa o desventajosamente a causa de sus ideas políticas.

III

Con las someras indicaciones que anteceden creemos haber descrito ya lo suficiente el lado positivo de la condición política de los funcionarios federales, es decir, el cuadro de posibilidades de actuación política que se les ofrece. Para completar este examen, debemos lanzar ahora una ojeada sobre su aspecto negativo, sobre las limitaciones impuestas, que constituyen el otro brazo de la contradicción señalada al principio de esta crónica.

El artículo 7, 1, 2, de la BBG se complementa con el 52, que declara que el «funcionario sirve a todo el pueblo, no a un partido. Tiene que cumplir sus misiones imparcialmente y con justicia, atendiendo solamente al bien común. En la totalidad de su conducta debe el funcionario adherirse a los principios constitucionales de libertad y democracia y ha de sostener su conservación».

La primera frase de este artículo pretende resolver el importante problema de quién es a quién el funcionario sirve. En los tiempos de la Monarquía absoluta la Función Pública servía directamente a la persona del Príncipe. En los comienzos del siglo XIX se dió un gran paso en este sentido, pues dejó de servirse al Monarca para depender del Estado. Esto, al menos, pregonaba orgullosamente la doctrina, y hasta llegó a consignarse así en alguna disposición legislativa. Pero la realidad del fenómeno era muy otra, y a quien se servía, y de quien

(8) *Gemeinsames Ministerial Blatt*, pág. 185.

(9) *Bentemrechtsrahmengesetz-Rahmengesetz zur Vereinheitlichung des Beamtenrechts*.

se dependía, por tanto, era de un partido político: el que gobernaba (sistema del patronazgo, *spoils system*, cesantías). Reconociendo este peligro, la ley que comentamos, en sus esfuerzos por relacionar directamente al funcionario con el Estado, le coloca por encima de los partidos. Pero entendemos que no se ha hecho con acierto, porque a quien verdaderamente se sirve no es al pueblo, ni siquiera al Estado, sino a los sistemas democráticos plasmados en la Constitución, como se deduce inexorablemente del conjunto de todos sus preceptos.

Esta evidencia suele ser salvada mediante la ficción de que servir a la Constitución es, en definitiva, servir al pueblo, puesto que ha sido el pueblo el que la ha aceptado libremente. Pero este sofisma no resiste una crítica objetiva, ya que mal puede creerse en esta libre aceptación cuando no se permite una manifestación contraria y, además, por el mismo argumento podría aplicarse para defender el anterior sistema, ahora repudiado, de servicio a un partido. En el fondo la situación actual es consecuencia de la interna contradicción de la democracia, que, siendo en su esencia la libertad, no puede concederla a sus enemigos totalitarios, porque con ello pone en peligro su propia vida.

¿Cuáles son estos principios constitucionales liberales y democráticos? Dado lo vago de la expresión legal, ha tenido el Tribunal Constitucional Federal que perfilar el concepto (10) concretándolos a los derechos de la persona humana, la soberanía del pueblo, la separación de poderes, la independencia de los jueces, el sistema de la pluralidad de partidos, las elecciones libres y la libertad de oposición legal. Estos principios están de acuerdo, por otra parte, con los expuestos en el artículo 88 del Código penal, que se refiere a la represión de la alta traición y de los atentados contra la seguridad del Estado.

En cuanto a la actitud del funcionario frente a estos principios, no ha de limitarse a una mera actuación pasiva, sino que se le exige un apoyo y una defensa activa cuando fuere necesario y de conformidad con las circunstancias a la categoría de cada puesto. Así lo tiene declarado el propio Parlamento, sin la menor crítica por parte de la doctrina (11).

El artículo 77 de la BBG es una prueba más de la rigidez de su observancia, puesto que no sólo es impuesta a los funcionarios en activo, sino también a los retirados, bajo pena de sanciones que afectan gravemente a sus derechos pasivos.

Pero la mayor originalidad del actual sistema radica en que la normación de la condición política del funcionario no se limita a su aspecto profesional, como venía haciéndose tradicionalmente, sino que se amplía a todos los órdenes de su vida privada, es decir, extraprofesional, puesto que la totalidad de su actividad política está mediatizada

(10) *Neue Juristische Wochenschrift*, 1952; pág. 1.407.

(11) *Ausschuss des deutschen Bundestages für Beamtentrecht*, pág. 13.085.

por el artículo 53 de la BBG, que determina que «en su actividad política debe observar el funcionario la reserva y circunspección que se derivan de su especial situación con respecto a la colectividad social y del cumplimiento de las obligaciones de su cargo».

En este punto encajan los funcionarios alemanes en la categoría de los «parcialmente esterilizados», si se acepta la terminología de FOURIER (12), es decir, que sin imponerse precisamente una doctrina al individuo, al menos se le acotan determinados campos políticos. Conforme a la sistemática de LELONG (13), el actual estatuto sería consecuencia de un acuerdo entre los funcionarios y el Estado, mediante el cual se compromete éste a no imponer a aquéllos una ideología determinada, quienes, a su vez, aceptan el compromiso de no atentar contra determinadas ideas, con rango de tabú.

A este respecto señala I. VON MUNSCH (14) tres limitaciones a la expresión de la opinión política de los funcionarios fuera del servicio: que no afecte al art. 2, 1 y al 5, 1 de la Constitución, y que no lesione las leyes generales, especialmente los artículos 185 y siguientes del Código penal.

Sea como fuere, el funcionario no sólo ha de acatar y aun defender dentro del servicio determinados principios, sino que, fuera de él, ha de respetarles, hasta el punto de tener prohibida su adhesión y apoyo a los partidos que atenten o puedan atentar contra los mismos.

Este artículo que comentamos parece resucitar una antigua teoría, según la cual los funcionarios vienen a estar «siempre en servicio», y como consecuencia de la especial relación que les une con el Estado, han de renunciar al albedrío de su esfera privada y, en consecuencia, a su personalidad política. Esta teoría, por más que vulnere gravemente los elementales derechos del individuo garantizados en el artículo primero de la Constitución, ha sido recogida en fechas muy recientes por alguna jurisprudencia (15).

La renovación de actitudes que podían suponerse definitivamente olvidadas es un fenómeno característico del momento alemán, que en este punto bien merece el nombre de reaccionario. En el excelente comentario de BEHNKE a la Ley de Procedimiento Disciplinario (16) se

(12) *La liberté d'opinion du fonctionnaire*. París, 1957. Este término, que procede de la literatura americana (concretamente, de L. D. Epstein), no es muy adecuado; pero todavía no ha mejorado la Doctrina su exposición. En la literatura alemana se habla de «Politische Neutralisierung».

(13) *Le fonctionnaire et l'activité politique*, en la «Revue Administrative», septième-octobre, 1954.

(14) *Freie Meinungsäußerung der Beamten*, en «Zeitschrift für Beamtenrecht», octubre, 1959.

(15) Resolución de 1 de octubre de 1953. BDHE 1, pág. 24.

(16) *Bundesdisziplinarordnung. Kommentar*. Stuttgart, 1954, pág. 105.

recoge y aceptó una disposición de fecha 24 de septiembre de 1925, en la que se argumenta este mayor rigor de la condición política de los funcionarios por cuanto «si el derecho a la libre expresión de la opinión y actividades políticas es limitado a los ciudadanos en general por las leyes y en especial por el Código penal, para los funcionarios operan limitaciones especiales derivadas de las obligaciones que su cargo representa y de su deber de fidelidad y obediencia, que les prohíbe extender su derecho hasta donde a los demás ciudadanos les es permitido, pues éstos no están bajo la coacción de la disciplina que imprescindiblemente imponen los intereses públicos».

A la luz de la Constitución forzoso es reconocer que estas limitaciones a la expresión de la opinión política de los funcionarios son perfectamente posibles aun encajadas dentro del rango de una simple ley ordinaria, ya que si el párrafo primero del artículo 5 concede esta libertad en general, en el párrafo segundo se admite su posible limitación por las leyes generales, y aun el párrafo 5 del artículo 33, al sentar que el derecho de la Función Pública ha de ser regulado por las leyes especiales, presta nuevos argumentos en este sentido. Esta mecánica interpretativa viene a reproducir la más extendida en los tiempos de la Constitución de Weimar. En aquella Ley Fundamental se reconocía con un criterio aún más riguroso y de modo tajante, en su artículo 5, la libertad de opinión y de asociación de todos los funcionarios. Ahora bien, como el artículo 118 preveía que este género de libertades podía ser limitado por leyes generales, dedujeron los juristas, con un criterio sobradamente extensivo, que el inocuo artículo 10 del Estatuto de Funcionarios de 1873 (que disponía sencillamente que los funcionarios debían llevar una conducta digna de la consideración que exige su función) permitía esta restricción en términos generales.

Para terminar advertiremos que, desarrollando este artículo 53 y concretando su contenido, una Resolución del Gobierno Federal de 19 de septiembre de 1950 (17) ha enumerado una serie de partidos y organismos, radicales de derecha e izquierda, que se declaran incompatibles con la calidad de funcionario, por entender que sus fines son contrarios a los inviolables principios constitucionales. Respecto a ellos, no sólo se considera digna de un fulminante proceso disciplinario su

(17) *Gemeinsames Ministerial Blatt*, pág. 93. En ella se citan expresamente: Partido Comunista Alemán con todas sus organizaciones dependientes; Acción Social Democrática; Juventud Libre Alemana (FDT); Asociación de Amigos del Soviet; Sociedad para el Estudio de la Cultura de la Unión Soviética; Unión Cultural para la Renovación Democrática de Alemania; Agrupación alemana de Trabajo para la Agricultura; Agrupación de Perseguidos del Régimen nazi; Partido socialista del Reich; el llamado Frente Negro; el Frente Nacional. Es de advertir que en la actualidad, buena parte de estas organizaciones han sido prohibidas, no ya sólo para los funcionarios, sino para los ciudadanos en general.

propaganda y colaboración, sino hasta su simple adhesión, «puesto que a través de ella todo organismo recibe un fortalecimiento económico». La gravedad del procedimiento (separación del servicio indefectiblemente) se atenúa en los casos de inscripciones anteriores a la fecha de la publicación de la Resolución, si se entiende que ha mediado ignorancia por parte del funcionario, ante la imprecisión de la redacción legislativa.

ALEJANDRO NIETO.

Profesor Ayudante de la Universidad
de Valladolid.