

NORMLEX

Information System on International Labour Standards

[Search](#) | [User guide](#) | [Glossary](#)

COMPLAINT (article 26) - 1985 - FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY - C111

1. Referred by decision of the Governing Body of its own motion (article 26, paragraph 4)

Closed

Display in: [English](#) - [French](#)

INFORME DE LA COMISIÓN DE ENCUESTA establecida en virtud del artículo 26 de la Constitución para que examine el cumplimiento por parte de la República Federal de Alemania del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111)

Procedimiento de Quejas

CAPITULO 1

HECHOS QUE CONDUJERON A LA CREACION DE LA COMISION

Reclamación presentada por la Federación Sindical Mundial en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT

1. En carta del 13 de junio de 1984, la Federación Sindical Mundial (FSM) presentó a la Oficina Internacional del Trabajo una reclamación, al amparo del artículo 24 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, alegando que el Gobierno de la República Federal de Alemania no había cumplido los compromisos que contrajo al ratificar el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111) (Nota 1). La FSM declaró que la no observancia por la República Federal de Alemania de sus obligaciones se derivaba de prácticas discriminatorias, en detrimento de servidores públicos y de candidatos a puestos en el servicio público, con respecto a la contratación, la prórroga en el servicio o el despido, por razones de carácter político.

2. La FSM recordaba que, el 24 de enero de 1978, había sometido ya una reclamación contra el Gobierno de la República Federal de Alemania, por el hecho de que éste no garantizaba, por medio de la legislación y en la práctica, el cumplimiento efectivo del Convenio. En esa reclamación destacaba en particular la práctica discriminatoria, basada en las opiniones políticas, propia del procedimiento para la verificación de la fidelidad de los servidores del Estado a la Constitución - conocida con la expresión de "interdicciones profesionales" (Berufsverbote) -, fundándose en particular en los siguientes documentos:

- declaración común del Canciller Federal y de los jefes de gobierno de los Estados constituyentes (Länder), del 28 de enero de 1972;

- principios rectores del Tribunal Constitucional Federal, relativos al deber de fidelidad en el servicio público, decisión de la Sala Segunda, del 22 de mayo de 1975;

- principios para la verificación de la fidelidad a la Constitución (adoptados el 19 de mayo de 1976);

- principios para la verificación de la fidelidad a la Constitución (nueva versión del 17 de enero de 1979).

- 3.** La FSM recordó que, en su 211.a reunión, en noviembre de 1979, el Consejo de Administración discutió una reclamación anterior sometida por la FSM sobre la misma cuestión y había declarado la clausura del procedimiento basándose en el informe del 15 de junio de 1979 del Comité que había designado para que examinara la reclamación (Nota 2). La FSM alegó que, desde esa fecha, el Gobierno de la República Federal de Alemania no había realizado ningún esfuerzo serio para lograr poner de acuerdo la legislación y la práctica con lo dispuesto en el Convenio.
- 4.** La FSM se refirió a las conclusiones concernientes a la aplicación del Convenio núm. 111 en la República Federal de Alemania formuladas por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones en su informe a la Conferencia en 1983 (Nota 3). La FSM se asoció plenamente a las conclusiones de la Comisión de Expertos, en cuanto a la importancia de los principios de procedimiento para la observancia del Convenio, así como a la necesidad no solamente de volver a definir los criterios de exclusión del servicio público, sino también de garantizar que la carga de la prueba relativa a la integridad de la persona no descansa en ésta, y que la evaluación que de su integridad realicen las autoridades administrativas quede sujeta a plena revisión judicial.
- 5.** Según la FSM, el Gobierno de la República Federal de Alemania sigue interpretando mal el párrafo 2 del artículo 1 y el artículo 4 del Convenio para justificar sus prácticas discriminatorias, que contradicen lo establecido en el Convenio núm. 111.
- 6.** La FSM alegó que, desde 1979, había habido centenares de casos de medidas discriminatorias contra candidatos a puestos en el servicio público y funcionarios. Dio precisiones sobre algunos de esos casos y presentó una documentación en apoyo a sus alegatos.
- 7.** La FSM añadía que tales prácticas habían sido denunciadas en congresos de organizaciones sindicales representativas de la República Federal de Alemania, como el Sindicato de Personal Docente y Científico, el Sindicato de los Trabajadores de las Industrias Mecánicas, el Sindicato de Trabajadores de Correos y el Sindicato de Trabajadores de las Industrias Gráficas y del Papel. Transmitió copia de las resoluciones adoptadas por esos congresos.

Examen de la reclamación por el Consejo de Administración y decisión de someter el caso a una comisión de encuesta

- 8.** En su 227.a reunión (junio de 1984), el Consejo de Administración, de conformidad con el Reglamento relativo al procedimiento para la discusión de reclamaciones presentadas con arreglo a los artículos 24 y 25 de la Constitución de la OIT, declaró admisible la reclamación y designó el siguiente Comité encargado de examinarla: Sr. Jaakko Riikonen (miembro gubernamental, Finlandia), Presidente; Sr. Roger Decosterd (miembro empleador) y Sr. Heribert Maier (miembro trabajador).
- 9.** La Federación Sindical Mundial envió informaciones y documentos complementarios en cartas del 1.º y del 23 de agosto de 1984.
- 10.** En una comunicación de 18 de diciembre de 1984, el Gobierno rechazó el alegato de que no había observado lo dispuesto en el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111). Refiriéndose al informe del Comité designado para examinar la reclamación anterior formulada por la FSM, el Gobierno consideraba que los hechos y acontecimientos ulteriores habidos en la República Federal de Alemania en cuanto a los procedimientos administrativos, tanto en el plano federal como en el de los Länder, se atenían a las esperanzas expresadas por el Comité de que las encuestas se limitarían a los casos individuales motivados por hechos concretos y de que se garantizaría una protección jurídica general a través de tribunales independientes. Según el Gobierno, las demandas de información formuladas por las autoridades acerca de los candidatos a empleo en relación con su fidelidad a la Constitución y los hechos que habían de tenerse en cuenta estaban sujetos a una plena revisión judicial. El Gobierno estimaba que había tenido escrupulosamente en cuenta el informe del Comité del Consejo de Administración del 15 de junio de 1979, y afirmó que no se excluía a nadie del servicio público de la República Federal de Alemania a causa de sus opiniones políticas. De conformidad con el fallo, del 22 de mayo de 1975, del Tribunal Constitucional Federal, sólo se viola el deber de fidelidad al orden fundamental, libre y democrático, cuando las opiniones políticas de una persona tienen repercusiones en su actitud para con el orden constitucional, en el modo de desempeñar las obligaciones de su función, en sus relaciones con sus colegas o en actividades políticas que reflejan esas opiniones políticas.
- 11.** Refiriéndose al párrafo 2 del artículo 1 del Convenio, el Gobierno manifestó que el deber de fidelidad a la Constitución es

un requisito previo indispensable para cualquier empleo en el servicio público. La obligación de apoyar activamente la democracia liberal está establecida en disposiciones legislativas sobre la función pública a las que se confiere rango constitucional en virtud del párrafo 5 del artículo 33 de la Constitución. El Gobierno también estimaba que se había cumplido con lo dispuesto en el artículo 4 del Convenio, dado que el orden fundamental, libre y democrático constituye el núcleo esencial del Estado y del orden constitucional de la República Federal de Alemania y que el hecho de atacar a este valor básico es perjudicial para la seguridad del Estado.

12. El Gobierno declaró que, desde mayo de 1975 hasta diciembre de 1982, hubo en total 111 procedimientos disciplinarios oficiales en los planos federal y de los Länder que obedecieron a las violaciones del deber de fidelidad a la Constitución, y que no en todos ellos se impusieron sanciones. Hubo, además, 39 casos en los que se despidió por las mismas razones a funcionarios en período de prueba. Cabía comparar ambas cifras con el total de 1 829 636 funcionarios permanentes y funcionarios en período de prueba. Así, pues, los funcionarios afectados durante un período de ocho años supusieron solamente el 0,008 por ciento de todos ellos. Refiriéndose a los casos concretos que citaba la FSM en la reclamación y en sus anexos, el Gobierno manifestó que, con arreglo a la ley, los funcionarios están obligados a apoyar y a defender, en toda su conducta, el orden fundamental, libre y democrático, y que los empleados tienen que observar una obligación similar con arreglo a los convenios colectivos pertinentes. El Gobierno señaló que, en todos los casos de violación de la obligación de fidelidad, existe el derecho de apelación, que no siempre se ejerce, ante tribunales independientes. No le constaba al Gobierno que alguno de los funcionarios o empleados mencionados por la FSM hubiese apelado por razón de su despido, ante el Tribunal Constitucional Federal.

13. El Gobierno transmitió un comentario formulado por la Confederación de Asociaciones de Empleadores de la República Federal de Alemania, en el que ésta apoyaba plenamente la postura expuesta en las declaraciones del Gobierno.

14. El Comité establecido para examinar la reclamación presentó su informe al Consejo de Administración en su 229.ª reunión (febrero de 1985). El Consejo examinó ese informe en su 230.ª reunión (junio de 1985).

15. En esa reunión, el representante del Gobierno de la República Federal de Alemania indicó que su Gobierno no estaba en condiciones de aceptar las conclusiones del Comité, y expuso los puntos de discrepancia del Gobierno con dichas conclusiones. Destacó, sin embargo, que el Gobierno suscribía sin reservas los procedimientos de control de la OIT para el fomento y la aplicación de los convenios ratificados. Habida cuenta de la experiencia y de la autoridad de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y de la universalidad de la Comisión de Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Conferencia, su Gobierno estaba en favor de que continuaran y se intensificaran los intercambios de puntos de vista en esos dos órganos. Estaba también dispuesto a examinar cualesquiera otros métodos para continuar el procedimiento.

16. Después de una discusión, el Consejo de Administración decidió, en virtud del artículo 10 del Reglamento relativo al procedimiento para el examen de reclamaciones presentadas con arreglo a los artículos 24 y 25 de la Constitución de la OIT (Nota 4), someter la cuestión a una comisión de encuesta, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 26 de la Constitución (Nota 5).

Designación de la Comisión

17. En su 231.ª reunión (noviembre de 1985), el Consejo de Administración adoptó las propuestas del Director General relativas a la composición de la Comisión, a saber:

Presidente:

Sr. Voitto SAARIO (Finlandia), ex magistrado del Tribunal Supremo de Finlandia, ex presidente del Tribunal de Apelación de Helsinki, delegado de Finlandia en la Asamblea General de las Naciones Unidas durante 1956-1957, 1962-1963, 1972-1977 y 1980, y en el Consejo Económico y Social durante 1972-1974, representante de Finlandia en la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas desde 1969 hasta 1971, y miembro de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías desde 1957 hasta 1968.

Miembros:

Sr. Dietrich SCHINDLER (Suiza), catedrático de derecho internacional y de derecho constitucional y administrativo en la Universidad de Zurich, miembro del Comité Internacional de la Cruz Roja, miembro del Instituto de Derecho Internacional y miembro de la Corte Permanente de Arbitraje.

Sr. Gonzalo PARRA-ARANGUREN (Venezuela), catedrático de derecho internacional privado en la Universidad Central de Venezuela y en la Universidad Católica Andrés Bello, de Caracas, miembro del Instituto de Derecho Internacional, miembro de la Corte Permanente de Arbitraje, antiguo juez del Tribunal de Comercio del Distrito Federal y del Estado federal de Miranda.

De conformidad con la práctica establecida, el Consejo de Administración decidió:

- a) que los miembros de la Comisión deberían desempeñar sus funciones de modo independiente y a título personal y contraer la obligación, mediante una declaración solemne acorde con la pronunciada por los magistrados de la Corte Internacional de Justicia, de llevar a cabo sus deberes y ejercer sus atribuciones honorablemente, con fidelidad y de forma imparcial y meticulosa;
- b) que la Comisión debería determinar su propio procedimiento, de conformidad con las disposiciones de la Constitución.

CAPITULO 2

PROCEDIMIENTO SEGUIDO POR LA COMISION

Primera reunión

18. La Comisión celebró su primera reunión los días 25 y 26 de noviembre de 1985, en Ginebra.

19. Al comenzar la misma, los miembros de la Comisión hicieron, en presencia del Sr. Francis Blanchard, Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, una declaración solemne, en virtud de la cual se comprometieron a desempeñar sus funciones y atribuciones con honor y abnegación, completa imparcialidad y conciencia.

20. La Comisión tomó nota de que la decisión de someter el caso a una comisión de encuesta había sido tomada por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, en consonancia con el artículo 10 del Reglamento relativo al procedimiento para la discusión de las reclamaciones presentadas con arreglo a los artículos 24 y 25 de la Constitución de la OIT, al examinar la reclamación presentada por la Federación Sindical Mundial. Por consiguiente, se invitó a la Comisión a examinar, en consonancia con los artículos 26 a 28 de la Constitución, los asuntos planteados en la citada reclamación.

21. La Comisión tomó nota de la información y la documentación presentadas en relación con la citada reclamación. Adoptó una serie de decisiones sobre el procedimiento para la indagación de los asuntos pendientes.

22. Se informó a la Comisión que diversos individuos y organizaciones de la República Federal de Alemania habían enviado en fecha reciente a la Oficina Internacional del Trabajo cierto número de comunicaciones en las que facilitaban información sobre asuntos relacionados con su misión. Decidió tener en cuenta esas comunicaciones y enviar copias de las mismas al Gobierno de la República Federal de Alemania y a la Federación Sindical Mundial, para su información y para que formularan al respecto las observaciones que desearan presentar a la Comisión. Otras varias comunicaciones dirigidas a la Oficina Internacional del Trabajo se referían a la situación de personas que trabajan en el sector privado. La Comisión decidió no tomar en consideración esas comunicaciones, dado que la reclamación formulada por la Federación Sindical Mundial y, por consiguiente, el alcance de la indagación que había de efectuar la Comisión, se referían a personas que trabajaban en el servicio público.

23. La Comisión decidió ofrecer a la Federación Sindical Mundial la oportunidad de presentar información y observaciones adicionales. Se pidió a dicha organización que enviara esas observaciones e información el 31 de enero de 1986, a más tardar.

24. En virtud del artículo 27 de la Constitución de la OIT, todo Estado Miembro, le concierna o no directamente un asunto sometido a una comisión de encuesta, se obliga a poner a disposición de la misma todas las informaciones que tenga en su poder relacionadas con el objeto de la investigación. Habida cuenta de que el caso presente está relacionado con el empleo en el servicio público, la Comisión decidió invitar a los gobiernos de países vecinos de la República Federal de Alemania (a saber, Austria, Bélgica, Checoslovaquia, Dinamarca, Francia, Luxemburgo, Países Bajos, República Democrática Alemana y Suiza) a que comunicaran tal información.

25. Se invitó también a enviar información a la Comisión a varias organizaciones con estatuto consultivo ante la OIT, a saber: Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres, Confederación Mundial del Trabajo y Organización Internacional de Empleadores. Se transmitió una invitación similar a las siguientes organizaciones de la República Federal de Alemania: Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (Confederación de Asociaciones de Empleadores de la República Federal de Alemania); Deutscher Gewerkschaftbund (Confederación de Sindicatos de la República Federal de Alemania); Gewerkschaft der Eisenbahner Deutschlands (Sindicato de Ferroviarios de la República Federal de Alemania); Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft (Sindicato de Personal Docente y Científico); Gewerkschaft Öffentliche Dienste, Transport und Verkehr (Sindicato de Trabajadores del Servicio Público, Transportes y Comunicaciones); Deutsche Postgewerkschaft (Sindicato de Trabajadores de Correos de la República Federal de Alemania); Deutscher Beamtenbund (Confederación de Funcionarios de la República Federal de Alemania); Verband Bildung und Erziehung (Asociación de Enseñanza y Formación), y Deutscher Lehrerverband (Federación de Personal Docente de la República Federal de Alemania).

26. La Comisión pidió a los gobiernos y organizaciones citados que presentaran la información que estimasen pertinente el 31 de enero de 1986, a más tardar. Les expuso que esa información sería transmitida al Gobierno de la República Federal de Alemania y a la Federación Sindical Mundial.

27. La Comisión comunicó al Gobierno de la República Federal de Alemania que la información y las observaciones adicionales que deseara presentar debían recibirse el 15 de marzo de 1986, a más tardar.

28. La Comisión decidió celebrar su segunda reunión en Ginebra, del 14 al 25 de abril de 1986, y proceder a la audiencia de los testigos en esa reunión. Adoptó reglas para la audiencia de los testigos, que comunicó al Gobierno de la República Federal de Alemania y a la Federación Sindical Mundial (Nota 6).

29. La Comisión pidió al Gobierno que le comunicara, el 31 de enero de 1986 a más tardar, el nombre y las características de los testigos cuya comparecencia ante la Comisión deseara en la segunda reunión de la misma. Indicó que desearía oír el testimonio de personas calificadas para hablar de la situación, en relación con los asuntos objeto de la indagación, tanto en el nivel federal como en el de los distintos Länder. Expuso asimismo al Gobierno su deseo de conocer el testimonio de un representante de la Confederación de Sindicatos de la República Federal de Alemania y de testigos que comparecieran por cuenta de ciertas organizaciones de trabajadores del sector público, como por ejemplo funcionarios públicos, maestros y profesores y personal de los servicios postales. La Comisión pidió al Gobierno que consultara a las organizaciones interesadas y que tomara las medidas necesarias con miras a la comparecencia de tales testigos.

30. Análogamente, la Comisión pidió a la Federación Sindical Mundial que le comunicara para el 31 de enero de 1986 el nombre y las características de los testigos cuya comparecencia ante la Comisión deseara, durante la segunda reunión de la misma, indicando además brevemente los asuntos a propósito de los cuales le interesara conocer tal testimonio. La Comisión señaló que, a partir de esas indicaciones, decidiría oír o no a los testigos en cuestión. Pidió a la organización que tomara las disposiciones necesarias para su comparecencia ante la Comisión.

31. La Comisión solicitó al Gobierno de la República Federal de Alemania que velara para que ningún obstáculo impidiese que comparecieran ante ella las personas llamadas a testimoniar o aquellas que la Comisión deseaba oír. La Comisión solicitó, además, al Gobierno que diera seguridad de que los testigos gozarían de plena protección contra toda sanción o perjuicio por el hecho de su presencia o de su testimonio ante la Comisión.

32. La Comisión autorizó a su presidente para ocuparse, en su nombre, de las cuestiones de procedimiento que pudieran surgir entre las reuniones, con la posibilidad de consultar a los demás miembros cuando lo considerase necesario.

Comunicaciones recibidas después de la primera reunión sobre cuestiones de procedimiento

33. El presidente de la Comisión recibió una carta, fechada el 31 de enero de 1986, del Dr. Winfrid Haase, representante del Gobierno de la República Federal de Alemania en el Consejo de Administración de la OIT, que decía así:

(Traducción)

Mucho le agradezco su carta del 27 de noviembre de 1985, en la cual me daba a conocer los resultados de la primera reunión de la Comisión de Encuesta.

El Gobierno de la República Federal de Alemania aprovecha la oportunidad que le brinda la iniciación de esa encuesta para destacar una vez más que respalda plenamente las finalidades de la Organización Internacional del Trabajo y reconoce los procedimientos que aplica la Organización para controlar el cumplimiento por los Estados Miembros de las normas de la OIT. Aportará su colaboración para que también el presente procedimiento se ciña a la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo.

El Gobierno de la República Federal de Alemania ha tomado nota del contenido de la carta antes citada, del 27 de noviembre de 1985, con gran interés. A ese respecto, se plantean ciertas cuestiones básicas que, a juicio del Gobierno de la República Federal de Alemania, repercutirán poderosamente en las fases ulteriores del procedimiento.

I

Cuando el Consejo de Administración decidió, el 3 de junio de 1985, someter el asunto a una comisión de encuesta, tenía ante sí la reclamación de la Federación Sindical Mundial y el informe del Comité que la había examinado. El Gobierno de la República Federal de Alemania considera que también esto determina el tema de la presente encuesta. El Gobierno de la República Federal de Alemania estima que puede suscitar problemas el hecho de extender constantemente tal encuesta a nuevos casos, que no han sido presentados por la entidad que formuló en primer término la reclamación, sino por individuos u organizaciones que no están habilitados para presentar una queja.

Un factor adicional es que, una vez más, como sucede ya en el procedimiento de examen de la reclamación, varios de los nuevos casos comunicados no han sido objeto todavía de un juicio definitivo y en ninguno de ellos ha habido una decisión definitiva del Tribunal Constitucional Federal. El representante del Gobierno de la República Federal de Alemania en el Consejo de Administración señaló ya esta circunstancia el 3 de junio de 1985, en relación con los casos entonces pertinentes. Preguntó si cabría, y en qué medida, juzgar la práctica de un Estado en la aplicación de un convenio cuando los más altos tribunales nacionales no habían tomado aún una decisión sobre tales casos.

II

En su carta, pedía usted al Gobierno de la República Federal de Alemania que le comunicara para el 31 de enero de 1986 el nombre y las características de los testigos que deseaba que oyera la Comisión en su segunda reunión. También en esa carta se aludía, en términos generales, a los asuntos sobre los que versa la encuesta. Para precisar mejor esos asuntos, se decía asimismo que se estaba buscando información autorizada sobre la situación existente en el plano federal y en los distintos Länder. En las reglas transmitidas para la audiencia de los testigos se dice que sólo se podrán presentar a la Comisión declaraciones e informaciones con el fin de obtener datos sobre los asuntos debatidos.

El Gobierno Federal teme no estar en condiciones de atender adecuadamente la solicitud formulada en su carta mientras no se disponga de detalles sobre los elementos concretos correspondientes a esos asuntos. Cuando el Consejo de Administración examinó la anterior reclamación, el 3 de junio de 1985, todos los oradores destacaron que la cuestión era sumamente compleja y que requeriría un estudio exhaustivo. Precisamente por tener presente tal circunstancia, el Consejo de Administración decidió considerar que el informe del Comité que examinó la reclamación no era suficiente, y remitir el asunto a una comisión de encuesta. El Gobierno Federal se mostró conforme con esa decisión e insistió una y otra vez en que estaba dispuesto al diálogo.

Sería, pues, interesante, con objeto de que tal diálogo resulte fecundo, saber de qué asuntos relacionados con el caso desea

ocuparse la Comisión. También sería importante saber si la Comisión desea examinar casos concretos o bien la práctica general. La respuesta a estas preguntas determinará que se escoja a los testigos para hablar de casos específicos o de la práctica general en relación con los nombramientos, o bien como testigos peritos en derecho.

El Gobierno de la República Federal de Alemania considera que la reunión que ha de celebrarse para la audiencia de los testigos debería ocuparse primordialmente de asuntos de derecho, y no de hechos. A este último respecto, el Gobierno Federal se remite sobre todo a los hechos establecidos por los tribunales independientes, que no han sido impugnados por ninguno de los interesados. También son conocidas las leyes, decretos y normas, así como las decisiones de los más altos tribunales alemanes. El Gobierno Federal no discute la práctica jurídica, tal como se pone de manifiesto en esas decisiones judiciales.

En opinión del Gobierno Federal, los asuntos jurídicos que han de examinarse se refieren a los siguientes puntos:

- 1.** Aplicabilidad del Convenio núm. 111 al servicio público, en particular en el caso de los funcionarios sometidos a una obligación especial de lealtad. En la sesión del Consejo de Administración del 3 de junio de 1985, además del Gobierno Federal, quienes hablaron en nombre del Grupo de los Empleadores y del Grupo de los Trabajadores indicaron que se trataba de una de las cuestiones básicas en el caso del Convenio núm. 111.
- 2.** Aplicabilidad del Convenio núm. 111 en lo que se refiere al alcance de la protección (no hay en la República Federal de Alemania discriminación alguna en razón de las opiniones políticas).
- 3.** Interpretación del párrafo 2 del artículo 1 del Convenio núm. 111; si los funcionarios quedan amparados por el Convenio, se debería tener en cuenta la obligación especial de lealtad, por lo menos en la interpretación de esa cláusula de excepción.
- 4.** Interpretación del artículo 4 del Convenio núm. 111.

III

El Gobierno de la República Federal de Alemania se interesa también por el papel que ha de desempeñar en el presente procedimiento de encuesta la entidad que inició el anterior procedimiento de reclamación. Tenemos la impresión de que, en esta encuesta, quien la inició va a tener derechos y funciones que correspondan a los de un demandante (comparecencia de un representante en las audiencias, derecho a presentar testigos, etc.).

De conformidad con el artículo 26 de la Constitución de la OIT, el procedimiento de queja puede derivarse de una iniciativa:

- de un Estado Miembro de la OIT (artículo 26, párrafo 1);
- del Consejo de Administración, de oficio (artículo 26, párrafo 4);
- en virtud de una queja presentada por un delegado a la Conferencia (artículo 26, párrafo 4).

En el caso presente, ha tomado la iniciativa el Consejo de Administración, de oficio.

El Gobierno Federal no opone objeción alguna al hecho de que proporcionen datos, para juzgar los asuntos debatidos, todas las partes competentes. En ello queda ciertamente comprendida la información facilitada por organizaciones de trabajadores, las cuales desempeñan un papel en el ámbito de la OIT.

No existe, sin embargo, disposición alguna en virtud de la cual una organización profesional de trabajadores, cuyos derechos en lo tocante a los procedimientos de control sólo quedan expresamente definidos en los casos de reclamación presentada con arreglo al artículo 24 de la Constitución, esté facultada para presentar una queja y, por ende, para desempeñar un papel similar al de un demandante. También en el caso presente, el Consejo de Administración decidió correctamente que la Comisión debía fijar su procedimiento en consonancia con las disposiciones de la Constitución. El Gobierno de la República Federal de Alemania estima incompatible con la Constitución de la OIT el hecho de autorizar a una organización profesional a actuar como demandante, además de las funciones que incumben al Consejo de Administración por iniciativa propia.

IV

El Gobierno Federal ha señalado ya que, a su juicio, hubiera sido preferible saber cuáles son los asuntos que desea examinar la Comisión. Con carácter provisional y con las reservas antes expresadas, se menciona a continuación a varias personas que pueden dar una información completa sobre la legislación y la práctica administrativa en lo que atañe a la obligación de fidelidad a la Constitución en el servicio público de la República Federal de Alemania:

- 1.** Fiscal disciplinario federal Hans Rudolf Claussen, Oberlindau 76-78, 6000 Francfort del Meno **1**.
- 2.** Ministerialdirektor (Secretario permanente) Wilhelm Freundlieb, Ministerio Federal de Correos y Telecomunicaciones, Adenauerallee 81, Postfach 6000, 5300 Bonn 1.
- 3.** Ministerialdirigent (Secretario adjunto) Dr. Peter Frisch, Ministerio del Interior de Baja Sajonia, Lavesallee 6, 3000 Hannover.
- 4.** Ministerialdirigent (Secretario adjunto) Dr. Matthias Metz, Ministerio de Hacienda de Baviera, Odeonsplatz 4, 8000 Munich 22.

El Gobierno de la República Federal de Alemania está en contacto con otro testigo experto, de los servicios de educación, y facilitará en breve detalles sobre el mismo. Quisiera además reservarme el derecho a designar a otros testigos peritos, una vez precisadas las cuestiones relativas a la determinación del contenido de la encuesta.

El Gobierno Federal ha reiterado una y otra vez sus puntos de vista sobre los asuntos jurídicos en cuestión. Desea recordar expresamente esos puntos de vista, pero - en consonancia con la invitación formulada en la carta que le envió usted el 27 de noviembre de 1985 - se reserva la posibilidad de exponer otros puntos de vista para el 15 de marzo de 1986.

Al mismo tiempo, he de comunicarle que se me ha encargado que me persone ante la Comisión en representación del Gobierno de la República Federal de Alemania. Supongo que también podrán asistir a las sesiones de la Comisión asesores del representante del Gobierno, y hablar sobre determinados puntos. En su momento le comunicaré el nombre de esos asesores.

34. En carta del 28 de febrero de 1986, el presidente envió la siguiente respuesta al Dr. Haase:

(Traducción)

Mucho le agradezco su carta del 31 de enero de 1986, en la cual me comunicaba que había sido nombrado representante de su Gobierno en las audiencias de testigos durante la segunda reunión de la Comisión de Encuesta establecida para examinar el cumplimiento por la República Federal de Alemania del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111), y mencionaba diversos puntos derivados de mi carta del 27 de noviembre de 1985.

Le confirmo que, en las audiencias propuestas, podrá usted ir acompañado de asesores, y me complacerá ser informado al respecto en su debido momento.

He estudiado cuidadosamente los puntos mencionados en su carta, y he consultado también a los demás miembros de la Comisión sobre el particular.

En lo que atañe al alcance de la encuesta de que está encargada la Comisión, le confirmo que el asunto sometido a la misma por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo se refiere a las cuestiones planteadas en la reclamación presentada por la Federación Sindical Mundial. Por consiguiente, la Comisión ha de examinar si, en contradicción con las disposiciones del Convenio núm. 111, existen en la República Federal de Alemania prácticas discriminatorias, basadas en las opiniones políticas, contra servidores públicos y personas que buscan un empleo en el servicio público, en virtud de las disposiciones relativas a la obligación de fidelidad a la Constitución. La Comisión no estaría dispuesta a examinar alegatos o información que rebasaran tales cuestiones. Precisamente por ello, la Comisión decidió en su primera reunión no tener en cuenta varias comunicaciones enviadas a la Oficina Internacional del Trabajo que se referían a la situación de personas que

trabajan en el sector privado.

Procede distinguir entre el alcance de la encuesta y la índole de la información que ha de acopiarse y examinarse durante aquélla. No incumbe a la Comisión revisar los resultados y conclusiones del Comité del Consejo de Administración que examinó la reclamación de la FSM, sino efectuar su propia investigación sobre los alegatos antes citados. Por consiguiente, la labor de la Comisión no se limita al examen de la documentación presentada durante el examen anterior por el Comité del Consejo de Administración. Tiene que informarse plenamente sobre la legislación y la práctica en la República Federal de Alemania en relación con los asuntos planteados. A este respecto, la Comisión se ha ceñido al procedimiento aplicado por anteriores comisiones de encuesta de la OIT, como se recordaba en el informe de la Comisión que hubo de ocuparse del caso referente a Polonia (Boletín Oficial de la OIT, vol. LXVII, 1984, serie B, suplemento especial, párrafos 53 y 476). Por estas razones, la Comisión decidió en su primera reunión solicitar información de varios gobiernos y organizaciones de empleadores y de trabajadores, tomar en consideración comunicaciones enviadas por cierto número de individuos y organizaciones de la República Federal de Alemania, en la medida en que guarden relación con los asuntos que ha de examinar, y proceder a la audiencia de testigos.

En su carta menciona usted también el hecho, que comentara ya en la reunión del Consejo de Administración en junio de 1985, de que varios casos mencionados en la documentación y las comunicaciones presentadas a la Comisión no han sido objeto todavía de un juicio definitivo y que en ninguno de esos casos hay una decisión definitiva del Tribunal Constitucional Federal. La Comisión tendrá en cuenta esas observaciones al deliberar sobre sus conclusiones, al término del procedimiento, para decidir la importancia que procede asignar a la información y los documentos que le han sido presentados, y tendrá presente si esos casos han sido objeto o no de un juicio definitivo. No estaría, sin embargo, justificado que la Comisión se abstuviera de examinar tales informaciones y documentación. No incumbe a la Comisión pronunciarse sobre decisiones de las autoridades administrativas y judiciales de la República Federal de Alemania relativas a casos individuales. Su tarea consiste en examinar si la legislación y la práctica administrativa son o no compatibles con las obligaciones contraídas por el Gobierno de la República Federal de Alemania en virtud del Convenio núm. 111. Las informaciones relativas a casos concretos constituyen elementos de prueba de la práctica administrativa y de los efectos prácticos de las disposiciones legales y, como tal, es admisible.

En su carta, pide usted también aclaraciones sobre la índole de las cuestiones que habrán de tratarse en las próximas audiencias de testigos.

Como se desprende del párrafo 5 de las reglas que acompañaba a mi carta del 27 de noviembre de 1985, las audiencias persiguen la finalidad principal de que la Comisión pueda conocer plenamente los hechos de interés para su investigación. Cabe esperar que los testigos aporten una información que sirva para aclarar los efectos de las disposiciones legales pertinentes y el modo en que se aplican en la práctica. Aunque las pruebas presentadas podrán referirse tanto a la legislación como a la práctica, deberán guardar relación con la situación existente en la República Federal de Alemania (como se ha indicado ya, a la vez en el nivel federal o en los distintos Länder). Las personas mencionadas en su carta, elegidas provisionalmente para actuar como testigos, parecen sumamente calificadas para facilitar pruebas idóneas en lo que atañe a los asuntos que ha de examinar la Comisión.

Aunque la finalidad principal de las audiencias es la antes indicada, el Gobierno puede presentar observaciones sobre asuntos relacionados con el alcance y la interpretación del Convenio núm. 111. Como lo señala usted en su carta, el Gobierno ha expresado ya su opinión al respecto en varias ocasiones, especialmente en relación con el examen de la reclamación de la FSM. Para la Comisión resultaría muy útil, y con ello se podría ahorrar tiempo en las audiencias, que las eventuales observaciones suplementarias sobre asuntos relacionados con la interpretación del Convenio se presentasen por escrito a la Comisión.

Las anteriores comisiones de encuesta de la OIT no han comunicado con antelación las preguntas que pensaban hacer a los testigos, y en el caso presente la Comisión tampoco se propone hacerlo. Las preguntas que desee hacer a los testigos presentados por su Gobierno dependerán en parte de la ulterior información que pueda presentar el mismo en respuesta a mi carta del 27 de noviembre de 1985, de las declaraciones iniciales de los propios testigos y de las pruebas aportadas por testigos anteriores, incluidos los presentados por la FSM. Por ello, la Comisión no piensa comunicar de antemano las preguntas concretas que estime apropiado formular a los distintos testigos. No obstante, para ayudar a su Gobierno y a sus testigos a preparar las audiencias, se propone preparar una lista indicativa de los asuntos a los que parece conveniente que se refieran en sus declaraciones los testigos del Gobierno. Le enviaremos esa lista lo antes posible.

He tomado nota de los puntos relacionados con el alcance personal y el ámbito de protección del Convenio núm. 111 enumerados en su carta. La Comisión ya tomó nota de las declaraciones anteriores de su Gobierno sobre esos asuntos, en particular en su respuesta a la reclamación de la FSM y en la declaración formulada por usted ante el Consejo de Administración, en junio de 1985. Como ya ha quedado dicho, está plenamente dispuesta a examinar cualesquiera otras observaciones que desee hacer su Gobierno. Las opiniones expresadas serán detenidamente examinadas por la Comisión al deliberar sobre sus conclusiones.

De la respuesta del Gobierno a la reclamación de la FSM se desprende que basaba su posición en la tesis de que la ley vigente y la práctica existente en la República Federal de Alemania se ajustan al Convenio núm. 111 porque las medidas adoptadas para imponer el cumplimiento de la obligación de fidelidad al orden fundamental, libre y democrático por los servidores públicos armonizan plenamente con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 1 y en el artículo 4 del Convenio.

En su declaración ante el Consejo de Administración, el 3 de junio de 1985, hizo usted también observaciones sobre el alcance de la protección ofrecida por el Convenio en relación con la expresión de opiniones políticas. En su carta del 31 de enero de 1986 se refiere a otro asunto, a saber, la aplicabilidad del Convenio núm. 111 al servicio público. La Comisión agradecería el envío por su Gobierno de observaciones por escrito sobre ese punto.

He tomado nota de las observaciones de su Gobierno a propósito del papel de la FSM con arreglo a las reglas para la audiencia de los testigos. Parece conveniente, en primer lugar, hacer una distinción entre las condiciones en las cuales puede decidir el Consejo de Administración someter un asunto a una comisión de encuesta y el procedimiento aplicable por esa comisión, una vez establecida. El primer aspecto viene regido por disposiciones expresas; el segundo, no. Por ello, la práctica constante, seguida también en el caso presente, ha consistido en dejar que sea la Comisión la que determine su procedimiento.

Como recordará, la decisión de someter el caso presente a una comisión de encuesta fue tomada por el Consejo de Administración en cumplimiento del artículo 10 del Reglamento relativo al procedimiento para el examen de reclamaciones, en virtud del cual, cuando "a base del artículo 24 de la Constitución, se presenta al Consejo de Administración una reclamación... el Consejo podrá en cualquier momento, fundado en el párrafo 4 del artículo 26 de la Constitución, adoptar para el examen de dicha reclamación el procedimiento de queja previsto en los artículos 26 y siguientes de la Constitución" (esto es, someter el asunto a una comisión de encuesta). Al redactar la Constitución de la OIT en 1919, se previó la posibilidad de que el Consejo de Administración estimara apropiado establecer una comisión de encuesta para examinar asuntos expuestos en una reclamación, por lo que se abogó porque figurara en el artículo 26 la facultad del mismo Consejo de Administración de iniciar un procedimiento ante una comisión de encuesta (véase Official Bulletin de la OIT, vol I, 1919-1920, págs. 62-64).

Al redactar las reglas para la audiencia de los testigos, la Comisión deseó sobre todo establecer un dispositivo que le permitiera obtener información clara y completa sobre los asuntos planteados.

Como lo he indicado ya, y como lo destacaba usted en su carta, el mandato de la Comisión viene determinado por los asuntos planteados en la reclamación de la FSM. La Comisión tiene que determinar, con sus medios propios de indagación, si está fundado o no lo alegado en la reclamación. Al haber presentado ella esos alegatos, la FSM tiene la obligación de justificarlos. Por lo mismo, la Comisión invitó a la FSM a que aportara información adicional, y también a que presentara testigos en las audiencias previstas. La presencia de un representante de la FSM en las mismas es conveniente con objeto de que, como se dice en el párrafo 2 de las reglas para la audiencia de los testigos, sea "responsable de la comparecencia de sus testigos y de la presentación de sus elementos de prueba". Semejante dispositivo tiene carácter práctico, para que las audiencias se lleven a cabo de un modo eficaz y para que la Comisión pueda obtener, en la mayor medida posible, aclaraciones sobre los testimonios contrapuestos que haya oído, y está en consonancia con la práctica de comisiones de encuesta anteriores, entre ellas la encargada de examinar la observancia de ciertos convenios por Chile, establecida de oficio por el Consejo de Administración, sin que hubiera habido reclamación alguna ni nadie en concreto que presentara los alegatos examinados (véase el informe de esa comisión, 1975, párrafos 17, 18, 27, 29, 31 y 32).

Quisiera señalar que, si bien el párrafo 9 de las reglas para la audiencia de los testigos establece la posibilidad de que los representantes de la FSM hagan preguntas a los testigos, en virtud del párrafo 10 todo interrogatorio de los mismos estará sujeto al control de la Comisión. Esta examinará cuidadosamente todas esas cuestiones, para cerciorarse de que se ciñen estrictamente a los límites de la encuesta y guardan relación con la exigencia de aclarar los asuntos planteados. Por supuesto,

podrá recabar explicaciones adicionales de los testigos sobre puntos que parezca oportuno precisar mejor.

Espero que estas explicaciones contribuyan a disipar las dudas o reservas que me señalaba usted en su carta. La Comisión está dispuesta a acoger con todo interés cualesquiera otras observaciones que desee comunicar su Gobierno. Le complacería también recibirle a usted, en privado, antes de iniciarse las audiencias, para darle cualesquiera otras aclaraciones que desee.

Observo que su Gobierno no ha indicado todavía el nombre de los testigos que vayan a comparecer por cuenta de la Confederación de Sindicatos de la República Federal de Alemania y otras organizaciones de personas que trabajan en el sector público. Supongo que los pormenores correspondientes a dichos testigos serán comunicados en su debido momento.

Me complacería asimismo recibir de usted una respuesta a propósito de las garantías pedidas a su Gobierno en el último párrafo de mi carta del 27 de noviembre de 1985.

35. Después de la carta antes citada del 28 de febrero de 1986, la Comisión aprobó una lista indicativa de los asuntos que debían abarcar los testigos del Gobierno en sus declaraciones y la comunicó al Gobierno en carta del 14 de marzo de 1986. La Comisión insistió en el carácter indicativo, y no exhaustivo, de dicha lista y en que no pretendía limitar en modo alguno su facultad propia, en las audiencias próximas, de hacer a los testigos las preguntas que estimare apropiadas.

36. En carta del 17 de enero de 1986, el secretario general de la Federación Sindical Mundial expuso a la Comisión que, de conformidad con las reglas para la audiencia de los testigos, había nombrado representante suyo, para que actuara en su nombre ante la Comisión, al Sr. Pierre Kaldor, abogado independiente, de Asnières (Francia). Comunicó asimismo el nombre y una breve descripción de doce testigos propuestos por la FSM para su comparecencia ante la Comisión en su segunda reunión.

37. En una carta del 5 de febrero de 1986 dirigida a la FSM en nombre de la Comisión, se tomó nota de que la FSM pensaba presentar en total doce testigos. Habida cuenta de la documentación relativamente completa de que disponía ya la Comisión sobre un cierto número de esas personas y del tiempo limitado disponible para las audiencias durante la segunda reunión de la Comisión, se pidió una ligera reducción del número de testigos, quedando entendido que, en relación con cualquiera de los inicialmente propuestos que no fuesen convocados, se daría a la FSM la oportunidad de presentar detalles por escrito sobre sus circunstancias y la documentación pertinente, o de complementar la información facilitada ya a la Comisión. Ese material adicional había de obrar en posesión de la Comisión el 15 de marzo de 1986, a más tardar.

38. En carta del 21 de febrero de 1986, la FSM comunicó a la Comisión que, habiendo considerado dicha propuesta, había decidido enviar a la segunda reunión de la Comisión a seis testigos, cuyos nombres indicaba. En varias comunicaciones posteriores, la FSM y el Sr. Kaldor dieron a conocer los nombres de quienes habían de ser los asesores del Sr. Kaldor.

39. En una comunicación del 27 de marzo de 1986, el Gobierno de la República Federal de Alemania facilitó la lista completa de sus representantes en la segunda reunión de la Comisión, así como los nombres de los testigos que habían de comparecer por cuenta del Gobierno y de los designados para actuar por cuenta de ciertos sindicatos de trabajadores del sector público.

40. En una carta del 11 de abril de 1986, el Dr. Haase hizo la siguiente declaración: "En nombre del Gobierno de la República Federal de Alemania, doy la seguridad de que ninguno de quienes comparezcan ante la Comisión estarán expuestos a sanciones o perjuicios, si sus declaraciones se ciñen a la verdad y no violan las disposiciones penales de la República Federal de Alemania. Las personas al servicio de la federación o de los Länder no padecerán perjuicio alguno a causa de las declaraciones verídicas que presenten ante la Comisión con arreglo a las autorizaciones concedidas con tal fin."

Comunicaciones recibidas después de la primera reunión sobre el fondo del caso

41. Junto con su carta del 17 de enero de 1986, antes citada, la FSM envió una publicación de junio de 1985, de la "Arbeitsausschuss der Initiative 'Weg mit den Berufsverboten'", de Hamburgo, que contenía el análisis por Martin Kutscha de decisiones judiciales recientes y de una sentencia del Tribunal Administrativo de Münster, del 24 de octubre de 1984. La FSM se refería asimismo a un debate parlamentario que había de tener lugar a fines de enero de 1986, en el cual el Gobierno de la República Federal de Alemania iba a precisar su actitud sobre los "Berufsverbote" (Nota 7) y a los

debates y conclusiones de la Comisión de Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Conferencia Internacional del Trabajo en 1981, 1982 y 1983.

42. En una carta del 31 de enero de 1986, el Gobierno de la República Democrática Alemana indicaba que se seguía en su país con gran atención el trato dado a la reclamación formulada por la FSM y que se apreciaba los esfuerzos de esta organización por defender los derechos de los trabajadores de todo el mundo. Destacaba también su política declarada de garantizar los derechos fundamentales de los trabajadores en la legislación y en la práctica, entre ellos el derecho al trabajo, independientemente de la nacionalidad, raza, creencias filosóficas o religiosas, origen social u otra condición. En carta del 16 de abril de 1986, el Gobierno de Checoslovaquia declaró que, a su juicio, los aspectos esenciales de la cuestión habían sido tratados ya cabalmente en el informe sobre la reclamación de la FSM presentada al Consejo de Administración en febrero de 1985. A su juicio, procede mantener las conclusiones formuladas en ese informe, en el sentido de que las prácticas actuales sobrepasan lo establecido en el párrafo 2 del artículo 1 y en el artículo 4 del Convenio. El Gobierno transmitió asimismo una declaración del Consejo Central de Sindicatos de Checoslovaquia.

43. Los Gobiernos de Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Países Bajos y Suiza, así como la Organización Internacional de Empleadores, comunicaron a la Comisión que no tenían información particular sobre los asuntos pendientes ante ella.

44. La Comisión recibió comunicaciones que contenían información y comentarios de las siguientes organizaciones de la República Federal de Alemania: Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (Confederación de Asociaciones de Empleadores de la República Federal de Alemania); Deutscher Gewerkschaftsbund (Confederación de Sindicatos de la República Federal de Alemania), la cual manifestó que sus observaciones coincidían en gran parte con las de sus sindicatos miembros a las que había escrito también la Comisión; Gewerkschaft der Eisenbahner Deutschlands (Sindicato de Ferroviarios de la República Federal de Alemania); Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft (Sindicato de Personal Docente y Científico); Deutsche Postgewerkschaft (Sindicato de Trabajadores de Correos de la República Federal de Alemania); Deutscher Beamtenbund (Confederación de Funcionarios de la República Federal de Alemania), y Deutscher Lehrerverband (Federación de Personal Docente de la República Federal de Alemania).

45. En carta del 30 de enero de 1986, la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres comunicó a la Comisión que estaba en general de acuerdo con las conclusiones del Comité establecido por el Consejo de Administración para examinar la reclamación presentada con arreglo al artículo 24 de la Constitución, y declaró que no disponía de información sobre los asuntos pendientes ante la Comisión que no fuera la contenida en las comunicaciones de su afiliada, la Deutscher Gewerkschaftsbund, y de sus organizaciones miembros.

46. La Comisión recibió comunicaciones de un cierto número de individuos y organizaciones de la República Federal de Alemania, algunas de las cuales daban información sobre la evolución reciente en casos de exclusión, o intento de exclusión, del servicio público, conocidos ya por la Comisión, mientras que en otras se informaba sobre nuevos casos similares. La Comisión decidió tomar en consideración esas comunicaciones.

47. De conformidad con la decisión adoptada por la Comisión en su primera reunión, se enviaron copias de toda la información y documentación recibida al Gobierno de la República Federal de Alemania y a la FSM.

48. En carta del 27 de marzo de 1986, el Gobierno de la República Federal de Alemania expuso su posición con respecto a la supuesta violación del Convenio núm. 111, así como un dictamen jurídico del profesor Karl Doehring, profesor de derecho público y derecho internacional en la Universidad de Heidelberg y director del Instituto Max Planck de Derecho Público Extranjero y Derecho Internacional.

Segunda reunión

49. La Comisión celebró su segunda reunión en Ginebra, del 14 al 25 de abril de 1986. Durante la misma dedicó 15 sesiones a oír testimonios y declaraciones en nombre de la FSM y del Gobierno de la República Federal de Alemania (Nota 8).

50. Las reglas para la audiencia de los testigos, adoptadas en la primera reunión de la Comisión, dicen así:

- 1.** La Comisión oír a todos los testigos en privado; las informaciones y elementos de prueba así suministrados a la Comisión serán de carácter absolutamente confidencial para toda persona cuya presencia hubiere autorizado la Comisión.
- 2.** El Gobierno de la República Federal de Alemania y la Federación Sindical Mundial serán invitados a designar representantes que actúen en su nombre ante la Comisión. Estos representantes deberán estar presentes desde el comienzo hasta el fin de las audiencias y serán responsables de la comparecencia de sus testigos y de la presentación general de sus elementos de prueba.
- 3.** Los testigos sólo podrán asistir a las audiencias mientras prestan testimonio.
- 4.** La Comisión se reserva el derecho de consultar a los representantes, durante o después de las audiencias, respecto de todos los asuntos acerca de los cuales considere necesaria su cooperación especial.
- 5.** La posibilidad ofrecida a los interesados de suministrar informaciones y hacer declaraciones tiene por única finalidad obtener datos sobre los hechos que guardan relación con los asuntos sometidos a examen de la Comisión. La Comisión concederá a los testigos toda libertad razonable, a fin de que puedan suministrarle las informaciones de ese carácter; pero no aceptará información o declaraciones de carácter puramente político que no guarden relación con las cuestiones que ha de examinar.
- 6.** La Comisión pedirá a cada testigo que formule una declaración solemne, idéntica a la que figura en el Reglamento de la Corte Internacional de Justicia. Esta declaración tiene el tenor siguiente: "Declaro solemnemente, sobre mi honor y conciencia, que diré la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad."
- 7.** Cada uno de los testigos tendrá la oportunidad de hacer una declaración antes de ser interrogado. Si un testigo lee su declaración, la Comisión agradecería que se le facilitasen seis copias de este documento.
- 8.** La Comisión o cualquiera de sus miembros puede interrogar a los testigos en cualquier momento de la audiencia.
- 9.** Los representantes que asistan a las audiencias con arreglo a las normas establecidas en el párrafo 2 que antecede serán autorizados a interrogar a los testigos, de conformidad con el orden que estableciere la Comisión.
- 10.** Todo interrogatorio de testigos estará sujeto al control de la Comisión.
- 11.** Si un testigo no contestara satisfactoriamente a las preguntas que le fueren dirigidas, la Comisión tomará debidamente nota de ello.
- 12.** La Comisión se reserva el derecho de convocar nuevamente a los testigos, cuando lo considere necesario.
- 51.** En las audiencias, el Gobierno de la República Federal de Alemania estuvo representado por las siguientes personas: Dr. Winfrid Haase, representante titular suyo en el Consejo de Administración de la OIT y ante la Comisión; Sr. Alfred Breier, Jefe del Departamento de Derecho del Servicio Público, del Ministerio Federal del Interior; Dr. Rudolf Echterholter; Sr. Ralf Krafft, del Departamento de Derecho del Servicio Público, del Ministerio Federal del Interior; Dr. Horst Weber, del Ministerio Federal de Trabajo y Asuntos Sociales, representante adjunto del Gobierno Federal en el Consejo de Administración de la OIT; Dr. Reinhard-W. Hilger, de la Misión Permanente de la República Federal de Alemania en Ginebra; Sr. Diethelm Gerhold, del Departamento de Derecho del Servicio Público, del Ministerio Federal del Interior; y Sr. Ulrich Nitzchke, del Ministerio de Asuntos Exteriores.
- 52.** La FSM estuvo representada por el Sr. Pierre Kaldor, asistido por los Sres. Lucien Labrune, representante permanente de la FSM en Ginebra, Horst Heichel, asesor de la FSM, y Detlef Nehrkorn, asesor de la "Initiative 'Weg mit den Berufsverboten'", de Hamburgo, y con la ayuda técnica, ciertos días, del profesor Gerhard Stuby, de la Universidad de Bremen, y de los siguientes abogados: Sres. Hans Schmitt-Lermann, Dieter Wohlfahrth, Klaus Dammann y Helmut Stein.
- 53.** La Comisión oyó a los siguientes testigos:

Testigos presentados por la FSM: profesor Norman Paech, profesor de derecho público en la Universidad de Economía y Política de Hamburgo; Sr. Hans Meister, ex técnico de telecomunicaciones en el Servicio Postal Federal; Sr. Gerhard Bitterwolf, ex profesor; Sr. Herbert Bastian, administrativo del Servicio Postal Federal; Sra. Charlotte Niess-Mache, consejera principal en el Ministerio del Medio Ambiente del Rin Septentrional-Westfalia; profesor Wolfgang Däubler, profesor de derecho laboral, mercantil y económico en la Universidad de Bremen.

Testigos presentados por el Gobierno: Dr. Matthias Metz, director de personal del Ministerio de Hacienda de Baviera; Dr. Peter Frisch, jefe de la Oficina para la Protección de la Constitución, del Ministerio del Interior de Baja Sajonia; Sr. Hans Rudolf Claussen, fiscal disciplinario federal; Sr. Wilhelm Freundlieb, director de personal del Ministerio Federal de Correos y Telecomunicaciones; Sr. Wolfgang Ziegler, jefe de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Educación y Deportes de Baden-Wurtemberg; y profesor Karl Doehring.

Testigos que comparecieron por cuenta de los sindicatos: Sr. Günter Ratz, jefe del Departamento de Derecho Administrativo, Civil y Penal del Sindicato de Trabajadores de Correos de la República Federal de Alemania (DPG); Sr. Heinrich Ortmann, asesor jurídico de la Oficina Central del Sindicato de Personal Docente y Científico (GEW); Sr. Gerhard Halberstadt, miembro del comité federal responsable del servicio público, del Sindicato de Empleados de la República Federal de Alemania (DAG); y Sr. Alfred Krause, presidente federal de la Confederación de Funcionarios de la República Federal de Alemania (DBB).

54. Al comienzo de las audiencias, el presidente hizo la siguiente declaración:

En nombre de la Comisión, quiero dar la bienvenida a los representantes del Gobierno de la República Federal de Alemania y de la Federación Sindical Mundial. La Comisión agradece las medidas tomadas, en respuesta a su invitación, para la representación del Gobierno y de la FSM y para la presentación de testigos, y confía en que las presentes audiencias contribuirán poderosamente a que la Comisión pueda informarse plenamente de la situación en la República Federal de Alemania en relación con los asuntos que han sido sometidos a su examen.

La Comisión ha tomado cuidadosamente nota de las detalladas observaciones formuladas por el Gobierno de la República Federal de Alemania a propósito de la interpretación de las disposiciones del Convenio relativo a la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111) y de la relación entre la legislación y la práctica nacionales y tales normas internacionales. Aprecia la contribución que pueden aportar esas observaciones al conocimiento y evaluación de la situación, y las tendrá plenamente en cuenta al deliberar sobre las conclusiones que proceda formular acerca de los asuntos debatidos.

Antes de oír a los testigos, la Comisión estima oportuno recordar las líneas generales de su mandato.

Los alegatos pendientes ante la Comisión fueron formulados inicialmente en una reclamación sometida a la Oficina Internacional del Trabajo por la Federación Sindical Mundial en junio de 1984, con arreglo al artículo 24 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo. El Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo designó un comité tripartito para que examinara la reclamación. En junio de 1985, el Consejo de Administración examinó el informe de ese comité. Después de oír una declaración del representante del Gobierno de la República Federal de Alemania, decidió, en cumplimiento del artículo 10 del Reglamento relativo al procedimiento para el examen de reclamaciones, someter el asunto a una comisión de encuesta, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 26 de la Constitución.

La Comisión desea destacar que su misión no consiste en revisar la labor del comité tripartito del Consejo de Administración que examinó la reclamación inicial, sino en proceder de novo a un examen completo de los asuntos planteados en la misma. Basándose en ese criterio, la Comisión tomó una serie de decisiones en su primera reunión, con miras a obtener una información más detallada sobre el particular, incluida la decisión de proceder a la audiencia de testigos.

La Comisión desea destacar que con las presentes audiencias se pretende obtener una información más completa sobre la situación que existe en la República Federal de Alemania en relación con las cuestiones que le han sido sometidas. Las audiencias apuntan, pues, a facilitar la tarea de indagación inherente al mandato de la Comisión, y no cabe considerarlas como un procedimiento judicial contradictorio.

Al establecer esta Comisión de Encuesta, el Consejo de Administración decidió someterle el asunto planteado en la reclamación

antes citada de la FSM. De ahí que el alcance de la encuesta venga determinado por los alegatos formulados en dicha reclamación. Según esos alegatos, en contra de lo dispuesto en el Convenio relativo a la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111), existen en la República Federal de Alemania prácticas discriminatorias, por razón de opiniones políticas, contra servidores públicos y personas que buscan empleo en el servicio público, basados en las disposiciones referentes a la obligación de fidelidad al orden fundamental, libre y democrático. Tal es el asunto que ha de examinar la Comisión, y con el que deben guardar relación los testimonios y declaraciones en las presentes audiencias.

Como el asunto sometido a la Comisión se refiere a la supuesta existencia de discriminaciones en el empleo, basadas en las opiniones políticas, procede tomar en consideración varios aspectos de carácter político. Ahora bien, como lo ha señalado en el párrafo 5 de las reglas para la audiencia de los testigos, la Comisión no aceptará información o declaraciones de carácter puramente político que no guarden relación con las cuestiones que ha de examinar. La Comisión espera que podrá contar con la colaboración y el apoyo de todos quienes comparezcan ante ella, para que los testimonios y declaraciones no rebasen los límites de tales cuestiones.

La Comisión estima conveniente dar también algunas indicaciones sobre la medida en la cual considera que puede guardar relación con su labor la información relativa a la situación existente en otros países que no sean la República Federal de Alemania. La Comisión reconoce la utilidad que puede tener una comparación de la legislación y las prácticas de otros Estados al examinar ciertas cuestiones que se derivan de instrumentos internacionales. Tal puede ser también el caso en el presente procedimiento, en particular al considerar la necesidad objetiva de restricciones impuestas invocando las cláusulas de limitación que figuran en el Convenio núm. 111. Por otra parte, la Comisión insiste en que no le incumbe pronunciarse, y ni siquiera examinar, acerca de si otro Estado que la República Federal de Alemania cumple o no lo dispuesto en dicho Convenio. Con arreglo a los procedimientos de control establecidos por la Organización Internacional del Trabajo, hay otros órganos encargados de examinar el grado de observancia de los convenios ratificados por todos los Estados interesados. En el caso presente, y en consonancia con el artículo 26 de la Constitución, en virtud del cual ha sido establecida, la Comisión sólo es competente para examinar si la República Federal de Alemania cumple efectivamente el Convenio núm. 111.

La Comisión desea destacar que su misión no consiste en revisar decisiones adoptadas por las autoridades administrativas o judiciales nacionales en casos individuales con miras a dar amparo a las personas interesadas o a pronunciarse sobre sus derechos. Procede tener presente que, en contraste con otros instrumentos internacionales, las disposiciones del Convenio núm. 111 no se formulan en términos de derechos individualmente garantizados, sino que imponen a los Estados que lo han ratificado la obligación de formular y aplicar una política nacional de fomento de la igualdad de oportunidades y de trato en relación con el empleo y la ocupación, con miras a eliminar todas las discriminaciones al respecto. Dentro de este marco, el examen de los hechos correspondientes a casos concretos resulta pertinente y justificado en la medida en que permite determinar si las disposiciones en vigor y las políticas y prácticas que siguen las autoridades públicas de la República Federal de Alemania son compatibles con las obligaciones asumidas en virtud del Convenio núm. 111.

En la página 8 de las observaciones del Gobierno de la República Federal de Alemania, dirigidas últimamente a la Comisión, se alude a comunicaciones enviadas a la OIT a propósito de dos casos concretos. La Comisión desea precisar que no se han recibido comunicaciones sobre esos casos en relación con la reclamación inicial, en virtud del artículo 24 de la Constitución, o con la presente encuesta de la Comisión. Se han trasladado al Gobierno de la República Federal de Alemania y a la FSM copias de todas las comunicaciones recibidas que se refieren a dicha indagación.

Desearía destacar el párrafo 1 de las reglas para la audiencia de los testigos, en virtud de la cual las informaciones y elementos de prueba suministrados a la Comisión durante las audiencias serán de carácter absolutamente confidencial para toda persona cuya presencia hubiere autorizado la Comisión. La Comisión está segura de que los representantes harán todo lo que esté en su mano para que se cumpla tal requisito.

Las personas autorizadas a asistir a las audiencias, además de los miembros de la Comisión y de su secretaria, son las designadas para representar al Gobierno de la República Federal de Alemania y a la FSM. Últimamente, la Comisión ha recibido la notificación de que ha habido ciertos cambios en las personas designadas por la FSM. En breve se preparará y facilitará a todos los interesados una lista de tales personas. Como se dice en las reglas adoptadas por la Comisión, sólo se autorizará la presencia de los testigos mientras den su testimonio.

En mi carta al Gobierno de la República Federal de Alemania del 27 de noviembre de 1985 expresé el deseo de la Comisión de que ningún obstáculo coartara la comparecencia de las personas a quienes se proponía presentar como testigos o que la Comisión deseaba oír. La Comisión pidió también al Gobierno que garantizara que todas las personas que comparecieran como testigos gozarán de plena protección contra toda sanción o perjuicio por el hecho de haber comparecido o dado testimonio ante la Comisión. La Comisión ha recibido hoy una carta del Dr. Haase, redactada en los siguientes términos: (texto reproducido en el párrafo 40).

55. Después de la declaración del presidente, el Dr. Haase entregó a la Comisión la siguiente declaración en nombre del Gobierno de la República Federal de Alemania:

(Traducción)

I

El Gobierno de la República Federal de Alemania protesta contra el hecho de que a la Federación Sindical Mundial se le dé un papel similar al de un demandante en este procedimiento.

Como se desprende de las reglas para la audiencia de los testigos transmitidas por el Gobierno Federal, en particular los párrafos 2, 4 y 9, se otorgará a la Federación Sindical Mundial el mismo estatuto que al Gobierno de la República Federal de Alemania. A la República Federal de Alemania y a la Federación Sindical Mundial se les ha pedido, en un plano de igualdad, que nombren cada una de ellas a un representante (párrafo 2). También se puede consultar antes, después o durante la audiencia de todos los testigos al representante de la Federación Sindical Mundial (párrafo 4); como el representante de la República Federal de Alemania, también él puede hacer preguntas a todos los testigos (párrafo 9).

Además, en el párrafo 2 se habla de los testigos de ambas partes como en un procedimiento contradictorio. En una encuesta iniciada de oficio, sólo puede haber testigos de la Comisión. Pero no es eso todo. Como descubrió el Gobierno Federal con gran sorpresa al leer la carta de la Oficina Internacional del Trabajo del 2 de abril de 1986, incluso se concede a la Federación Sindical Mundial el derecho a hacer una declaración final, lo que ni siquiera se establece en las reglas de procedimiento y que tampoco cabe justificar por la necesidad de aclarar hechos concretos, y pese a que el Gobierno Federal, en su comunicación del 31 de enero de 1986, había hecho, a partir de explicaciones detalladas, fuertes objeciones a la participación en el procedimiento, según lo previamente previsto, de la Federación Sindical Mundial.

Así, pues, en todos los documentos se trata a la Federación Sindical Mundial como si fuera un demandante; se ha sustituido simplemente el concepto formal "demandante" por la expresión "Federación Sindical Mundial".

El Gobierno de la República Federal de Alemania ha precisado claramente en sus declaraciones que la participación de la Federación Sindical Mundial en esta encuesta, sobre todo en un papel similar al de un demandante, se opone a lo dispuesto en la Constitución de la OIT. No hay una "práctica establecida" pertinente que quepa deducir de anteriores comisiones de encuesta, porque se trata del primer procedimiento de este tipo. Además, nunca se podría reconocer legalmente una práctica anticonstitucional. Por tanto, la República Federal de Alemania no puede reconocer necesidad práctica alguna para ese procedimiento. En su comunicación del 28 de febrero de 1986, la propia Comisión de Encuesta ha destacado que las declaraciones y explicaciones del anterior procedimiento de reclamación no son decisivas. Por consiguiente, tampoco puede plantearse por razones de utilidad la participación de quien ha formulado la anterior reclamación. Por otra parte, las consideraciones de utilidad no justifican en ningún caso que se infrinjan disposiciones constitucionales de cumplimiento obligatorio.

II

Por todo ello, el Gobierno Federal no puede por menos de pedir a la Comisión que la Federación Sindical Mundial no participe en el procedimiento según lo previsto, puesto que su asistencia durante las audiencias privadas es ilegítima.

La República Federal de Alemania se reserva todos los derechos en el caso de que no se atendiera esta solicitud. Ha reafirmado siempre que está dispuesta a cooperar estrechamente y a entablar un diálogo pleno en todos los procedimientos establecidos en

la Constitución de la OIT. Pero esa participación depende evidentemente del estricto cumplimiento de las reglas de procedimiento pertinentes de la Constitución. Tal observancia rigurosa de las reglas interesa también a la OIT, ya que, de otro modo se menoscabaría sensiblemente la aceptabilidad del dispositivo de control.

Si el Gobierno Federal se ha mostrado dispuesto hasta ahora a continuar el procedimiento ha sido por su deseo de no prestarse al reproche de que está impidiendo que la Comisión dilucide los hechos. Tal sigue siendo su actitud, pero esa actitud suya dependerá de que se tengan en cuenta sus objeciones básicas. Sólo puede aceptar las preguntas hechas por la Comisión y los participantes legítimos en el procedimiento. Las preguntas de la FSM no pueden aceptarse. El Gobierno Federal comprendería que los distintos testigos, a quienes considerará siempre como testigos de la Comisión, actuaran en esa forma. Sin embargo, en el caso de que la Comisión, en función de las sugerencias de la Federación Sindical Mundial, considerara oportunas otras aclaraciones, el Gobierno Federal renunciaría a sus objeciones si la Comisión hiciera suyas esas sugerencias en forma de preguntas propias.

De todas formas, sería inaceptable una declaración final de la Federación Sindical Mundial.

III

El Gobierno Federal ha llegado a la conclusión en lo tocante a este procedimiento de que la inexistencia de reglas detalladas de procedimiento en materia de control de la aplicación de normas engendra grandes incertidumbres, dudas e incoherencias que podrían desacreditar a tan importante instrumento de garantía de los derechos humanos en el mundo laboral. A este respecto también, el Gobierno de la República Federal de Alemania no puede por menos de reservar su derecho a expresar su posición en una fecha ulterior.

56. Después de haber deliberado la Comisión sobre esa objeción, el presidente hizo la declaración siguiente:

La Comisión ha tomado nota de la objeción planteada por el Gobierno de la República Federal de Alemania en relación con el papel del representante de la Federación Sindical Mundial, establecido en las reglas para la audiencia de los testigos, adoptadas por la Comisión. El Gobierno pretende que esas disposiciones dan a la FSM una condición equivalente a la de un demandante y que semejante situación no es compatible con la Constitución de la OIT.

La Comisión considera infundada esa objeción. Es preciso interpretar conjuntamente las distintas disposiciones de la Constitución de la OIT. Una organización como la FSM tiene derecho a hacer una reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución, y el Consejo de Administración está facultado, en virtud del párrafo 4 del artículo 26 de la Constitución, para someter a una comisión de encuesta los asuntos planteados en la reclamación. De los trabajos preparatorios de la Constitución de la OIT se desprende que una de las razones por las cuales se incluyó en el artículo 26 una cláusula en la cual se autoriza al Consejo de Administración a establecer de oficio una comisión de encuesta fue que pareció conveniente que existiera tal posibilidad al recibirse una reclamación en virtud del artículo 24 (véase *Official Bulletin*, vol. I, 1919-1920, págs. 62-64). Además, se menciona específicamente esa posibilidad en el artículo 10 del Reglamento relativo al procedimiento para el examen de las reclamaciones. Es, pues, innegable que la remisión a una comisión de encuesta del asunto planteado en la reclamación de la FSM, en consonancia con el párrafo 4 del artículo 26 de la Constitución, constituye un ejercicio válido de las atribuciones otorgadas al Consejo de Administración en dicha disposición de la Constitución.

La Organización Internacional del Trabajo no ha fijado reglas generales de procedimiento para las comisiones de encuesta. El Consejo de Administración ha tenido siempre como práctica la de dejar a esas comisiones determinar su propio procedimiento. También en el presente caso, el Consejo de Administración decidió, de conformidad con la práctica establecida, que la Comisión determinara su propio procedimiento en consonancia con las disposiciones de la Constitución.

Al establecer las reglas para la audiencia de los testigos, la Comisión se ha ceñido muy de cerca a la práctica de anteriores comisiones, las cuales han decidido siempre la representación, en toda audiencia de testigos, de quien formuló los alegatos examinados, atribuyéndole derechos correspondientes a los estipulados en las reglas adoptadas en el presente caso. En particular, cuando se han establecido comisiones de encuesta en aplicación del párrafo 4 del artículo 26 de la Constitución, a raíz de haberse recibido una queja presentada por un delegado en la Conferencia Internacional del Trabajo, se han otorgado siempre derechos de representación de ese tipo a quienes han presentado la queja. En lo que se refiere a la representación en las

audiencias de testigos de quienes han formulado los alegatos examinados por una comisión de encuesta, la Comisión no ve razón alguna para hacer una distinción entre los casos en los cuales, actuando al amparo del párrafo 4 del artículo 26 de la Constitución, el Consejo de Administración ha remitido a una comisión alegatos de incumplimiento de un convenio ratificado, formulados por un delegado en la Conferencia con arreglo a ese párrafo, y aquellos otros en los que, al amparo de esa misma disposición, el Consejo de Administración ha remitido a una comisión alegatos similares de una organización profesional en virtud del artículo 24 de la Constitución. En ambos casos incumbe a la comisión examinar si los alegatos son fundados, y las audiencias de testigos decididas por ella constituyen una de las medidas que toma para informarse plenamente de los asuntos planteados. La Comisión recuerda que, en el caso referente a Chile, en el cual la comisión de encuesta fue establecida de oficio por el Consejo de Administración en respuesta a una resolución adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo, se otorgaron derechos de representación en la audiencia de los testigos a tres organizaciones sindicales internacionales que tienen estatuto consultivo en la OIT, incluso sin que hubiera una reclamación ni autor determinado de los alegatos examinados.

La Comisión llega a la conclusión de que, al decidir la representación de la FSM en la forma estipulada en las reglas para la audiencia de los testigos, ha actuado de conformidad con el mandato que le confirió el Consejo de Administración y con la Constitución de la OIT.

Ello refleja el principio tripartito que caracteriza la estructura y, por ende, también los procedimientos de la Organización Internacional del Trabajo.

La Comisión desea recordar que, si bien el párrafo 9 de las reglas para la audiencia de los testigos establece la posibilidad de que los representantes hagan preguntas a los testigos, en virtud del párrafo 10 todo interrogatorio de los mismos estará sujeto al control de la Comisión. Esta examinará cuidadosamente todas las preguntas para cerciorarse de que no desbordan el ámbito de la encuesta y guardan relación con la exigencia de aclarar los asuntos planteados.

La Comisión se propone limitar las presentes audiencias a las deposiciones de los testigos.

La Comisión confía en que, si todos los interesados tienen presente la importancia de ceñirse al mandato de la Comisión, las audiencias podrán celebrarse en un ambiente constructivo, que le permita percibir adecuadamente los asuntos importantes que le han sido sometidos y facilite su labor de cumplimiento imparcial y objetivo del mandato que le ha conferido el Consejo de Administración.

57. El representante del Gobierno pidió a la Comisión que tuviese en cuenta las comunicaciones presentadas a la OIT por abogados que actuaban en nombre del Dr. Kosiek y de miembros del Partido Democrático Nacional de Alemania (NPD), a las cuales se había aludido en las observaciones por escrito presentadas por el Gobierno, y también en la declaración inicial del presidente de la Comisión. Después de haber considerado la Comisión esta solicitud, el presidente hizo la siguiente declaración:

En la primera sesión, el representante del Gobierno de la República Federal de Alemania pidió a la Comisión que tuviese en cuenta las comunicaciones recibidas por la Oficina Internacional del Trabajo con respecto a los dos casos mencionados en la página 8 de las observaciones del Gobierno.

La Comisión recuerda que, al decidir acerca de si había de tomar en consideración las numerosas comunicaciones que le habían enviado individuos y organizaciones de la República Federal de Alemania, se ha basado en el criterio de que la información facilitada guardara relación o no con los asuntos planteados. Como lo indiqué al empezar las presentes audiencias, el asunto que ha de examinar la Comisión consiste en determinar si, en contra de lo dispuesto en el Convenio núm. 111, hay en la República Federal de Alemania prácticas discriminatorias, basadas en las opiniones políticas, contra servidores públicos y personas que buscan empleo en el servicio público, en virtud de las disposiciones relativas a la obligación de fidelidad al orden fundamental, libre y democrático. Al tomar en consideración la solicitud del Gobierno de la República Federal de Alemania, se trata de determinar si la información en cuestión guarda relación con ese asunto.

La Comisión ha leído las cartas recibidas por la OIT en relación con los dos casos mencionados por el Gobierno. En lo que se refiere al caso del Dr. Kosiek, la Oficina recibió una carta de su abogado, el Dr. Wingerter, de fecha 17 de septiembre de 1985. En esa carta pedía una copia del informe del comité del Consejo de Administración que había examinado la reclamación de la FSM, pero no daba información sobre el fondo del caso de su cliente.

No obstante, la Comisión ha conseguido los documentos públicos del Consejo de Europa en los dos casos actualmente pendientes ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a propósito de la exclusión del servicio público en la República Federal de Alemania. Como se trata de documentos públicos, la Comisión los tendrá en cuenta en la medida en que la información contenida en ellos guarde relación con los asuntos que ha de examinar.

La OIT ha recibido también dos cartas del Dr. Huber, abogado que ha representado a cierto número de personas en procedimientos, en la República Federal de Alemania, fechadas el 27 de julio de 1984 y el 29 de agosto de 1984. En ellas se daba información sobre diversos casos referentes a la exclusión del servicio público, pero sin referirse al procedimiento iniciado en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT iniciado poco antes. No se ha recibido luego ninguna otra comunicación pidiendo que se tomara en consideración esa información en el presente procedimiento. No obstante, la información contenida en las dos cartas guarda relación con los asuntos sometidos a la Comisión. Por ello, ésta decidió tener en cuenta las cartas citadas. Se facilitarán copias de las mismas al Gobierno y a la FSM.

58. Al término de las audiencias, el presidente hizo la siguiente declaración:

La Comisión ha llegado ahora al término de la audiencia de los testigos. Desea expresar una vez más su agradecimiento al Gobierno de la República Federal de Alemania y a la Federación Sindical Mundial por las medidas que adoptaron para que la Comisión pudiese oír esos testimonios. Agradece asimismo su colaboración a los representantes que han participado en esas audiencias.

Los testimonios se han referido a una amplia gama de cuestiones, tanto de hecho como jurídicas, en la República Federal de Alemania. Si el Gobierno o la FSM estiman conveniente formular otras explicaciones u observaciones sobre alguno de esos asuntos, la Comisión recibiría con gusto esas explicaciones u observaciones por escrito para el 30 de junio de 1986, a más tardar.

La Comisión debería asimismo ser informada de nuevos hechos que guarden relación con su misión, en particular de toda decisión judicial ulterior en casos ya sometidos a ella, o bien que se refiera a cuestiones de derecho de interés para su indagación.

La Comisión considera apropiado, como fase ulterior de su encuesta, efectuar una visita a la República Federal de Alemania, en particular para obtener información más cabal sobre las políticas y las prácticas de las autoridades en diversas partes del país en lo que atañe a la aplicación de las disposiciones relativas a la obligación de fidelidad al orden fundamental, libre y democrático de las personas que trabajan en el servicio público, y sobre los efectos de tales políticas y prácticas.

La Comisión desea llevar a cabo esa visita del 4 al 13 de agosto de 1986. Su secretaría comunicará al Gobierno el programa que desea seguir la Comisión.

La Comisión agradecería que el Gobierno de la República Federal de Alemania le confirmara que está dispuesto a recibirla y a facilitar los medios necesarios para el desempeño de su misión. En particular, la Comisión desea que se le garantice que tendrá plena libertad de movimiento y para reunirse y hablar con cualquier persona a la que desee ver.

59. Tanto el Gobierno de la República Federal como la FSM aprovecharon la oportunidad de presentar nuevas observaciones y comentarios. El Gobierno transmitió una declaración, en carta del 30 de junio de 1986, y la FSM otra, en carta del 24 de ese mismo mes. En una carta del 27 de junio de 1986, el Grupo de Trabajo de la "Iniciativa 'Weg mit den Berufsverboten'", de Hamburgo, comunicó, a petición de la FSM, una serie de documentos que contenían declaraciones de varias autoridades, organizaciones no gubernamentales y entidades sindicales, así como documentos referentes a un cierto número de casos concretos. La Comisión recibió una carta del 9 de junio de 1986 del representante legal del Partido Comunista Alemán (DKP) en la que se hacían diversas observaciones en nombre del presidente del mismo. Se siguieron recibiendo comunicaciones de diversas organizaciones y personas de la República Federal de Alemania. Se transmitieron copias de todas estas comunicaciones al Gobierno de la República Federal de Alemania y a la FSM.

Visita de la Comisión a la República Federal de Alemania

60. En su carta del 19 de junio de 1986, el Gobierno indicó que estaba dispuesto a recibir a la Comisión y a tomar las medidas

oportunas para que pudiese llevar a cabo su misión, y declaró que la Comisión podría desarrollar su programa propuesto sin obstáculos ni impedimentos. Al acusar recibo de esa carta, la Comisión confirmó, en respuesta a una petición del Gobierno, que se proponía mantener el carácter confidencial del procedimiento durante su visita, y que señalaría al Gobierno cualesquiera hechos u otros elementos nuevos y pertinentes que se le comunicaran durante la misma con objeto de dar al Gobierno la oportunidad de formular comentarios.

61. La Comisión, acompañada de su secretariado, permaneció en la República Federal del 4 al 13 de agosto de 1986. El 5 de agosto fue recibida por el Sr. Manfred Baden, Secretario de Estado en el Ministerio Federal de Trabajo y Asuntos Sociales, en Bonn, y luego celebró conversaciones con representantes de los ministerios federales competentes. El 6 de agosto la Comisión conversó con representantes de las autoridades de la Renania Septentrional-Westfalia, en Düsseldorf, y con el profesor Christian Tomuschat, Director del Instituto de Derecho Internacional de la Universidad de Bonn, miembro de la Comisión de Derecho Internacional. El 7 de agosto, la Comisión celebró conversaciones con representantes de las autoridades de Hesse, en Wiesbaden, y el 8 de agosto en Maguncia, con representantes de las autoridades de la Renania-Palatinado y con representantes de las secciones Rin-Palatinado de la Confederación de Sindicatos de la RFA (DGB) y del Sindicato de Personal Docente y Científico (GEW). El 9 de agosto el profesor Parra-Aranguren conversó con el Sr. Willi Rothley, abogado y miembro del Parlamento Europeo.

62. El 11 de agosto, los tres miembros de la Comisión actuaron por separado, el presidente conversó, en Stuttgart, con representantes de las autoridades de Baden-Würtemberg, con los Sres. Dieter Wohlfarth y Hans Schmitt-Lermann, abogados de Stuttgart y de Munich, respectivamente, y con representantes de la sección de Baden-Würtemberg de la GEW. El profesor Schindler conversó, en Hanover, con representantes de las autoridades de Baja Sajonia, con los Sres. Heinz Reichwaldt y Detlef Fricke, abogados, y con representantes de la sección de Baja Sajonia de la GEW. El profesor Parra-Aranguren celebró conversaciones, en Saarbrücken, con representantes de autoridades del Sarre.

63. El 12 de agosto, en Wiesbaden, la Comisión habló con el profesor Erhard Denninger, profesor de Derecho en la Universidad de Francfort del Meno. Los miembros de la Comisión procedieron asimismo a un primer examen de las conclusiones que cabía extraer de la información de que disponían.

64. En el curso de su visita la Comisión recibió varios documentos adicionales, tanto de las autoridades como durante contactos no oficiales. Se remitieron copias de los documentos pertinentes al Gobierno de la República Federal.

65. En carta de 18 de noviembre de 1986, el Gobierno ha comunicado sus comentarios finales.

Tercera reunión

66. La Comisión celebró su tercera sesión en Ginebra del 18 al 26 de noviembre de 1986. Durante la misma se deliberó sobre el fondo del caso y se procedió a la preparación del informe de la Comisión.

CAPITULO 3

ALCANCE DE LAS DISPOSICIONES DEL CONVENIO RELATIVO A LA DISCRIMINACION (EMPLEO Y OCUPACION), 1958 (NUM. 111) EN LO QUE ATañE A LA PROTECCION CONTRA TODA DISCRIMINACION BASADA EN LAS OPINIONES POLITICAS

67. El reconocimiento del principio fundamental de la igualdad de derechos de todos los seres humanos ha sido básico para las actividades de la Organización Internacional del Trabajo desde su creación, y muchas de las decisiones que ha venido adoptando la Conferencia Internacional del Trabajo se han inspirado en él. En la Declaración de Filadelfia, por la que la Conferencia volvió a definir en 1944 los fines y objetivos de la Organización, se afirma que "todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad de seguridad económica y en igualdad de oportunidades";

68. Por su parte, a raíz de la adopción de la declaración Universal de Derechos Humanos en 1948, la Organización de las

Naciones Unidas y, más en concreto, la Comisión de Derechos Humanos y la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías han trabajado en la ejecución de un programa destinado a poner en práctica los principios de la declaración. Por iniciativa de la Subcomisión, confirmada por la Comisión de Derechos Humanos, el Consejo Económico y Social adoptó en 1954 una resolución por la que se invitaba a la Organización Internacional del Trabajo a que llevase a cabo un estudio sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación. Tras haber examinado dicho estudio, el Consejo de Administración decidió en 1955 incluir el tema en el orden del día de la 40.ª reunión (1957) de la Conferencia Internacional del Trabajo. A juicio del Consejo, los documentos que debieran someterse a la Conferencia debían abordar las formas de discriminación basada en todas las causas enumeradas en el párrafo 1 del artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en virtud del cual «toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición» (Nota 9).

69. En el informe sometido para una primera discusión en la Conferencia, al examinar las medidas adoptadas por los gobiernos se señalaba que:

Las medidas que suelen adoptar los gobiernos contra la discriminación en materia de empleo consisten en incluir en las leyes o en los reglamentos que rigen la admisión a los empleos públicos disposiciones que prohíben establecer distinciones por uno o varios de los siguientes motivos: religión, raza, sexo, opiniones políticas y origen nacional. También se pueden adoptar medidas especiales que aseguren la observancia de esas disposiciones por parte de los departamentos gubernamentales.

En el informe se indicaba que, por otro lado, determinados países habían adoptado medidas para garantizar la observancia del principio de no discriminación en todos los empleos remunerados con fondos públicos (Nota 10).

70. En sus conclusiones, el informe indicaba que una de las medidas que las autoridades nacionales podrían adoptar de forma inmediata para promover el reconocimiento y la observancia de una política destinada a eliminar cualquier tipo de práctica discriminatoria sería: «asegurar que esta política se aplique estrictamente en todos los sectores del empleo y de la formación profesional que estén bajo su control directo, es decir, principalmente en las oficinas públicas y en los establecimientos de formación profesional que dependen del Estado; otra es la de modificar cualquier legislación discriminatoria que pudiera existir» (Nota 11).

71. El Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), adoptado en 1958, ha sido ratificado por 107 Estados, siendo por tanto uno de los convenios de la OIT que ha recibido mayor número de ratificaciones.

72. La Comisión se propone examinar el alcance de las disposiciones del Convenio núm. 111 en relación con la protección contra toda discriminación basada en las opiniones políticas, teniendo presentes ciertas indicaciones formuladas en los trabajos preparatorios que desembocaron en la adopción del Convenio y los comentarios de los órganos de control de la OIT.

Artículo 1, párrafo 1, del Convenio (definición)

73. En virtud del párrafo 1 del artículo 1 del Convenio:

El término «discriminación» comprende cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

74. A propósito de la discriminación basada en las opiniones políticas, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones hizo las siguientes observaciones en un estudio general de 1963:

Una de las características esenciales de este tipo de discriminación es que suele ser principalmente obra del Estado o de las autoridades públicas. Sus consecuencias pueden ser importantes en los empleos públicos, pero no se limitan a este sector; por añadidura, en muchos regímenes económicos modernos se ha esfumado o borrado la distinción entre sector público y sector privado. La discriminación puede ejercerse tomando en consideración tal o cual opinión determinada, o bien cualquier opinión política que no sea la de las autoridades o la de la persona que toma la medida (Nota 12).

75. En sus comentarios sobre el cumplimiento del Convenio por ciertos Estados, la Comisión de Expertos señalaba lo siguiente:

Al proteger a los trabajadores contra la discriminación basada en sus opiniones políticas, el Convenio implica que dicha protección debe ser reconocida también con respecto a actividades que expresen o manifiesten una oposición a los principios políticos establecidos, ya que la protección respecto de las opiniones no expresadas ni manifestadas carecería de objeto.

La Comisión observó además que:

La protección del Convenio no se limita a las simples divergencias de opinión dentro del marco de los principios establecidos. En consecuencia, aun si ciertas doctrinas proponen cambios fundamentales en las instituciones del Estado, ello no constituye una razón para considerar que la propagación de dichas doctrinas esté fuera de la protección del Convenio mientras no se empleen o promuevan métodos violentos o inconstitucionales con esa finalidad (Nota 13).

Artículo 1, párrafo 2 (excepción relativa a las calificaciones exigidas para un empleo determinado)

76. Según el párrafo 2 del artículo 1:

Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.

77. Las conclusiones inicialmente propuestas por la Oficina Internacional del Trabajo con miras al primer examen del proyecto de convenio en la Conferencia, en 1957, no contenían disposiciones que entrañaran excepciones al principio general de la no discriminación. No obstante, la Oficina había observado que, en las respuestas al cuestionario que figuraba en el primer informe sobre el particular, los Gobiernos de la República Federal de Alemania, Austria, Israel, Reino Unido y Suiza habían estimado que no se expresaba con suficiente claridad que las distinciones determinadas por los requisitos del empleo no eran consideradas como discriminación (Nota 14). En su primera discusión en la comisión competente de la Conferencia, en 1957, propusieron tres enmiendas análogas el miembro gubernamental del Reino Unido, el de Irlanda y los de la República Federal de Alemania, Austria, Países Bajos y Suiza, respectivamente, con la finalidad de precisar que las distinciones determinadas por las calificaciones necesarias para un empleo ("inherent requirements of the job") no constituyen una discriminación. Su objeto era comprender los casos en que, por razones de competencia profesional, el empleador toma en consideración factores como la ascendencia nacional, el sexo o la religión. La Comisión adoptó la enmienda del miembro gubernamental del Reino Unido (Nota 15).

78. Después de la primera discusión, la Oficina propuso para la segunda discusión en la reunión de la Conferencia de 1958, un proyecto en el que se establecía que "las distinciones concernientes a la admisión a un empleo determinado ("a particular employment") basadas en las calificaciones requeridas por dicho empleo no serán consideradas como discriminación" (Nota 16).

79. En unas observaciones sobre ese texto, el Gobierno de la República Federal de Alemania preguntaba si no sería conveniente utilizar la expresión "empleo y ocupación", y el del Reino Unido propuso otro texto, que se refería a las distinciones concernientes a un empleo u ocupación (Nota 17). A propósito de esas observaciones, la Oficina destacó que las palabras "empleo y ocupación" parecerían abarcar un campo mucho más amplio que la palabra "un empleo" ("job"), que figuraba en el texto adoptado en 1957 (Nota 18).

80. En la discusión en la comisión competente de la Conferencia, en 1958, el miembro gubernamental del Reino Unido propuso que el texto se refiriera a las distinciones hechas en lo que concierne a "un empleo determinado" ("a particular job") en vez de "la admisión a un empleo determinado" ("access to a particular employment"), con objeto de restablecer el texto adoptado por la Comisión en 1957. Esa enmienda fue adoptada (Nota 19).

81. Cabe señalar, por lo demás, que durante los trabajos preparatorios del Convenio el Gobierno de la República Federal de

Alemania, en su respuesta escrita al informe preliminar y al cuestionario de la OIT, indicó a propósito de la definición y del alcance del instrumento lo siguiente: "De esta manera no sería posible aplicar el término "discriminación", con el significado del instrumento propuesto, a los casos en que las personas empleadas estén excluidas de ciertos puestos por no poseer las calificaciones personales o técnicas requeridas para el empleo (por ejemplo, insuficiente conocimiento del idioma en el caso de un minero extranjero del fondo). ... Las opiniones políticas o de otra índole no deberían tomarse como razón para negar la igualdad de trato. Este principio, como está establecido en la ley fundamental y en particular en su artículo 3, ha sido puesto en vigor en todo el territorio..." Sin embargo, el Gobierno federal estimaba que "la exclusión de ciertos puestos de personas que poseen opiniones políticas diferentes, en las llamadas Tendenzbetriebe... no debiera considerarse como discriminación política" (Nota 20).

82. A propósito del párrafo 2 del artículo 1 del Convenio, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones indicó, en su estudio general de 1963, que tenía en cuenta

el hecho de que las opiniones políticas pueden tomarse en consideración como calificaciones necesarias para algunos puestos superiores de la administración que suponen responsabilidades particulares en la ejecución de la política del gobierno; pero más allá de ciertos límites, esta práctica infringe las disposiciones de los instrumentos de 1958, que requieren se siga una política tendiente a eliminar la discriminación fundada, entre otras cosas, en la opinión política, particularmente en los empleos sometidos a la fiscalización directa de una autoridad nacional (Nota 21).

La Comisión de Expertos señaló asimismo que:

Si bien puede admitirse que para ciertos puestos superiores directamente relacionados con la política gubernamental, las autoridades responsables tengan generalmente en cuenta las opiniones de los interesados, no ocurre lo mismo cuando las condiciones de orden político se establecen para toda clase de empleos públicos en general... (Nota 22).

Artículo 1, párrafo 3 (sentido de la expresión "empleo y ocupación").

83. En virtud del párrafo 3 del artículo 1:

Los términos "empleo y ocupación" incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como las condiciones de trabajo.

84. Procede observar en primer lugar que, con arreglo a esa definición, la protección establecida en el Convenio no se limita al trato dado a una persona que tiene ya un empleo o una ocupación, sino también a la admisión a un empleo o a una ocupación, así como el acceso a la formación profesional.

85. En un apéndice del informe preparado con miras a la segunda discusión en la Conferencia, la Oficina quiso precisar el significado de las palabras "empleo" y "ocupación". Se refirió, en particular, a la séptima y la octava conferencias internacionales de estadígrafos del trabajo, en las cuales se estimó que "ocupación" es el oficio, la profesión o el tipo de trabajo realizado por el individuo, sin tener en cuenta la rama de actividad económica de que forma parte o su posición en la profesión. Se llegó asimismo, en esas conferencias, a la conclusión de que "las personas comprendidas en el empleo" son todas aquellas que tengan más de cierta edad específica y que "estén trabajando", es decir, no sólo las personas empleadas por cuenta de terceros, sino también los "empleadores" y los "trabajadores por cuenta propia" o los "trabajadores familiares no remunerados". La Oficina señalaba además que, en el plano internacional, ambas palabras tienen un significado muy amplio (Nota 23).

86. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones subrayó que:

Ninguna disposición del Convenio... limita su campo de aplicación personal o profesional. ... Su campo de aplicación abarca todos los sectores de actividad; se refiere tanto a los empleos públicos como a los empleos y ocupaciones privados; comprende tanto las ocupaciones independientes como los empleos y ocupaciones de asalariados, tal como se desprende claramente de la amplitud dada a los términos "empleo" y "ocupación" y de los trabajos preparatorios del Convenio.

Refiriéndose al contenido de la Recomendación núm. 111, adoptada al mismo tiempo que el Convenio y que enumera los elementos que procede tomar en consideración, la Comisión de Expertos destacó que:

se atribuye importancia primordial a la formación profesional, que condiciona las posibilidades efectivas de acceso a los empleos y a las ocupaciones.

Indicó que:

El problema de la igualdad de oportunidades y de trato se plantea no sólo con respecto a las restricciones o limitaciones directas ..., se extiende a las posibilidades de acceso a los diversos grados jerárquicos y de evolución del empleo (ascenso), así como a la conservación del empleo o de la ocupación (Nota 24).

Artículos 2 y 3 (obligaciones derivadas de las disposiciones del Convenio)

87. La obligación fundamental, derivada del artículo 2, consiste en:

formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto.

88. En el artículo 3 se precisan las medidas que deben tomarse, entre las cuales cabe citar las siguientes:

- promulgar leyes y promover programas educativos que por su índole puedan garantizar la aceptación y cumplimiento de esa política (artículo 3, b));
- derogar las disposiciones legislativas y modificar las disposiciones prácticas administrativas que sean incompatibles con dicha política (artículo 3, c));
- llevar a cabo dicha política en lo que concierne a los empleos sometidos al control directo de una autoridad nacional (artículo 3, d)).

89. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones señaló lo siguiente:

En lo que respecta a la opinión política, la legislación o la práctica administrativa en diversas formas, directa o indirectamente, pueden ser incompatibles con los principios de igualdad en materia de empleo y ocupación. ... Numerosas disposiciones o prácticas pueden traducirse en la realidad, por discriminaciones basadas en las opiniones políticas, cuando las definiciones utilizadas son demasiado vagas o demasiado generales y las garantías insuficientes. Además, las desigualdades en materia de empleo y de ocupación a menudo no son sino una de las consecuencias de medidas legales o administrativas de carácter general tendientes a reprimir o a prohibir ciertas opiniones políticas. En la reglamentación específica de las cuestiones de empleo y ocupación, diversas medidas pueden también ser incompatibles con los principios de no discriminación por razones de opiniones políticas. Respecto a la formación profesional, por ejemplo, ciertas medidas pueden motivar limitaciones, en lo que concierne a la utilización de ciertos medios de formación, basándose en la posición de los interesados, en relación con los principios políticos, sociales, etc., del régimen vigente... (Nota 25).

La Comisión de Expertos señaló que:

Parece ser que es en el campo particular de los empleos públicos o de los empleos sometidos al control del Estado donde con más frecuencia las disposiciones legislativas o las prácticas administrativas pueden ser contrarias a la igualdad en materia de empleo por razones de orden puramente político; si bien puede admitirse que para ciertos puestos superiores directamente relacionados con la política gubernamental, las autoridades responsables tengan generalmente en cuenta las opiniones de los interesados, no ocurre lo mismo cuando las condiciones de orden político se establecen para toda clase de empleos públicos en general o para ciertas profesiones, por ejemplo, cuando se prevé que los interesados deben formular una declaración formal y mostrarse fieles a los principios políticos del régimen vigente. ... De acuerdo con los instrumentos de 1958, deberían suprimirse

todas las disposiciones o prácticas que tengan efectos contrarios a la igualdad de oportunidades o de trato en materia de empleo o de ocupación por simples consideraciones de opinión política (Nota 26).

90. Por lo demás, la Comisión de Expertos indicó que:

La responsabilidad del Estado en la ejecución de una política contra la discriminación en lo que respecta a los empleos sujetos a su control presenta evidentemente especial importancia. El Estado dispone, en esta materia, de medios para la aplicación directa de esta política y su utilización constituye una de las obligaciones básicas en virtud del Convenio. La no discriminación en los empleos públicos tiene un valor considerable como instrumento de promoción y de integración. ... Trátase también, sin duda alguna, del sector más expuesto a preferencias o exclusiones basadas en las opiniones o creencias (Nota 27).

Artículo 4

91. En el artículo 4 del Convenio se establece que:

No se consideran como discriminatorias las medidas que afecten a una persona sobre la que recaiga sospecha legítima de que se dedica a una actividad perjudicial a la seguridad del Estado, o acerca de la cual se haya establecido que de hecho se dedica a esta actividad, siempre que dicha persona tenga el derecho a recurrir a un tribunal competente conforme a la práctica nacional.

92. En la primera discusión del proyecto de Convenio, en 1957, la Comisión de Discriminación de la Conferencia adoptó una enmienda propuesta por los miembros empleadores en la cual se establecía que las disposiciones del Convenio "no afectarían a las disposiciones legislativas o a las reglamentaciones administrativas relativas a la seguridad nacional de un Miembro". Sin embargo, tanto en la Comisión como en el pleno de la Conferencia, así como en respuestas escritas de ciertos gobiernos, se hicieron objeciones a ese texto, por estimar que podría engendrar abusos. En la segunda discusión, en 1958, el proyecto fue sustituido por una enmienda propuesta por los miembros trabajadores, y que corresponde al texto actual del artículo 4 (Nota 28).

93. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones observó que la disposición del artículo 4:

empieza por excluir todas las medidas que se adopten, no en consideración de actividades individuales, sino a raíz de la pertenencia a un grupo o a una colectividad determinados: tales medidas no podrían dejar de tener carácter discriminatorio. Se refiere, luego, al ejercicio de una "actividad" perjudicial a la seguridad del Estado (ya sea que ese ejercicio se haya comprobado, o que existan presunciones suficientemente graves para que sea legítima su sospecha), con exclusión de todo proceso de intención. Finalmente, se funda en la protección de la "seguridad del Estado", cuya definición debe ser lo bastante rigurosa para que no se corra el peligro de entrar en conflicto con la política de no discriminación. ... Si bien algunas disposiciones nacionales parecerían, a primera vista, incluir una delimitación suficientemente precisa de la noción de atentado a la seguridad del Estado, otras están redactadas en términos tan amplios (refiriéndose, por ejemplo, a la falta de "lealtad", "el interés público", el comportamiento "antidemocrático", la afiliación o el apoyo a ciertos movimientos políticos, etc.), que no es posible, a falta de indicaciones precisas sobre su aplicación práctica, asegurarse de que no se utilizarían por motivos basados únicamente en las opiniones políticas. En todo caso, será preciso asegurarse de que las medidas de protección de la seguridad del Estado no se concreten en discriminaciones fundadas expresamente en opiniones políticas (Nota 29).

La Comisión señaló asimismo que:

Las medidas destinadas a la protección de la "seguridad del Estado", en el sentido del artículo 4 del Convenio, deberían ser suficientemente definidas y delimitadas para que no acarreen discriminaciones basadas únicamente en las opiniones políticas (Nota 30).

94. Además, como ya ha quedado dicho, la Comisión de Expertos observó que:

La protección del Convenio no se limita a las simples divergencias de opinión dentro del marco de los principios establecidos. En consecuencia, aun si ciertas doctrinas proponen cambios fundamentales en las instituciones del Estado, ello no constituye una

razón para considerar que la propagación de dichas doctrinas esté fuera de la protección del Convenio mientras no se empleen o promuevan métodos violentos o inconstitucionales con esa finalidad (Nota 31).

95. Por último, según la Comisión de Expertos:

El control de los tribunales no bastaría para garantizar a este respecto la aplicación de las normas contenidas en los instrumentos de 1958, si las disposiciones que esos tribunales tienen que aplicar fueran en sí incompatibles con dichas normas (Nota 32).

96. El Comité establecido por el Consejo de Administración de la OIT, para examinar la reclamación presentada en 1984 por la Federación Sindical Mundial a propósito del cumplimiento del Convenio por la República Federal de Alemania, formuló las siguientes observaciones en relación con el artículo 4 del Convenio:

El Comité reconoce que las consideraciones relativas a la seguridad del Estado pueden exigir la imposición de condiciones especiales a fin de garantizar la confiabilidad, integridad y lealtad no sólo del sector público, sino también del sector privado. Es importante, sin embargo, que esos requisitos se impongan teniendo debidamente en cuenta la naturaleza del puesto o de las funciones y que no se amplíe a una serie más numerosa de empleos u ocupaciones. La aplicación de las medidas proyectadas para salvaguardar la seguridad del Estado se debería por lo tanto examinar a la luz de los efectos que determinadas actividades pudieran tener sobre el cumplimiento eficaz de las funciones en cuestión. Hay determinados sectores de la actividad estatal, tales como los relacionados con la defensa y las relaciones exteriores, que son especialmente "sensibles en cuanto a la seguridad", en los que es por consiguiente normal que el Estado aplique criterios y procedimientos particularmente estrictos con el fin de que su seguridad no corra ningún peligro. Por otra parte, existen otros sectores de empleo público en los que es mucho menos evidente el peligro de perjudicar a la seguridad del Estado. Debe también recordarse que, con arreglo al artículo 4, no se precisa haber cometido ningún acto ilegal y mucho menos el hecho de haberse pronunciado una condena. Existe el peligro y, de hecho, la probabilidad, de que, a menos que la aplicación de las medidas tomadas en nombre de la seguridad del Estado se restrinjan de conformidad con criterios de la clase anteriormente mencionada, esas medidas den lugar a distinciones y exclusiones, contrarias al Convenio, basadas en la opinión política. La Comisión de Expertos subrayó acertadamente que la definición de la seguridad del Estado debería ser lo suficientemente restringida al objeto de evitar el riesgo de que surjan conflictos con la política de no discriminación (Nota 33).

CAPITULO 4

EXAMEN ANTERIOR DE LA SITUACION POR LOS ORGANOS DE CONTROL DE LA OIT

97. Los asuntos que tenía que examinar la Comisión habían sido ya objeto de examen por los órganos encargados del control ordinario de la aplicación de los convenios ratificados (Comisión de Expertos y Comisión de Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Conferencia), así como con arreglo al examen por el Consejo de Administración de una reclamación anterior, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT.

98. La Federación Sindical Mundial, en noviembre de 1975, y la Federación Internacional Sindical de la Enseñanza, en enero de 1976, comunicaron a la OIT observaciones a propósito de las reglas y prácticas vigentes en la República Federal de Alemania en relación con la verificación de la fidelidad a la Constitución de candidatos a cargos en el servicio público y de funcionarios. En 1976, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, refiriéndose a esas observaciones, pidió al Gobierno de la República Federal de Alemania que indicase los criterios aplicables para apreciar la lealtad a la Constitución tomando como base decisiones judiciales e instrucciones administrativas, tanto a nivel federal como en el ámbito de los Länder o municipios: también le pidió que precisara si esas exigencias eran las mismas para todos los puestos de la administración pública, así como las garantías y los recursos al alcance de esas personas (Nota 34).

99. En una observación formulada en 1977, la Comisión de Expertos tomó nota con interés de que los principios para la verificación de la lealtad a la Constitución, adoptados el 19 de mayo de 1976, establecen garantías de procedimiento que conciernen, en particular, a la comunicación a los interesados de los hechos que se les imputan, a su derecho a presentar sus observaciones y a recibir asistencia jurídica, y asimismo a diversas condiciones para facilitar el ejercicio de su derecho a

interponer recursos ante los tribunales. Tomó también nota de que el Gobierno había empezado a reunir informaciones sobre las reglamentaciones aplicadas en los Länder, y expresó el deseo de que el Gobierno pudiera comunicar dichas informaciones, así como otra información sobre la naturaleza de las exigencias de lealtad a la Constitución que pudieran establecerse en función de los diferentes tipos de empleos públicos de que se tratare (Nota 35). En una solicitud directa al Gobierno, la Comisión de Expertos se refirió, a este respecto, a los principios para la verificación de la lealtad a la Constitución enunciados en la decisión del Tribunal Constitucional Federal del 22 de mayo de 1975 (reafirmados en una resolución del Bundestag, del 24 de octubre de ese mismo año). La Comisión estimó que, por sí solos, esos principios no proporcionaban criterios lo bastante precisos en lo tocante a las relaciones pertinentes entre la exigencia de lealtad y las consideraciones derivadas de las opiniones políticas según la índole de las funciones o empleos públicos. Pidió al Gobierno que indicara las medidas adoptadas para establecer criterios precisos sobre el particular.

100. El 24 de enero de 1978, la Federación Sindical Mundial presentó una reclamación con arreglo al artículo 24 de la Constitución, alegando que se daba una aplicación muy amplia a la llamada práctica de las "interdicciones profesionales" en el servicio público de la República Federal de Alemania. En particular, la FSM se refirió a la adopción, el 28 de enero de 1972, de un decreto por los jefes de Gobierno de los Estados constituyentes (Länder) y de su declaración común con el Canciller Federal, a la decisión del Tribunal Constitucional del 22 de mayo de 1975 y a los principios para la verificación de la lealtad a la Constitución, adoptados el 19 de mayo de 1976.

101. En su informe de 1978, la Comisión de Expertos, al tomar nota de que la Federación Sindical Mundial había presentado una reclamación, decidió aplazar el examen de la cuestión hasta después de haber quedado terminado el examen de la reclamación (Nota 36).

102. El Comité del Consejo de Administración encargado de examinar la reclamación adoptó su informe el 15 de junio de 1979. Señaló que la decisión del 22 de mayo de 1975 del Tribunal Constitucional Federal, relativa a la obligación de lealtad en el servicio público, no había determinado la naturaleza de los elementos que pueden tomarse en consideración según los casos, y había dejado al respecto un amplio poder discrecional a las autoridades encargadas del nombramiento. El Comité tomó nota de la adopción, el 17 de enero de 1979, de una nueva versión de los principios para la verificación de la lealtad a la Constitución, en lo que se refiere a la administración federal. Estimó que tales principios de procedimiento parecían limitar esos poderes, al establecer la presunción de lealtad y el abandono de las encuestas sistemáticas. El Comité observó que la exposición de motivos de estos nuevos principios indicaba que se había estimado necesario abandonar reglas de procedimiento que entrañaban el riesgo inadmisibles de que se rechazara a candidatos sobre la única base de un criterio abstracto como el de la pertenencia a una organización con fines considerados hostiles a la Constitución. El Comité llegó a la conclusión de que las consecuencias efectivas de los principios de procedimiento adoptados en 1979 dependerían de su aplicación práctica, que sería examinada de conformidad con los procedimientos establecidos en la OIT. Observó que ese examen sería asimismo aplicable en lo relativo a la evolución de la situación en los Länder, que habían podido aplicar principios diferentes y en los cuales los casos de encuestas habían sido proporcionalmente más numerosos que en la administración federal (Nota 37). En su 211.ª reunión (noviembre de 1979), el Consejo de Administración tomó nota del informe del Comité y declaró clausurado ese procedimiento.

103. En sus observaciones formuladas en 1980, 1981 y 1982, la Comisión de Expertos, después de tomar nota del informe del Comité del Consejo de Administración, reanudó el examen de la cuestión. Refiriéndose a los principios de verificación de 1979 antes citados, pidió al Gobierno que facilitase informaciones detalladas sobre la aplicación práctica de esas reglas y sobre la evolución de la situación en los Länder (Nota 38).

104. La Comisión de Aplicación de Convenios y Recomendaciones examinó la cuestión en las 67.ª y 68.ª reuniones de la Conferencia general (1981 y 1982). En esta última, expresó el deseo de que se proporcionara a la Comisión de Expertos información detallada para poder continuar su examen de la compatibilidad con el Convenio de la legislación nacional y de la práctica (Nota 39).

105. En sus observaciones de 1983, la Comisión de Expertos recordó que había pedido al Gobierno que facilitara información sobre las encuestas llevadas a cabo, los elementos tomados en consideración y las decisiones adoptadas en los casos de exclusión de la función pública ocurridos desde abril de 1979, así como el texto de cualesquiera nuevas disposiciones o directrices adoptadas, en particular por los Länder, y de los fallos recientes de los tribunales administrativos y del Tribunal

Constitucional al respecto. La Comisión observó que, en ausencia de las informaciones detalladas solicitadas a propósito de los casos de exclusión de la función pública, tanto en lo referente a candidatos a un empleo como a personas despedidas en el plano federal o en los Länder, seguía sin estar en posición de llevar a cabo un examen a fondo de la situación, tal como había sido previsto por el Comité del Consejo de Administración.

106. Después de examinar cuatro fallos del Tribunal Administrativo Federal, de noviembre de 1980 y octubre de 1981, cuyo texto le había comunicado el Gobierno, la Comisión de Expertos observó que en esos casos los motivos de la exclusión de la función pública no guardaban relación con las calificaciones exigidas para un empleo determinado. La Comisión expresó el deseo de que se tomaran medidas para armonizar el Convenio con la legislación y la práctica, tanto en lo referente a los funcionarios y empleados públicos como a los candidatos a un empleo en la función pública, ya sea que desempeñen sus funciones sobre la base de un contrato de trabajo o en tanto que funcionarios públicos. En las medidas pertinentes no sólo se debería volver a definir los criterios de exclusión del servicio público, sino garantizar también que no incumba al interesado demostrar su integridad, y que la evaluación de la misma por las autoridades administrativas quede sujeta plenamente a revisión judicial (Nota 40).

107. En la 69.ª reunión de la Conferencia (1983), la Comisión de Aplicación de Convenios y Recomendaciones subrayó la importancia de las medidas propugnadas por la Comisión de Expertos (Nota 41).

108. En su informe de 1985, la Comisión de Expertos tomó nota de que una reclamación alegando el incumplimiento del Convenio sobre este punto había sido presentada por la Federación Sindical Mundial en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT; el examen de esta reclamación estaba aún pendiente ante el Consejo de Administración de la OIT. En conformidad con la práctica establecida, la Comisión difirió sus comentarios en espera de las conclusiones del procedimiento antes mencionado (Nota 42).

CAPITULO 5

ESTRUCTURA DEL SERVICIO PUBLICO Y LEGISLACION APLICABLE EN EL SERVICIO PUBLICO EN LA REPUBLICA FEDERAL DE ALEMANIA

109. En el presente capítulo se examinan la estructura constitucional del Estado, la estructura del servicio público, los derechos fundamentales garantizados por la Constitución, la legislación vigente en el servicio público, en especial la definición del servicio público y los derechos y obligaciones de los funcionarios, el concepto de obligación de fidelidad al orden fundamental, libre y democrático, su aplicación en las directrices a nivel federal y de los Länder y su interpretación por la jurisprudencia.

Estructura constitucional del Estado

110. Repartición de competencias entre la Federación y los Länder. La Constitución (ley orgánica) de la República Federal de Alemania estipula un Estado federal. La Constitución se basa en el principio de la competencia de los Länder, ya que la Federación sólo es competente en la medida en que lo autoriza la Constitución (véanse principalmente los artículos 30 y 70 de la Constitución). En sus artículos 70 a 75, la Constitución define y enumera las esferas de la competencia exclusiva, de la competencia concurrente o de la competencia marco de la Federación. El artículo 31 de la Constitución estipula que el derecho federal tiene prioridad sobre el derecho de los Länder. En particular la Federación tiene la competencia legislativa exclusiva en materia de ferrocarriles federales, correos federales, reglamentación de la situación jurídica de las personas al servicio de la Federación y de las colectividades de derecho público directamente vinculadas a la Federación. Tiene una competencia legislativa concurrente en materia de remuneración del personal del servicio público en situación de servicio regida por el derecho público, siempre que no disponga de competencia exclusiva a este respecto. La Federación tiene una competencia marco - para dictar normas básicas - en lo que atañe a las relaciones jurídicas de las personas que trabajan en el servicio público de los Länder, de los municipios y otras colectividades de derecho público. La Federación tiene también una competencia marco en lo que atañe a los principios generales de la enseñanza superior. De estas disposiciones se desprende que, bajo reserva de la competencia marco de la Federación, los Länder son competentes en materia de educación, entre otras cosas.

111. Poderes legislativo y ejecutivo. A nivel federal, el poder legislativo incumbe a la Cámara Federal (Brundestag), elegida por sufragio universal, y al Consejo de los Estados (Bundesrat), cuyos miembros son designados por los gobiernos de los Länder. El poder ejecutivo lo ejercen el Presidente de la República, que es el Jefe del Estado, elegido por la Convención Federal, y el Canciller Federal, que es el Jefe del Gobierno Federal, elegido por la Cámara Federal. Los Ministros federales que con el Canciller integran el Gabinete Federal son nombrados por el Presidente de la República a propuesta del Canciller (artículos 38 a 69).

112. A nivel de los Länder, el poder legislativo suele ejercerlo una cámara única electa (en Baviera existe un sistema bicameral). Algunos Länder están gobernados por un gabinete presidido por un ministro presidente elegido por la cámara única. En otros Länder se elige el ejecutivo, denominado Senado (Bremen, Hamburgo); el Senado designa a un alcalde (Bürgermeister) (Hamburgo, Berlín-Oeste) o a un Presidente del Senado (Bremen). El territorio de la Federación esta dividido en municipios (Gemeinde) que dependen en general de un distrito (Landkreis). Estas colectividades se rigen por el derecho comunal, que es competencia de los Länder.

113. Poder judicial. En virtud de la Constitución, el poder judicial lo ejercen el Tribunal Federal Constitucional, los tribunales federales y los tribunales de los Estados (Constitución, artículo 92).

114. La jurisdicción administrativa se compone de tribunales administrativos locales (Verwaltungsgerichte) y regionales (Oberverwaltungsgerichte o Verwaltungsgerichtshöfe), así como del Tribunal Federal Administrativo (Bundesverwaltungsgericht). El Tribunal Federal Disciplinario (Bundesdisziplinargericht) se pronuncia en primera instancia sobre los asuntos disciplinarios relativos a funcionarios federales. El Tribunal Federal Administrativo examina los recursos interpuestos contra las decisiones del Tribunal Federal Disciplinario. La jurisdicción del trabajo abarca tres niveles; la instancia superior la constituye el Tribunal Federal del Trabajo (Bundesarbeitsgericht). Los tribunales del trabajo son competentes en los asuntos relacionados con los empleados y obreros del servicio público cuyas relaciones de trabajo se rigen por el derecho privado.

115. El Tribunal Federal Constitucional (Bundesverfassungsgericht) es el órgano judicial supremo. En virtud de las disposiciones de la Constitución (artículos 21 y 93), debe dirimir en particular los conflictos de competencia entre la Federación y los Länder, pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, y sobre los recursos constitucionales que pueda interponer toda persona que se considere perjudicada por los poderes públicos en uno de sus derechos fundamentales o definidos especialmente en el artículo 33 de la Constitución (que trata de la igualdad de los ciudadanos y del servicio público) y decidir acerca de la inconstitucionalidad de los partidos.

116. Ejecución de las leyes. La Constitución prevé la ejecución de las leyes federales por los Länder, bajo el control de la Federación o, en casos definidos, por delegación de la Federación (artículos 83, 84 y 85), o bien por la propia Federación en los casos indicados por la Constitución (por ejemplo, los ferrocarriles federales, los correos federales) o en aplicación de la Constitución; por ejemplo, la Federación está facultada, en los casos en que posee autoridad legislativa, a crear autoridades federales superiores independientes, nuevas personas morales e instituciones que dependan directamente de la Federación, órganos centralizados en materia de policía, de protección de la Constitución y de servicios de información (artículo 87).

117. En lo que atañe a la ejecución de las leyes de los Länder, por referencia al artículo 30 se acepta que sólo se puede invocar la competencia administrativa de la Federación en la medida en que emana de la Constitución.

118. La Constitución garantiza el principio de la autonomía administrativa de los municipios y asociaciones de municipios (artículo 28).

Estructura del servicio público

119. La estructura constitucional y administrativa del país se refleja en la estructura del servicio público, que depende o bien de la administración federal y de los servicios federales, o bien de la administración de los Länder y de los servicios agregados a la misma, o bien de la administración de los municipios.

120. En estas administraciones cabe distinguir las siguientes categorías de agentes, según la entidad que los emplea:

- agentes empleados en el servicio público directo, es decir, la Federación, los Länder, los municipios y asociaciones de municipios, los ferrocarriles federales y los correos federales;

- agentes empleados en el servicio público indirecto, es decir, la agencia federal del empleo, los organismos de seguros sociales y los organismos de previsión complementaria.

121. Según la índole del régimen jurídico que rige su relación de trabajo con el empleador, cabe distinguir entre los agentes del servicio público directo y del servicio público indirecto las categorías siguientes:

- por una parte, los funcionarios (Beamte), cuya situación jurídica está reglamentada por la ley y cuya situación de servicio está regida por el derecho público;

- por otra, los empleados (Angestellte) y los obreros (Arbeiter), cuyas relaciones de trabajo están regidas por el derecho privado en condiciones fijadas por los convenios colectivos.

122. El 30 de junio de 1984, el personal empleado en el servicio público, tanto a jornada completa como a tiempo parcial, ascendía a unas 4 554 000 personas (4 311 000 en el servicio público directo y 243 000 en el servicio público indirecto), lo cual representa aproximadamente el 17 por ciento de la población activa total (Nota 43).

123. Los cuadros siguientes muestran la repartición, el 30 de junio de 1984, del personal empleado en el servicio público directo, entre funcionarios y jueces, empleados y obreros, según que trabaje a jornada completa o a tiempo parcial, respectivamente:

Cuadro 1. Personal empleado en el servicio público directo que trabaja a jornada completa (situación el 30 de junio de 1984)

 Campo de actividad Funcionarios Empleados Obreros Total

y jueces

Administración

Federal 114 579 89 573 109 499 313 651

Ferrocarriles

federales 176 681 6 903 123 338 306 922

Correos federales 296 384 33 950 105 671 436 005

Federación (total) 587 644 130 426 338 508 1 056 578

Länder 954 140 462 388 161 270 1 577 798

Municipios/asociaciones

de municipios 146 773 511 798 278 380 936 951

Sindicatos

de municipios 2 039 21 508 10 875 34 422

Total 1 690 596 1 126 120 789 033 3 605 749

Fuente: Oficina Federal de Estadísticas.

Cuadro 2. Personal empleado en el servicio público directo que trabaja a tiempo parcial (situación el 30 junio de 1984)

Campo de actividad Funcionarios Empleados Obreros Total

y jueces

Administración

federal 638 12 102 4 341 17 081

Ferrocarriles

federales 495 668 1 975 3 138

Correos federales 7 789 24 307 63 067 95 163

Federación (total) 8 922 37 077 69 383 115 382

Länder 107 505 167 857 42 515 317 877

Municipios/asociaciones

de municipios 3 099 111 281 145 689 260 069

 Sindicatos de municipios 31 4 960 7 110 12 101

 Total 119 557 321 175 264 697 705 429

Fuente: Oficina Federal de Estadísticas.

124. El 30 de junio de 1984, el personal en el servicio público indirecto incluía unos 26 000 funcionarios, 195 000 empleados y 21 000 obreros. Además, en la misma fecha, 271 700 personas se hallaban en período de formación en el servicio público, de las cuales 120 700 eran funcionarios, 98 300 empleados y 52 700 obreros. El personal del servicio público directo que se encontraba en período de formación comprendía unas 128 000 personas al servicio de los Länder, de las cuales 91 000 poseían el estatuto de funcionarios.

125. Según las atribuciones, el personal empleado a jornada completa por la Federación, los Länder, los municipios y las asociaciones de municipios incluía en particular unas 1 079 000 personas al servicio de la administración general (Federación: 271 000; Länder: 559 000; municipios y asociaciones de municipios: 248 000), de las cuales 475 000 trabajaban en la dirección política y la administración central (Federación: 70 000; Länder: 215 000; municipios y asociaciones de municipios: 189 000) y 298 000 en los servicios de seguridad y orden públicos (Federación: 28 000; Länder: 211 000; municipios y asociaciones de municipios: 58 900). El personal empleado en los sectores de la educación, la ciencia y la investigación ascendía a 768 000 personas (Federación: 9 400; Länder: 654 600; municipios y asociaciones de municipios: 104 000), de las cuales 558 900 se hallaban en las escuelas y la educación preescolar (Länder: 487 700; municipios y asociaciones de municipios: 71 200).

Derechos fundamentales garantizados por la Constitución y privilegios de los partidos

126. Como la cuestión sometida a la Comisión es la exclusión del servicio público por motivos relacionados con opiniones y actividades políticas, es conveniente examinar los derechos fundamentales en materia de libertad de opinión y de actividad política y los privilegios de los partidos.

127. En su capítulo I (artículos 1 a 19), la Constitución garantiza cierto número de derechos fundamentales que vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial en calidad de derecho directamente aplicable. La Constitución garantiza, en particular, la dignidad del ser humano, el libre desenvolvimiento de la personalidad humana, el derecho a la vida y a la integridad física, la libertad individual y la libertad de confesión religiosa y filosófica (artículos 1, 2 y 4). El artículo 3 de la Constitución garantiza la igualdad de los ciudadanos ante la ley; el párrafo 3 del artículo 3 estipula que "nadie podrá ser perjudicado ni favorecido en razón de su sexo, ascendencia, raza, lengua, patria, origen, religión, opinión religiosa o política". El artículo 5 garantiza la libertad de opinión; el párrafo 1 del artículo 5 estipula que "toda persona tiene derecho a expresar y difundir libremente su opinión verbalmente, por escrito y por la imagen", y garantiza la libertad de prensa y de información. En virtud del párrafo 2 del artículo 5, "estos derechos encuentran sus límites en las prescripciones de las leyes generales, en las disposiciones legales sobre la protección de los jóvenes y en el derecho al respeto del honor personal"; el párrafo 3 estipula que "el arte y la ciencia, la investigación y la enseñanza son libres; la libertad de enseñanza no exime de la fidelidad a la Constitución". El artículo 9 garantiza la libertad de asociación. Según el párrafo 1 del artículo 9, "todos los alemanes tienen derecho a fundar asociaciones y sociedades". Según el párrafo 2, "quedan prohibidas las asociaciones cuyos objetivos o actividades sean contrarios a las leyes penales o vayan contra el orden fundamental o contra la idea de entendimiento entre los pueblos". El artículo 12 garantiza la libre elección de la profesión. El párrafo 1 del artículo 12 estipula que "todos los alemanes tienen derecho a elegir libremente su profesión, el lugar de su trabajo y el lugar de su

formación profesional. El ejercicio de una profesión puede estar reglamentado por la ley o sobre la base de una ley";

128. El artículo 21 de la Constitución, que forma parte del capítulo titulado "La Federación y los Länder";, garantiza la libre fundación de partidos políticos, indica en qué circunstancias un partido es inconstitucional y enuncia las competencias del Tribunal Federal Constitucional para pronunciarse en materia de inconstitucionalidad. Considerado como base del "privilegio de los partidos"; el artículo 21 reza como sigue:

1) Los partidos políticos participan en la formación de la voluntad política popular. Su creación es libre. Su organización interna debe acatar los principios democráticos. Los partidos deben rendir cuentas públicamente de la procedencia de sus fondos.

2) Los partidos que, por sus fines o por la conducta de sus miembros, intentan perturbar el orden fundamental, democrático y liberal, derribarlo o poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania, son inconstitucionales. Incumbe al Tribunal Federal Constitucional pronunciarse sobre la cuestión de la inconstitucionalidad.

3) Las disposiciones de detalle las reglamentarán leyes federales.

129. El artículo 43, 1) de la ley sobre el Tribunal Federal Constitucional precisa que la Cámara Federal, el Consejo de los Estados o el Gobierno federal pueden pedir a dicho Tribunal que se pronuncie sobre la inconstitucionalidad de un partido. El gobierno de un Land sólo puede formular una petición de esta índole contra un partido cuya organización esté limitada al territorio de dicho Land (artículo 43, 2)).

130. En aplicación del artículo 21, el Tribunal Federal Constitucional se pronunció en 1952 sobre la inconstitucionalidad del Partido Socialista del Reich (Sozialistische Reichspartei, SRP) (Nota 44) y, en 1956, sobre la del Partido Comunista de Alemania (Kommunistische Partei Deutschlands, KPD) (Nota 45). En ambos casos el Tribunal declaró el partido inconstitucional, decretó su disolución y prohibió la constitución o la continuación de organizaciones que lo reemplazaran.

131. Después de estas decisiones no se ha sometido ningún otro caso al Tribunal Federal Constitucional en virtud del artículo 21, 2) para que éste se pronuncie sobre la inconstitucionalidad de un partido político.

132. En su decisión anteriormente mencionada de 1952, el Tribunal hizo una interpretación del artículo 21 de la Constitución, precisando especialmente en qué condiciones un partido podía considerarse inconstitucional y definiendo el sentido que debía darse al concepto de orden fundamental libre y democrático.

La importancia particular que revisten los partidos en el Estado democrático no justifica su exclusión de la vida política cuando combaten con medios legales ciertas prescripciones, o incluso elementos enteros de la Constitución, sino únicamente cuando intentan socavar los valores fundamentales supremos del Estado democrático constitucional y liberal. Estos valores fundamentales constituyen el orden fundamental libre y democrático, que la Constitución considera fundamentales en el contexto de la organización general del Estado, es decir, del orden constitucional...

El orden fundamental libre y democrático (en el sentido del artículo 21, 2), de la Constitución) es un orden jurídico basado en la autodeterminación del pueblo según la voluntad de la mayoría y en la libertad y la igualdad, con exclusión de todo poder violento o arbitrario. Entre los principios fundamentales de este orden, deben figurar, por lo menos, el respeto de los derechos humanos especificados por la Constitución y ante todo el respeto del derecho a la vida y al libre desenvolvimiento, la soberanía del pueblo, la separación de poderes, la responsabilidad del gobierno, la legalidad de la administración, la independencia de los tribunales, el pluralismo de los partidos y la igualdad de oportunidades para todos los partidos, con el derecho de crear, de conformidad con la Constitución, una oposición y de ejercerla.

Según el Tribunal, el artículo 21, 1):

reconoce que los partidos políticos participan en la formación de la voluntad política popular, elevándolos así de la esfera sociopolítica al nivel de una institución constitucional. En esta "incorporación"; de los partidos en la estructura constitucional sólo pueden participar, de forma políticamente sensata, los partidos que se basan en el orden fundamental libre y democrático. Esto lo confirma el artículo 21, 2), cuyo alcance permite concluir que un partido determinado no puede participar

en la formación de la voluntad política popular si combate el orden fundamental democrático y liberal. Es sólo por consideraciones inherentes al Estado de derecho que se ha previsto que el reconocimiento de la inconstitucionalidad de un partido, con sus consecuencias jurídicas, no puede hacerlo cualquiera, ni siquiera el gobierno o la administración, ni siguiendo cualquier procedimiento, sino que incumbe exclusivamente al Tribunal Federal Constitucional pronunciarse sobre ello mediante sentencia emitida al término de un procedimiento cuyo objetivo sea buscar la verdad material.

133. En su decisión con respecto al KPD, el Tribunal precisó:

Un partido no es ya inconstitucional cuando no reconoce los principios supremos del orden fundamental democrático y liberal, sino cuando además de ello adopta una actitud activamente combativa, agresiva contra el orden existente... El artículo 21, 2) no exige, como el artículo 81 del Código Penal, una acción concreta; basta que la orientación política del partido responda a una intención que, de manera básica y continuamente tendenciosa, intente combatir el orden libre y democrático... Un partido es ya inconstitucional cuando intenta conseguir una configuración política y social de la democracia liberal distinta de la actual, con el fin de utilizarla como transición para eliminar más fácilmente todo orden fundamental y libre... (Nota 46).

134. En 1961, al examinar la constitucionalidad de un artículo del Código Penal, el Tribunal Federal Constitucional tuvo ocasión de precisar que:

Hasta que el Tribunal Federal Constitucional se haya pronunciado, nadie puede invocar en derecho a la inconstitucionalidad de un partido. En esta medida, tal decisión tiene valor constitutivo.

El privilegio del artículo 21, 2) de la Constitución, que protege en primer lugar a la organización del partido, se extiende también a la actividad oficial llevada a cabo con medios generalmente autorizados, de los funcionarios y miembros de un partido. Su actividad queda también protegida por el privilegio de los partidos si su partido es declarado inconstitucional por fallo ulterior del Tribunal Federal Constitucional.

El orden jurídico sin infringir el principio fundamental del Estado de derecho no puede tratar a posteriori como contraria al derecho, la libertad constitucional garantizada por la Constitución de crear un partido y desarrollar actividades para él en la vida constitucional (Nota 47).

135. No obstante, con motivo del examen de la constitucionalidad de una disposición de la ley sobre los funcionarios del Land de Schleswig-Holstein, el Tribunal Federal Constitucional en una decisión del 22 de mayo de 1975, indicó, con respecto a la contratación de un candidato en el servicio público:

Un elemento del comportamiento que puede revestir gran importancia en la evaluación de la personalidad del candidato al servicio público puede ser también su adhesión o afiliación a un partido político cuyos fines sean hostiles a la Constitución, y ello independientemente de que el Tribunal Federal Constitucional haya establecido o no su inconstitucionalidad. Sería realmente arbitrario excluir este elemento de la evaluación de una personalidad, y obligar por tanto al empleador a aceptar la fidelidad de un funcionario a la Constitución simplemente por no existir ningún fallo del Tribunal Federal Constitucional sobre la inconstitucionalidad de un partido; este fallo depende por otra parte de que se haya formulado una petición a tal efecto, lo cual se deja ampliamente a discreción de quienes pueden formularla, y que no formularán solamente a fin de poder rechazar candidatos al servicio público o para tomar medidas disciplinarias contra funcionarios por violación de la obligación de lealtad política.

El hecho de que el Tribunal Constitucional no se haya pronunciado hasta ahora sobre la inconstitucionalidad de un partido no impide que pueda tenerse y mantenerse el convencimiento de que dicho partido persigue objetivos hostiles a la Constitución y debe ser combatido políticamente (Nota 48).

136. El Tribunal distingue así entre "la inconstitucionalidad de un partido", que en virtud del artículo 21, 2) sólo puede establecerse por decisión del Tribunal, y "los objetivos hostiles a la Constitución de un partido", cuyo establecimiento no depende de tal decisión.

137. Definición y composición del servicio público. Las disposiciones fundamentales en materia de servicio público figuran en el artículo 33 de la Constitución, que estipula lo siguiente:

- 1) En cada Land todos los alemanes tienen los mismos derechos y obligaciones cívicos.
- 2) Todos los alemanes tienen igual acceso a los empleos públicos en función de sus aptitudes, calificaciones y rendimiento profesional.
- 3) El goce de los derechos civiles y cívicos, la admisión en los empleos públicos y los derechos adquiridos en el servicio público son independientes de la confesión religiosa. Nadie debe sufrir perjuicio alguno como consecuencia de su adhesión o no adhesión a una confesión o filosofía.
- 4) Por regla general, el ejercicio de competencias derivadas de derechos soberanos debe confiarse con carácter permanente a miembros del servicio público cuya situación de servicio y de fidelidad se rija por el derecho público.
- 5) El derecho del servicio público debe reglamentarse teniendo en cuenta los principios tradicionales de la función pública de carrera.

138. El artículo 33 no se circunscribe a la situación de las personas que poseen el estatuto de funcionario. En particular, las garantías que figuran en los párrafos 2 y 3 abarcan el empleo en el servicio público en general, cualquiera que sea la índole del vínculo de servicio.

139. La Federación ha adoptado dos leyes básicas sobre el estatuto de los funcionarios; por una parte, la ley sobre los funcionarios federales (Bundesbeamtenengesetz - BBG) (Nota 49) y, por otra, la ley marco sobre los funcionarios de los Länder (Beamtenrechtsrahmengesetz - BRRG) (Nota 50). De conformidad con la ley marco, los Länder han adoptado leyes sobre el estatuto de sus funcionarios (Nota 51).

140. El Estado Federal y los Länder, cada uno dentro de sus esferas de competencia respectivas, han adoptado leyes sobre el procedimiento disciplinario y la representación del personal en lo que atañe a los funcionarios.

141. El estatuto de los funcionarios de la Federación está regido por la ley sobre los funcionarios federales, que trata en particular de sus relaciones de servicio y de sus derechos y obligaciones.

142. En virtud del artículo 2 de la ley, se considera funcionario público a toda persona que ante la Federación o una persona moral, institución o fundación de derecho público directamente dependiente de la Federación, se encuentre en una situación de servicio y de fidelidad que se rija por el derecho público (artículo 2, 1)). Todo funcionario empleado por la Federación es funcionario general directo. Todo funcionario empleado por una persona moral, institución o fundación de derecho público dependiente de la Federación es funcionario federal indirecto (artículo 2, 2)).

143. De conformidad con el artículo 4 de la ley, el nombramiento como funcionario sólo es admisible para desempeñar:

- 1) tareas que emanen de derechos soberanos (hoheitsrechtliche Aufgaben);
- 2) tareas que, por consideraciones de salvaguardia del Estado o de la vida pública, no pueden asignarse exclusivamente a personas cuya relación de trabajo se rija por el derecho privado.

144. La ley distingue varias categorías de funcionarios, a saber: permanente, en período de prueba, revocable, honorífico y temporal.

145. Según el artículo 5, puede nombrarse funcionario permanente (auf Lebenszeit) toda persona empleada de forma permanente en las tareas a que hace referencia el artículo 4, y funcionario en período de prueba (auf Probe) toda persona que, con miras a un empleo ulterior como funcionario permanente debe cumplir un período de prueba. Puede nombrarse funcionario revocable (auf Widerruf) toda persona que deba cumplir el servicio preparatorio (Vorbereitungsdienst) obligatorio o

habitual, o que sólo debe desempeñar las tareas a que hace referencia el artículo 4 accidental o temporalmente. Quien desempeña las tareas estipuladas en el artículo 4 con carácter honorífico es funcionario honorífico (Ehrenbeamter). Por último, la ley precisa que siguen vigentes las disposiciones jurídicas en virtud de las cuales ciertas personas pueden ser nombradas funcionarios durante un tiempo determinado (Zeitdauer).

146. El candidato a la función pública debe reunir ciertas condiciones de formación, ser en principio de nacionalidad alemana y garantizar que en todo momento defenderá el orden fundamental, libre y democrático definido por la Constitución (artículo 7).

147. La ley marco sobre los funcionarios de los Länder contiene disposiciones que los Länder deben respetar al regular su propia función pública, habida cuenta de los principios tradicionales de la función pública y de los intereses comunes de la Federación y de los Länder. Las disposiciones de la ley marco y de la ley sobre los funcionarios federales están ampliamente armonizadas (Nota 52).

148. La situación del funcionario se caracteriza principalmente por lo siguiente:

- el carácter oficial del estatuto (el acceso a la función pública, el cese del servicio y los ascensos están condicionados por una decisión oficial);

- la contratación, en principio, permanente: el funcionario se compromete bajo juramento a cumplir escrupulosamente sus obligaciones profesionales y a respetar las leyes, y el empleador se compromete a subvenir financieramente a las necesidades del funcionario mediante el pago de un sueldo o, para el funcionario jubilado, de una pensión (régimen no contributivo) (Nota 53); la revocación del funcionario permanente por iniciativa del empleador sólo puede tener lugar mediante un procedimiento disciplinario formal durante el cual un tribunal disciplinario decide la separación del servicio (Nota 54);

- el desarrollo del servicio según el principio de la carrera (Nota 55).

149. En lo que atañe a las otras dos categorías de miembros del servicio público, es decir, los empleados (Angestellte) y los obreros (Arbeiter), el artículo 191 de la ley sobre los funcionarios federales precisa que las relaciones de trabajo de los empleados y de los obreros al servicio de la Federación o de una persona moral, institución o fundación de derecho público dependiente de la Federación, se regirán por convenio colectivo.

150. Los empleados del servicio público de la Federación (exceptuados los ferrocarriles federales y los correos federales), de los Länder y de los municipios están cubiertos por un convenio colectivo, a menos que se hayan concluido acuerdos especiales (Nota 56).

151. Por su parte, los obreros de la Federación (Nota 57), de los Länder (Nota 58) y de los municipios también están cubiertos por convenios colectivos generales.

152. Existen convenios especiales, en particular, para los ferrocarriles federales y los correos federales.

153. Aunque la Constitución (artículo 33, 4)), la ley sobre los funcionarios federales (artículos 2 y 4) y la ley marco sobre los funcionarios de los Länder (artículo 2, 2)) hagan distinción entre los funcionarios y otras categorías de personal del servicio público según las tareas que deben desempeñar, se ha comprobado que en la práctica no es la índole de la actividad del asalariado lo que determina su condición de funcionario, empleado u obrero. Lo decisivo es solamente que haya sido nombrado funcionario o bien empleado mediante un contrato de trabajo. Ello explica que las personas que desempeñan tareas que emanan de derechos soberanos puedan ser empleados e, inversamente, que aquellas que no desempeñan tareas de esta índole puedan ser nombrados funcionarios. Esta última hipótesis es más frecuente, pues sólo excepcionalmente el artículo 33, 4) de la Constitución admite que se asignen a no funcionarios tareas que emanan de derechos soberanos (Nota 59).

154. Se ha señalado asimismo que la situación en las distintas esferas de competencia y sobre todo la situación presupuestaria en materia de empleo, al igual que los antecedentes históricos, no permiten una delimitación estricta de las tareas que

incumben a los funcionarios, por una parte, y a los empleados u obreros, por otra (Nota 60). Con el transcurso de los años las esferas de actividad de los funcionarios y de los empleados se han fusionado. Por un lado se han asignado funcionarios a tareas que no emanan de derechos soberanos, como por ejemplo en los correos y ferrocarriles federales; por otro, algunos empleados han asumido cometidos que implican el ejercicio de funciones legales de soberanía reservadas anteriormente a los funcionarios (Nota 61).

155. Derechos y garantías de los funcionarios en el proceso de contratación. Las disposiciones fundamentales que rigen el acceso al servicio público figuran en el artículo 33, 2) y 3) de la Constitución. Según el artículo 33, 2), "todos los alemanes tienen igual acceso a los empleos públicos en función de sus aptitudes, calificaciones y rendimiento profesional".

156. En el artículo 33, 3) se estipula en particular que nadie debe sufrir perjuicio alguno como consecuencia de su adhesión o no adhesión a una confesión o filosofía.

157. Por otra parte, el artículo 3, 3) de la Constitución garantiza en particular la no discriminación por motivos de opinión política, y el artículo 5 garantiza la libertad de expresión.

158. Según ciertos autores (Nota 62), el artículo 33, 2) de la Constitución garantiza solamente un acceso al empleo sin discriminación, pero no confiere ningún derecho a la contratación para un empleo. Los tribunales consideraron primero que este artículo daba simplemente derecho a presentar la propia candidatura. Más tarde han admitido que otorgaba un derecho que podía reivindicarse en justicia como una apreciación objetiva, e intervienen cuando un candidato puede probar que ha sido descartado por motivos erróneos o irregulares. En principio, los tribunales sólo están facultados para anular la decisión y aplazarla para una nueva toma de decisión ante la autoridad responsable de la contratación. Otros autores consideran que el artículo 33, 2) confiere un derecho de acceso general al servicio público, en función de las aptitudes y calificaciones del candidato (Nota 63).

159. La ley sobre los funcionarios federales (artículo 8) y la ley marco sobre los funcionarios de los Länder (artículo 7) estipulan que los candidatos deben elegirse en función de sus aptitudes, calificaciones y rendimiento profesional, sin discriminación alguna por razón de sexo, ascendencia, raza, creencia, opinión religiosa o política, origen o relaciones.

160. Conforme a los artículos 9, 2) y 6, 2) de estas mismas leyes, una relación de funcionario en período de prueba debe transformarse en la de funcionario permanente a lo sumo cinco años más tarde si el funcionario cumple los requisitos previstos a tal efecto.

161. Las leyes sobre el servicio público no reglamentan el procedimiento de selección y evaluación de los candidatos. La ley sobre los funcionarios federales prevé únicamente la publicación de las plazas vacantes (artículo 8, 1)). La ley sobre representación del personal federal confiere al comité del personal un derecho de cogestión en el momento de la contratación (artículo 76, 1)).

162. La persona cuya candidatura haya sido rechazada sin motivo justificado puede impugnar la decisión de la autoridad responsable de la contratación. Ello obliga a dicha autoridad a probar la objetividad de su decisión sometiendo el expediente al tribunal, quien permite al candidato tomar conocimiento de él. Los tribunales administrativos no le permiten, sin embargo, examinar los expedientes de los demás candidatos, por razones de confidencialidad (Nota 64).

163. La selección de empleados y obreros del servicio público a quienes se aplica el artículo 33, 2) y 3) de la Constitución se efectúa esencialmente según normas análogas. El comité del personal también tiene un derecho de cogestión en el reclutamiento de empleados y obreros (artículo 75, 1)). Los tribunales del trabajo tienen competencia para ocuparse de quejas referentes a denegaciones de candidatura (Nota 65).

164. Seguridad del empleo. Una vez nombrado de forma definitiva, el funcionario pasa a ser permanente. Según lo dispuesto en los artículos 28 a 51 de la ley sobre los funcionarios federales, la terminación de la relación de trabajo puede producirse, aparte en caso de muerte del funcionario, por su dimisión o despido, por pérdida de los derechos inherentes a la calidad de funcionario, por revocación en virtud de las disposiciones en materia disciplinaria o por jubilación (Nota 66).

165. En lo que atañe al funcionario en período de prueba, la ley sobre los funcionarios federales prevé un número suplementario de motivos de despido y los plazos de preaviso que deben respetarse normalmente (artículo 31). Así el funcionario en período de prueba puede ser despedido por una conducta que, en caso de un funcionario permanente, daría lugar a una sanción al término de un procedimiento disciplinario; en estos casos, el funcionario en período de prueba puede ser despedido sin aviso previo (Nota 67). Entre los motivos de despido figuran asimismo la falta de demostración de aptitudes, calificaciones y rendimiento profesional, la incapacidad y la desaparición o reestructuración del servicio.

166. En cuanto al funcionario revocable, puede ser despedido en cualquier momento con los mismos plazos de preaviso que el funcionario en período de prueba (artículo 32). Según la ley, el funcionario revocable debería gozar de la posibilidad de realizar su servicio preparatorio (Vorbereitungsdienst) y de examinarse. Su condición de funcionario termina con el examen (Nota 68), siempre que así lo determine la ley o los reglamentos administrativos.

167. En virtud del Reglamento Federal Disciplinario (Bundesdisziplinarordnung), un funcionario permanente sólo puede ser destituido con arreglo a un procedimiento disciplinario oficial ante los tribunales disciplinarios. A tenor de la ley sobre representación del personal federal, la apertura de un procedimiento disciplinario oficial está sujeta a la obligación de consulta del comité del personal (artículo 78, 1)). Lo propio es válido para el despido de un funcionario en período de prueba o revocable (Nota 69).

168. Con respecto a los empleados y obreros, las disposiciones de la ley sobre protección de los asalariados contra el despido son aplicables a las empresas y administraciones de derecho público (Nota 70). El despido es injustificado, desde el punto de vista social, y nulo cuando no se funda en motivos personales o de comportamiento del asalariado o en necesidades imperiosas de la empresa o cuando los representantes del personal han formulado objeciones contra el despido. El empleador debe probar los hechos en que se basa el despido. En virtud de la ley sobre representación del personal federal, el comité del personal interviene en los casos de despido ordinario y es obligatorio recabar su opinión en caso de despido sin aviso previo o de despido extraordinario. No es admisible el despido de un representante del personal, a menos que exista un motivo grave que autorice el despido sin aviso previo. En este caso, el comité del personal debe dar su consentimiento; si se niega a darlo, el tribunal administrativo puede suplir tal consentimiento, a petición del empleador, si el despido está justificado habida cuenta de todas las circunstancias. El convenio colectivo para los empleados federales precisa en su artículo 53 los plazos de preaviso que deben respetarse en caso de despido; tras 15 años de servicio y a partir de los 40 años no puede ya despedirse al empleado, excepto en las condiciones y según las modalidades previstas en el artículo 55.

169. Obligaciones de los funcionarios. La ley sobre los funcionarios federales y la ley marco sobre los funcionarios de los Länder contienen disposiciones detalladas respecto a las obligaciones de los funcionarios, algunas de carácter general y otras sobre determinados aspectos como secreto de función, ocupación secundaria, aceptación de recompensas, tiempo de trabajo, etc. Las obligaciones de carácter general figuran en los artículos 52, 53 y 54 de la ley sobre los funcionarios federales y en los artículos 35 y 36 de la ley marco sobre los funcionarios de los Länder, que rezan como sigue:

El funcionario se halla al servicio de todo el pueblo y no de un partido. Debe desempeñar sus tareas de manera imparcial y justa y en el ejercicio de sus funciones tener presente el bienestar de la comunidad.

El funcionario debe reflejar con toda su conducta su adhesión al orden fundamental, libre y democrático definido por la Constitución y actuar en pro de su mantenimiento (artículos 52, 1) y 2) y 35, 1)).

En sus actividades políticas, el funcionario debe ser comedido y mantener la reserva que le impone su cargo ante la colectividad y el respeto debido a las obligaciones de sus funciones (artículos 53 y 35, 2)).

El funcionario debe consagrarse a su profesión con dedicación total. Debe ejercer sus funciones en forma desinteresada y responsable. Su comportamiento dentro y fuera del servicio debe corresponder a la estima y la confianza que su profesión exige (artículos 54 y 36).

De conformidad con el artículo 58 de la ley sobre los funcionarios federales, el funcionario federal debe pronunciar el siguiente juramento:

“Juro respetar la Constitución de la República Federal de Alemania y todas las leyes vigentes en la República Federal, y cumplir con responsabilidad las obligaciones inherentes a mi cargo... (Nota 71).”

170. En caso de incumplimiento de sus obligaciones, el funcionario puede ser sancionado. El artículo 77 de la ley sobre los funcionarios federales y el artículo 45 de la ley marco definen la noción de falta disciplinaria y remiten a las leyes sobre el procedimiento disciplinario (a nivel federal o de los Länder) para sancionar las faltas disciplinarias. Según lo dispuesto en estos artículos, el funcionario comete una falta disciplinaria cuando viola de manera culpable sus obligaciones de servicio. El comportamiento fuera del servicio constituye una falta disciplinaria cuando, según los datos del caso concreto es particularmente susceptible de menoscabar el respeto y la confianza en una forma que repercute en sus funciones o en el crédito del servicio público (Nota 72).

171. Por lo que se refiere al funcionario jubilado, se considera como falta disciplinaria, entre otras, desarrollar actividades contra el orden fundamental, libre y democrático y participar en intentos encaminados a poner en peligro la existencia o la seguridad de la República Federal de Alemania (Nota 73).

Obligación de fidelidad al orden fundamental, libre y democrático

172. Contexto histórico y doctrinal de la obligación de lealtad. Como ya se indicó más arriba, en virtud del artículo 33, 5) de la Constitución, el derecho del servicio público debe reglamentarse teniendo en cuenta los principios tradicionales de la función pública de carrera. Según el fallo pronunciado el 22 de mayo de 1975 por el Tribunal Federal Constitucional (Nota 74), la obligación de fidelidad al orden fundamental, libre y democrático constituye uno de estos principios tradicionales de la función pública. El Tribunal ha puesto de relieve que la obligación de fidelidad ha existido de manera ininterrumpida en la historia de la función pública alemana desde finales del siglo XVIII.

173. En el curso del período del Imperio germánico (1871-1918) (Nota 75) se puede observar una doble orientación en el estatuto del funcionario (Beamtenverhältnis). En la práctica prevalecía la idea, legada por la tradición histórica, de una relación de fidelidad personal al monarca, que también se extendía al gobierno nombrado por el monarca y dependiente de él. Las posturas políticas contrarias al gobierno, incluso con carácter no oficial, y sobre todo la adhesión a un partido político antimonárquico se consideraban una violación de la obligación de fidelidad del funcionario. En la doctrina, en cambio, prevalecía la idea de un cuerpo de funcionarios en situación de servicio, con respecto al Estado, determinada por derechos y obligaciones. La obligación de fidelidad aparecía como “el aspecto ético” del estatuto del funcionario; su contenido se materializaba en el hecho de que el funcionario debía cumplir sus obligaciones con plena responsabilidad, pero no en razón de un vínculo personal existencial con el monarca o el Estado. Esta idea se reflejaba en la ley sobre los funcionarios imperiales de 1873; la obligación fundamental del funcionario prevista por la ley estaba vinculada y se limitaba al cumplimiento metódico y conforme a la Constitución de las tareas que le incumbían; sólo en el juramento del funcionario aparecía la fórmula de fidelidad y obediencia al emperador.

174. Bajo la República de Weimar (después de 1919), la Constitución garantizaba el acceso general a los empleos públicos en función de las calificaciones y competencias profesionales (artículo 128), y garantizaba expresamente a los funcionarios la libertad de opinión política y la libertad de asociación (artículo 130). En lo tocante a las obligaciones de los funcionarios, subsistía la reglamentación de la ley sobre los funcionarios imperiales, a saber, una obligación de comportamiento (Verhaltenspflicht). El artículo 130 de la Constitución estipulaba: “El funcionario está al servicio de la colectividad, no de un partido. La libertad de opinión política y la libertad de asociación están garantizadas a todos los funcionarios...” (artículo 130, 1) y 2)).

175. La situación en esta época, en materia de libertad de opinión política, se ha descrito de la manera siguiente (Nota 76):

Queda en todo caso excluida una sanción disciplinaria contra un funcionario por el mero hecho de declararse favorable a un partido político. Un funcionario comete una falta disciplinaria sólo si intenta fomentar mediante acciones concretas los objetivos del partido que apoya si éstos son derrocar por la violencia el orden estatal establecido. La libertad de opinión no está restringida, ni siquiera con respecto a objetivos o medios inconstitucionales. Sin embargo, la participación directa en acciones encaminadas a materializar los objetivos de un partido por medios ilegales es incompatible con la ocupación de un empleo

público. Fuera del servicio, en el ejercicio de los derechos que le confieren los artículos 118 (libertad de opinión en general) y 130, el funcionario cuando participe en manifestaciones públicas que puedan adquirir un matiz político debe observar la mayor reserva y respetar las opiniones políticas distintas. En lo que se refiere a la libertad de asociación, se plantea la cuestión de saber si el funcionario puede fomentar, apoyar o desarrollar otras actividades para un partido u organización que, públicamente o en secreto, se proponga derrocar por la fuerza el orden estatal existente (y sea en este sentido revolucionaria) o si puede ser miembro de tal partido. Según la jurisprudencia, al funcionario le está permitido meramente apoyar dicho partido (OVG, caso 77); en cambio, la actividad en pro del mismo mediante acciones concretas le está prohibida (OVG, caso 78).

176. Asimismo, se ha subrayado (Nota 77) que, en la cuestión de saber si la adhesión de los funcionarios a un partido político revolucionario o sus actividades en él eran compatibles con las obligaciones de los funcionarios, el criterio para determinar si un partido era revolucionario no lo constituían los objetivos políticos perseguidos por el partido, sino los medios revolucionarios, es decir, ilegales y violentos, para alcanzarlos.

177. En razón de la controversia política inherente al nuevo fundamento democrático del Estado, las disposiciones constitucionales y legislativas quedaron rápidamente limitadas. El juramento de los funcionarios se convirtió en un juramento de fidelidad ("juro fidelidad a la Constitución"); una ley del 21 de julio de 1922 sobre las obligaciones de los funcionarios para la protección de la República agregó a las obligaciones relativas al cumplimiento de las tareas una obligación general de actuar en favor de la autoridad constitucional y republicana del Estado (artículo 10, a)). Sin embargo, tal obligación no se consideraba como una de profesión de fidelidad (Bekanntnispflicht), sino como una de comportamiento vinculada a la actividad profesional (Verhaltenspflicht).

178. En las publicaciones sobre el derecho de los funcionarios se observó una revalorización del concepto de fidelidad. El estatuto de los funcionarios se calificaba de relación de fidelidad con respecto al Estado. La obligación de fidelidad a una persona, el monarca, que se reflejaba por el comportamiento hacia dicha persona, y particularmente por la obediencia a sus órdenes, quedó sustituida por la obligación de fidelidad hacia una entidad impersonal (el Estado) o principios normativos (la Constitución).

179. La época nazi consolidó este concepto de fidelidad y al propio tiempo lo exageró y pervertió (Nota 78).

180. El artículo 4 de la ley del 7 de abril de 1933 sobre la reforma del cuerpo de funcionarios de carrera estipulaba que "los funcionarios cuyas actividades políticas no ofrezcan la garantía de que actuarán en todo momento y sin reservas a favor del Estado nacional pueden ser revocados".

181. La ley de 30 de junio de 1933 sobre enmienda de ciertas disposiciones relativas a los funcionarios estipulaba que "solamente puede ser funcionario quien ofrezca garantías de que en todo momento y sin reservas actuará a favor del Estado nacional" (artículo 3, 2), a)).

182. La ley del 26 de enero de 1937 sobre los funcionarios alemanes reemplazó la expresión "Estado nacional" por "Estado nacionalsocialista". El artículo 1 de esta ley especificaba que "el funcionario alemán se halla con respecto al Führer y al Reich en una situación de servicio y de fidelidad regida por el derecho público (estatuto del funcionario)". El artículo 3, 2) rezaba como sigue: "El funcionario debe en todo momento y sin reservas actuar en favor del Estado nacionalsocialista y guiarse en todo su comportamiento por el hecho de que el Partido Obrero Nacional Socialista, unido indisolublemente con el pueblo, encarna la idea del Estado alemán".

183. En virtud del artículo 4 de dicha ley, el funcionario debía probar su adhesión especial al Führer y al Reich mediante el juramento siguiente: "Juro fidelidad y obediencia al Führer del Reich y del pueblo alemanes, Adolfo Hitler; respetaré las leyes y cumpliré escrupulosamente las obligaciones inherentes a mi cargo...".

184. A partir de 1945 los textos sobre el estatuto de los funcionarios estipulan que la situación del funcionario es "una situación de servicio y de fidelidad que se rija por el derecho público". Al mismo tiempo, se invita a los funcionarios a participar en el concepto de "democracia combativa" (streitbare, abwehrbereite, wehrhafte Demokratie), el cual, mediante disposiciones institucionales y jurídicas, tiene por objeto proteger al orden democrático para evitar que sus enemigos,

valiéndose de la libertad política, lo combatan o eliminen (Nota 79).

185. Ciertos autores han hecho observar que de la misma manera que el contenido de la Constitución está determinado acusadamente por la voluntad de crear un Estado libre y democrático, también lo está fundamentalmente por la voluntad de garantizar que la República Federal de Alemania permanezca siempre un Estado democrático y liberal (Nota 80). Esta voluntad de proteger el carácter democrático y liberal de la República Federal de Alemania (Nota 81) se refleja en las disposiciones que prevén la pérdida de ciertos derechos fundamentales en caso de utilización abusiva de los mismos para luchar contra el orden fundamental democrático y liberal (artículo 18), en las que permiten dictaminar la inconstitucionalidad de partidos (artículo 21) y en las que prohíben enmendar ciertas disposiciones constitucionales (artículo 79: estructura federal, participación de los Länder en el proceso legislativo, derechos fundamentales previstos en los artículos 1 a 20).

186. Según esta doctrina, parece necesario un cuerpo de funcionarios dispuestos a comprometerse y a identificarse con el orden fundamental, libre y democrático para evitar el retorno de un régimen totalitario. Se impele la democracia a una autodefensa activa. No puede admitir que ingresen en la función pública personas consideradas como extremistas que quieran poner en tela de juicio este orden democrático (Nota 82). El vínculo normativo que permite alcanzar esta meta radica en el carácter del estatuto del funcionario como relación de fidelidad al Estado democrático, y en las disposiciones de las leyes sobre los funcionarios (Nota 83).

187. Disposiciones legislativas vigentes. La ley sobre los funcionarios federales (artículo 7, 1), 2)) y la ley marco sobre los funcionarios de los Länder (artículo 4, 1), 2)) estipulan que solamente puede ser nombrado funcionario quien "ofrece la garantía de que en todo momento actuará a favor del orden fundamental, libre y democrático definido por la Constitución".

188. Según el artículo 52, 2) de la ley sobre los funcionarios federales y el artículo 35, 1), 3) de la ley marco sobre los funcionarios de los Länder, el funcionario debe "probar mediante todo su comportamiento su adhesión al orden fundamental, libre y democrático definido por la Constitución y defenderlo".

189. En virtud del artículo 2 de la ley sobre los funcionarios federales, que define la esfera de aplicación de dicha ley, la obligación de fidelidad incumbe a todos los funcionarios al servicio de la Federación o de personas morales, instituciones y fundaciones de derecho público dependientes de la Federación.

190. En las legislaciones sobre los funcionarios de los Länder figuran disposiciones similares que imponen una obligación de fidelidad al orden fundamental, libre y democrático.

191. Según la jurisprudencia, la obligación de fidelidad al orden fundamental, libre y democrático se extiende a todo el comportamiento del funcionario, tanto dentro como fuera del servicio (Nota 84).

192. Principios para verificar la fidelidad. El 28 de enero de 1972, el Canciller Federal y los Jefes de gobiernos de los Länder se pusieron de acuerdo sobre un conjunto de principios concernientes al control de la fidelidad al orden fundamental, libre y democrático de los miembros del servicio público y de candidatos al empleo (corrientemente denominado "decreto sobre los radicales" ("Radikalenerlass")). A su vez, dichos principios se reflejaban en decisiones aprobadas para el servicio público federal y el servicio en los Länder. Este último texto, con fecha también del 28 de enero de 1972, rezaba como sigue:

Los jefes de los gobiernos de los Länder, en consulta con el Canciller Federal, adoptaron con fecha 28 de enero de 1972, a propuesta de la Conferencia Permanente de Ministros del Interior de los Länder, los principios siguientes:

De conformidad con las leyes sobre los funcionarios de la Federación y de los Länder,

- sólo podrá ser nombrado funcionario quien ofrezca garantías de que actuará en todo momento a favor del orden fundamental, libre y democrático definido por la Constitución;

- tanto dentro como fuera del servicio, el funcionario debe manifestarse activamente en favor del mantenimiento de dicho orden

fundamental.

Se trata de disposiciones imperativas. Cada caso individual debe ser objeto de un examen y de una decisión. A este respecto deben seguirse los principios siguientes:

Candidatos:

No podrá ser reclutado para el servicio público ningún candidato que desarrolle actividades hostiles a la Constitución. Si el candidato es miembro de una organización que persigue objetivos hostiles a la Constitución, esta afiliación suscitará dudas en cuanto a su garantía de que en todo momento actuará a favor del orden fundamental, libre y democrático definido por la Constitución. Estas dudas bastarán para justificar en principio el rechazo de la solicitud de contratación.

Funcionarios:

Cuando un funcionario, a causa de sus actos o de su afiliación a una organización que persiga objetivos contrarios a la Constitución, no cumpla con los requisitos del artículo 35 de la ley marco sobre los funcionarios, en virtud del cual está obligado a probar, con todo su comportamiento, su adhesión al orden fundamental, libre y democrático definido por la Constitución y a actuar en pro de su mantenimiento, el empleador, basándose en los hechos de cada caso, debe sacar las conclusiones que se imponen y, en particular, examinar si conviene proceder a la revocación del funcionario.

Estos mismos principios rigen para los empleados y los obreros del sector público, de conformidad con las disposiciones de los convenios colectivos respectivos.

193. Cada Land adoptó sus propias directrices para la aplicación de estos principios. Dichas disposiciones dieron motivo a una extensa verificación, a veces sistemática, y por otra parte diferente según los Länder, de la fidelidad de candidatos al servicio público y de funcionarios.

194. El 22 de mayo de 1975, el Tribunal Federal Constitucional precisó en una decisión fundamental los principios en que debe basarse la verificación de la fidelidad de candidatos y funcionarios (véanse el párrafo 214 y siguientes).

195. La Cámara Federal (Bundestag) adoptó el 24 de octubre de 1975 una resolución que, a la luz de la decisión del Tribunal Federal Constitucional, pedía el respeto de ciertos principios al examinarse la fidelidad de candidatos. La resolución invitaba al Gobierno Federal a velar por el respeto de estos principios en su esfera de competencia e invitaba a los Länder a armonizar sus procedimientos basándose en estos principios. La resolución subrayaba la necesidad de proteger los intereses legítimos de los candidatos, en particular la seguridad de un procedimiento equitativo y controlable.

196. Con fecha 19 de mayo de 1976, el Gobierno Federal adoptó nuevos principios a observar en el procedimiento de verificación de la fidelidad de un candidato al servicio público, teniendo en cuenta la decisión del 22 de mayo de 1975 del Tribunal Federal Constitucional y la resolución del 24 de octubre de 1975 de la Cámara Federal.

197. Con fecha 17 de enero de 1979, el Gobierno Federal adoptó una nueva versión de los principios de 1976 que entró en vigor el 1.º de abril de 1979 (Nota 85) para la administración federal, y cuyo contenido es el siguiente:

I

La verificación de la aptitud de un candidato para ofrecer la garantía exigida de fidelidad a la Constitución incumbirá a la autoridad federal competente para adoptar esta decisión. La autoridad se guiará por la decisión del 22 de mayo de 1975 del Tribunal Federal Constitucional, y por los principios enunciados en la resolución del 24 de octubre de 1975 de la Cámara Federal Alemana, y tomará en consideración todas las circunstancias de cada caso individual.

II

Para decidir si un candidato ofrece la garantía exigida de fidelidad a la Constitución para ocupar un empleo en el servicio

público, deberán observarse de manera uniforme los siguientes principios de procedimiento:

- 1.** Para decidir si una solicitud debe dirigirse a la autoridad encargada de la protección de la Constitución, deberá aplicarse el principio de proporcionalidad:
 - 1. 1** las solicitudes no serán formuladas de modo rutinario;
 - 1. 2** las solicitudes serán formuladas cuando haya indicios, basados en hechos reales, de que el candidato no cumple las condiciones exigidas para el empleo en el servicio público; estos indicios podrán observarse en particular durante el servicio de preparación o el período de prueba;
 - 1. 3** las solicitudes podrán formularse sólo si una contratación está efectivamente prevista y si la fidelidad a la Constitución es el último requisito para la contratación que queda por verificar;
 - 1. 4** no se formularán solicitudes si el candidato es menor de 18 años.
- 2.** En la comunicación de informaciones sobre las solicitudes formuladas por la autoridad que efectúa la contratación, la autoridad responsable de la protección de la Constitución observará los principios siguientes:
 - 2. 1** sólo podrán comunicarse a las autoridades que tienen derecho a formular la solicitud los hechos que puedan invocarse ante los tribunales y susceptibles de poner en tela de juicio la fidelidad del candidato a la Constitución;
 - 2. 2** no podrán comunicarse informaciones sobre las actividades desarrolladas por una persona antes de haber cumplido los 18 años, en posesión de las autoridades responsables de la protección de la Constitución, a menos que dichas actividades sean objeto de un procedimiento en curso ante una jurisdicción penal;
 - 2. 3** no podrán comunicarse informaciones sobre hechos que se remontan a más de dos años, a menos que la importancia especial de estas informaciones a la luz del principio de proporcionalidad lo haga necesario;
 - 2. 4** no podrán comunicarse informaciones cuya difusión esté prohibida por la ley.
- 3.** Las autoridades federales supremas, dentro de la esfera de su competencia, velarán porque la pertinencia de las informaciones comunicadas eventualmente por la autoridad responsable de la protección de la Constitución y que puedan invocarse ante la justicia, sea examinada por un órgano central por ellas designado a tal efecto.
- 4.** Las autoridades que contratan a nivel de la Federación comunicarán por escrito toda reserva que les merezca la contratación de un candidato, exponiendo los hechos pertinentes.
- 5.** A este respecto, el candidato tendrá derecho a expresarse en forma oral o por escrito.
- 6.** Si se procede a una audiencia, se levantará un acta que el candidato podrá consultar a petición.
- 7.** El candidato podrá ser asistido por un asesor jurídico, si así lo desea. Esta asistencia se limitará al asesoramiento del candidato y a cuestiones de procedimiento.
- 8.** En los casos en que la aptitud del candidato no pueda probarse, la decisión incumbirá a la autoridad de servicio suprema, es decir, en principio el Ministro Federal.
- 9.** Las decisiones negativas deberán basarse únicamente en hechos que puedan invocarse ante la justicia.
- 10.** Si así lo solicita, se informará al candidato por escrito de los motivos de la negativa y de los hechos en que se basa, notificándole al propio tiempo su derecho a apelar.

11. Las informaciones que la autoridad responsable de la protección de la Constitución no pueda comunicar a la autoridad que contrata (párrafos 2.2, 2.3 y 2.4) tampoco puede utilizarlas la autoridad que contrata si le son comunicadas por otra fuente.

12. Si se contrata a un candidato a pesar de las informaciones suministradas por la autoridad responsable de la protección de la Constitución, todos los documentos presentados por esta autoridad serán retirados de los expedientes personales.

III

Quedan sin modificar las directrices sobre la encuesta de seguridad relativa a las personas empleadas por la Federación.

198. Ciertos Länder procedieron también a modificar sus directrices, con arreglo a los mismos principios que la Federación (Berlín, Bremen, Hamburgo, Hesse, Renania Septentrional-Westfalia, Sarre). Renania-Palatinado, después de haber introducido limitados cambios en 1979, publicó en 1985 una nueva versión en la que se incorporaron los principios relativos al deber de fidelidad, tal como los había enunciado el Tribunal Constitucional Federal en 1975, pero sin modificar el fondo de las directrices anteriores.

199. El 26 de marzo de 1982, el entonces Ministro del Interior presentó un proyecto de ley por el que se hubieran modificado los artículos 77 de la ley sobre los funcionarios federales y 45 de la ley marco sobre los funcionarios de los Länder referentes a las faltas disciplinarias con respecto a la obligación de fidelidad a la Constitución, a fin de tomar en consideración el comportamiento concreto y la índole de las funciones asumidas para determinar si un comportamiento fuera del servicio constituye una falta disciplinaria. El artículo 77 de la ley sobre los funcionarios federales debía modificarse añadiendo las frases siguientes:

El incumplimiento de las obligaciones que incumben a un funcionario en virtud del artículo 52, 2) de la ley sobre los funcionarios federales constituye una falta disciplinaria si, en el caso particular, se establece un mínimo de peso y de pruebas de incumplimiento de las obligaciones. Al decidir si un comportamiento fuera del servicio constituye una falta disciplinaria con respecto a las obligaciones que incumben al funcionario en virtud del artículo 52, 2), se tomarán en consideración la naturaleza y el alcance del comportamiento, así como las tareas confiadas al funcionario. Se considerará que se ha cometido una falta disciplinaria cuando no puede admitir el comportamiento fuera del servicio, incluso teniendo debidamente en cuenta los derechos fundamentales del funcionario, en particular el derecho a la libertad de expresión (Nota 86).

200. Este proyecto fue retirado en octubre de 1982 tras el cambio de gobierno a nivel federal.

201. En junio de 1983, el gobierno del Sarre derogó las directrices de 1979 sobre verificación de la fidelidad a la Constitución. En este respecto publicó el texto siguiente:

El gobierno del Sarre ha abolido las directrices de 1979 sobre verificación de la fidelidad a la Constitución en el servicio público.

Esta decisión se basa en los principios y consideraciones siguientes:

1. Es principio tradicional de la función pública arraigado en la Constitución de la República Federal de Alemania, y que debe respetarse, que el funcionario tiene una obligación especial de fidelidad política hacia el Estado y la Constitución. De ello se desprende que, también según las disposiciones de la ley sobre los funcionarios del Sarre, sólo podrá ser nombrado funcionario quien ofrezca la garantía de que en todo momento actuará a favor del orden fundamental, libre y democrático. El mismo principio es válido en lo que atañe al nombramiento de jueces, en virtud de las disposiciones de la ley sobre los jueces.

El Gobierno reafirma esta situación jurídica. Considera esencial que el funcionario se comprometa en el ejercicio de sus funciones en favor de la Constitución. El funcionario confirma su fidelidad a la Constitución, no mediante profesiones de fe ni de convicciones, sino ante todo por la manera de ejercer sus funciones.

2. En un Estado democrático en el cual la soberanía emana del pueblo (artículo 20, 2), i) de la ley orgánica), el ciudadano puede pretender que los órganos del Estado confíen en él. Por ello, las autoridades no tienen motivo ni legitimidad democrática para poner en duda la fidelidad a la Constitución de los ciudadanos, mientras no haya indicios de que desarrollan actividades

contra la Constitución. Por tal razón un candidato a un empleo de funcionario o de juez no tiene que afirmar ni probar que está dispuesto a actuar en todo momento a favor del orden fundamental, libre y democrático.

3. Con la derogación de las directrices para la verificación de la fidelidad a la Constitución en el servicio público, el gobierno del Sarre contribuye a aportar una mayor tolerancia al debate político y, por ende, una mayor democracia al país. Ello responde más al espíritu de la Constitución que las verificaciones de convicciones que, como ha indicado el Tribunal Federal Constitucional, "envenenan el clima político", "no irritan sólo a quienes se sienten heridos en su confianza en la democracia" y "desacreditan al Estado liberal".

4. El nuevo gobierno del Sarre considera, además, que la derogación de las directrices para la verificación de la fidelidad a la Constitución se impone por las razones siguientes:

a) las directrices se basan en el decreto sobre los radicales (Radikalenerlass) del año 1972, cuya aplicación creó un clima de miedo en la República Federal de Alemania ante el espionaje de convicciones, lo cual es perjudicial para un proceso vivo de formación de opinión y de voluntad. La aplicación del decreto sobre los radicales era dudosa desde un punto de vista jurídico e irrazonable desde un punto de vista político; además (según Helmut Simon, juez del Tribunal Federal Constitucional) podía obscurecer "la intensidad luminosa de la Constitución de la República Federal de Alemania mediante el espionaje de convicciones";

b) la aplicación del decreto sobre los radicales desacreditó internacionalmente a la República Federal de Alemania.

Así, por ejemplo, la Comisión Europea de Derechos Humanos criticó el decreto sobre los radicales considerándolo un "control innecesario", de la lealtad de los servidores del Estado, desproporcionado y superfluo, y la Organización Internacional del Trabajo - una organización de la familia de las Naciones Unidas - ha sometido a encuesta la práctica del decreto sobre los radicales.

5. Que la aplicación del decreto sobre los radicales fue un error burocrático de lamentables efectos secundarios lo prueba también el hecho de que en el Sarre, en las directrices de ejecución en la materia se prevé la creación de una comisión encargada de controlar la fidelidad a la Constitución y cuya composición y atribuciones están descritas minuciosamente; en la práctica, la Comisión sólo intervino una vez desde 1972, y el examen de rutina practicado en otro tiempo por las solicitudes dirigidas a la autoridad responsable de la protección de la Constitución no llevó en ningún caso al rechazo de un candidato.

La derogación de las directrices para la verificación de la fidelidad a la Constitución contribuye así también a la desburocratización.

202. En 1986 eran aplicables las siguientes directrices a nivel federal y a nivel de los Länder:

- a nivel federal: principios de verificación de 1979

- a nivel de los Länder:

Baden-Wurtemberg: directrices del 15 de octubre de 1973

Baja Sajonia: directrices del 20 de julio de 1977 (con anexos)

Baviera: directrices del 18 de abril de 1972 y 27 de marzo de 1973

Berlín: directrices del 24 de julio de 1979

Bremen: directrices del 14 de marzo de 1977 y 7 de febrero de 1983

Hamburgo: directrices del 13 de febrero de 1979

Hesse: directrices del 9 de julio de 1979

Renania Septentrional-Westfalia: directrices del 28 de enero de 1980

Renania-Palatinado: directrices del 5 de diciembre de 1972 y 23 de octubre de 1979

Sarre: directrices de aplicación derogadas en junio de 1985 (véase más arriba)

Schleswig-Holstein: (no se recibió el texto)

203. En ciertos Länder las solicitudes de informes sobre los candidatos al servicio público se envían sistemáticamente y de oficio a la autoridad responsable de la protección de la Constitución (Regelanfrage) (Baden-Wurtemberg, Baviera; en Baja Sajonia para funcionarios de las categorías superiores (incluido el personal docente) y los funcionarios de ciertos servicios como por ejemplo la policía, cuando el candidato ya ha sido seleccionado; en Renania-Palatinado, cuando el candidato pasa a las últimas selecciones). En otros Länder, las solicitudes de este tipo sólo se formulan cuando la autoridad que contrata tiene conocimiento de hechos que puedan suscitar dudas acerca de la fidelidad a la Constitución de un candidato y cuando una contratación está ya prevista, y la última condición que queda por verificar es la fidelidad a la Constitución (Berlín, Bremen, Hamburgo, Hesse, Renania Septentrional-Westfalia).

204. En varios Länder se invita al candidato al servicio público a presentar una declaración en la que indique, en particular, que está dispuesto a probar, con todo su comportamiento, su adhesión al orden fundamental, libre y democrático definido por la Constitución, a actuar a favor del mismo y a no apoyar actividades hostiles a la Constitución o a sus principios fundamentales (Baden-Wurtemberg, Baja Sajonia, Baviera, Renania-Palatinado). En tres de estos Länder el candidato está obligado a declarar que no es miembro de ninguna organización que actúe en contra de la Constitución o de sus principios fundamentales (Baden-Wurtemberg, Baviera, Renania-Palatinado). En otros Länder el candidato, aun no estando obligado oficialmente a formular tal declaración, se hace culpable de engaño si oculta su participación en tales actividades (Hesse).

205. En la mayoría de los Länder se precisa que las directrices para la encuesta de seguridad subsisten inalteradas.

206. Situación en lo que atañe al servicio preparatorio (Vorbereitungsdienst). Para tener acceso a determinadas profesiones, principalmente en lo que concierne al personal docente y a los juristas, es obligatorio cumplir un servicio preparatorio en el servicio público. La formación de este personal sólo termina después de finalizado el servicio preparatorio, que deben cumplir incluso si no tienen la intención luego de ingresar en el servicio público.

207. En su decisión del 22 de mayo de 1975, el Tribunal Federal Constitucional puso de relieve que: "el Estado puede lícitamente instituir un período preparatorio al empleo - cuya conclusión con éxito abre a los interesados el acceso tanto al servicio público como a las profesiones independientes - organizándolo de manera que el beneficiario pueda servir en él sea según una relación de empleo regida por el derecho civil, sea según una relación de derecho público especial y diferente de la de funcionario. Si el Estado opta por un período preparatorio dentro del marco de la relación de empleo de funcionario, debe prever, para todos quienes se destinen a hacer carrera fuera del servicio del Estado, o bien un período preparatorio equivalente, no discriminatorio, que pueda realizarse sin culminar en un nombramiento de funcionario, o bien en los reglamentos que rigen el empleo de los funcionarios, una disposición especial que les permita cumplir un período preparatorio fuera de una relación de empleo de funcionario".

208. Las directrices para la verificación de la fidelidad a la Constitución de algunos Länder (Hesse y Renania Septentrional-Westfalia) estipulan que no se enviarán solicitudes de informes a la autoridad responsable de la protección de la Constitución cuando se trate de candidatos a un servicio preparatorio que condicione el ejercicio de una profesión también fuera del servicio público, como la formación de maestro y de jurista. Semejante excepción también está prevista en Baja Sajonia.

209. Ciertos Länder han aceptado candidatos en el servicio preparatorio en calidad de empleados a fin de permitirles terminar su formación con miras al ejercicio de una profesión fuera del servicio público.

210. En Baviera es indispensable poseer el estatuto de funcionario para cumplir el servicio preparatorio para la formación de

maestro, de conformidad con el artículo 5, 1), 1) de la ley bávara sobre formación de personal docente, modificado por una ley de 25 de mayo de 1985. El candidato al servicio preparatorio debe reunir las condiciones necesarias para ser funcionario y ofrecer por tanto la garantía de que actuará en todo momento a favor del orden fundamental, libre y democrático. Semejantes requisitos también existen en Baden-Wurtemberg. El 2 de octubre de 1986, el Tribunal Federal del Trabajo declaró que Baden-Wurtemberg estaba sin embargo obligado a ofrecer a todas las personas deseadas de adquirir las calificaciones necesarias para la enseñanza, la posibilidad de cumplir el correspondiente servicio preparatorio, aun cuando existiesen dudas acerca de su fidelidad a la Constitución. Se hallan pendientes ante el mismo Tribunal casos relativos a idéntico problema en Bavaria.

211. Situación de los empleados y de los obreros. En virtud de los convenios colectivos, el personal empleado en el servicio público con un contrato de trabajo también está sujeto a una obligación de fidelidad a la Constitución.

212. Así, el artículo 8, 1), 2) del convenio colectivo federal para los empleados (que se aplica tanto a los empleados de la Federación como a los de los Länder y de los municipios), estipula que el empleado "debe probar con todo su comportamiento su adhesión al orden fundamental, libre y democrático definido por la Constitución". En los convenios colectivos para los obreros de la Federación, de los Länder y de los municipios, así como en los convenios colectivos para los empleados y obreros de los correos y ferrocarriles federales existen disposiciones similares.

213. Jurisprudencia. Algunos fallos judiciales sobre la obligación de fidelidad al orden fundamental, libre y democrático de los funcionarios y candidatos a la administración pública, así como de los empleados y obreros, constituyen elementos importantes que permiten conocer la práctica seguida en el país para la aplicación del deber de fidelidad a la Constitución.

214. Por decisión fundamental de 22 de mayo de 1975, conocida generalmente como "Radikalenbeschluss" (Nota 87), el Tribunal Constitucional Federal dio a conocer su interpretación de la noción de fidelidad al orden fundamental, libre y democrático de los funcionarios y candidatos a la función pública.

215. El Tribunal manifestó que la función pública alemana se ha caracterizado desde finales del siglo XVIII por un vínculo especial del funcionario, basado en la obligación de fidelidad. Con el correr del tiempo, de esta obligación ha emanado toda una serie de deberes concretos, como los que se enuncian en las leyes sobre los funcionarios públicos. La Constitución mantiene esta obligación de fidelidad como un principio tradicional de la función pública. El eje central de la misma es el deber de fidelidad política, según el cual el funcionario ha de mostrarse dispuesto a identificarse con el Estado al que debe servir, es decir, con el orden fundamental, libre y democrático de dicho Estado. Por ende, el deber de fidelidad política del funcionario frente al Estado y su Constitución es un principio tradicional de la función pública de carrera, en el sentido del artículo 33, 5), de la Constitución. Este deber exige la adhesión del funcionario al orden estatal y constitucional vigente y, en particular, que el funcionario mantenga claramente sus distancias con los grupos que atacan, combaten y difaman al Estado, a sus órganos constitucionales y al orden constitucional. Todo partido que preconice en sus programas la dictadura del proletariado o que apruebe la reestructuración del orden constitucional por medios violentos, en caso de que las circunstancias los permitan, persigue objetivos hostiles a la Constitución. La obligación tradicional de fidelidad adquiere un sentido especial al instituir la Constitución una "democracia combativa". Con arreglo a esta noción fundamental de la Constitución, el Estado no puede aceptar ni mantener a su servicio a los funcionarios que rechazan y combaten el orden fundamental, libre y democrático.

216. El Tribunal señaló que el incumplimiento de la obligación de fidelidad justifica en principio el despido del funcionario en período de prueba y del funcionario revocable, y puede causar la revocación del funcionario permanente al término de un procedimiento judicial disciplinario.

217. Con respecto al acceso a la función pública, el Tribunal consideró que el artículo 33, 5), y las leyes imponen como condición para la admisión a la función pública que el candidato ofrezca garantías de que actuará en todo momento a favor del orden fundamental, libre y democrático. Para tener la convicción de que el candidato no satisface esta garantía, será necesario proceder a una evaluación de su personalidad, que se basará en múltiples elementos variables, adaptados a cada caso, así como en su apreciación. Uno de los elementos que puede tener gran importancia para evaluar la aptitud del candidato puede ser su adhesión o pertenencia a un partido político que persiga objetivos hostiles a la Constitución, independientemente del hecho de que el Tribunal Constitucional Federal haya o no haya declarado el carácter inconstitucional del mismo, de conformidad con el procedimiento especial fijado en el artículo 21, 2), de la Constitución.

218. Según el Tribunal, los principios jurídicos contenidos en el artículo 33, 5), se aplican a las relaciones de empleo de todos los funcionarios, ya se trate de funcionarios revocables, en período de prueba o permanentes. Estos principios no admiten que se establezca ninguna diferencia según la naturaleza de las tareas que incumben al funcionario.

219. El Tribunal llegó asimismo a la conclusión de que, como el artículo 33, 5), de la Constitución confiere valor constitucional a la obligación de fidelidad al orden fundamental, libre y democrático, ésta limita los derechos fundamentales garantizados en la Constitución, en particular la no discriminación por motivos de opinión política (artículo 3, 3)) y la libertad de opinión (artículo 5) y no se opone al artículo 12, que se refiere en especial a la libre elección de la profesión.

220. El Tribunal señaló que los empleados del servicio público están obligados por un requisito de fidelidad semejante, aunque pesan sobre ellos exigencias menores que para los funcionarios.

221. Con referencia al programa adoptado por el DKP (Partido Comunista Alemán), los tribunales de la República Federal de Alemania han considerado que los objetivos de este partido son hostiles a la Constitución, estimando en general que el DKP ataca, combate y difama el orden fundamental, libre y democrático existente, han sacado de ello las conclusiones correspondientes por lo que respecta a la fidelidad que cabe esperar de los candidatos a la función pública y de los funcionarios.

222. Según el Tribunal Administrativo Federal (Nota 88), el DKP combate elementos esenciales del orden fundamental, libre y democrático y aspira a organizar una sociedad estructurada de manera diferente, y a un Estado que corresponda a la misma; el DKP rechaza los principios fundamentales de una democracia libre basada en el derecho (como se desprende de sus propias declaraciones, de los objetivos del programa de Mannheim adoptado del 20 al 22 de octubre de 1978 y de sus declaraciones anteriores). Por todo lo anterior, el Tribunal consideró que el DKP es el sucesor del KPD (Partido Comunista de Alemania), que el Tribunal Constitucional Federal prohibió en 1956; por ejemplo, el DKP profesa su adhesión al marxismo leninismo, una filosofía que, según la terminología usada anteriormente, debería conducir a la "revolución socialista" y a la "dictadura del proletariado", y que, utilizando términos diferentes, persigue actualmente los mismos objetivos. Según el Tribunal, el apoyo a los principios democráticos de la Constitución que figuran en el preámbulo del programa del partido está en franca oposición con los objetivos del mismo.

223. Según el Tribunal, el DKP no sólo ataca y combate el orden constitucional, sino que también lo difama. A este respecto, el Tribunal destacó en particular el hecho de que el partido había definido el orden económico existente como un orden "de explotación capitalista", y estimó que se había dado una importancia muy especial a la campaña realizada contra las llamadas "Berufsverbote" (prohibiciones profesionales), cuya finalidad era, en su opinión, desacreditar a la República Federal de Alemania, tanto dentro como fuera del país. Estimó que, al declarar en forma reiterada e irritante que en los demás países occidentales los comunistas no estaban excluidos del servicio del Estado, se estaba profiriendo una difamación contra la República Federal de Alemania y sus órganos. En su decisión de 21 de diciembre de 1983 (caso Eckartsberg) (Nota 89), el Tribunal Administrativo de Hanover se refirió al hecho de que el DKP destacaba aspectos negativos de la vida en la República Federal de Alemania, como el desempleo y la desigualdad de ingresos, sin mencionar para nada el mejoramiento considerable que se había registrado últimamente en el nivel de vida, el derecho de cada persona a elegir libremente su formación, profesión, modo de vida y utilización de sus ingresos, las posibilidades que también se ofrecen a los trabajadores de constituir capitales, la influencia que pueden ejercer los sindicatos libremente constituidos, las posibilidades de expresar opiniones políticas opuestas y las elecciones libres de los órganos legislativos. Este mismo Tribunal concedió también importancia a las metas del DKP en cuanto al control centralizado del crédito, método difundido para ejercer influencia en las empresas privadas que siguen existiendo, y subrayó el hecho de que el artículo 15 de la Constitución (por el que se autoriza la nacionalización del suelo, de los recursos naturales y de los medios de producción) no prevé la socialización del crédito. Si bien esta sentencia fue modificada en apelación por el Tribunal Disciplinario de la Baja Sajonia, éste confirmó la existencia de una violación objetiva de la obligación de fidelidad, aunque consideró que en las circunstancias del caso no existía culpabilidad subjetiva (Nota 90).

224. El Tribunal Administrativo Federal pronunció dos sentencias importantes sobre la fidelidad a la Constitución de los funcionarios, con fechas 29 de octubre de 1981 (caso Peter) (Nota 91) y 10 de mayo de 1984 (caso Meister) (Nota 92). Ambos casos se referían a funcionarios que trabajaban en el Servicio de Telecomunicaciones de Correos desde hacía más de 25 años. El Tribunal subrayó que la obligación de fidelidad, al orden fundamental, libre y democrático obliga al funcionario en todo su comportamiento, tanto en el ejercicio de sus funciones como fuera del servicio, y que tal obligación se impone a todos los

funcionarios, sean cuales fueren sus funciones. El Tribunal consideró que no basta con tener una conducta irreprochable en el servicio. Para pronunciarse sobre la violación de la obligación de fidelidad, se basó, en ambos casos, en las actividades políticas de los funcionarios fuera del servicio. El Tribunal consideró que la pertenencia al DKP puede, según las circunstancias, constituir una prueba suficiente o no, por lo demás no necesaria, de una violación de la obligación de fidelidad política. No obstante, la participación del funcionario en las actividades del DKP o su actuación en representación del mismo (por ejemplo ocupando un cargo o presentándose como candidato del DKP en las elecciones locales, regionales o federales) sería la prueba de que el funcionario se identifica con objetivos hostiles a la Constitución y de que, por consiguiente, está quebrantando la obligación de fidelidad.

225. Habiendo juzgado que los objetivos del DKP son hostiles a la Constitución, el Tribunal consideró como no pertinente el hecho de que el funcionario interesado y el propio partido hubieran declarado que no tenían la intención de utilizar medios violentos para modificar el orden constitucional, así como la declaración del funcionario según la cual el orden fundamental, libre y democrático constituye la base de su comprensión de la Constitución y que estaba dispuesto a actuar a favor de dicho orden. Toda persona que manifiesta su adhesión a un partido cuyos objetivos son hostiles a la Constitución manifiesta también su adhesión a dichos objetivos y su oposición a la Constitución.

226. En el caso Meister, el Tribunal Federal Administrativo enmendó, pues, el fallo en primera instancia del Tribunal Disciplinario Federal, que había aceptado las declaraciones del funcionario como válidas. Este Tribunal había considerado que, siempre que los objetivos del funcionario no se apartaran de la Constitución y el funcionario actuara en forma inequívoca y expresa por el Estado y la Constitución, no se le podía obligar a alejarse de un partido que no estuviera prohibido.

227. Las sentencias de los casos Peter y Meister constituyen la jurisprudencia del Tribunal Administrativo Federal. Por una parte, estas sentencias han ejercido una influencia directa en la política y la práctica administrativa de las autoridades en materia de procedimiento disciplinario contra funcionarios que actuaban para el partido DKP y otros partidos u organizaciones cuyos objetivos se consideraban hostiles a la Constitución; por otro lado, han servido como base decisiva en otras sentencias pronunciadas en numerosos casos, por las cuales se confirmaba u ordenaba la separación de funcionarios públicos de sus cargos.

228. Procede mencionar a este respecto varios fallos que reflejan el alcance de esta jurisprudencia. Por ejemplo, en la sentencia pronunciada el 26 de julio de 1985 sobre la causa de un docente, funcionario permanente (caso Eckartsberg), el Tribunal Disciplinario de Baja Sajonia (Nota 93) llegó a la conclusión de que el funcionario había violado su obligación de fidelidad al participar activamente en las actividades del DKP y al presentar su candidatura para este partido en las elecciones comunales de 1981. No obstante, el Tribunal anuló el despido del funcionario por motivos subjetivos, pues consideró que no se había producido una violación culpable de esa obligación, en razón de la ambigüedad jurídica resultante de la actitud de las autoridades del Land que lo empleaban y de la declaración del funcionario, según la cual estudiaría la sentencia del Tribunal y la tendría en cuenta en caso de que el DKP volviera a ofrecerle una candidatura.

229. A raíz de esta sentencia, el Gobierno de Baja Sajonia publicó una circular para señalar a la atención de todos los funcionarios dos sentencias del Tribunal de Baja Sajonia (una de ellas referente al caso Eckartsberg mencionado más arriba) con respecto a la obligación de fidelidad al orden fundamental, libre y democrático. En esta circular se hacía especial hincapié en la declaración del Tribunal, según la cual el hecho de ser candidato por el DKP a las elecciones constituía en sí mismo una violación de la obligación de fidelidad política y, en este caso, el empleador se veía obligado a iniciar un procedimiento disciplinario.

230. En la sentencia pronunciada el 26 de febrero de 1986 sobre un docente permanente (caso Jung), el Tribunal Administrativo de Neustadt-Weinstrasse, Renania-Palatinado (Nota 94), comprobó que el funcionario había desempeñado distintas funciones dentro del DKP antes de 1984 y había, por ende, apoyado un partido cuyos objetivos eran hostiles a la Constitución, violando así su obligación de fidelidad política e incurriendo en una falta disciplinaria. No obstante, el Tribunal también pudo comprobar que el comportamiento del funcionario durante sus 25 años de actividad no había tenido ninguna influencia en su vida profesional y que ni en su enseñanza ni en sus contactos con alumnos, padres, colegas y superiores jerárquicos, el interesado jamás se había comportado como miembro activo del DKP. Era manifiesto que el funcionario no había tratado nunca en el ejercicio de su profesión de inculcar la política comunista en sus alumnos, por lo que no existía el peligro de

que lo hiciese en el futuro. Su desempeño profesional era bueno, contaba con la simpatía de alumnos, padres e institutores, era desde hacía diez años miembro del consejo del personal de la escuela y había obtenido méritos en materia de formación profesional fuera de la escuela. El Tribunal consideró que, si bien el funcionario no se había apartado expresamente del DKP y, por tanto, no había respetado la obligación de fidelidad política, probablemente no había cometido ninguna otra falta disciplinaria desde hacía dos años, por lo que no existía razón alguna para revocarlo de sus funciones. El Tribunal ordenó que se redujera el salario del funcionario en 15 por ciento durante un período de tres años, para que no reincidiera en las actividades desarrolladas antes de 1984; además, le advirtió que si reanudaba las actividades en favor del DKP mencionadas en la sentencia, se decretaría sin duda su separación del servicio.

231. Entre los fallos judiciales sobre la obligación de fidelidad al orden fundamental, libre y democrático de los funcionarios, cabe destacar la actitud divergente adoptada por el Tribunal Disciplinario Federal competente para resolver en primera instancia sobre los asuntos disciplinarios que atañen a los funcionarios federales, en los casos Peter y Meister y, últimamente, en los casos de otros funcionarios del servicio de correos (casos Bastian, Brück, Elsinger, Repp).

232. El 26 de junio de 1985, el Tribunal Disciplinario Federal (Nota 95) se pronunció en favor de un funcionario postal permanente desde 1977 (caso Repp) por considerar que, a pesar de su pertenencia al DKP y a sus actividades en favor de este partido, el interesado no era culpable de una falta disciplinaria. El Tribunal señaló que en épocas anteriores, principalmente durante la República de Weimar, la obligación de fidelidad, se definía de manera bastante estricta, de modo que sólo se prohibía el abuso de funciones por parte del funcionario o todo comportamiento tendiente a modificar el orden establecido recurriendo a métodos violentos o ilegales. El Tribunal consideró que la situación existente bajo la República de Weimar podía servir para esclarecer el alcance del fallo pronunciado en 1975 por el Tribunal Federal Constitucional, y llegó a la conclusión de que un funcionario no comete una falta disciplinaria por el hecho de dar su apoyo a un partido que no está prohibido y de desarrollar actividades en favor de tal partido, lo que incluye afiliarse al mismo, desempeñar en él una función o representarlo como candidato.

233. Por lo que se refiere a las personas que trabajan en el servicio público mediante un contrato de trabajo, cabe destacar que, en su fallo de 22 de mayo de 1975, el Tribunal Federal Constitucional estableció que, aunque supeditados a requisitos menos estrictos que los funcionarios, los empleados del servicio público también tienen una obligación de lealtad hacia su empleador, así como el deber de realizar sus tareas escrupulosamente; también están obligados a no atacar al Estado, a cuyo servicio están, ni al orden constitucional; también pueden ser despedidos sin aviso previo en caso de que infrinjan abiertamente sus obligaciones de servicio; y también puede negárseles el acceso al servicio público cuando existan razones para pensar que no podrán o no querrán cumplir las obligaciones que les impone su contratación;

234. El Tribunal Federal del Trabajo consideró que es necesario diferenciar el requisito de fidelidad según la naturaleza de los deberes del cargo cuando el candidato a un empleo en el servicio público deba ejercer sus funciones en régimen de contrato de trabajo y no en virtud del estatuto de funcionario. Los requisitos que pueden exigirse al que desea trabajar en el servicio público son únicamente los dimanantes del artículo 33, 2), de la Constitución. Si de la obligación de fidelidad prescrita en los convenios colectivos se dedujese una obligación de fidelidad política uniforme para todos los miembros del servicio público, independientemente de sus funciones, con ello se limitarían inútilmente y de manera desproporcionada los derechos políticos fundamentales de los trabajadores, la libertad de opinión y la libre actividad política dentro de un partido (Nota 96).

235. De ahí que, en cuanto a la obligación de fidelidad que se exige a un candidato para un cargo docente, que está cumpliendo el período de preparación, el Tribunal hizo notar que aquél no debe ofrecer la garantía de que actuará en todo momento a favor del orden fundamental, libre y democrático, bastará con que adopte frente al Estado y a la Constitución una actitud que pueda calificarse de neutra y con que no dé lugar a pensar que en el ejercicio de la enseñanza pone en tela de juicio los valores fundamentales de la Constitución (Nota 97). La pertenencia activa al DKP y al MSB-Spartakus no basta para dudar en cuanto a la fidelidad de un candidato (Nota 98).

236. Con respecto al despido de un empleado del servicio público, en su sentencia de 6 de junio de 1984, el Tribunal señaló que la actividad política de un empleado del servicio público (en este caso, la candidatura por el DKP en las elecciones comunales) sólo constituye fundamentalmente motivo para un despido ordinario cuando se considere que el empleado, habida cuenta de las tareas que incumben a la autoridad, no es apto para desempeñar las funciones inherentes a su trabajo. Todo

despido por motivos de comportamiento presupone que las actividades políticas desarrolladas fuera del servicio perjudican concretamente la relación de trabajo (Nota 99).

CAPITULO 6

ALEGATOS SOMETIDOS Y DOCUMENTACION PERTINENTE

Alegatos formulados por la FSM

237. En su reclamación de 13 de junio de 1984 la Federación Sindical Mundial (FSM) alegaba que el Gobierno de la República Federal de Alemania no había cumplido con las obligaciones contraídas en virtud de su ratificación del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111). La FSM consideraba que la inobservancia por parte de la República Federal de Alemania de sus obligaciones era el resultado de prácticas discriminatorias actualmente aplicadas, por razones de carácter político, a los funcionarios públicos y a los candidatos a empleos en el servicio público.

238. La FSM recordaba en su reclamación que el Consejo de Administración de la OIT, en su 211.a reunión (noviembre de 1979), había examinado una reclamación anterior presentada por la FSM sobre la misma cuestión y había declarado la clausura del procedimiento basándose en el informe de 15 de junio de 1979 del comité designado para examinar dicha reclamación (Nota 100). La FSM alegaba que, desde entonces, el Gobierno de la República Federal de Alemania no había realizado ningún esfuerzo serio para armonizar la legislación y la práctica con el Convenio.

239. En apoyo de su reclamación, la FSM se remitía a las observaciones sobre la aplicación del Convenio núm. 111 en la República Federal de Alemania formuladas por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones en su informe a la Conferencia de 1983 (Nota 101). Pese a estas observaciones, el Gobierno de la República Federal de Alemania habría seguido interpretando mal el artículo 1, párrafo 2, del Convenio núm. 111 (calificaciones exigidas para un empleo determinado), y el artículo 4 (actividades perjudiciales para la seguridad del Estado), a fin de justificar sus prácticas discriminatorias, que estarían en contradicción con el Convenio.

240. La FSM alegaba que desde 1979 se habían producido varios centenares de casos en los que se habían adoptado medidas discriminatorias en detrimento de candidatos a empleos en el servicio público o de funcionarios públicos. Entre el otoño de 1983 y febrero de 1984 se habían pronunciado nuevos fallos judiciales disciplinarios en 12 casos y registrado nuevas medidas disciplinarias en 17 casos.

241. La FSM señalaba que las prácticas discriminatorias habían sido condenadas tanto por los propios trabajadores afectados como por los congresos sindicales celebrados en la República Federal de Alemania, y a título de muestra adjuntaba resoluciones adoptadas en congresos recientes del Sindicato de Trabajadores de Correos de la República Federal de Alemania, del Sindicato de Trabajadores de las Industrias Mecánicas, del Sindicato de Trabajadores de las Industrias Gráficas y del Papel y del Sindicato de Personal Docente y Científico.

Información y documentación facilitadas por la FSM

242. En su reclamación y en los documentos adjuntos a la misma la FSM citaba a 79 personas presuntamente afectadas por medidas discriminatorias y facilitaba detalles sobre sus casos respectivos. La mayoría de ellos se referían a funcionarios de plantilla; otros, a funcionarios en período de prueba o en servicio de prácticas, a candidatos a empleos en el servicio público o a empleados. Veinticuatro casos correspondían a la Administración Federal de Correos, cinco a otros servicios federales y 41 a personal docente. De los nueve casos restantes, dos se referían a empleados eclesiásticos. Las medidas que supuestamente se habían tomado contra cierto número de dichas personas iban desde el despido, la amenaza de despido, la denegación de empleo, el traslado y la amenaza de traslado hasta la denegación de ascensos. En otros casos se hacía referencia a procedimientos disciplinarios, a la amenaza de una investigación disciplinaria o a una entrevista invocando razones de seguridad.

243. Según la información facilitada, los motivos de las medidas tomadas eran las más de las veces la afiliación al Partido

Comunista Alemán (DKP) y la realización de actividades para dicho partido como presentarse candidato a elecciones parlamentarias o locales; en ciertos casos los motivos eran la participación en actividades de otras organizaciones, en manifestaciones públicas o en la firma de manifiestos públicos.

244. Junto con su reclamación, la FSM facilitaba documentación sobre determinados casos mencionados en ella, como comunicaciones oficiales, fallos judiciales y documentos en los que se analizan y describen procedimientos disciplinarios. En especial, remitía un análisis detallado de la sentencia del Tribunal Administrativo Federal de 29 de octubre de 1981, por la que se ordenaba el despido de la Administración Federal de Correos de un técnico en telecomunicaciones, Hans Peter (Nota 102). En respuesta a la invitación que le hizo la Comisión para que presentase nuevas informaciones y observaciones, la FSM envió un análisis de la jurisprudencia reciente (Nota 103) y se remitió a un debate en la dieta federal (Bundestag) en enero de 1986 (Nota 104) y a los informes de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Conferencia Internacional del Trabajo correspondientes a 1981, 1982 y 1983 (Nota 105).

245. Como ya se indicó en el capítulo 2, la FSM presentó seis testigos en la segunda reunión de la Comisión, cuatro de los cuales eran personas que se habían visto afectadas por medidas tomadas en aplicación de las disposiciones sobre la obligación de fidelidad al orden fundamental, libre y democrático, mientras que los otros dos eran expertos en cuestiones jurídicas. En el curso de las audiencias de los testigos, la FSM remitió algunos documentos más, entre ellos una publicación del Sindicato de Trabajadores de Correos de la República Federal de Alemania (Nota 106) e información sobre medidas que afectaban al empleo en el servicio público en Baden-Wurtemberg (Nota 107).

246. A finales de junio de 1986, la FSM formuló nuevos comentarios en respuesta a las observaciones sometidas a la Comisión por el Gobierno de la República Federal de Alemania, a los que adjuntó un documento en el que se comentaban las respuestas dadas por el Gobierno a preguntas formuladas en la dieta federal (Nota 108) y extractos de una serie de publicaciones jurídicas. Al mismo tiempo la FSM remitió también nueva documentación sobre casos individuales. En sus comentarios, la FSM precisaba que en todos los casos sometidos a la Comisión, las medidas tomadas por el Gobierno de la República Federal o por los Gobiernos de los Länder habían sido determinadas únicamente por las opiniones políticas de los interesados. La comunicación de la FSM contenía comentarios detallados sobre algunos temas: la situación especial de la República Federal y la lección emprendida a raíz de la República de Weimar; la doctrina del totalitarismo; la ilegalidad de las interdicciones profesionales bajo la ley constitucional de la República Federal; la desvirtuación del concepto de orden fundamental, libre y democrático; la interpretación de las disposiciones del Convenio núm. 111; el agotamiento de los recursos internos; las medidas destinadas a garantizar la seguridad del Estado y el alegato del espionaje; la "liberalidad"; con que se aplicaban las interdicciones profesionales en la República Federal en comparación con la práctica de otros países.

247. La FSM estaba de acuerdo con el aserto contenido en la comunicación gubernamental de marzo de 1986 de que un cuerpo de funcionarios de arraigadas convicciones democráticas constituye una garantía para una democracia libre. La FSM consideraba, no obstante, que no podría lograrse esta convicción democrática privando a los funcionarios públicos de sus derechos políticos y negándoles el derecho a compartir la opinión de un partido de oposición radical, pero legal, o a participar en organizaciones o movimientos que el Gobierno de la República Federal consideraba "hostiles a la Constitución";

248. La FSM hacía notar que la República de Weimar no había fracasado por carecer de las medidas necesarias para proteger la Constitución ni por no haber impuesto interdicciones profesionales. En ella se recurrió con frecuencia a la facultad para prohibir organizaciones políticas. Hacia el final de la República de Weimar, esta facultad y, principalmente, el derecho penal político, se dirigieron casi exclusivamente contra las organizaciones de izquierda. También se aplicaron interdicciones profesionales durante dicha etapa. Los decretos adoptados por los gobiernos socialdemócratas de Prusia y Hamburgo, en virtud de los cuales se consideraba que la afiliación al NSDAP y al DKP constituían una violación de la obligación de fidelidad del funcionario, no menoscabaron la influencia del NSDAP en el servicio público. Prácticamente no hubo despidos de funcionarios afiliados a dicho partido; en cambio, especialmente tras levantarse en 1932 la prohibición de afiliarse al NSDAP, muchos funcionarios miembros del SPD que ocupaban puestos superiores fueron remplazados por personas que habían demostrado una actitud "nacional". Los escasos miembros del DKP ya habían sido despedidos. Las interdicciones profesionales que se aplicaron al final de la República de Weimar prepararon el camino para la purga que se produjo al acceder al poder los fascistas en 1933. Las "lecciones de la historia" hablan, pues, claramente en contra de la práctica de las interdicciones profesionales.

249. La FSM señalaba que, de conformidad con la teoría del totalitarismo, en la República Federal se practicó de forma persistente la identificación del fascismo con el comunismo para poder discriminar a los comunistas, si bien esta teoría no se fundamentaba en la Constitución de la República Federal. En realidad, los comunistas participaron en el consejo parlamentario creado por las potencias ocupantes con objeto de elaborar un proyecto de Constitución para la República Federal. Paradójicamente, casi ningún tema de la Constitución es tan severo como el del rechazo del orden político fascista. Por consiguiente, no había ningún motivo de carácter constitucional que justificase una identificación de los fascistas con los socialistas ni con los comunistas.

250. La FSM destacaba que la afirmación formulada por el Gobierno de que las personas afectadas por interdicciones profesionales trataban de suprimir los derechos humanos y el orden fundamental, libre y democrático, no había resultado probada en las audiencias de la Comisión. Incluso los testigos del Gobierno habían declarado que las supuestas violaciones de los derechos humanos consistían únicamente en que las personas afectadas no habían querido renegar de sus opiniones ni de sus convicciones políticas. El Gobierno no había basado sus alegatos en las actividades de las personas afectadas, sino en su opinión de que el partido al cual pertenecían, o con el que simpatizaban, intentaba suprimir el orden fundamental, libre y democrático. Sin embargo, el Tribunal Federal Constitucional (único órgano competente en la materia, en virtud de la Constitución de la República Federal) no había pronunciado ningún fallo en el que se hubiese declarado que los fines perseguidos por el DKP eran incompatibles con el orden fundamental, libre y democrático. Con respecto al servicio público, el Gobierno actuó como si el Tribunal Federal Constitucional hubiese prohibido el DKP, de conformidad con el artículo 21, párrafo 2, de la Constitución. Antes de 1972, la opinión corrientemente expresada en las publicaciones jurídicas autorizadas indicaba que semejante práctica era contraria a la Constitución. El Tribunal Administrativo Federal había expresado esta opinión en un fallo de 14 de marzo de 1973 sobre el caso de un militar. El Tribunal sostuvo que las medidas adoptadas en razón de su militancia y actividades en favor de un partido que no estaba prohibido por el Tribunal Constitucional Federal violaban el artículo 3, párrafo 3 (no discriminación), y el artículo 5 párrafo 1 (libertad de expresión) de la Constitución, así como el "privilegio reconocido a los partidos políticos", por el artículo 21, párrafo 2, de la misma. El Tribunal señaló en la sentencia que en tanto un partido no fuera prohibido nadie podía alegar, en detrimento de un servidor público que el partido era contrario a la Constitución, que no se proponía actuar a favor de la Constitución del Estado democrático vigente o que la afiliación al mismo y las actividades realizadas en su nombre eran incompatibles con el compromiso de fidelidad al orden fundamental, libre y democrático. El fallo en cuestión era favorable a un funcionario que estaba afiliado al NPD. Dos años después, el 6 de febrero de 1975, otra sala del mismo Tribunal Administrativo Federal adoptó una postura diametralmente opuesta, al estimar que el rechazo de una candidata a un puesto docente debido a su afiliación al DKP era conforme a la ley. Poco después, el Tribunal Constitucional Federal, en su sentencia de 22 de mayo de 1975, falló que la afiliación a un partido que no estaba prohibido pero era hostil a la Constitución era parte de la conducta que debía tomar en cuenta la autoridad empleadora al verificar la fidelidad de un candidato a la Constitución. La Federación Sindical Mundial señaló que, si bien la Constitución no contemplaba la posibilidad de un estado intermedio entre la prohibición de un partido, según su artículo 21, párrafo 2, y la protección de su libertad de acción, el Tribunal Constitucional Federal había creado una zona indefinida con su concepto de "hostilidad a la Constitución", como consecuencia del cual se privaba en gran medida al partido en cuestión, a sus afiliados y simpatizantes de las libertades garantizadas constitucionalmente.

251. La FSM afirmó que ni siquiera la presunción de que la fidelidad a la Constitución de los servidores públicos debía ser mayor que la del resto de los ciudadanos bastaba para transformar dichas actividades conformes a la Constitución en actividades ilegales y hostiles a la misma, ni para otorgar a las administraciones empleadoras atribuciones que no estaban estipuladas en la Constitución, como por ejemplo la de juzgar sobre la constitucionalidad de los partidos políticos. Además, parecía contradictorio considerar como una violación de la fidelidad a la Constitución el ejercicio por parte de los funcionarios de los derechos básicos amparados en la misma. A lo que hay que agregar que el Gobierno no había presentado ni un solo documento sobre el programa del DKP que apoyase su alegato de que el partido tenían la intención de abolir el orden fundamental, libre y democrático.

252. La FSM señalaba que, de conformidad con las normas para la interpretación de los tratados internacionales establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (artículos 31 y 32), el Convenio núm. 111 debería interpretarse ante todo de acuerdo con lo dispuesto en el propio Convenio. En el artículo 1, párrafo 1, del Convenio se recoge una definición jurídica precisa de la discriminación. En la tarea de determinar con exactitud el contenido del Convenio revisten especial importancia aquellos órganos que examinan la interpretación de los Convenios basándose en la Constitución de la OIT, es decir, en este caso, especialmente la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, de conformidad con el

artículo 22 de la Constitución de la OIT, y las comisiones creadas en virtud del artículo 24 de la Constitución para dar curso a las reclamaciones. Estos órganos no usurpan la soberanía del Estado. Interpretar el Convenio núm. 111 basándose en conceptos no definidos que figuran en otros tratados internacionales traería como consecuencia la exclusión en el sector público de la diferenciación según los distintos puestos y sería, además, inadmisibles "teniendo en cuenta su objeto y fin" (Convención de Viena, artículo 31, párrafo 1). Cabe añadir que cuando la República Federal ratificó el Convenio en 1961, ni la opinión jurídica imperante ni la práctica administrativa o judicial pusieron en duda en ningún momento que la afiliación a un partido político no podía ser motivo de exclusión de la administración pública, a menos que el partido en cuestión hubiese sido declarado inconstitucional en virtud del artículo 21, párrafo 2, de la Constitución, o que la persona afectada hubiese perdido sus derechos en virtud del artículo 18 de la misma. Justo en el año de la ratificación del Convenio, el Tribunal Federal Constitucional había pronunciado el fallo que confirmaba esta situación jurídica interna (BVerfGE 12, págs. 296 y ss.). La distinción entre "hostil a la Constitución" y "contrario a la Constitución", que se había hecho antes de la prohibición del DKP en 1956, quedaba expresamente anulada. Esta distinción apareció nuevamente en la teoría jurídica y en la jurisprudencia sólo después de la adopción en 1972 del decreto sobre los radicales. Se suponía, por tanto, que la ratificación del Convenio núm. 111 por parte de la República Federal se había basado en una lectura de sus términos que era conforme a la interpretación actual del Convenio que han hecho los órganos de supervisión de la OIT.

253. La FSM hacía notar asimismo que el Gobierno consideraba que la afiliación al DKP y las actividades realizadas en nombre de dicho partido, como presentarse candidato en las elecciones para cargos públicos, constituían un ataque a la seguridad del Estado. No obstante, no había podido explicar en ningún caso concreto de qué manera las actividades de las personas excluidas de la administración pública constituían una amenaza para la seguridad del Estado. Además, el Gobierno había elaborado la teoría de la amenaza de la seguridad en épocas de crisis. Atribuía este riesgo por igual al personal docente, a los funcionarios de la administración de aduanas, o al personal de correos o de ferrocarriles, a condición de que tuviesen ideas parecidas o afines a las del DKP. El dictamen, del profesor Doehring fue algo más lejos y acusó incluso al DKP de ser espía de una potencia extranjera. La FSM rechazaba categóricamente, como difamatoria y discriminatoria, la sospecha de que los miembros del DKP, que se ganaban la vida en el servicio público, fueran espías y constituyeran una amenaza para la seguridad del Estado.

254. Refiriéndose a dos estudios comparativos publicados en la República Federal (Doehring et al: *Verfassungstreue im öffentlichen Dienst europäischer Staaten*, Berlin, 1980; Böckenförde, Tomuschat, Umbach: *Extremisten und öffentlicher Dienst*: Baden-Baden, 1981) la FSM declaró que, contrariamente a la interpretación del profesor Doehring, los estudios de países demostraban claramente que las medidas administrativas y judiciales desarrolladas en la República Federal discriminando a los funcionarios postulantes en razón de sus opiniones políticas, no tenían casi equivalente en los países examinados. En su análisis comparativo, el profesor Tomuschat había llegado a la conclusión de que, en los países examinados, la obligación de fidelidad a la Constitución, cuando existe, se concibe funcionalmente y en relación con cada puesto; con su obligación general de fidelidad, la República Federal se aparta sensiblemente de ese común denominador de Europa occidental. La FSM añadió que la protección judicial establecida en la República Federal tenía poco valor para los interesados, ya que los más altos tribunales administrativos aprueban el método de las interdicciones profesionales.

255. En cuanto a la afirmación del Gobierno de que los recursos judiciales internos no habían sido agotados, la FSM indicó que los procedimientos estipulados al respecto en la Constitución de la OIT - a diferencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - no exigían el agotamiento previo de los cauces internos. En consecuencia, esta regla no se aplica en ese procedimiento. En el caso de que se aplicara debería ser considerada como cumplida. Por un lado, estaba la decisión de la Corte Constitucional Federal de 22 de mayo de 1975; por otro lado, esa Corte había aprobado básicamente la jurisprudencia del Tribunal Administrativo Federal sobre las interdicciones profesionales (Bundesverfassungsgericht, NJW 1981, pág. 2683).

Información y documentación recibidas de otras fuentes

256. En el capítulo 2 se han indicado las decisiones tomadas por la Comisión a fin de recabar información de distintas fuentes otras que la FSM y el Gobierno, y de tomar en consideración comunicaciones recibidas de personas y organizaciones de la República Federal de Alemania. La Comisión ha dispuesto, pues, de un gran volumen de información, la mayor parte de la cual proporcionaba detalles de casos individuales surgidos de la aplicación de las disposiciones sobre la obligación de fidelidad al

orden fundamental, libre y democrático. Dicha información ha procedido directamente de las personas afectadas o de sus consejeros jurídicos, de organizaciones sindicales representantes de diversas categorías de servidores públicos (en especial empleados de correos y personal docente) y de algunas organizaciones no gubernamentales que hacen campaña contra las "interdicciones profesionales".

257. La Comisión recibió una comunicación de un abogado, Dr. Siemantel, en nombre del DKP. En esa carta se indica que ni siquiera el Gobierno Federal pretende que el DKP propugna el empleo de métodos violentos, y se destaca que en el programa del Partido se precisa que su finalidad última, que es el establecimiento de una sociedad socialista en la República Federal, no deberá alcanzarse por medio de un complot o un golpe de Estado, sino que, muy por el contrario, rechaza explícitamente tales medios. En esta comunicación se añade que, tanto en sus objetivos como en su acción, el DKP respeta también aquellos elementos del orden fundamental que, en virtud del artículo 79, 3) de la Constitución Federal, no son susceptibles de modificación.

258. La información recibida sobre casos individuales incluye frecuentemente una documentación relativa a los mismos, como notificaciones de despido o de suspensión, recursos y otros alegatos presentados en trámites judiciales, y sentencias de tribunales. Hay declaraciones de organismos oficiales, como parlamentos de Länder o asambleas municipales, de sindicatos o comités de personal, de representantes de partidos políticos, de asociaciones de padres y de otros grupos de ciudadanos, así como artículos de prensa. Hay asimismo publicaciones de sindicatos u organizaciones no gubernamentales en las que se dan detalles sobre casos individuales o grupos de casos (Nota 109). La "Bürgerinitiative gegen Berufsverbote", de Friburgo, envió, basándose en registros informatizados, breves descripciones de unos 600 casos de personas que se habían visto afectadas en su empleo u ocupación por medidas tomadas como consecuencia de su afiliación o actividades políticas. Muchos de estos casos se remontaban a los años setenta; no obstante, en unos 250 casos las medidas habían sido iniciadas o habían dado lugar a nuevas acciones por parte de las autoridades gubernativas o judiciales desde 1979, año en que se habían adoptado las directrices revisadas para comprobar la fidelidad a la Constitución de los candidatos a un empleo en la administración federal.

259. Durante la deposición de los testigos que representaban a las autoridades de Baviera, el representante de la FSM pidió información sobre dos personas a las que presuntamente se había denegado un empleo en el servicio público de Baviera. El Gobierno de la República Federal de Alemania remitió ulteriormente información detallada sobre estos casos. Tal como se señala en el capítulo 2, la Comisión decidió también tomar en consideración los documentos públicos disponibles con respecto a dos casos que se hallaban pendientes ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Nota 110).

Resumen analítico de los casos documentados

260. En el capítulo 9 figura un análisis de los datos facilitados a la Comisión por diversas fuentes en el curso de su investigación acerca del número de personas afectadas en su empleo u ocupación por medidas relacionadas con su afiliación o actividades políticas.

261. Más adelante figura un cuadro con breves indicaciones sobre 73 casos para los cuales la Comisión ha recibido información documentada de las diversas fuentes anteriormente mencionadas, seguido de un resumen de los hechos ocurridos en 15 casos seleccionados (que, en el cuadro, se identifican por medio de un asterisco). Se han tomado en consideración, las informaciones recibidas hasta la tercera reunión de la Comisión, en noviembre de 1986.

262. En las tres quintas partes aproximadamente de los casos mencionados en el cuadro, los procedimientos disciplinarios u otras medidas pertinentes se iniciaron a partir de 1982.

263. Todos los casos mencionados en el cuadro implican la cuestión del cumplimiento de la obligación de fidelidad al orden fundamental, libre y democrático, y surgen en relación con la afiliación o asociación a un partido u organización cuyos fines se consideran hostiles a la Constitución, o con actividades desarrolladas en su seno. La mayoría de los casos tienen que ver con la afiliación al Partido Comunista Alemán (DKP) y con actividades realizadas en el mismo. Algunos casos aislados implican una relación con otras organizaciones comunistas, a saber la Kommunistischer Bund Westdeutschlands y la Bund Westdeutscher Kommunisten (Nota 111). Varios casos atañen a personas que se han mostrado activas en organizaciones estudiantiles con

tendencia política demócrata social (Nota 112). Un caso tuvo su origen en actividades llevadas a cabo por la Asociación de Juristas Demócratas Demócratas, considerada una organización de influencia comunista (Nota 113). Otros casos radican en actividades desarrolladas en la Unión Alemana para la Paz (Nota 114) o en organizaciones de objetores de conciencia opuestos al servicio militar (Nota 115). Dos de los casos que recoge el cuadro se refieren a personas que se han mostrado activas en el Partido Nacional Demócrata de Alemania (NPD) (Nota 116).

264. En algunos casos los interesados han negado las actividades invocadas para demostrar su asociación al partido u organización en cuestión. En otros, las medidas adoptadas se han basado en la negativa a responder a preguntas sobre su afiliación al DKP.

265. Justificación de las medidas adoptadas. La acusación esencial contra aquellos a quienes se ha negado el ingreso en el servicio público o a los que se ha procurado despedir del mismo, alegando su falta de fidelidad al orden fundamental, ha sido que se identifican, directa o indirectamente, con un partido cuyos objetivos son considerados como hostiles a la Constitución. En ese contexto, se ha estimado que una amplia gama de acciones u omisiones ponen de manifiesto una violación de la obligación de fidelidad o, en el caso de los candidatos a un puesto, la imposibilidad de garantizar que actuarán en todo momento a favor del orden libre y democrático. Por ejemplo, en lo que se refiere a la asociación con el DKP - que interviene en la mayoría de los casos documentados sometidos a la Comisión - los alegatos guardan relación con los siguientes aspectos: actividades sospechosas en el DKP o para él, y negativa a contestar preguntas sobre las mismas y a disociarse del Partido; actividades para una organización de la que se dice que está relacionada con el DKP o influida por él; actividades pasadas, de estudiante, en una organización influida por el Partido; afiliación al DKP; participación en actividades del Partido, por ejemplo el asistir a reuniones del mismo, hablar en ellas, escribir artículos para publicaciones del Partido, distribuir tales publicaciones, pedir fondos para el Partido o presentar una solicitud para la instalación de un puesto de información del Partido en una plaza pública; desempeño de un cargo en el DKP; presentación en unas elecciones como candidato del Partido; y calidad de miembro del DKP en el caso de un concejal. En todos los casos suele darse una combinación de esas acusaciones.

266. En su decisión de mayo de 1975, el Tribunal Constitucional Federal afirmó que los funcionarios públicos deben disociarse inequívocamente de grupos y entidades que ataquen, combatan y difamen el Estado, sus órganos constitucionales y el orden constitucional vigente. El Tribunal afirmó asimismo que el hecho de incorporarse o de pertenecer a un partido que persigue fines hostiles a la Constitución puede ser uno de los elementos que se tengan en cuenta al juzgar si un candidato al servicio público va a actuar en todo momento a favor del orden fundamental libre y democrático. En el dictamen jurídico del profesor Doehring, presentado a la Comisión por el Gobierno Federal, se señalaba que, si un candidato a un puesto del servicio público manifiesta que, conociendo los principios básicos del DKP, se propone mantener esta afiliación política, estará justificado rechazar su candidatura. Al pedirle que comentara esa declaración cuando compareció ante la Comisión, el Fiscal Disciplinario Federal observó que el hecho de pertenecer a partidos como el DKP, que exigen una actuación especial de sus miembros, incluso cuando son funcionarios públicos, puede ser muy importante al ponderar la posibilidad de contratar a un candidato (Nota 117). Indicó también que el Tribunal Administrativo Federal no se había pronunciado sobre si la simple afiliación de un funcionario público a un partido que persiga fines hostiles a la Constitución puede constituir una violación de la obligación de fidelidad (Nota 118). El testigo que representaba a las autoridades de Baden-Wurtemberg manifestó que en todos los casos que se habían planteado en el Land - de despido o de no admisión de candidatos - había habido actividades que no se limitaban meramente a la afiliación, por lo que no había surgido la ocasión de decidir si el simple hecho de pertenecer a un partido que persigue fines hostiles a la Constitución es o no incompatible con la obligación de fidelidad (Nota 119). El testigo que representaba a las autoridades de Baviera manifestó que el mero hecho de pertenecer al DKP o al NDP no basta para despedir a un funcionario o negar a un candidato la admisión en el servicio público, sino que debe haber siempre hechos que indiquen que esas personas prestan un apoyo decidido a actividades que se oponen al orden constitucional, tal como lo establece la jurisprudencia (Nota 120). El testigo que representaba a las autoridades de Baja Sajonia declaró que se considera la afiliación a un partido hostil a la Constitución como elemento indicativo de la necesidad de efectuar una indagación complementaria. Si un candidato reconoce esa afiliación, se le pregunta si desea apoyar los objetivos del Partido y hacerlos suyos (Nota 121). Las autoridades de Baja Sajonia expusieron a la Comisión, durante la visita de ésta a la República Federal, que se podía aceptar a un candidato que se disociara de las finalidades de una organización semejante, pero no si las mantenía. En el informe de la Oficina de Defensa de la Constitución de Renania-Palatinado para 1985 se enumeran los factores que se tienen presentes al determinar que la afiliación a un partido que persigue objetivos hostiles a la Constitución justifica la conclusión de que el candidato a un empleo en el servicio público no puede garantizar su fidelidad a la Constitución, a saber: incorporarse

voluntariamente al partido, no disociarse de los objetivos hostiles a la Constitución del partido y mantener la afiliación al mismo (Nota 122).

267. Hay indicaciones de la importancia que se da al hecho de pertenecer a un partido en algunos de los casos documentados sometidos a la Comisión. Por ejemplo, Reinhilde Engel, profesora en Baden-Wurtemberg en calidad de funcionario en período de prueba desde 1972, fue despedida en junio de 1981 por su supuesta afiliación al DKP por lo menos de 1973 a 1975, y porque se negó a contestar preguntas sobre su relación presente con el Partido y a renegar de los fines del mismo. El Tribunal Administrativo de Karlsruhe anuló el despido en diciembre de 1984, por estimar que el hecho de que un funcionario público sea miembro inactivo de un partido legal no constituye una violación de la obligación de fidelidad. El Gobierno del Land ha recurrido contra esa decisión. En el caso de Gesa Groeneveld, asistenta social contractual en Esslingen (Baden-Wurtemberg), la autoridad empleadora indicó en una declaración a la prensa, en marzo de 1986, que hubiese estado dispuesta a suspender el procedimiento de despido, de haber manifestado la Sra. Groeneveld que aceptaba dejar de ser miembro del DKP y de actuar a su favor. En una serie de cartas dirigidas al sindicato del personal docente (GEW) entre marzo de 1983 y mayo de 1985, en relación con procedimientos disciplinarios incoados contra funcionarios de plantilla que ejercían la docencia en Renania-Palatinado, el presidente de la administración del distrito de Rheinhessen-Pfalz manifestó que la afiliación al DKP o al NPD se opone a la obligación de todo funcionario de actuar a favor del orden fundamental libre y democrático. A Astrid Weber le negaron un empleo como enseñante en Renania-Palatinado en 1983, por no haber dado su respuesta sin ambigüedades a la pregunta relativa a su actual afiliación al DKP; la carta por la que se le negaba el empleo, señalaba que, de conformidad con varios fallos del Tribunal Administrativo Federal en 1982, en circunstancias de ese tipo, no constaba que fuera posible la convicción de que ese candidato sería fiel a la Constitución en el futuro. En el caso de Thomas Bürger y Rainold Könings, funcionarios en período de prueba trabajando como enseñantes en Schleswig-Holstein, las medidas tendentes a su despido se había basado en la sospecha de que fueran miembros del DKP y en su negativa a contestar preguntas sobre esa afiliación o a disociarse del Partido.

268. En algunos de los casos sometidos a la Comisión se ha exigido de los interesados una declaración de su actitud hacia un partido del que no eran miembros. Por ejemplo, la sentencia del Tribunal Administrativo de Baviera, en el caso de Gerhard Bitterwolf (noviembre de 1985), pone de manifiesto que una serie de preguntas que se le hicieron para determinar su idoneidad con miras a su nombramiento en el servicio público le obligaban a formular comentarios sobre algunos aspectos de los objetivos y del programa del DKP, partido del que no formaba parte.

269. Carácter de las medidas adoptadas. En la mayoría de los casos documentados que han sido sometidos a la Comisión, la medida adoptada, o que procura aplicar la administración, es la exclusión del interesado, lo cual ha revestido la forma de procedimientos disciplinarios contra funcionarios de plantilla, despido de funcionarios revocables o en período de prueba y de empleados contractuales, y negativa a admitir en el servicio público a candidatos competentes o a aceptarlos en el servicio de formación preparatoria. En otros casos, se ha tratado de una reducción de la remuneración o de la pensión, de traslados por razones de seguridad y de la negativa a consentir que un empleado contractual pase a ser funcionario. La aplicación general de estas normas ha suscitado muchas averiguaciones, indagaciones e interrogatorios.

270. Basándose principalmente en lo que se considera como una jurisprudencia establecida, derivada de sentencias del Tribunal Administrativo Federal en los casos Peter y Meister, algunos organismos han suspendido a funcionarios de plantilla, con una reducción de sueldo, o despedido a los de otras categorías o a empleados contractuales, en espera de la decisión judicial correspondiente.

271. De la información disponible se desprende que, en 1984, el Servicio Federal de Correos dio a elegir a Herbert Bastian, Wolfgang Repp y Gustav Steffen entre disociarse inmediatamente del DKP o ser suspendidos de empleo en espera de la conclusión del procedimiento judicial. Se negaron a renunciar a sus actividades en el DKP, por lo que fueron suspendidos con una reducción de sueldo. El mismo Servicio suspendió a Alex Brück, Berthold Goergens y Egon Momberger, así como al funcionario de aduanas Uwe Scheer. Ulrich Eigenfeld, empleado de ferrocarriles, fue suspendido antes de ser despedido definitivamente. El Servicio Federal de Correos no levantó la medida de suspensión de Bastian, Brück, Goergens y Repp después de que el Tribunal Disciplinario Federal hubiese fallado en su favor sobre el fondo de sus casos, porque el Fiscal Disciplinario Federal había recurrido ante el Tribunal Administrativo Federal contra estos fallos, por lo que éstos no pudieron cobrar efecto (Nota 123).

272. También ha habido suspensiones de funcionarios públicos sometidos a un procedimiento disciplinario en los Länder. Por ejemplo, en julio de 1986 las autoridades de Baja Sajonia suspendieron a Irmelin Schachtsneider y a Dorothea Vogt, con una reducción de sueldo del 50 por ciento; en agosto de 1986 suspendieron a Karl-Otto Eckartsberg.

273. Efectos subsidiarios de la exclusión del servicio público. Comunicaciones presentadas por algunos de los interesados se referían a los efectos indirectos que tuvo o iba probablemente a tener para su empleo y profesión la exclusión del servicio público. Según ellos, no habían podido o no podrían probablemente encontrar otro trabajo en la profesión para la que fueron formados. Si es que encontraban empleo, era o sería probablemente en otra profesión, y con una categoría muy inferior a la que tenían antes.

274. Algunos testigos que comparecieron ante la Comisión declararon que el motivo por el cual ciertas personas fueron excluidas del servicio público les dificultarán la obtención de un empleo en el sector privado. Los empleadores privados se sentirán reacios a contratar a alguien expulsado del servicio público, o no admitido en él, por ser considerado como hostil a la Constitución (Nota 124); es posible que empleadores de sectores delicados desde el punto de vista de la seguridad impongan requisitos políticos más rigurosos todavía que en el servicio público (Nota 125). En cuanto a las perspectivas del personal docente excluido, los testigos señalaron que, de todas maneras, había pocos centros de enseñanza privados (Nota 126). El nivel actual de desempleo limitaba aún más las perspectivas de encontrar empleo alternativo (Nota 127).

Nombre del Servicio Empleo Naturaleza y resultado de

y del interesado las decisiones y

procedimientos

I: SERVICIO FEDERAL

Administración Federal de Correos

*Herbert Bastian Funcionario Procedimiento

permanente disciplinario; sentencia

(empleado de del Tribunal Federal

correos) Disciplinario a favor del

funcionario. Recurso del

Fiscal pendiente de

resolución ante el

Tribunal Federal

Administrativo.

Heinz-Jürgen Brammer Empleado Negativa a nombrársele

funcionario.

Axel Brück Funcionario Procedimiento

permanente disciplinario; sentencia

(técnico en del Tribunal Federal

telecomunicaciones) Disciplinario a favor

del funcionario.

Recurso del Fiscal

pendiente de resolución

ante el Tribunal Federal

Administrativo.

Karl Elsinger Funcionario Procedimiento

permanente disciplinario; sentencia

(inspector de del Tribunal Federal

correos) Disciplinario a favor del

funcionario. Recurso del

Fiscal pendiente de

resolución ante el

Tribunal Federal

Administrativo.

Hans-Joachim Empleado Negativa a nombrársele

Gerhus funcionario.

Berthold Goergens Funcionario Procedimiento

permanente disciplinario; sentencia

(técnico en del Tribunal Federal

telecomunicaciones) Disciplinario a favor del

funcionario. Recurso del

Fiscal pendiente de

resolución ante el

Tribunal Federal

Administrativo.

Günter Hütter Funcionario Incoado procedimiento

permanente disciplinario.

(técnico en

telecomunicaciones)

*Hans Meister Funcionario Procedimiento

permanente disciplinario; sentencia

(técnico en de despido pronunciada

telecomunicaciones) por el Tribunal Federal

Administrativo.

Volker Metzroth Obrero (operario Traslado por razones de

calificado de seguridad a otro puesto de

telecomunicaciones) trabajo menos calificado;

recurso contra entrada en

vigor inmediata admitido

por el Tribunal de

Trabajo.

Egon Momberger Funcionario en Iniciada una

período de prueba investigación.

(técnico en

telecomunicaciones)

*Hans Peter Funcionario Procedimiento

permanente disciplinario; sentencia

(técnico en de despido pronunciada por

telecomunicaciones) el Tribunal Federal

Administrativo.

Peter Pipiorke Obrero (operario Debe ser trasladado de

calificado de destino por razones de

comunicaciones) seguridad.

*Wolfgang Repp Funcionario Procedimiento

permanente disciplinario; sentencia

(cartero) del Tribunal Federal

Disciplinario a favor del

funcionario. Recurso del

Fiscal pendiente de

resolución ante el

Tribunal Federal

Administrativo.

Werner Siebler Funcionario en Recurso contra el despido

período de prueba pendiente de resolución

(cartero) ante el Tribunal

Administrativo.

Gustav Steffen Funcionario Procedimiento

permanente disciplinario incoado en

(cartero) el Tribunal Federal

Disciplinario.

Helmut Wörz Obrero (operario Traslado por razones de

calificado de seguridad a otro puesto

telecomunicaciones) de trabajo menos

calificado.

Administración Federal de Finanzas

*Uwe Scheer Funcionario Procedimiento

permanente disciplinario incoado en

(funcionario de el Tribunal Federal

aduanas) Disciplinario.

Ferrocarriles Federales

*Ulrich Eigenfeld Funcionario Procedimiento

permanente disciplinario: sentencia

(servicios de despido pronunciada

administrativos) por el Tribunal Federal

Disciplinario y confirmada

por el Tribunal Federal

Administrativo. Recurso

constitucional no aceptado

por el Tribunal Federal

Constitucional.

Joachim Mende Funcionario Investigación concluida.

permanente Se espera un procedimiento

(servicios disciplinario.

administrativos)

Instituto Federal de la Seguridad Social para Empleados

Edith Funcionaria en Despido refrendado por el

Wiese-Liebert período de prueba Tribunal Administrativo

(inspectora del Land. Denegación de

administrativa) autorización para

recurrir confirmada por el

Tribunal Federal

Administrativo.

II: SERVICIO EN LOS LANDER

BADEN-WURTEMBERG

Personal docente

Sigrid - Demanda de empleo en

Altherr-König calidad de empleada

rechazada por el Tribunal

de Trabajo del Land.

Christa Asprien Funcionaria Revocación del
revocable (servicio nombramiento confirmada
de prácticas) por el Tribunal Adminis-
trativo. Recurso pendiente
de resolución.

Reinhilde Engel Funcionaria en Recurso contra el despido
período de prueba aceptado por el Tribunal
Administrativo. Recurso
del Gobierno pendiente de
resolución ante el
Tribunal Administrativo
del Land.

Gerlinde Fronemann Funcionaria en Recurso contra el despido
período de prueba aceptado por el Tribunal
Administrativo Federal. Se
contempla la posibilidad
de un nuevo procedimiento.

Julika Haibt - Recurso contra la
denegación de admisión
al servicio de prácticas
como empleada aceptada por
el Tribunal Federal del
Trabajo.

Rolf Kosiek Funcionario en Despido confirmado por el
período de prueba Tribunal Administrativo
del Land. Recurso recha-
zado por el Tribunal

Federal Administrativo.

Recurso constitucional no

aceptado por el Tribunal

Federal Constitucional. El

Tribunal Europeo de

Derechos Humanos sostuvo

que no se había producido

interferencia con un dere-

cho con un derecho prote-

gido en la Convención

Europea de Derechos

Humanos.

*Klaus Lipps Funcionario en Recursos contra el despido

período de prueba aceptados por el Tribunal

Administrativo del Land.

Recurso del Gobierno con-

tra la denegación de au-

torización para recurrir

rechazado por el Tribunal

Federal Administrativo.

Hans Schaefer Funcionario en Despido confirmado por el

período de prueba Tribunal Administrativo

del Land. Denegación de

autorización para

recurrir refrendada por el

Tribunal Federal

Administrativo.

Martin Zeiss Funcionario en Recurso contra el despido

período de prueba pendiente de resolución

ante el Tribunal

Administrativo.

Administración judicial

Gerd Wernthaler Funcionario en Nombrado funcionario

período de prueba permanente después de

terminadas las

investigaciones.

Asistentes sociales

Gesa Groeneveld Empleada Sentencia del Tribunal de

Trabajo del Land

confirmando el recurso

contra el despido, anulada

por el Tribunal Federal

del Trabajo, y caso

remitido nuevamente al

Tribunal de Trabajo del

Land.

BAVIERA

Personal docente

*Gerhard - Negativa a nombrársele

Bitterwolf funcionario en período de

prueba, tras concluir el

período de prácticas,

confirmada por el Tribunal

Administrativo del Land.

Denegación de la

autorización de recurrir

confirmada por el Tribunal

Federal Administrativo.

Hans Heinrich - Recurso contra la

Häberlein denegación de admisión

al servicio de prácticas

aceptado por el Tribunal

Administrativo del Land.

El demandante fue nombrado

ulteriormente funcionario

en período de prueba y

luego funcionario

permanente.

Alfred Karl - Sentencia del Tribunal de

Trabajo del Land

confirmando la denegación

de nombrársele profesor

adjunto de la Universidad,

anulada por el Tribunal

Federal del Trabajo.

Pendiente de nueva

sentencia del Tribunal de

Trabajo del Land.

Manfred Lehner - Recurso contra la

denegación de admisión

al servicio de prácticas

aceptado por el Tribunal

Administrativo del Land.

Ulteriormente, el

demandante fue admitido y

luego nombrado funcionario

en período de prueba.

Friedrich - Denegación de admisión

Sendelbeck al servicio de prácticas

como empleado confirmada

por el Tribunal de Trabajo

del Land. Recurso ante el

Tribunal Federal del

Trabajo pendiente de

resolución.

Administración judicial

Beate Büttner Empleada (en Denegación de admisión

servicio de al servicio de prácticas

prácticas) como funcionaria revocable

confirmada por el Tribunal

Administrativo.

Cornelia Lindner Empleada (en Denegación de admisión

servicio de al servicio de prácticas

prácticas) como funcionaria revocable

confirmada por el Tribunal

Administrativo.

*Charlotte - Negativa a nombrársela

Niess-Mache juez en período de

prueba, tras concluir el

período de prácticas,

por el Tribunal confirmada

Administrativo del Land.

Thomas Rosenland Empleado (en Denegación de admisión

servicio de al servicio de prácticas

prácticas) como funcionario revocable

confirmada por el Tribunal

Administrativo.

Maria Wittgen Empleada (en Denegación de admisión

servicio de al servicio de prácticas

prácticas) como funcionaria revocable

confirmada por el Tribunal

Administrativo.

HESSE

Personal docente

Mario Berger - Negativa a nombrársele

funcionario en período de

prueba, tras concluir el

servicio de prácticas,

confirmada por el Tribunal

Administrativo del Land.

Contratado como empleado

tras el cambio de

política del Gobierno del

Land en 1984.

Angelika Wahl - Negativa a nombrársela

funcionaria en período de

prueba en 1975. No admi-

tida como empleada tras el

cambio de política del

Gobierno del Land en 1984

(en base al nivel de
calificación), lo que fue
confirmado por el Tribunal
del Trabajo. recurso ante
el Tribunal del Trabajo
del Land.

BAJA SAJONIA

Personal docente

*Karl-Otto Funcionario Procedimiento

Eckartsberg permanente disciplinario; sentencia

del Tribunal Administra-

tivo del Land a favor del

funcionario. Incoado nuevo

procedimiento

disciplinario.

Heike Flessner Funcionaria Procedimiento disci-

permanente plinario incoado ante el

Tribunal Administrativo.

Alies Klüver Funcionaria Sentencia de despido

permanente dictada por el Tribunal

Administrativo. Recurso

ante el Tribunal

Administrativo del Land

pendiente de resolución.

Aviso de un nuevo

procedimiento

disciplinario.

Heinze-Udo Lammers Empleado Despido sin preaviso y

subsiguiente despido con

preaviso anulados por los

tribunales de trabajo.

Recurso del Gobierno

pendiente de resolución

ante el Tribunal Federal

del Trabajo. Nueva

notificación de despido.

Helga Lange Funcionaria Incoado procedimiento

permanente disciplinario.

Ulrich Lepa Funcionario en Despido. período de prueba

Ulrike Marks Funcionaria Procedimiento

permanente disciplinario incoado ante

el Tribunal

Administrativo.

Hans-Joachim Funcionario en Procedimiento

Müller período de prueba disciplinario; sentencia

del Tribunal Federal

Administrativo a favor

del funcionario. Nueva

notificación de despido.

Heiko Pannemann Funcionario Procedimiento disci-

permanente plinario; sentencia del

Tribunal Administrativo

a favor del funcionario.

Udo Paulus Funcionario Sentencia de despido

permanente dictada por el Tribunal

Administrativo.

Procedimiento ante el

Tribunal Administrativo

Federal, concluido por

acuerdo entre las partes.

Irmelin Funcionaria Procedimiento disci-

Schachtschneider permanente plinario incoado ante el

Tribunal Administrativo.

*Matthias Funcionario Procedimiento disci-

Schachtschneider permanente plinario incoado ante el

Tribunal Administrativo.

Rolf Schön Empleado Despido sin preaviso y

subsiguiente despido con

preaviso anulados por el

Tribunal del Trabajo.

Recurso del Gobierno

pendiente de resolución

ante el Tribunal de

Trabajo del Land. Nueva

notificación de despido.

Thomas Funcionario Procedimiento disci-

Schultze-Kranert permanente plinario; sentencia del

Tribunal Administrativo

a favor del funcionario.

Dorothea Vogt Funcionaria Procedimiento disci-

permanente plinario incoado ante el

Tribunal Administrativo.

Thomas Weber - Contratación como emplea-

do en la Facultad de Quí-

mica de la Universidad,

suspendida mientras se

realizan investigaciones.

Elisabeth Welvers - Denegación de empleo.

Matthias Wietzer - Negativa a nombrarle

funcionario en período de

prueba confirmada por el

Tribunal Administrativo;

recurso pendiente de

resolución. Negativa a

nombrarle como empleado

confirmada por el Tribunal

de Trabajo del Land.

Administración universitaria

Helga Wilhelmer Funcionaria Procedimiento disci-

plinario incoado ante el

Tribunal Administrativo.

RENIANIA SEPTENTRIONAL-WESTFALIA

Personal docente

Julia Glasenapp Funcionaria en Revocación del

período de prueba nombramiento (en 1975)

confirmada por el Tribunal

Administrativo del Land.

Recurso constitucional no

aceptado por el Tribunal

Federal Constitucional. El

Tribunal Europeo de

Derechos Humanos sostuvo

que no se había producido

interferencia con un

derecho protegido en la

Convención Europea de

Derechos Humanos.

RENANIA-PALATINADO

Personal docente

Evelyn Barthel Funcionaria Incoado, procedimiento

permanente disciplinario.

Elke Burkart Funcionaria Incoado, procedimiento

permanente disciplinario.

Ulrich Foltz Funcionario en Despido confirmado por el

período de prueba Tribunal Administrativo.

*Wolfgang Jung Funcionario Procedimiento

permanente disciplinario; reducción

de sus ingresos en un 15

por ciento durante tres

años ordenada por el

Tribunal Administrativo.

*Maria Lachmann Funcionaria Incoado, procedimiento

permanente disciplinario.

Rüdiger Quaer Funcionario en Despido confirmado por el

período de prueba Tribunal Federal

Administrativo. Recurso

constitucional no aceptado

por el Tribunal Federal

Constitucional. Recurso

pendiente de resolución

ante el Tribunal Europeo

de Derechos Humanos.

Walter Schmitt-Mix Funcionario Investigaciones iniciadas.

permanente

Astrid Weber - Negativa a nombrársela

funcionaria en período de

prueba.

SCHLESWIG-HOLSTEIN

Personal docente

*Thomas Bürger Funcionario en Procedimiento

período de prueba disciplinario pendiente

ante el Tribunal

Administrativo.

Rainald Könings Funcionario en Notificación de despido.

período de prueba

Descripciones de casos

En el plano federal

275. Herbert Bastian. Bastian fue contratado por la Administración Federal de Correos en 1960, a la edad de 14 años. En 1971 fue nombrado funcionario permanente. Desde entonces, ha sido ascendido tres veces. Trabajó en la sección de clasificación del correo de la Oficina de Correos de Marburg. Bastian se afilió al DKP en 1973. Desde 1974 ha sido concejal de Marburg en calidad de representante del DKP. Bastian también es miembro del Sindicato de Trabajadores de Correos de la República Federal de Alemania (DPG), y fue representante de la misma en la sección de clasificación del correo de Marburg.

276. En el informe de servicio realizado en agosto de 1979 constaba que la actuación de Bastian era "plenamente satisfactoria"; su comportamiento en el trabajo era irreprochable y no se le conocían actitudes desfavorables fuera del trabajo. Según el mismo Bastian, su actividad como concejal de Marburg se había caracterizado siempre por un compromiso activo en favor de los principios sociales y democráticos de la Constitución Federal. Consideraba que sus funciones electivas eran un mandato para tratar de mejorar las condiciones de vida de la población. De conformidad con las disposiciones legales pertinentes, la Administración Federal de Correos le había autorizado siempre a ausentarse en las horas de trabajo para asistir a las sesiones municipales (Nota 128).

277. En 1979, la Administración de Correos abrió una investigación sobre su afiliación al DKP y sus actividades en nombre de dicho partido, en especial sobre su cargo de concejal de Marburg en calidad de representante del DKP. En un intento de poner fin al procedimiento disciplinario, en 1981 el Ministerio Federal de Correos y Telecomunicaciones ofreció a Bastian mantenerlo en calidad de obrero si presentaba su dimisión como funcionario. En su declaración ante la Comisión, Bastian manifestó que le

habían hecho la oferta el gobierno de coalición SPD-FDP en respuesta a las críticas crecientes, tanto internas como externas; rechazó la oferta, pues consideraba que si solicitaba su propia destitución como funcionario estaba aceptando que se practicase la persecución política y la discriminación o convirtiéndose en cómplice de quienes quebrantaban los derechos y libertades constitucionales (Nota 129).

278. Al ser interrogado en agosto de 1982, se le solicitó su opinión sobre la sentencia pronunciada en 1981 por el Tribunal Federal Administrativo en el caso Peter. Bastian manifestó que él personalmente no se consideraba ligado por dicha sentencia, sobre todo porque había sido objeto de críticas por parte de algunos juristas (Nota 130). En 1983 el Ministro Federal de Correos y Telecomunicaciones incoó un procedimiento disciplinario contra Bastian ante el Tribunal Federal Disciplinario.

279. Como el Ministro Federal de Correos y Telecomunicaciones esperase que los Tribunales ordenarían el despido de Bastian, le suspendió a finales de septiembre de 1984, aplicándole una reducción de 20 por ciento en su salario. En agosto de 1984, al informarse al interesado de la intención del Ministerio de suspenderle en sus funciones, se le preguntó nuevamente si, a la vista de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Federal Administrativo en sus sentencias de los casos Peter (1981) y Meister (1984), estaba dispuesto a cortar sus vínculos con el DKP y a abandonar todas sus actividades en nombre de dicho partido, incluido su cargo de concejal.

280. En noviembre de 1984, el Tribunal Federal Disciplinario ordenó el cese de los trámites judiciales debido a los defectos de procedimiento que se habían cometido al consultar al comité de personal. En diciembre de 1984, el Tribunal Federal Disciplinario anuló también la suspensión de Bastian. Sin embargo, este fallo quedó sin efecto, pues el Fiscal Federal Disciplinario interpuso un recurso de apelación en contra suya. Los dos fallos del Tribunal Federal Disciplinario fueron revocados en febrero de 1985 por el Tribunal Federal Administrativo que ordenó al Tribunal citado anteriormente que examinase la sustancia del caso.

281. En una sentencia de fecha 20 de octubre de 1986, el Tribunal Disciplinario Federal declaró que Bastian no había violado el deber de fidelidad por su afiliación al DKP y sus actividades en el seno de dicho partido (Nota 131). No obstante, estimó que Bastian no había observado su obligación de reserva y de respeto al escribir un artículo para un periódico donde ponía en tela de juicio la objetividad y la independencia del Tribunal Administrativo Federal, y le impuso una reducción de salario de 5 por ciento durante seis meses. El Fiscal Disciplinario Federal interpuso recurso contra la primera de estas decisiones ante el Tribunal Administrativo Federal.

282. En su declaración ante la Comisión, Bastian señaló que la formación que había recibido era específica para la Administración de Correos y que no le calificaba para desempeñar un trabajo especializado en otra parte. En caso de que le despidieran - que era la finalidad que se perseguía en el procedimiento incoado contra él - se vería obligado a trabajar como temporero u obrero no calificado. Así pues, pesaría sobre él una interdicción profesional (Nota 132).

283. En su decisión de suspender a Bastian, el Ministro Federal de Correos y Telecomunicaciones señaló que ni la gran mayoría de los funcionarios de la Administración Federal de Correos ni la opinión pública podrían comprender la razón por la que un funcionario acusado de un grave incumplimiento del deber que justificase su despido siguiera permaneciendo en su puesto. Bastian informó a la Comisión que la respuesta dada por sus compañeros de trabajo y el interés manifestado por el público habían demostrado exactamente lo contrario. Unas 1 240 personas habían firmado una declaración a toda página en el periódico local, con objeto de apoyarlo en el procedimiento que se desarrollaba ante el Tribunal Federal Disciplinario, y la sección de Marburg-Biedenkopf de la DGB había organizado una reunión de solidaridad en favor suyo, a la que asistieron unos 500 sindicalistas (Nota 133). El Alcalde de Marburg se dirigió por escrito al Ministro de Correos y Telecomunicaciones dos veces, en marzo de 1983 y en agosto de 1984. En la primera carta solicitaba al Ministro que desistiese de la demanda incoada contra Bastian, basándose en motivos de carácter jurídico, personal y político. Si bien dejaba en claro que él era contrario al DKP, señalaba que, en su opinión, era injustificable que se reprochase a Bastian el haber sido concejal municipal, pues su actitud en el Ayuntamiento no había sido en ningún momento hostil a la Constitución. También debía tenerse en cuenta que, durante 24 años, Bastian había tenido una hoja de servicios irreprochable, y que en tanto que empleado de correos no podía constituir una seria amenaza para el orden fundamental, libre y democrático de la República Federal. En la segunda carta, el alcalde solicitaba al Ministro que no suspendiese a Bastian, señalando que el mero ejercicio por parte de Bastian de sus derechos de libertad de asociación y de expresión, sin participar en actividades hostiles a la Constitución, no debería

desencadenar la apertura de un procedimiento disciplinario. El alcalde citó también el reglamento sobre actividades locales de Hesse, según el cual ninguna persona debería verse perjudicada en su trabajo por desempeñar un puesto electivo. En ambas ocasiones, el Ministro respondió que no podía acceder a la solicitud del alcalde, pues Bastian había incurrido en un grave incumplimiento del deber.

284. En octubre de 1984, la Dieta de Hesse adoptó una moción en la que criticaba la decisión del Ministro Federal de suspender a Bastian (así como a Axel Brück y Wolfgang Repp), a la vez que solicitaba la anulación de la misma. En octubre de 1985, el Ayuntamiento de Marburg adoptó una moción de protesta contra la suspensión de Bastian y el procedimiento disciplinario incoado contra él.

285. Ulrich Eigenfeld. Eigenfeld entró como oficinista de los Ferrocarriles Federales en mayo de 1971 y pasó a ser funcionario permanente en agosto de 1974. En 1978 se le negó un ascenso porque recaían sobre él sospechas de que infringía continuamente sus obligaciones al presentarse como candidato por el NPD y desempeñar un cargo en dicho partido.

286. Según los informes de servicio citados en la sentencia del Tribunal Federal Administrativo, el trabajo de Eigenfeld había merecido siempre una apreciación favorable, habiéndosele incluso otorgado algunas veces la calificación de "muy bueno".

287. Por sentencia de 26 de abril de 1984, el Tribunal Federal Disciplinario ordenó el despido de Eigenfeld, alegando que había quebrantado su obligación de fidelidad política, pues desde 1969 había estado afiliado al NPD; había desempeñado varios cargos dentro del partido, entre ellos los de vicepresidente del NPD de Baja Sajonia y miembro del comité federal del NPD; había sido candidato por el NPD en las elecciones locales, estatales y federales; en su calidad de director del departamento de relaciones y planificación del NPD tenía encomendada la tarea de reelaborar el programa del partido. El Tribunal declaró que el NPD, que Eigenfeld apoyaba objetivamente con sus actividades, era un partido que perseguía fines incompatibles con la Constitución. Las verdaderas intenciones del partido no podían inferirse de su programa ni de sus estatutos, sino más bien de las declaraciones formuladas por sus partidarios, dirigentes y miembros, de las organizaciones que mantenían vínculos con dicho partido, así como del material impreso y los artículos publicados en el periódico oficial del partido, "Deutsche Stimme".

288. Eigenfeld apeló contra la sentencia del Tribunal Federal Disciplinario; durante el transcurso del procedimiento fue suspendido de empleo. En su apelación sostenía que, en cuanto miembro del comité federal del partido, su situación le permitía oponerse a las declaraciones y publicaciones que eran contrarias a las intenciones y a la labor del partido y que iban dirigidas contra el orden fundamental, libre y democrático. Gracias a su labor y a la de otros compañeros como él, algunos dirigentes del NPD fueron expulsados por haber manifestado opiniones que habrían llevado a deducir conclusiones erróneas sobre las intenciones del partido. Como consecuencia de ello, la imagen del partido se había modificado en los últimos años, algo que el Tribunal Federal Disciplinario no había tenido en cuenta.

289. Por sentencia de 12 de marzo de 1986, el Tribunal Federal Administrativo rechazó el recurso interpuesto por Eigenfeld, y declaró que la obligación de fidelidad política se aplicaba para el comportamiento del funcionario tanto dentro como fuera del servicio. No se consideraron pertinentes el hecho de que las opiniones políticas de Eigenfeld no hubiesen influido en el desempeño de sus funciones ni en el trato con sus compañeros de trabajo, ni su declaración de que respetaba la Constitución. El Tribunal señaló asimismo que, dada su identificación pública con el partido, no importaba que apoyase todos los objetivos del NPD o sólo algunos de ellos. Según declaraciones formuladas recientemente por dirigentes del partido, quedó demostrado que la actitud básica del NPD no se había modificado, a pesar de los sucesivos cambios ocurridos en la dirección del partido y de la presunta expulsión de ciertos afiliados. Si bien se reconoció que las declaraciones del NPD se habían vuelto más moderadas, y que, sobre todo, se había abstenido últimamente de formular declaraciones inspiradas en el nacional socialismo, el Tribunal señaló que el partido no había renunciado explícitamente a las opiniones manifestadas hasta entonces. Al desarrollar actividades dentro del partido y para el mismo, Eigenfeld se había identificado con su ideología. El deber del funcionario de mantenerse al margen de un partido de este tipo no se cumplía si, mientras trabajaba en dicho partido para apartarlo de los objetivos hostiles a la Constitución, apoyaba sin embargo públicamente su programa y su política, aceptando presentarse a las elecciones por el mismo, desempeñando un cargo en el partido y actuando como su representante. En ningún momento Eigenfeld se desvinculó públicamente de las declaraciones formuladas por dirigentes del partido a quienes desaprobaba. Como

se negara a poner fin a su relación con el NPD, hubo de despedírsele. Esta decisión no se modificó por el hecho de que, durante las investigaciones preliminares, los Ferrocarriles Federales se ofrecieron a seguir empleándole como empleado en el sector en que había trabajado hasta entonces, si consentía en renunciar a su condición de funcionario. Los tribunales no pueden estar obligados por la opinión del empleador, dictada frecuentemente por motivos de conveniencia.

290. A la vista de que Eigenfeld había desempeñado sus funciones durante largo tiempo y, por lo demás, de manera irreprochable, el Tribunal decidió concederle durante seis meses una asignación financiera equivalente al 75 por ciento de la jubilación devengada, con la posibilidad de que el Tribunal Federal Disciplinario la prolongase en caso de imposibilidad de encontrar otro empleo.

291. En junio de 1986, el Tribunal Federal Constitucional se negó a admitir el recurso constitucional presentado por Eigenfeld, basándose en sus pocas probabilidades de éxito.

292. Hans Meister. Meister fue nombrado en la Administración Federal de Correos en 1959, año en que comenzó su aprendizaje. En julio de 1964 obtuvo el título de ingeniero. Desde 1968 hasta la fecha de su despido trabajó en una central telefónica de Stuttgart. En julio de 1970 fue nombrado funcionario permanente y en 1974 fue ascendido a técnico superior de telecomunicaciones. Meister informó a la Comisión que al asumir tales funciones había pasado a integrar el grupo de las personas responsables de organizar las actividades de su sección (Nota 134).

293. En el informe de servicio citado en la sentencia del Tribunal Federal Disciplinario consta que el rendimiento de Meister era muy bueno y muy por encima de lo normal. No existían razones para pensar que durante las horas de trabajo hubiese hecho proselitismo en favor de un partido político extremista. En el informe se le describía como uno de los funcionarios más respetados en la central telefónica, tanto a título profesional como personal.

294. Desde 1970 fue miembro del comité examinador de los trabajadores de telecomunicaciones durante dos períodos cuatrienales. Fue designado para el puesto por el Sindicato de Trabajadores de Correos de la República Federal de Alemania (DPG), y en algunas ocasiones hizo las funciones de presidente del comité.

295. Meister se afilió al DKP en 1970, y desde entonces participó regularmente en las actividades del partido. Era miembro del Consejo de Baden-Wurtemberg del DKP, y desde 1975 se presentó en varias ocasiones como candidato del DKP en elecciones nacionales y locales, así como la Alcaldía de Stuttgart.

296. Como miembro activo de la DPG, Meister era representante del sindicato y presidente del grupo en la central telefónica.

297. En julio de 1979, el Ministro Federal de Correos y Telecomunicaciones incoó un procedimiento disciplinario contra Meister. En su declaración ante la Comisión, Meister dijo que ya en 1973 se le había rechazado una solicitud de trabajo por motivos políticos y que en 1978 había sido trasladado de puesto por razones de seguridad (Nota 135).

298. En noviembre de 1979, el investigador oficial decidió que las pruebas presentadas no respaldaban la acusación. En su declaración ante la Comisión, Meister manifestó que, como consecuencia de esta decisión, el Ministro Federal de Correos y Telecomunicaciones informó al Fiscal Federal Disciplinario su intención de sobreeser el procedimiento. No obstante, el Fiscal se opuso a esta decisión e incoó un procedimiento disciplinario contra Meister ante el Tribunal Federal Disciplinario (Nota 136). En la declaración del Fiscal se acusaba a Meister de haber quebrantado continuamente, desde 1971, su obligación de fidelidad, tanto por su afiliación a una organización hostil a la Constitución, esto es, el DKP, como por sus actividades para dicho partido.

299. Meister informó a la Comisión que en 1981 el Ministerio de Correos y Telecomunicaciones le propuso mantenerle como empleado si solicitaba su renuncia como funcionario; al mismo tiempo, se le habría trasladado a un puesto que no plantease problemas en materia de seguridad. Meister rechazó la oferta porque sabía que no habría podido conservar el puesto de ingeniero eléctrico, y porque tampoco deseaba admitir los alegatos en los que se le acusaba de constituir una amenaza para la Constitución y un riesgo para la seguridad. Meister informó a la Comisión que la administración no había presentado ninguna prueba concreta en la que se demostrase que constituía un riesgo para la seguridad, sino que le había comunicado simplemente que, en caso de producirse una crisis, sería considerado como tal. Meister hizo hincapié en que nunca había manejado material

confidencial en su trabajo, el cual se basaba en informaciones a las que cualquier persona podía tener acceso (Nota 137).

300. En noviembre de 1982, el Tribunal Federal Disciplinario falló a favor de Meister, señalando que éste no veía incompatibilidad alguna entre el orden fundamental, libre y democrático establecido en la Constitución y los fines perseguidos por el DKP. No obstante, no deseaba que se le juzgase según el programa del DKP, sino conforme a sus propias intenciones y convicciones. Sus objetivos sociopolíticos se hallaban también recogidos en el programa de su sindicato, la DPG. El Tribunal Disciplinario declaró que, de conformidad con la sentencia pronunciada el 29 de octubre de 1981 por el Tribunal Federal Administrativo en el caso Peter, los objetivos del DKP eran incompatibles con el orden fundamental, libre y democrático. Sin embargo, había fallado a favor de Meister porque no había podido demostrarse que en virtud de su afiliación al DKP, del desempeño de un cargo en dicho partido y de presentarse como candidato del mismo a las elecciones, hubiese faltado a su obligación de fidelidad. La afiliación de Meister a un partido que persigue fines hostiles a la Constitución no significaba a la fuerza que personalmente desaprobase y combatiese el orden fundamental, libre y democrático y, valiéndose de su puesto de funcionario, tratase de destruirlo. El Tribunal aceptó la credibilidad de su declaración de que no se proponía cambiar por medios violentos las estructuras públicas de la República Federal. Asimismo observó que sus fines coincidían con los de su sindicato, es decir, la DPG. La resolución del conflicto existente entre los fallos judiciales inequívocos respecto a los objetivos anticonstitucionales de su partido y la declaración igualmente inequívoca de Meister de apoyo a la Constitución no era algo que correspondiera resolver al Tribunal, sino un problema que debía elucidar su conciencia. El Tribunal consideró que no podía reprochársele a Meister el haber desarrollado actividades políticas que fuesen más allá de su mera afiliación al partido. Respecto de las candidaturas electorales, el Tribunal señaló que no deberían estar prohibidas en la medida en que el partido era legal, tanto más cuanto que se trataba de proteger la democracia y la libertad de expresión del pueblo.

301. Ante el recurso de apelación interpuesto por el Fiscal Federal Disciplinario, el 10 de mayo de 1984 el Tribunal Federal Administrativo revocó esta decisión y ordenó el despido de Meister. Los pormenores de esta sentencia se recogen en el capítulo 5, párrafo 224.

302. En la declaración que hizo ante la Comisión, Meister subrayó que en su fallo de mayo de 1975 el Tribunal Federal Constitucional había precisado que, al juzgarse el cumplimiento de la obligación de fidelidad al orden fundamental, libre y democrático, únicamente debía tomarse en cuenta el caso individual examinado, evaluándose al mismo tiempo una serie de factores que variaban según los casos. Meister hizo notar que, tras evaluar las características específicas de su caso, el Tribunal Federal Disciplinario había fallado a su favor. Había podido dar explicaciones detalladas y responder a las numerosas preguntas del Tribunal acerca de sus convicciones políticas, sus actividades y sus objetivos políticos. Contrariamente al Tribunal Federal Disciplinario, el Tribunal Federal Administrativo no había mostrado el menor interés acerca de su personalidad ni de sus actividades o intenciones. El Tribunal no le había formulado ni una sola pregunta respecto a sus actividades políticas, al igual que tampoco se había tenido en cuenta la declaración por él hecha ante el Tribunal, ni las copias de los discursos públicos que había pronunciado, ni el programa que había propuesto en las elecciones para alcalde de Stuttgart. Quien se había sentado en el banquillo de los acusados no era él, sino su partido, el DKP (Nota 138).

303. Meister también informó a la Comisión que ya durante su interrogatorio en octubre de 1979 había declarado inequívocamente su respeto a los principios básicos en los que se sustenta el orden fundamental, libre y democrático: el respeto de los derechos humanos, la soberanía del pueblo, la separación de poderes, la responsabilidad del Gobierno ante el Parlamento, la independencia de los tribunales, el sistema multipartidario y el derecho a constituir una oposición (Nota 139).

304. En su declaración ante la Comisión, el profesor Däubler, que había representado a Meister ante el Tribunal Federal Administrativo, expresó que el Tribunal no había tenido en cuenta la afirmación de Meister de que apoyaba la Constitución y actuaría de conformidad con la misma (Nota 140).

305. En consideración a los servicios prestados durante largos años y, por lo demás, de manera irreprochable, así como a su rendimiento reconocido en todo momento, el Tribunal Federal Administrativo concedió a Meister, durante los seis meses posteriores a su despido, una asignación equivalente al 75 por ciento de la jubilación devengada, con la posibilidad de que el Tribunal Federal Disciplinario prolongase dicho plazo en caso de incapacidad probada para encontrar otro empleo.

306. Meister informó a la Comisión que desde su despido en mayo de 1984 no había podido encontrar trabajo en la profesión

para la cual estaba capacitado, pese a la escasez de ingenieros eléctricos en el mercado de trabajo. Su despido por motivos políticos había disuadido a sus eventuales empleadores. Tras un largo período de desempleo, mantenía de momento a su familia trabajando como periodista independiente, profesión que le resultaba muy difícil y que le acarrea numerosos problemas.

307. Durante el procedimiento entablado en contra suya, Meister contó en todo momento con el apoyo de los representantes de los trabajadores y de los sindicatos. En mayo de 1979, el comité central de personal del Ministerio Federal de Correos y Telecomunicaciones se opuso a que se le incoara un procedimiento disciplinario. En una resolución adoptada por el 14.º Congreso de la DPG (1983) se afirmaba que el procedimiento entablado contra Meister ante el Tribunal Federal Administrativo simbolizaba la intensificación de la práctica de las interdicciones profesionales (Berufsverbote) y se exhortaba al Fiscal Federal Disciplinario a retirar el recurso que había presentado contra la sentencia del Tribunal Federal Disciplinario.

308. Hans Peter. Peter fue nombrado por la Administración Federal de Correos en 1951 para trabajar en la central telefónica de Stuttgart. Fue nombrado funcionario permanente en 1959, y ascendido al cargo de jefe de la secretaría técnica de telecomunicaciones en 1971. En el informe de servicio citado en la sentencia del Tribunal Federal Disciplinario, su trabajo se describía como "de bueno a muy bueno"; dio pruebas de una laboriosidad y una conducta excepcionales y era uno de los funcionarios más respetados de la central telefónica.

309. Peter era un sindicalista activo: desempeñaba varios puestos sindicales, y era miembro del comité de la DPG en el centro donde trabajaba.

310. Peter se afilió al DKP en 1969 y desempeñó públicamente actividades para el partido. Se presentó como candidato del DKP en diversas elecciones, fue responsable de periódicos locales y durante unos años fue miembro del consejo del DKP de Stuttgart. No se hizo ningún tipo de comentario sobre sus actividades hasta 1972, año en que debió declarar ante dos funcionarios de la Administración de Correos. Tras haber sido oído, se le informó que se tenía la impresión de que había obrado de conformidad con la Constitución.

311. Cinco años después de esta entrevista, la Administración Federal de Correos abrió una investigación. Según se alegaba, Peter había quebrantado su obligación de fidelidad al orden fundamental, libre y democrático al afiliarse al DKP, escribir artículos para dicho partido y aparecer en los periódicos del DKP, presentarse como candidato de este partido en distintas elecciones locales y realizar una visita de carácter político a la RDA en compañía de otros miembros del DKP. En abril de 1978, Peter fue interrogado por el investigador, director de la Administración de Correos, quien decidió que no existían pruebas de que Peter hubiese participado en actividades hostiles a la Constitución. El comité central de personal del Ministerio Federal de Correos y Telecomunicaciones compartía también la opinión de que Peter no había incurrido en un incumplimiento del deber. No obstante, a finales de 1978 Peter fue trasladado por razones de seguridad a un cargo en la sección de giros postales, y en enero de 1979 el Fiscal Federal Disciplinario entabló un procedimiento disciplinario ante el Tribunal Federal Disciplinario.

312. En marzo de 1980, el Tribunal Federal Disciplinario falló a favor de Peter. El Tribunal sostenía que los fines perseguidos por el DKP eran incompatibles con el orden fundamental, libre y democrático. Pero, en cambio, declaró que la afiliación al DKP estaba contemplada dentro de la posibilidad de "tener unas ideas y hacerlas públicas", que estaba protegida por la sentencia del Tribunal Federal Constitucional de 22 de mayo de 1975. El Tribunal consideró que el hecho de ser responsable de la publicación de un periódico del DKP, ejercer funciones en dicho partido, y presentarse como candidato del DKP en las elecciones constituían la prueba de un incumplimiento objetivo de la obligación, si bien las actividades desarrolladas por Peter para el DKP no constituían un incumplimiento culpable de la obligación, según se estipulaba en el artículo 77, 1) 1) de la ley federal sobre funcionarios públicos, sobre todo porque sus jefes no habían sido capaces de informarle claramente acerca de las consecuencias disciplinarias que podrían acarrear tales actividades; en la Administración Federal de Correos se consideró que esta situación jurídica era dudosa. La carga de tal incertidumbre jurídica no debía recaer sobre Peter.

313. El 29 de octubre de 1981, el Tribunal Federal Administrativo revocó la sentencia, sosteniendo que Peter había quebrantado en todo momento su obligación de fidelidad al Estado y a la Constitución, y decretando su despido. El Tribunal señaló que la aplicación de una sanción menos severa no tendría consecuencias sobre Peter, quien tenía la intención de proseguir sus actividades. Su comportamiento, por lo demás irreprochable, no podría influir sobre la sentencia del Tribunal.

314. El Tribunal Federal Administrativo no concedió ningún tipo de asignación financiera a Peter, en consideración a que el ingreso que percibía su esposa era superior a la asignación más elevada que hubiera podido concedérsele. Para un examen más detallado de esta sentencia, véase el capítulo 5, párrafo 224.

315. En los comentarios que la DPG formuló ante la Comisión se señalaba que el único motivo del despido de Peter era su calidad de militante del DKP; ni en su trabajo ni fuera del mismo había participado en actividades hostiles a la Constitución.

316. Wolfgang Repp. Repp trabaja como cartero en Francfort del Meno, Hesse. Desde 1965 ha prestado servicio en la Administración Federal de Correos. En 1972 fue ascendido a la categoría de empleado superior de correos y en 1977 fue designado funcionario permanente.

317. En el fallo de 1984 del Tribunal Federal Disciplinario el trabajo de Repp se clasifica como "bueno"; también se indicaba en el mismo que no participaba en actividades políticas durante el trabajo. En marzo de 1982, la dirección de la Administración de Correos de Francfort le designó miembro de un comité examinador. Repp es miembro activo de la DPG, así como del comité de personal de la Administración de Correos 1, Francfort.

318. En abril de 1975 Repp fue interrogado por vez primera acerca de su afiliación al DKP y de su presentación como candidato por dicho partido en las elecciones locales de 1972 y 1974. En junio de 1976 se le informó que el Ministerio Federal de Correos y Telecomunicaciones había decidido que, debido a sus actividades para del DKP y sus organizaciones más combativas, no podía esperar que se le nombrase funcionario permanente en 1977; al contrario, sería despedido, a menos que para entonces no estuviese en condiciones de disipar las dudas acerca de su fidelidad a la Constitución. No obstante, tras las protestas formuladas por los compañeros del interesado y por la opinión pública, Repp fue nombrado funcionario permanente en junio de 1977.

319. En junio de 1978, la Administración Federal de Correos sugirió que, para evitar que se le incoase un procedimiento disciplinario, Repp abandonase sus funciones en el DKP, y sus actividades en favor del mismo; pero el interesado se negó a apartarse del DKP. En junio de 1979 se iniciaron las investigaciones preliminares contra Repp, en quien recaían sospechas de haber faltado a la obligación de fidelidad debido a su afiliación al DKP, a sus actividades en dicho partido desde 1972, y a su negativa a renunciar las mismas - pese a que se le había aconsejado hacerlo -, a su presentación como candidato por el DKP en las elecciones de 1978 a la Dieta del Land y a su calidad de miembro del comité de la sección de Hessen del DKP.

320. En 1981 se informó a Repp que si presentaba su renuncia a la condición de funcionario, el Ministerio Federal de Correos y Telecomunicaciones estaría dispuesto a emplearlo como obrero, pero rechazó la oferta, alegando que si aceptaba quebrantaría sus propios derechos constitucionales. En mayo de 1982 se le preguntó si, tras conocer la sentencia pronunciada por el Tribunal Federal Administrativo el 29 de octubre de 1981 sobre el caso Peter, estaría dispuesto a poner término a sus actividades en favor del DKP.

321. En 1983, el Ministro Federal de Correos y Telecomunicaciones incoó un procedimiento contra Repp ante el Tribunal Federal Disciplinario. En marzo de 1984, este tribunal rechazó la queja, estimando que la designación de Repp como funcionario permanente pese a sus actividades en el DKP había sido una "decisión deliberada, definitiva e incondicional" del Ministerio Federal de Correos y Telecomunicaciones y, por ende, una decisión que no daba lugar a un despido. En julio de 1984, el Tribunal Federal Administrativo anuló esta decisión, resolviendo que la queja presentada contra Repp era admisible y debía sustanciarse ante el Tribunal Federal Disciplinario.

322. En septiembre de 1984, el Ministro Federal de Correos y Telecomunicaciones decidió suspender a Repp, reduciendo su salario en un 25 por ciento. En noviembre de 1984, el Tribunal Federal Disciplinario anuló esta decisión alegando razones de procedimiento. La Administración de Correos no le permitió reincorporarse al trabajo porque el Fiscal Federal Disciplinario había apelado contra el fallo del Tribunal. En diciembre de 1984, el Tribunal Federal Disciplinario ordenó a la Administración de Correos su reincorporación al trabajo, hasta tanto el Tribunal Federal Administrativo no se pronunciase sobre el recurso interpuesto por el fiscal. En enero de 1985, el Tribunal Federal Administrativo revocó este fallo del Tribunal Federal Disciplinario, quedando de este modo confirmadas tanto la suspensión de Repp como la reducción de su salario.

- 323.** Respecto a la sustancia del caso, en junio de 1985 el Tribunal Federal Disciplinario resolvió en favor de Repp, fundamentando que su afiliación al DKP y sus actividades para dicho partido no constituían una falta disciplinaria. En el capítulo 5, párrafo 232, se recogen más detalles de esta sentencia. El Fiscal Federal Disciplinario ha apelado contra la sentencia.
- 324.** Las protestas por el caso Repp comenzaron en 1976. Estaban dirigidas contra la intención del Ministerio de no nombrarle funcionario permanente; unas 10 000 firmas apoyaban estas protestas, entre ellas la del Presidente de la DGB, H.O. Vetter, y la del Presidente de la DPG de Hesse. En agosto de 1978, el comité de la sección de Francfort de la DPG se dirigió por escrito al Presidente del grupo del SPD de la Dieta Federal, expresando su desaprobación por la medida adoptada por el Ministro Federal de Correos y Telecomunicaciones y confiando en que el grupo del SPD, que apoyaba al Gobierno, intervendría para que Repp pudiese conservar su puesto de trabajo. En octubre de 1984, la conferencia de la sección de Hesse de la DPG protestó contra la suspensión de varios funcionarios postales, uno de los cuales era Repp, exigiéndose la anulación de dichas suspensiones y el sobreseimiento del procedimiento disciplinario. En octubre de 1984, la Dieta de Hesse adoptó una moción en la que se criticaba la decisión del Ministerio Federal de suspender a Repp (así como a Herbert Bastian y Axel Brück) y se pedía la anulación de la misma.
- 325.** Uwe Scheer. Scheer ha trabajado desde 1963 en los servicios administrativos de la Administración Federal de Finanzas. En noviembre de 1967 fue designado funcionario permanente. En julio de 1971 fue ascendido al cargo de oficial mayor de aduanas. Trabajó en Hamburgo, inicialmente en un despacho de aduanas fronterizo, luego en una oficina de aduanas interna y, finalmente, en el departamento de contabilidad. En el último informe de servicio (1983), el trabajo de Scheer se calificaba de excelente, estimándosele merecedor de un nuevo ascenso.
- 326.** En 1965, Scheer pasó a ser delegado de la Gewerkschaft Öffentliche Dienste, Transport und Verkehr (OTV) en el centro de trabajo, y hasta 1978 fue miembro del comité de personal del departamento de la OTV en la Administración Federal de Finanzas. Fue elegido miembro del comité de personal en los centros donde trabajó y del comité municipal del personal de la Administración Federal de Finanzas de Hamburgo.
- 327.** En mayo de 1983, la Administración Federal de Finanzas informó a Scheer que se había abierto una investigación acerca de su candidatura en las listas del DKP para las elecciones municipales de Hamburgo-Wandsbek en 1978 y 1982 respectivamente. Se le pidió que se desvinculara del DKP. El procedimiento disciplinario se incoó en agosto de 1983. El consejo de personal del distrito, en el que tiene mayoría la Deutscher Beamtenbund (DBB), aprobó que se incoara el procedimiento, a condición de que Scheer no fuese suspendido de empleo y de que no se redujese su salario. En febrero de 1985, el Fiscal Federal Disciplinario incoó un procedimiento ante el Tribunal Federal Disciplinario, acusando a Scheer de haber quebrantado repetidamente su obligación de fidelidad política debido a su afiliación a un partido hostil a la Constitución (el DKP) y a su participación en las actividades de dicho partido; al respecto se alegó su presentación en reiteradas oportunidades como candidato por el DKP y su presunta afiliación a dicho partido. Scheer se negó a confirmar si era miembro del DKP, por considerar que esta pregunta era inadmisibile. En abril de 1986 no se había fijado aún la fecha de la audiencia ante el Tribunal.
- 328.** En mayo de 1985, la Administración Federal de Finanzas suspendió a Scheer, redujo su salario en un 20 por ciento, canceló su paga de vacaciones y su gratificación por el "decimotercer" mes, y le privó de un escalón superior. Según Scheer, estas medidas significaron la pérdida de unos 7 000 marcos en sus ingresos anuales de 1985. El comité del personal protestó contra la suspensión de Scheer que, sin embargo, fue confirmada por el Tribunal Federal Disciplinario.
- 329.** En un escrito enviado a la Comisión, Scheer indicaba que su participación en las elecciones como candidato por el DKP había aparecido en el boletín oficial y que, a la sazón, ningún jefe ni ninguna autoridad le habían hecho ver que tal actitud era inadmisibile. Las medidas se adoptaron sólo después de transcurridos cinco años desde la presentación por vez primera como candidato, y un año después de hacerlo por segunda y tercera vez. En opinión de Scheer, el ejercicio del derecho de presentarse a las elecciones no podía constituir un incumplimiento del deber.
- 330.** La OTV está prestando asesoramiento legal a Scheer. Entre las personas y las organizaciones que le apoyan figuran las secciones de Hamburgo de la Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft, la Gewerkschaft Druck und Papier y la Gewerkschaft Handel, Banken und Versicherungen, el grupo del SPD del Ayuntamiento de Hamburgo-Wandsbek, la sección de Hamburgo-Steilshoop del SPD, el miembro de la Dieta Federal por Hamburgo-Wandsbek y el Sr. Hans-Ulrich Klose, que fue alcalde de

Hamburgo. Un grupo de ciudadanos de Hamburgo, que sufrieron las consecuencias de las "interdicciones profesionales" durante la época en que las mismas estuvieron vigentes en Hamburgo, hicieron una declaración en apoyo de Scheer en la que subrayaban que, gracias a las pruebas de solidaridad que habían recibido, el Gobierno de Hamburgo había puesto fin en 1979 a dicha práctica y había rehabilitado a las personas afectadas por la misma.

Baden-Wurtemberg

331. Gerlinde Fronemann. En septiembre de 1971, Fronemann fue nombrada funcionaria en período de prueba en el servicio escolar de Baden-Wurtemberg. Fronemann, que es maestra de educación especial, enseña actualmente en una escuela de logoterapia.

332. En septiembre de 1977, Fronemann debió declarar ante las autoridades educativas (Oberschulamts de Karlsruhe), las cuales, debido a su presunta afiliación al DKP y a sus actividades para dicho partido, ordenaron su despido sin preaviso en el mes de noviembre. Se le acusaba de haber sido miembro del DKP, al menos entre 1975 y 1977, de haber visitado la República Democrática Alemana como integrante de una delegación del DKP, de haber participado en varias reuniones de dicho partido, de haber sido elegida miembro del comité y de haber estado encargada del periódico del DKP de un distrito de la ciudad de Karlsruhe. Fronemann se negó a responder a tales alegatos.

333. En un escrito enviado a la Comisión, Fronemann indicaba que su despido no se había efectuado finalmente gracias a las numerosas protestas formuladas por los padres, compañeros de trabajo, directores de escuela, sindicatos y parlamentarios de la Dieta Federal y de la de Baden-Wurtemberg.

334. Al rechazar su recurso administrativo, las autoridades educativas agregaron, a modo de nuevo alegato, que Fronemann había sido coautora de un panfleto titulado "¡Basta de interdicciones profesionales!". En enero de 1980, el Tribunal Administrativo de Karlsruhe rechazó su recurso de apelación manifestando que las numerosas declaraciones formuladas por Fronemann acerca de su respeto a la Constitución, que había reiterado en su declaración ante el tribunal, no eran prueba suficiente de su fidelidad a la misma. En noviembre de 1981, el Tribunal Administrativo de Baden-Wurtemberg rechazó el recurso de Fronemann, estimando que al aceptar un puesto en el partido y ser redactora del periódico del DKP, Fronemann se había identificado con el programa del partido. Sus demás actividades, es decir, su visita a la RDA y su participación en las reuniones del DKP, si bien no podían considerarse por separado como un incumplimiento del deber, consideradas en conjunto, servían, sin embargo, para acabar de perfilar la evaluación jurídica del comportamiento de Fronemann. El tribunal estimó que no era necesario insistir en el alegato de que Fronemann había sido uno de los autores del panfleto contra las interdicciones profesionales. Como Fronemann había faltado a su obligación de fidelidad a la Constitución, deber esencial de todo funcionario, no existía razón alguna para considerar la posibilidad de mantenerla en funciones, ni siquiera teniéndose en cuenta su excelente aptitud y rendimiento profesionales ni por el hecho de que no se había formulado ninguna reserva respecto a su labor docente.

335. En mayo de 1985, el Tribunal Federal Administrativo revocó las sentencias de los tribunales inferiores y dejó sin efecto el despido de Fronemann, basando su fallo en que las autoridades educativas no habían cumplido con el requisito estipulado en la ley de representación del personal de consultar al comité de personal competente antes de decidir el despido de una persona sin preaviso.

336. En mayo de 1985, una vez conocido el fallo del Tribunal Federal Administrativo, miembros del FDP, de los "verdes" y del SPD de la Dieta de Baden-Wurtemberg presentaron una moción en la que solicitaban al Gobierno del Land que nombrase a Fronemann funcionaria permanente y que no se incoase un nuevo procedimiento contra de ella. Con objeto de respaldar esta moción se indicó que el fallo del Tribunal Federal Administrativo había anulado el despido sin preaviso y que a lo largo de sus 14 años de servicio en la enseñanza, Fronemann no había merecido sino evaluaciones positivas por parte de padres de alumnos, compañeros de trabajo, profesores y directores escolares. En junio de 1985, el Ministerio de Educación y Deportes respondió que no estaría en condiciones de decidir acerca de la continuación del caso hasta tanto no tuviese conocimiento de las razones que habían motivado la sentencia del Tribunal Federal Administrativo. Según añadió, la antigüedad en el servicio no podía ser una razón decisiva para determinar la obligación de fidelidad a la Constitución de un profesor. Además, en las sentencias pronunciadas en los últimos años por los tribunales se había establecido que el quebrantamiento de la obligación de fidelidad tenía por lo general efectos jurídicos tan graves que, en última instancia, la estima

que los padres de alumnos, compañeros de trabajo, profesores y directores escolares pudieran tener hacia la maestra no podía tomarse en consideración.

337. En un escrito presentado a la comisión, Fronemann indicaba que la moción anteriormente mencionada había sido sometida al comité permanente de la Dieta; sin embargo, en este caso no se adoptó una decisión final, porque el representante del Gobierno del Land manifestó el deseo de mantener previamente una conversación con ella. Se aseguró al comité que esta conversación no significaría el inicio de un nuevo procedimiento en contra de Fronemann. No obstante, en noviembre de 1985 el Ministerio de Educación y Deportes no emplazó a Fronemann para que participase en una discusión, sino para que respondiese a un interrogatorio acerca de la información enviada por el Ministerio del Interior sobre su participación en dos reuniones del DKP, celebradas en 1984 y 1985. En una carta de 20 de marzo de 1986, el abogado de Fronemann declaró que, aparentemente, la administración tenía aún la intención de despedirla, a pesar de sus 15 años de dedicación a la enseñanza en Baden-Wurtemberg. Parece como si este nuevo despido se basase únicamente en el hecho de que Fronemann no estaba dispuesta a hacer una declaración por la que rompiese inequívocamente con el DKP. El jefe del Departamento Jurídico del Ministerio de Educación y Deportes de Baden-Wurtemberg declaró que él mismo había interrogado a Fronemann, quien se había negado a responder, amparándose en su buen historial docente. La decisión se tomaría una vez examinada la nueva información solicitada al Ministerio del Interior (Nota 141).

338. Klaus Lipps. Lipps trabaja desde 1969 como profesor de francés, matemáticas y deportes en centros de enseñanza secundaria de Baden-Wurtemberg. En abril de 1971 fue nombrado profesor auxiliar (Studienassessor), en calidad de funcionario en período de prueba. A juicio de las autoridades educativas (Oberschulamt Karlsruhe), su comportamiento profesional es irreprochable y su conducta correcta. Lipps es miembro del DKP desde 1971.

339. Tras ser interrogado en diciembre de 1974 y en marzo de 1975, Lipps fue despedido sin preaviso en mayo de 1975. El recurso administrativo que interpuso fue denegado en agosto de 1975; en octubre del mismo año, el Tribunal Administrativo de Karlsruhe ordenó su reincorporación provisional. En noviembre de 1976, el mismo tribunal anuló el despido. En mayo de 1977, el Tribunal Administrativo de Baden-Wurtemberg rechazó el recurso de apelación interpuesto por el Gobierno del Land, negando asimismo la autorización de apelar. El tribunal consideró que, si bien estaba satisfecho el requisito objetivo del incumplimiento de la obligación, no lo estaba el requisito subjetivo, esto es, el conocimiento de estar cometiendo un incumplimiento del deber, pues antes de pronunciarse el fallo del Tribunal Federal Constitucional en mayo de 1975, Lipps hubiese podido suponer que no estaba faltando a su deber al pertenecer a un partido que no había sido declarado inconstitucional.

340. A solicitud del Ministro de Educación y Deportes del Land, las autoridades educativas despidieron nuevamente a Lipps en noviembre de 1977, previo aviso. En abril de 1979, este Ministerio rechazó el recurso administrativo que interpuso el encausado. En septiembre de 1982, el Tribunal Administrativo de Karlsruhe anuló el despido, aduciendo que las autoridades educativas habían supuesto que el simple hecho de afiliarse al DKP y de seguir siendo miembro de dicho partido constituía una violación de la obligación de fidelidad al orden fundamental, libre y democrático; no existían pruebas de que Lipps hubiese desempeñado funciones en el DKP ni de que se hubiese presentado como candidato para ocupar un cargo en dicho partido o en representación del mismo. En los casos fallados hasta entonces por los tribunales contra funcionarios, estos últimos habían tenido una actuación incomparablemente más activa en el partido. El Gobierno del Land interpuso un recurso de apelación contra este fallo ante el Tribunal Administrativo de Baden-Wurtemberg. En septiembre de 1985, el tribunal rechazó el recurso y se negó a autorizar una nueva apelación. En mayo de 1986, el Tribunal Federal Administrativo rechazó el recurso interpuesto por el Gobierno del Land contra la negativa de la autorización de apelar.

341. La carrera profesional de Lipps se ha visto interrumpida desde 1974 debido al procedimiento judicial, esto es, no ha podido pasar de la categoría de "Studienassessor" y de funcionario en período de prueba. En un escrito de fecha 4 de julio de 1985 expresó que durante más de diez años había tenido que vivir y trabajar bajo la constante amenaza de ser expulsado de su puesto. En una carta de 12 de enero de 1986 agregó que incluso teniendo cinco sentencias judiciales a su favor, el Gobierno del Land no estaba dispuesto a dejarles en paz ni a él ni a su familia, pues seguía tratando por todos los medios de impedirle el ejercicio de su profesión.

342. En una reunión de la sección de Baden-Wurtemberg del GEW celebrada en junio de 1983 se solicitó al Ministro de

Educación que renunciase al recurso de apelación interpuesto contra la sentencia pronunciada en 1982 por el Tribunal Administrativo de Karlsruhe. En noviembre de 1985, en la reunión del Land del grupo técnico que agrupa a los establecimientos de enseñanza secundaria de la sección de Baden-Wurtemberg del GEW, se requirió al Gobierno del Land que pusiese término a los casi doce años de "persecución de Lipps"; y que dejase sin efecto el recurso de apelación entablado ante el Tribunal Federal Administrativo; también se pidió en la reunión que se nombrase a Lipps funcionario permanente. Más de 450 personas firmaron una declaración de apoyo a Lipps, que apareció como publicidad en las páginas del Badisches Tagblatt, en septiembre de 1985.

343. En abril de 1986, al declarar ante la Comisión, el jefe del Departamento Jurídico del Ministerio de Educación y Deportes de Baden-Wurtemberg declaró que el Gobierno del Land no tenía la intención de "perseguir" a Lipps, sino que deseaba que la máxima instancia judicial administrativa de la República Federal se pronunciase acerca de la cuestión, aún sin resolver, de qué nivel de actividad a favor de una organización hostil a la Constitución ha de darse, más allá de la simple afiliación, para que constituya un incumplimiento de la obligación de fidelidad a la Constitución que justifique el despido (Nota 142). En agosto de 1986, se informó a la Comisión que el Ministerio de Educación y Deportes se pronunciaría sobre este caso tras de analizar la información que había solicitado al respecto al Ministerio de Interior y escuchar a Lipps.

Baviera

344. Gerhard Bitterwolf. Bitterwolf, que en 1977 fue elegido miembro del comité federal de la Union Alemana por la Paz (Deutsche Friedensunion - DFU) y presidente de la sección bávara del DFU, finalizó su formación como profesor en 1978. Durante su período de prácticas enseñó diversas materias en establecimientos de enseñanza primaria y secundaria. Al declarar ante la Comisión, Bitterwolf señaló que las autoridades bávaras habían decidido previamente negarle la entrada al período de prácticas debido a su afiliación al Sozialistischer Hochschulbund (SHB), decisión que, sin embargo, fue anulada por un tribunal administrativo (Nota 143).

345. Tras solicitar su admisión en el servicio y su nombramiento como funcionario en período de prueba, Bitterwolf fue interrogado por la administración del distrito de Mittelfranken en noviembre de 1978. La administración rechazó su solicitud y su recurso administrativo contra tal decisión, señalando que el DFU era una organización que estaba bajo la influencia del DKP, y podía dudarse de que toda persona que ocupase una situación destacada en una organización de ideología próxima al DKP y que cooperaba y tenía objetivos comunes con dicho partido, estuviera dispuesta a actuar en todo momento a favor del orden fundamental, libre y democrático, de las constituciones de la República Federal y de Baviera. La administración también hizo notar que Bitterwolf había participado activamente en las campañas del DFU contra el anticomunismo y las llamadas interdicciones profesionales (Berufsverbote). El hecho de que Bitterwolf hubiese demostrado su capacidad profesional en el período de prácticas y se hubiese abstenido de formular declaraciones políticas en su trabajo no era pertinente.

346. En 1983, el Tribunal Administrativo de Ansbach aceptó el recurso presentado por Bitterwolf contra la denegación de su solicitud por parte de la administración. El Gobierno de Baviera interpuso un recurso de apelación contra esta sentencia ante el Tribunal Administrativo del Land. Al declarar ante la Comisión, Bitterwolf manifestó que se habían producido modificaciones en los supuestos alegatos presentados en su contra, pues ya no se referían fundamentalmente a sus actividades en el DFU, sino más bien a la actitud que había adoptado frente a la "sentencia Peter" pronunciada el 29 de octubre de 1981 por el Tribunal Federal Administrativo. Al solicitarle la Administración que se manifestase al respecto, Bitterwolf había criticado la sentencia. Agregó que el Gobierno de Baviera había aplicado este método en otros casos (Nota 144).

347. En noviembre de 1985, el Tribunal Administrativo de Baviera revocó la sentencia pronunciada por el Tribunal Administrativo de Ansbach, denegando a Bitterwolf la autorización para presentar un recurso de apelación. El tribunal señaló que después de haber escuchado a Bitterwolf, en marzo de 1985, la Administración del distrito de Mittelfranken había vuelto a rechazar su solicitud de que se le nombrase funcionario en período de prueba en calidad de maestro de enseñanza primaria. La administración fundamentó su decisión en la falta de fidelidad a la Constitución demostrada por Bitterwolf, en sus respuestas a las preguntas formuladas por la administración sobre su actitud respecto de los principios básicos del orden fundamental, libre y democrático, y en su negativa a apartarse de los objetivos del DKP, así como en su carácter poco idóneo, ya que había sido condenado por insultar al Primer Ministro de Baviera. Según el Tribunal, los candidatos a funcionarios en período de prueba no podían reivindicar su derecho a ser nombrados; los nombramientos eran competencia exclusiva de la administración, y los

tribunales administrativos sólo tenían poderes de revisión limitados. El tribunal resolvió que, pese a que la condena de Bitterwolf no bastaba para menoscabar su competencia, sí se justificaban las dudas acerca de su fidelidad a la Constitución. Ya en 1978 la administración del distrito había encontrado razones válidas para interrogar a Bitterwolf acerca de su actitud respecto al orden fundamental, libre y democrático, pues desde hacía varios años era miembro del DFU y ocupaba un cargo importante en dicho partido. En opinión de los diversos gobiernos federales que se habían sucedido en el poder, el DFU se hallaba bajo la influencia del DKP. No obstante, el tribunal señaló la existencia de una declaración en el informe de 1978 de la Oficina para la Protección de la Constitución, en el sentido de que no debe asociarse forzosamente a todos los miembros activos de organizaciones como el DFU con el comunismo. En atención a tales consideraciones, la administración del distrito tuvo que dar a Bitterwolf la oportunidad de manifestar su opinión acerca del orden fundamental, libre y democrático. A tal fin, la administración elaboró un cuestionario, y su opinión de que las respuestas dadas por Bitterwolf no cumplían los requisitos de un compromiso con el orden fundamental, libre y democrático, no podía criticarse.

348. El tribunal hizo notar que, como entre los requisitos que debían cumplirse para respetar el orden fundamental, libre y democrático, figuraba la necesidad de apartarse de los fines contrarios y de las organizaciones que persiguen tales fines, no podían criticarse las preguntas formuladas por la administración sobre las razones que habían motivado el fallo del Tribunal Federal Administrativo en el caso Peter. Bitterwolf podía haber respondido a la sustancia de las preguntas incluso si, por cualesquiera otras razones, hubiese querido criticar la sentencia Peter. Según el Tribunal, la solicitud de Bitterwolf no había sido denegada debido a sus actividades en el DFU, pues no bastaban para probar por sí solas, una afinidad personal con el comunismo.

349. En julio de 1986, el Tribunal Federal Administrativo rechazó el recurso presentado por Bitterwolf contra la denegación de su autorización de apelar, y recordó que, según la jurisprudencia, los tribunales no estaban autorizados a decidir por sí mismos si los solicitantes cumplían con su obligación de fidelidad a la Constitución ni a sustituir una decisión administrativa por otra suya.

350. En una declaración que hizo al ver rechazado su recurso administrativo por la Administración del distrito de Mittelfranken, Bitterwolf manifestó que la dirección y el consejo de padres de la escuela en la que había realizado su período de prácticas estaban tan satisfechos con su labor que le habían solicitado que continuase enseñando esa clase hasta el examen final; todos los alumnos de la clase y sus padres habían firmado una petición por la que solicitaban a la administración del distrito que lo mantuviese en el puesto; sus colegas habían dado pruebas de la confianza que Bitterwolf les merecía al elegirlo portavoz del grupo por unanimidad. En 1979, tras el rechazo del recurso administrativo, Bitterwolf recibió declaraciones de apoyo de diversas personas, en su mayoría personal docente. Horst Ehmke, presidente adjunto del Grupo del SPD de la Dieta Federal, declaró que el procedimiento no concordaba con la actitud del SPD respecto de la obligación de fidelidad a la Constitución en el servicio público. Al declarar ante la Comisión, Bitterwolf manifestó que había seguido recibiendo grandes muestras de apoyo tanto a nivel nacional como internacional, incluso por parte de los partidos socialdemócratas de Dinamarca y los Países Bajos, así como de 150 miembros del Parlamento Europeo (Nota 145).

351. En un escrito de 11 de julio de 1985, Bitterwolf hacía referencia a las repercusiones del procedimiento en su empleo. A pesar de que el tribunal de primera instancia había fallado en su favor, durante siete años no había podido desempeñar la profesión para la que se había capacitado. Al declarar ante la Comisión, subrayó que se le habían dado garantías de que las acusaciones formuladas en su contra no constituirían un impedimento para su empleo en Hesse y en el Sarre (Nota 146). En agosto de 1986, Bitterwolf informó a la Comisión que había sido nombrado maestro en Hesse.

352. Charlotte Niess-Mache. Después de haber trabajado durante cerca de cuatro años como funcionaria revocable en el período de prácticas de la función pública de Baviera, en abril de 1975 Charlotte Niess-Mache presentó una solicitud ante el Ministerio de Justicia de Baviera para que la nombraran juez en período de prueba.

353. Durante el período de prácticas, Niess-Mache se afilió a la Asociación de Juristas Demócratas (VDJ). También era miembro del SPD y del Gewerkschaft Öffentliche Dienste, Transport und Verkehr (OTV) y había participado en las actividades de la Asociación de Juristas Socialdemócratas (ASJ).

354. En mayo de 1975, le comunicaron a Niess-Mache que recibiría su nombramiento. Pero con posterioridad se le informó

que aún no se había recibido la información requerida de la Oficina para la Protección de la Constitución.

355. En septiembre de 1975, el Ministerio de Justicia denegó su solicitud, pues consideró que, debido a su identificación con la VDJ, no ofrecía garantías de que actuaría en todo momento a favor del orden fundamental, libre y democrático. El Ministerio señaló que, de conformidad con la evaluación efectuada por el Ministro Federal del Interior, la VDJ era una organización comunista auxiliar, que había sido creada por grupos radicales de izquierda y que estaba bajo la influencia de los mismos, principalmente del DKP; las actividades de la VDJ no venían determinadas por el orden fundamental, libre y democrático. Todo esto se desprendía de la composición del comité federal de la VDJ, de las disposiciones contenidas en sus estatutos y de otras pruebas más, entre las cuales figuraba un informe de la Asociación Internacional de Juristas Demócratas sobre las interdicciones profesionales contra comunistas, socialdemócratas y otros demócratas de la República Federal, así como la contribución de la VDJ a dicho informe. Como quiera que Niess-Mache era miembro del comité federal de la VDJ, era de suponer que se identificaba plenamente con los objetivos y declaraciones de dicha asociación. Fue uno de los firmantes de la invitación a la reunión inaugural del grupo regional de la VDJ celebrada en Munich. En el transcurso de las audiencias no se había desolidarizado de la VDJ, sino que, al contrario, la había defendido.

356. Tras la denegación de su recurso administrativo, Niess-Mache apeló ante el Tribunal Administrativo de Munich. En el transcurso del procedimiento, Niess-Mache declaró que ningún partido político ejercía influencia en la VDJ y que ella misma se habría desvinculado de cualquier influencia de este tipo. Había optado por afiliarse a la VDJ únicamente cuando vio que en la reunión regional inaugural, celebrada en Munich, se aceptaba la Constitución como base para la acción del grupo regional. Los objetivos de la declaración adoptada en la reunión regional eran similares a los de los programas del SPD y de la DGB. Niess-Mache recalcó la autonomía de los grupos regionales de la VDJ. Participaba en la VDJ como miembro social demócrata y no podía responsabilizarse de las opiniones políticas de otros miembros de la asociación. Las actividades de la VDJ se limitaban a la expresión de opiniones, tanto verbalmente como por escrito. Los abogados de Niess-Mache presentaron una declaración ante el Tribunal Administrativo de Munich en la que indicaban que no se había realizado ninguna evaluación de su personalidad, ni tampoco se había presentado ninguna declaración formulada por la propia interesada en la que se pusiera en duda su fidelidad a la Constitución. Se remitieron asimismo a la declaración formulada por el Ministro Federal del Interior al Consejo Federal, según la cual del hecho de que una asociación como la VDJ o el SHB (Sozialistischer Hochschulbund) contase entre sus miembros con algunos comunistas no cabía inferir que la organización en cuanto tal persiguiese fines hostiles a la Constitución, ni tampoco que todos los miembros de la asociación dejasen de ofrecer garantías de fidelidad a la Constitución.

357. En octubre de 1976, Niess-Mache informó al Tribunal Administrativo de Munich que el Ministerio de Alimentación, Agricultura y Bosques de Renania Septentrional-Westfalia la había nombrado funcionaria en período de prueba, pero que no obstante deseaba que el procedimiento siguiese su curso.

358. En octubre de 1976, el Tribunal Administrativo de Munich anuló la decisión del Ministerio de Justicia y le ordenó que designase a Niess-Mache juez en período de prueba, aduciendo que las dudas abrigadas en cuanto a su fidelidad a la Constitución carecían de fundamento. El tribunal declaró que, basándose en la información disponible, no podía deducirse con la debida certeza que la VDJ persiguiese fines hostiles a la Constitución. El Ministerio de Justicia debería haber examinado los fines perseguidos por la propia VDJ, pero en lugar de ello había deducido erróneamente que sus fines eran hostiles a la Constitución porque el DKP, que perseguía tales fines, controlaba a la VDJ. Incluso suponiendo que la VDJ persiguiese fines hostiles a la Constitución, las dudas del Ministerio acerca de Niess-Mache hubiesen carecido de todos modos de fundamento jurídico. Si, tal como se exige, se hubieran tomado cuidadosamente en cuenta las circunstancias del caso individual, su afiliación a la VDJ no habría sido motivo de mucha preocupación. El Ministerio había centrado su evaluación no tanto en toda la personalidad de la interesada, como en un aspecto de la misma, esto es, su participación activa en la VDJ. No existía ningún indicio en el comportamiento de Niess-Mache que permitiese pensar que había abrazado objetivos de la VDJ que eran posiblemente contrarios a la Constitución. Niess-Mache manifestó, por ejemplo, que no había apoyado algunas de las observaciones formuladas por el presidente de la VDJ en su discurso, el cual había sido un elemento importante en las acusaciones hechas por el Ministerio en su contra y, en realidad, había dado lugar a extensos debates y controversias en el seno de la VDJ.

359. En noviembre de 1977, el Tribunal Administrativo de Baviera, revocando la sentencia del Tribunal Administrativo de Munich, confirmó la negativa del Ministerio de Justicia de designar a Niess-Mache juez en período de prueba, así como los

motivos en que se había fundado el Ministerio para esta negativa. El tribunal declaró que el examen judicial del rechazo de un candidato por parte de una administración se limitaba a verificar que ésta no hubiese basado su decisión en datos erróneos, que no hubiese interpretado mal la norma aplicable o los límites de su discreción según se hallaban recogidos en el derecho de la función pública y en la Constitución, o que no hubiese hecho pesar consideraciones arbitrarias. Un tribunal no podía sustituir por su evaluación propia la evaluación de una administración; por regla general, no podía obligar a una administración a que admitiese en el servicio público a un querellante. En el caso de Niess-Mache, no existían razones para ordenar a la administración que reconsiderase su decisión. La VDJ no actuó basándose en el orden fundamental, libre y democrático, pues como había sido fundado por iniciativa del DKP y se encontraba, por ende, bajo su influencia, no podía adoptar decisiones importantes contra la voluntad expresa del partido. Habida cuenta de las críticas formuladas por Niess-Mache acerca de algunas de las actividades desarrolladas por la VDJ y su seguridad de que tenía suficiente confianza en sí misma para defender sus propias opiniones y no convertirse en instrumento de los comunistas, el tribunal hizo notar que debería por lo menos estar dispuesta a considerar si, en su calidad de miembro de un partido que integraba el Gobierno de la República Federal, seguiría contribuyendo a mantener la apariencia de independencia de la VDJ. El tribunal denegó a Niess-Mache la autorización de apelar.

360. En su declaración ante la Comisión, Niess-Mache expresó que había estado sin empleo durante bastante tiempo y que como se la consideraba "una extremista", los bufetes no querían emplearla. Confirmó que el Gobierno de Renania Septentrional-Westfalia la había contratado en 1976 y pocos años más tarde la había nombrado funcionaria permanente (Nota 147).

361. Después de refrendar el Tribunal Administrativo de Baviera la decisión adoptada por el Gobierno de Baviera de rechazar su solicitud, el grupo del CDU de la Dieta de Renania Septentrional-Westfalia interrogó al Ministro que empleaba a Niess-Mache acerca de su empleo futuro en el servicio público de Renania Septentrional-Westfalia. El Ministro respondió que en la sentencia pronunciada por el Tribunal Administrativo de Baviera se recogían 13 largas citas tomadas de declaraciones formuladas por miembros de la VDJ, pero que no había ninguna cita tomada de una declaración de la propia Niess-Mache.

362. En respuesta a una pregunta formulada por la Comisión, el Jefe del Departamento del Personal del Ministerio de Finanzas de Baviera señaló que en la época en que Niess-Mache presentó su solicitud en Baviera no se la habría considerado apta para ocupar un cargo como el que desempeñaba en ese momento en Renania Septentrional-Westfalia (Nota 148).

363. Mientras el caso estaba pendiente en Baviera, Niess-Mache contó con el apoyo del SPD. El grupo del SPD de la Dieta Federal se refirió a la negativa de su designación como algo "intolerable desde el punto de vista político y jurídico". En noviembre de 1975, el presidente del SPD de Baviera meridional envió una carta al Primer Ministro de Baviera en la que señalaba que se estaba perjudicando a un miembro del partido socialdemócrata por participar y promocionar la política socialdemócrata en una organización independiente. Manifestaba asimismo su temor de que el caso pudiera sentar un precedente, y que a partir de entonces se extendiese la discriminación en materia de empleo en el servicio público a los miembros del partido socialdemócrata, sin que se examinasen sus casos particulares, en razón de sus actividades y su apoyo al orden fundamental, libre y democrático en grupos independientes, en los que también participaban miembros del DKP. El comité de la Asociación de Juristas Socialdemócratas de Baviera meridional envió una carta similar al Ministro de Justicia de Baviera.

364. En noviembre de 1975, el Ministro Federal del Interior manifestó ante el Consejo Federal su preocupación por los casos en que se habían rechazado solicitudes de empleo presentadas por miembros del SPD debido a sus candidaturas por el SHB o a su afiliación a la VDJ; existía el peligro de que los medios utilizados para defender un Estado de derecho pudieran infringir por sí mismos el imperio de la ley.

Baja Sajonia

365. Karl-Otto Eckartsberg. Profesor de inglés y de deportes, Eckartsberg ha estado empleado desde 1975 en un establecimiento de enseñanza secundaria de Garbsen, Baja Sajonia. En 1978 fue nombrado funcionario permanente. Según una declaración a la que se hizo referencia en la sentencia pronunciada por el Tribunal Disciplinario de Baja Sajonia, el trabajo de Eckartsberg en la escuela fue evaluado favorablemente, y nada indicaba que hubiese deseado adoctrinar a sus alumnos. En

1980, la administración del distrito de Hannover le nombró director de estudios sociales de la escuela.

366. Eckartsberg estuvo afiliado al SPD entre 1969 y 1979; durante un tiempo fue presidente de las Juventudes Socialistas de la sección de Hannover del SPD. En 1979, Eckartsberg abandonó el SPD y se afilió al DKP. Declaró que la práctica de las "interdicciones profesionales" había influido en su decisión de realizar este cambio.

367. En febrero de 1982, el Ministro del Interior de Baja Sajonia informó al Ministro de Educación que Eckartsberg se había presentado como candidato por el DKP en las elecciones municipales de septiembre de 1981. La administración del distrito de Hannover emprendió una investigación y, en junio de 1982, incoó un procedimiento disciplinario. En septiembre de 1983, la sala de lo disciplinario del Tribunal Administrativo de Hannover le declaró culpable de incumplimiento de la obligación de fidelidad al orden fundamental, libre y democrático, y decretó su despido.

368. En enero de 1984, Eckartsberg apeló ante el Tribunal Disciplinario de Baja Sajonia. Tras dictarse la sentencia del Tribunal Administrativo de Hannover, Eckartsberg fue suspendido, en espera de un fallo judicial definitivo; su salario se redujo en un 40 por ciento, y no se le autorizó a desempeñar ninguna otra actividad remunerada. Los recursos que presentó contra esta suspensión fueron rechazados en diciembre de 1983 por el Tribunal Administrativo de Hannover y, un año más tarde, por el Tribunal Disciplinario de Baja Sajonia.

369. En su sentencia de 29 de junio de 1985 sobre el recurso principal, el Tribunal Disciplinario de Baja Sajonia revocó el fallo del Tribunal Administrativo de Hannover alegando que, a pesar de que su comportamiento constituía un incumplimiento objetivo del deber, Eckartsberg no era culpable. Al presentarse como candidato por el DKP, se había identificado públicamente con el programa de dicho partido. Si aprobaba o no el programa y los objetivos del DKP en general o tan sólo en la medida en que los consideraba constitucionales era algo que carecía de pertinencia. Sin embargo, no podía probarse que Eckartsberg hubiese actuado a sabiendas de que su comportamiento constituía un incumplimiento del deber. El tribunal concedió gran importancia al argumento formulado por Eckartsberg de que, a la vista de la actitud adoptada anteriormente por su empleador, nada le inducía a pensar que su candidatura electoral por el DKP podría acarrearle una acusación de grave incumplimiento del deber; en 1976, el Gobierno del Land declaró que su política no consistía en incoar procedimientos disciplinarios contra funcionarios que se habían presentado como candidatos por el DKP en las elecciones. El Gobierno había evidentemente modificado su práctica como resultado de la sentencia pronunciada por el Tribunal Federal Administrativo en el caso Peter.

370. El Ministerio de Educación de Baja Sajonia no apeló contra la sentencia pronunciada por el Tribunal Disciplinario de Baja Sajonia, y Eckartsberg fue restituido en sus funciones.

371. En noviembre de 1985, el Gobierno del Land emitió una circular sobre la violación de la obligación de fidelidad a la Constitución por parte de los funcionarios que participaban en actividades hostiles a la Constitución y que se presentaban como candidatos de un partido hostil a la misma. En dicha circular se llamaba la atención sobre dos sentencias pronunciadas por el Tribunal Disciplinario de Baja Sajonia, entre ellas la del caso Eckartsberg, para hacer comprender a los funcionarios que el hecho de presentarse como candidato por el DKP en las elecciones constituía una violación de la obligación de fidelidad política de los funcionarios y que, en tales casos, el empleador estaba obligado a emprender una investigación disciplinaria.

372. En julio de 1986, la administración del distrito de Hannover inició un nuevo procedimiento disciplinario contra Eckartsberg. Declaró que, según habían demostrado las investigaciones preliminares, en enero de 1986, éste había sido elegido presidente de la sección de Hannover del DKP y en marzo miembro del consejo del DKP de Baja Sajonia, además de recibir la medalla Ernst Thälmann del DKP por los servicios prestados al partido y sus esfuerzos por combatir las "interdicciones profesionales". Al estar afiliado al DKP, y aceptar un alto cargo en el mismo y una condecoración, era sospechoso de identificarse plenamente con los fines y el programa de un partido cuyos objetivos se consideraban unánimemente hostiles a la Constitución, y de poner su condición de funcionario de Baja Sajonia al servicio de dicho partido. En agosto Eckartsberg fue suspendido, aduciéndose que la gravedad de la falta disciplinaria alegada traería probablemente como consecuencia su despido del servicio. Según un informe de prensa, Eckartsberg manifestó que ni durante el procedimiento que concluyó con su reintegración ni después del mismo se le había impuesto como condición no aceptar un puesto en dicho partido.

373. Eckartsberg está afiliado al GEW. En su congreso federal de 1983, el GEW adoptó una resolución por la que protestaba

contra las "interdicciones profesionales" en Baja Sajonia, en general, y contra la sentencia pronunciada por el Tribunal Administrativo de Hannover en el caso Eckartsberg, en especial. En dicha resolución se exhortaba al Gobierno del Land a poner término a todo procedimiento disciplinario motivado por razones de carácter político, a respetar el principio de que no podía despedirse a nadie del servicio público por ejercer un derecho básico, a rehabilitar y reintegrar a todos los afectados y a poner inmediatamente fin a la vigilancia de las personas que ejercen sus derechos democráticos. En mayo de 1986, la sección de Baja Sajonia del GEW protestó contra la intención de la administración de incoar un nuevo procedimiento contra Eckartsberg; era intolerable que se amenazase a una persona con destruir su vida profesional debido a las actividades legales realizadas para un partido legal. Durante las discusiones del mes de agosto con la Comisión, los representantes del GEW dijeron que el nuevo procedimiento iniciado contra Eckartsberg y otros docentes significaba la intensificación de la práctica en Baja Sajonia; por primera vez, las actividades estrictamente internas de un partido se utilizaban como prueba del quebrantamiento de la obligación de fidelidad.

374. Matthias Schachtschneider. Schachtschneider es un profesor que ha estado al servicio de Baja Sajonia desde 1960. Fue nombrado funcionario permanente en 1964. En 1974 fue nombrado director de una escuela de formación del profesorado de Oldenburg y director del departamento de estudios de alemán de las escuelas de formación del profesorado del Estado.

375. En 1980 el Ministro de Educación de Baja Sajonia le otorgó un certificado en reconocimiento de "veinticinco años de plena dedicación al trabajo". En un informe de servicio realizado en 1982 constaba que Schachtschneider era un profesor consciente y que obtenía buenos resultados, que tenía una actitud irreprochable hacia el trabajo y cuyas convicciones políticas no trascendían ni en los seminarios ni en las clases que impartía.

376. Schachtschneider estuvo afiliado al SPD desde 1966 hasta 1980. Fue elegido concejal del SPD en el ayuntamiento de Oldenburg en 1969, 1972 y 1976, y de 1972 a 1976 fue presidente del grupo del SPD en el ayuntamiento. En 1972 fue objeto de un reconocimiento especial del alcalde de Oldenburg por los servicios prestados a la ciudad en calidad de concejal. En 1981 fue elegido concejal como candidato independiente de la lista del DKP, y llegó a ser presidente adjunto del grupo del DKP en el ayuntamiento. En junio de 1982 se afilió al DKP. Schachtschneider es miembro del GEW.

377. La administración del distrito de Weser-Ems inició investigaciones en abril de 1982. Schachtschneider fue interrogado en abril, mayo y junio de 1983, tras lo que, en diciembre del mismo año, la administración del distrito incoó un procedimiento en su contra ante el Tribunal Administrativo de Oldenburg. Se alegaba que había violado la obligación de fidelidad al orden fundamental, libre y democrático, al presentarse como candidato independiente en la lista electoral del DKP, desarrollar actividades en el grupo del DKP en el ayuntamiento y solicitar su afiliación al DKP. En diciembre de 1985, la administración del distrito formuló nuevas acusaciones, manifestando que a pesar de que Schachtschneider había sido plenamente informado en el curso del procedimiento disciplinario del parecer jurídico de su empleador y del Tribunal Disciplinario de Baja Sajonia (sentencia Eckartsberg), no había visto razones para abandonar el DKP ni su puesto en el grupo del DKP del ayuntamiento. Al ser interrogado nuevamente en septiembre de 1985, Schachtschneider acusó a la administración del distrito de poner continuamente trabas, con el procedimiento disciplinario entablado contra él, a su labor en favor del electorado y al ejercicio legal de su mandato electivo.

378. En junio de 1982, el comité de la sección de Weser-Ems del GEW elevó una protesta ante la administración del distrito por la apertura de investigaciones contra Schachtschneider y otros miembros del GEW que habían figurado como candidatos en las listas electorales del DKP. En el curso de los años, el GEW no ha cesado de protestar contra los procedimientos disciplinarios entablados en Baja Sajonia contra unos 20 profesores, así como contra las medidas disciplinarias adoptadas en su contra. El comité de la sección de Oldenburg de la DGB protestó también contra los procedimientos disciplinarios. En junio de 1985, el comité de personal del distrito de Weser-Ems para el profesorado manifestó ante la administración del distrito su profunda preocupación por los procedimientos entablados contra Schachtschneider y otros diez profesores del distrito que habían figurado en las listas electorales del DKP; hizo un llamamiento a la administración para que sobreseyese los procedimientos y reintegrase a los profesores suspendidos a sus puestos. En 1984, el congreso estatal de Baja Sajonia del SPD adoptó una resolución por la que protestaba contra la intención del Gobierno del Land de despedir a dichos profesores por haberse presentado como candidatos de un partido que era legal.

379. Wolfgang Jung. Jung ha trabajado en el servicio escolar de Renania-Palatinado desde 1960, enseñando matemáticas, alemán, arte, artesanía y disciplinas profesionales. Fue nombrado funcionario permanente en 1965. Desde 1966 ha enseñado en un establecimiento de enseñanza secundaria de Kaiserslautern. Jung ha sido miembro activo del GEW durante bastantes años. Desde 1974 hasta 1975 fue miembro del comité de personal de la administración de las escuelas municipales de Kaiserslautern. Desde 1975 ha sido miembro del comité de personal de su escuela.

380. Se abrió una investigación cuando la administración del distrito de Rheinhessen-Pfalz recibió una denuncia anónima concerniente a Jung y basada en un anuncio de prensa fraguado. En enero de 1982, la administración del distrito emprendió investigaciones preliminares, alegando que Jung estaba afiliado al DKP, partido en el que ocupaba un cargo de responsabilidad. En abril de 1985, la administración del distrito incoó un procedimiento ante el Tribunal Administrativo de Neustadt/Weinstrasse con la finalidad de despedir a Jung, a quien se acusaba de haber violado la obligación de fidelidad a la Constitución al participar en actividades relacionadas con el DKP. En la acusación se indicaba que Jung se había negado a responder a las acusaciones individuales y a la querrela en general.

381. Al iniciarse el procedimiento, el presidente de la administración del distrito solicitó a Jung que devolviese un certificado que se le había entregado unos días antes, en el que la administración del distrito le expresaba su agradecimiento por 25 años de servicios fieles a la comunidad. El presidente manifestó que, por ser Jung miembro activo del DKP, no podían agradecerse los servicios fieles en el sentido amplio del término, esto es, que incluyese su obligación de fidelidad a la Constitución, y que el certificado había sido extendido por error.

382. El Tribunal Administrativo de Neustadt/Weinstrasse concluyó, en su sentencia de 21 de febrero de 1986, que al desempeñar un puesto en el DKP, Jung había incurrido en un incumplimiento del deber. Hacía notar, sin embargo, que había abandonado el cargo hacía dos años, y que desde entonces era posible que no hubiera vuelto a incumplir su deber. El tribunal declaró que durante sus 25 años de servicio, Jung no había abusado en ningún momento de su condición de profesor ni tratado de influir políticamente sobre sus alumnos, y que su afiliación al DKP no se había traslucido ni en sus labores docentes ni en ninguno de sus contactos con alumnos, padres, colegas o superiores. Concluía que no había peligro alguno de que se produjesen cambios en su comportamiento en el futuro y que, por ende, era apto para seguir desempeñando sus funciones. Sin embargo, como Jung había desempeñado anteriormente un cargo en el DKP, y con el fin de asegurar que no asumiría funciones similares en dicho partido, el tribunal decretó que se le aplicase durante tres años una reducción del 15 por ciento en su salario. Según lo manifestado por Jung y su sindicato, el GEW, ello significaría una pérdida de 20 000 marcos. Se informó a la Comisión que Jung había decidido no interponer recurso contra esta sentencia para no exponerse a mayores sanciones (el despido), en caso de que la administración también decidiese apelar.

383. En octubre y noviembre de 1982, las secciones de Renania-Palatinado y Kaiserslautern-Kusel de la DGB pidieron a las autoridades que sobreseyesen el procedimiento entablado contra Jung. En junio de 1985, la conferencia de funcionarios de la sección de Renania-Palatinado de la DGB pidió al Ministerio de Educación del Land y a las administraciones de los distritos que sobreseyesen los procedimientos disciplinarios y anulasen las sanciones impuestas a siete profesores, uno de los cuales era Jung. Entre las distintas declaraciones de protesta y de apoyo formuladas por el GEW figura una carta que el presidente de la sección de Renania-Palatinado del GEW envió a la OIT en diciembre de 1985, en la que se describe a Jung como persona de irreprochable conducta demócrata, sindicalista activo y docente cualificado y respetado. En una carta enviada a la administración del distrito en marzo de 1983, el profesorado de la escuela en la que Jung enseña declaró que su conciencia profesional, sus conocimientos y su voluntad de cooperar con los demás le habían convertido en un colega respetado y apreciado por todos.

384. María Lachmann. Maestra de niños con problemas escolares, Lachmann ha trabajado para el servicio escolar de Renania-Palatinado desde 1964. Fue nombrada funcionaria permanente en 1970. En 1981, la administración del distrito de Coblenza la nombró instructora de maestros en período de práctica. Desde 1984 Lachmann está afiliada a la sección de Bad-Kreuznach del GEW.

385. En noviembre de 1983, el Ministerio de Educación del Land comunicó a la administración del distrito de Coblenza que había recibido una información sobre Lachmann enviada por el Ministerio del Interior del Land, y le pidió que abriese una investigación; si la información se confirmaba, la administración del distrito debería solicitar el despido de Lachmann,

basándose en la sentencia pronunciada por el Tribunal Federal Administrativo en el caso Peter.

386. En febrero de 1984, la administración del distrito de Coblenza informó a Lachmann que, según sus investigaciones, desde 1973 había participado ininterrumpidamente en reuniones internas y públicas del DKP, y que también había sido elegida para ocupar un cargo en la sección de Birkenfeld/Nahe del DKP. El procedimiento disciplinario se inició en abril de 1984. En mayo de ese año, al ser interrogada, Lachmann declaró que, como su esposo estaba afiliado al DKP, ella había asistido en calidad de acompañante a algunas de las reuniones citadas, siempre de carácter público. No había desempeñado ninguna función en un partido político, ni se había presentado como candidata en las elecciones.

387. El presidente del comité de personal de la escuela testimonió en el procedimiento disciplinario que desconocía que Lachmann estuviese afiliada al DKP. Dijo que su colega gozaba de gran estima y respeto y estaba plenamente integrada en la escuela. Lachmann nunca había dado motivos para dudar de su fidelidad a la Constitución. En 1984, Lachmann fue elegida miembro del comité de personal.

388. En su testimonio, el director de la escuela se refirió a Lachmann como una maestra entusiasta y cualificada. Había supervisado sus clases y en ningún momento había tenido motivos para creer que estuviese introduciendo las ideas del DKP a través de ellas. El personal docente elevó una protesta ante el Ministerio de Educación del Land y ante la administración del distrito contra el procedimiento disciplinario. En mayo de 1984, el comité de la sección de Renania-Palatinado del GEW pidió a la administración del distrito que sobreeseyese el procedimiento disciplinario. Se hicieron llamamientos similares a las secciones locales de la DGB y del SPD. El procedimiento se halla aún pendiente de resolución.

Schleswig-Holstein

389. Thomas Bürger. Bürger, maestro en un establecimiento de enseñanza secundaria de Kiel-Friedrichsort, Schleswig-Holstein, es funcionario en período de prueba desde 1979. Es miembro del comité de personal de la escuela.

390. En un escrito de julio de 1985, Bürger, a quien le hubiese correspondido ser nombrado funcionario permanente en 1982, declaró que durante tres años el Gobierno de Schleswig-Holstein había estado tratando de despedirle. Se sospechaba que estaba afiliado al DKP, sospecha basada en una información carente de pruebas suministrada por la Oficina para la Protección de la Constitución de Schleswig-Holstein. Se le pidió que declarase si era miembro del DKP y, en tal caso, que abandonase dicho partido. Bürger se negó a hacerlo alegando sus derechos constitucionales.

391. En agosto de 1982, el Ministerio de Educación notificó a Bürger que quedaría despedido a partir de junio de 1983. El despido se confirmó en mayo de 1983, cuando el Ministerio declaró que, aparte de la información suministrada por el Ministerio de Interior, se carecía de más información sobre sus actividades en el DKP. En opinión del Ministerio de Educación, la sospecha de que su fidelidad a la Constitución era insuficiente no constituía en sí misma un motivo válido de despido; en cambio, cuando se hizo referencia a su negativa a distanciarse del DKP y explicar su relación con dicho partido, cabía concluir que Bürger no daba garantías de fidelidad a la Constitución. El hecho de que la información presentada en su contra podría no estar suficientemente probada carecía de pertinencia jurídica. El Ministerio confirmó que la conducta y el rendimiento de Bürger en el trabajo habían sido buenos.

392. Como resultado del recurso administrativo que interpuso, el despido de Bürger quedó revocado en julio de 1983, porque no se había consultado al comité de personal. El Ministerio intentó nuevamente proceder al despido, pero el comité de personal denegó su aprobación. Con arreglo a la ley de representación del personal de Schleswig-Holstein, los funcionarios que son miembros del comité de personal no pueden ser despedidos sin la aprobación de dicho comité. En octubre de 1983, el Ministerio recurrió ante el Tribunal Administrativo de Schleswig para que fallase en contra de la denegación del comité de personal. En septiembre de 1984, el tribunal rechazó la demanda, declarando que el asunto no era competencia judicial. El Gobierno del Land intentó entonces, si bien renunció al poco tiempo, que se aprobase una enmienda retroactiva de la ley de representación del personal. Asimismo, recurrió al Tribunal Administrativo Superior de Lüneburg, que, en junio de 1985, revocó el fallo pronunciado por el Tribunal Administrativo de Schleswig basándose en que un tribunal podía reemplazar su aprobación y remitió el caso al Tribunal Administrativo de Schleswig para que éste se pronunciase.

393. Con fecha 22 de octubre de 1982, el comité del consejo de padres de la escuela de Bürger envió una carta al Ministro de Educación y Artes, en la cual manifestaba su plena confianza en Bürger y declaraba que, tanto en su vida profesional como en su vida privada, había apoyado en todo momento el orden fundamental, libre y democrático. El comité pidió que se anulase el despido. Los alumnos, profesores y padres de la escuela de Bürger organizaron una fiesta de solidaridad con él. En junio de 1983, el presidente de la sección de Schleswig-Holstein del GEW elevó una protesta contra el despido proyectado y declaró que el GEW ayudaría a Bürger a utilizar todos los recursos judiciales disponibles. Bürger está afiliado al GEW y es presidente adjunto del grupo técnico del GEW para los establecimientos de enseñanza secundaria de Schleswig-Holstein. En mayo de 1983, el presidente del grupo del SPD de la Dieta de Schleswig-Holstein hizo notar que este caso suponía un paso más adelante en la aplicación del decreto sobre los extremistas, pues desde ese momento se corría el riesgo de que la simple sospecha de afiliación al DKP bastase para justificar un despido de la administración pública.

CAPITULO 7

LA POSICION DEL GOBIERNO DE LA REPUBLICA FEDERAL DE ALEMANIA

394. Tal como ya se indicara en el capítulo 2, el Gobierno de la República Federal de Alemania transmitió, por carta de 27 de marzo de 1986, su punto de vista con respecto a la supuesta violación del Convenio núm. 111. A esta declaración se adjuntaba una opinión jurídica del profesor Karl Doehring, catedrático de derecho público y derecho internacional en la Universidad de Heidelberg y director del Instituto Max-Planck de derecho público extranjero y derecho internacional.

395. El texto de la declaración gubernamental era el siguiente:

(Traducción)

El Gobierno de la República Federal de Alemania, en carta de 31 de enero de 1986, hizo ya ciertas observaciones sobre el desarrollo de la encuesta. El presidente de la Comisión de Encuesta replicó, en una carta de 28 de febrero de 1986, disipando algunas de las dudas abrigadas por el Gobierno de la República Federal. Sin entrar en detalles, debe recalcar nuevamente que, en opinión del Gobierno Federal, otorgar a la Federación Sindical Mundial un papel similar al de un querellante sería incompatible con la Constitución de la OIT, y tampoco puede basarse en práctica corriente alguna. Sobre este punto y sobre otras cuestiones de procedimiento que ya se han planteado, el Gobierno Federal se reserva el derecho de formular otras observaciones. El Gobierno de la República Federal de Alemania quisiera ahora exponer algunos comentarios acerca de las cuestiones de derecho planteadas y, cuando sea necesario, sobre las declaraciones y exposiciones hechas por la otra parte, respondiendo así a la solicitud formulada en la carta de 27 de noviembre de 1985 por el presidente de la Comisión de Encuesta. Al mismo tiempo, desea expresar una vez más su firme convicción de que las obligaciones de velar por la fidelidad a la Constitución en la administración pública son plenamente coherentes con la letra y el espíritu del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación) (núm. 111).

El Gobierno Federal no puede por menos de señalar la dimensión política de la reclamación hecha por la Federación Sindical Mundial el 13 de junio de 1984 y de otros documentos presentados en la encuesta, en particular porque no parece que a todos los interesados en esa encuesta les preocupe una cuestión de derecho.

Ante todo debe hacerse hincapié en que la República Federal de Alemania se encuentra en una situación especial, tanto histórica como geográficamente. Por un lado, ha tenido que aprender mediante una experiencia dolorosa que un régimen totalitario desdeñoso de los seres humanos y de sus derechos fundamentales se establece tanto más rápida y fácilmente cuanto que puede apoyarse en parte de los funcionarios. De manera alguna fue sólo decisivo el papel de los elementos dirigentes de la administración y el sistema judicial sino también, específicamente, el desempeñado por personal docente y "pequeños funcionarios" en todos los campos. La República Federal de Alemania aprendió así que disponer de un cuerpo de funcionarios imbuidos de convicciones inherentemente democráticas constituye una de las garantías más efectivas de una democracia libre que respeta y fomenta los derechos humanos en todos los campos, contribuyendo así a la paz y a la libertad en todo el mundo. Además, tras la segunda guerra mundial, sólo en parte de Alemania fue posible establecer un Estado libre y democrático. Desde su origen, por lo tanto, la República Federal de Alemania se vio obligada a defender su orden estatal libre y democrático contra fuerzas que quieren instaurar una dictadura totalitaria también en la parte libre de Alemania. Al darse

cuenta de que el Estado democrático sabe defenderse, tales fuerzas buscan ayuda desde el exterior para destruir esta defensa y alcanzar así su objetivo.

El aspecto político del ataque es evidente por el mero hecho de que no se agotaron los procedimientos nacionales de recurso ni en los casos en los cuales basó su informe el Comité del Consejo de Administración ni en otros casos que la Comisión de Encuesta ha tenido en cuenta en su indagación. Esto ha sido señalado por el Gobierno Federal en varias ocasiones. Aunque se afirma una y otra vez que la conducta del poder ejecutivo y las decisiones judiciales son contrarias a la Constitución, se evita el Tribunal Constitucional Federal. Siendo la más alta instancia judicial en la República Federal de Alemania, incumbe a este Tribunal proceder a un examen cabal sobre los méritos de cada caso de supuesta violación de los derechos a la libertad y pronunciarse en consecuencia al respecto mediante una decisión definitiva y obligatoria.

Este comportamiento no es fortuito. Así, por ejemplo, el Sr. Angenfort, miembro de la presidencia y del secretariado del Comité Central del Partido Comunista Alemán (DKP) - a cuyo espectro político pueden adscribirse todos los casos individuales cubiertos hasta ahora por la encuesta - fue interrogado en una entrevista sobre la razón por la cual los miembros del DKP no apelan ante el Tribunal Constitucional Federal en casos pertinentes (entrevista publicada en *Unsere Zeit* del 25 de enero de 1986 y parcialmente emitida en el tercer programa de radiodifusión del Norte de Alemania el 22 de enero); su respuesta fue: "Primero tengo que decir que la decisión de los jefes de gobiernos de 1972 sobre interdicciones profesionales (Berufsverbote) es una decisión política, y nosotros pensamos que a una decisión política hay que oponerse por medio de un movimiento político. Y esto es excelente..." Más adelante dijo: "Si en la sentencia, la posible sentencia del Tribunal Constitucional Federal, se deslizara aunque sólo fuese una formulación que de una u otra manera justificara las interdicciones profesionales, eso en sí mismo iría en detrimento de todos los demócratas. Y como vemos una oportunidad de librarnos de las interdicciones profesionales de una vez por todas - y deben ser barridas porque son inconstitucionales - nuestra vía no pasa por el Tribunal Constitucional Federal, cuya ambigüedad con respecto a la Constitución ya ha quedado demostrada en relación con los 'verdes'; con el movimiento contra las interdicciones profesionales, nuestro camino consiste en dirigirnos a la opinión pública aún más decididamente que antes y en confiar en su apoyo. Estamos seguros de que éste es el camino correcto."

Con su reclamación, la Federación Sindical Mundial quiso apoyar la lucha política así formulada y de esta manera prestar su ayuda a quienes tienen como meta destruir el orden fundamental libre y democrático de la República Federal. Se trata de obligar a la República Federal a rescindir precisamente las disposiciones y medidas que más eficazmente pueden proteger la libertad y la democracia también en el futuro. Los miembros del DKP, como representantes ideológicos de un orden social y estatal completamente diferente, tendrían así un lugar asegurado en la maquinaria estatal de la República Federal de Alemania. Este objetivo debe ser alcanzado incluso a costa de dar nuevamente acceso a los puestos públicos en la República Federal de Alemania a los extremistas de derecha también.

La Organización Internacional del Trabajo y sus órganos son demasiado importantes en lo que concierne a la promoción de los derechos humanos en el mundo del trabajo como para dejarse utilizar como un arma en la lucha contra la libertad, la democracia y los derechos humanos y, por consiguiente, contra los propios objetivos de la Organización. Sus convenios no han sido concluidos con el fin de que, con su ayuda, la libertad en el mundo del trabajo y la actividad de los sindicatos libres se vean reducidas o eliminadas. La República Federal de Alemania no comprende por qué debería impedírsele extraer las necesarias conclusiones de su historia y, en consecuencia, asegurar su orden fundamental libre y democrático.

El Gobierno Federal ya ha expuesto su punto de vista sobre la posición jurídica en varias ocasiones durante el examen precedente de la reclamación, en especial en su carta de 18 de diciembre de 1984 y en la declaración que hiciera su representante ante el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo el 3 de junio de 1985. Con referencia expresa a éstas y a todas las declaraciones anteriores acerca de la posición del Gobierno formuladas ante órganos de la Organización Internacional del Trabajo sobre las cuestiones en discusión, una vez más se recapitula la posición de la República Federal de Alemania. Se considerarán en especial los siguientes puntos:

- _ Puede aplicarse realmente el Convenio núm. 111 al estatuto de funcionario, caracterizado por derechos y deberes especiales? (Sección I).
- _ Procede hacer una evaluación cabal de la práctica de un Estado por parte de organismos internacionales antes de agotar las posibilidades nacionales de recurso? (Sección II).

- Las medidas adoptadas en la República Federal de Alemania para mantener un servicio público fiel a la Constitución sirven la defensa de la libertad y los derechos humanos, sin que por ello se vea afectado el ámbito de protección del Convenio núm. 111 (Sección III).
- En el servicio público de la República Federal de Alemania no existe discriminación por razones de opinión política. La libertad de opinión está garantizada por la Constitución nacional (Sección IV).
- Los deberes especiales de los funcionarios son requisitos que corresponden a un empleo determinado. El artículo 1, párrafo 2, del Convenio núm. 111 excluye una violación del Convenio (Sección V).
- Asimismo, el artículo 4 del Convenio núm. 111 descarta la posible violación de éste por la República Federal de Alemania (Sección VI).

Al abordar estas cuestiones, el Gobierno Federal se referirá también, directa o indirectamente, en cuanto a determinados puntos, al informe del Comité establecido para examinar la reclamación hecha por la Federación Sindical Mundial el 13 de junio de 1984 (en adelante llamado "Comité del Consejo de Administración"), aunque sus conclusiones y recomendaciones no son de relevancia directa para el presente procedimiento.

I. Aplicación del Convenio núm. 111 a los funcionarios

Al examinar si las medidas adoptadas en la República Federal de Alemania para mantener un servicio público fiel a la Constitución son compatibles con el Convenio núm. 111, lo primero que hay que preguntarse es si el Convenio se aplica también a la relación de empleo de los funcionarios, caracterizada por derechos y deberes especiales. Respondiendo a esta cuestión, el Gobierno Federal se ha guiado hasta ahora por la convicción de que las exigencias especiales impuestas a los empleados del servicio público, y en especial a los funcionarios, deben ser consideradas como calificaciones requeridas para un empleo determinado, en el sentido del artículo 1, párrafo 2, del Convenio núm. 111. Sin embargo, puesto que esta interpretación, acorde con el interés de la Organización Internacional del Trabajo en dar amplio alcance a sus convenios, no fue compartida por el Comité del Consejo de Administración, y dado que en la reunión del Consejo de Administración del 3 de junio de 1985 por parte de los trabajadores se planteó el problema de si el Convenio núm. 111 permite en su texto actual la reglamentación apropiada de la situación de los miembros del servicio público, habida cuenta de las calificaciones especiales de la condición de funcionario, es preciso responder a esta cuestión de principio. El problema es de interés general para la Organización Internacional del Trabajo y para todos sus Estados Miembros, pues en la mayoría de los países la relación de empleo de los funcionarios y empleados públicos reviste formas especiales.

En este contexto, hay que determinar si la relación de empleo cae dentro del campo de aplicación del Convenio cuando la misma no se caracteriza por vínculos típicos entre empleador y empleado que es lo que sucede en caso de los funcionarios en la República Federal de Alemania. Así, en la República Federal de Alemania es típico que el empleo de un funcionario se vincule a una función perteneciente a la soberanía estatal. La distinción hecha por el Comité del Consejo de Administración (véase GB.229/5/11, párrafo 32, d)) entre funcionarios ocupados en la administración del Estado y funcionarios en puestos técnicos puede que corresponda a la situación jurídica existente en ciertos otros Estados Miembros de la OIT. No corresponde, sin embargo, a la situación de la República Federal de Alemania. Otra pregunta que cabe formular aquí como cuestión de fondo es la de si procede dejar a la discreción del Estado el asignar o no funciones de soberanía en las relaciones de empleo. En este contexto, sin embargo, la cuestión puede dejarse a un lado, porque el Convenio núm. 111 no regula los poderes de los Estados Miembros de la OIT para decidir en detalle sobre la forma que deben revestir sus relaciones jurídicas con tales empleados. Carece de significación para este fin el hecho de que actividades comparables a las desempeñadas por funcionarios de la República Federal sean o puedan ser reguladas también, en el mismo Estado Miembro o en otros Estados Miembros, dentro del marco de una relación ordinaria de empleo en el servicio público. Incumbirá a las autoridades públicas, de acuerdo con las leyes del Estado respectivo, cuya conformidad con el Convenio núm. 111 no se plantea, decidir en cada caso si se opta por una relación de empleo (con o sin una función de soberanía) o una relación funcionaria (con función de soberanía).

Estas consideraciones sugieren quizás la respuesta de que la relación de empleo de los funcionarios en el sentido arriba descrito no debería ser juzgada en términos del Convenio núm. 111.

Sin embargo, si la Comisión de Encuesta considerara que el Convenio núm. 111 se aplica también a la relación de empleo de los funcionarios, sería necesario, de conformidad con el punto de vista inicial del Gobierno Federal, tomar especialmente en consideración la singularidad de la condición de los funcionarios, por lo menos para interpretar el artículo 1, párrafo 2, del Convenio núm. 111 (sobre este punto, véase también la sección V).

II. No agotamiento de los recursos jurídicos

En vista de la independencia y alta autoridad de los organismos internacionales, se plantea la cuestión de si estos organismos pueden efectuar una evaluación cabal de la práctica de un Estado antes de que se agote la vía jurídica nacional. Este punto cobra particular importancia cuando la encuesta no se refiere a las disposiciones legales como tales, sino a su aplicación práctica. Así, en uno de los tres casos en los cuales basó su informe el Comité del Consejo de Administración, el funcionario interesado ha sido entretanto declarado inocente en la segunda y última instancia. También en los otros dos casos, las personas interesadas - así como en otros casos concretos cuyos detalles han sido comunicados por la Comisión de Encuesta al Gobierno Federal - no han agotado todos los recursos jurídicos nacionales y no han apelado al Tribunal Constitucional Federal, el cual habría sido competente sobre todo para decidir sobre su alegación según la cual las medidas y decisiones judiciales eran inconstitucionales.

Los casos individuales sólo pueden ser considerados pruebas definitivas de una relación particular cuando el procedimiento ha concluido con una decisión en última instancia. Sólo entonces se convierten en elementos válidos del cuadro de conjunto que debe hacerse la Comisión. Un excepción sería válida sólo si no cabe esperar el agotamiento de los recursos, debido, por ejemplo, a que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal - único factor pertinente aquí - ya hubiera resuelto la cuestión. Dado que hasta ahora sólo ha habido una decisión al respecto, en 1975 (véase *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) 39*, págs. 334 y siguientes), y que la misma deja pendiente toda una serie de interrogantes de las cuales puede depender la decisión en casos concretos, será muy difícil que se planteen casos en los cuales excepcionalmente no sea posible esperar que se agoten los recursos jurídicos nacionales. Lo mismo se diría si hubiesen sido adoptadas decisiones ulteriores relativas a activistas del DKP por comisiones conformes al artículo 93 de la ley sobre el Tribunal Constitucional Federal. Si bien tales comisiones no son "el Tribunal Constitucional Federal", con sus decisiones se agotan los recursos jurídicos porque los interesados no pueden apelar contra las mismas, ante la sala competente del Tribunal Constitucional Federal, por ejemplo. No obstante, tales decisiones se limitan en su mayoría a breves y escasas indicaciones y no aportan nuevas consideraciones en el plano jurídico; de otro modo no sería posible adoptar una decisión en virtud del artículo 93a de la ley sobre el Tribunal Constitucional Federal, y correspondería a la sala competente pronunciarse al respecto.

Puesto que los activistas del DKP cuyos casos se presentan aquí por la FSM se han abstenido deliberadamente de agotar todas las posibilidades de recurso en el ámbito nacional, y en particular no han apelado al Tribunal Constitucional Federal, no pueden hacerse valer sus casos.

Esta regla se admite también en los casos en que ya no es posible agotar los recursos jurídicos porque la persona interesada ha dejado transcurrir el límite de tiempo (véase el punto de vista coherente del Comité de Libertad Sindical de la OIT en su 168.º informe Boletín Oficial, vol. LX, 1977, serie B, núm. 3, caso núm. 866, párrafo 78, pág. 15, además de otras referencias).

Es obvio que el DKP ha dado instrucciones a sus militantes - que las han seguido - de no apelar ante el Tribunal Constitucional Federal contra decisiones que les sean desfavorables. Jupp Angenfort, miembro de la presidencia y del secretariado del Comité Central del Partido, quien por lo demás había sido también miembro del secretariado de la dirección del Partido Comunista de Alemania (KPD), prohibido más tarde por el Tribunal Constitucional Federal (véase Pfeiffer/Strickert, *KPD-Prozess, Dokumentarwerk*, volumen 3, pág. 261), justificó esta actitud en la entrevista de televisión de 22 de enero de 1986 que ya ha sido mencionada. Probablemente, el DKP teme que si uno de sus afiliados apela al Tribunal Constitucional Federal, éste dictamine que el DKP es una organización sucesora del prohibido KPD y, por lo tanto, prohibida ipso jure.

En todo caso, el no haber agotado las posibilidades nacionales de recurso, es decir, la no utilización de todos los procedimientos jurídicos disponibles, es algo que también debería tomarse en consideración al examinar los hechos en los casos en que se sostiene que se ha violado un convenio internacional del trabajo, y en consecuencia el derecho internacional (véase el 168.º informe del Comité de Libertad Sindical, en Boletín Oficial, vol. LX, 1977, serie B, núm. 3, caso núm. 866, párrafo 78, pág. 15, además de otras referencias).

Además, el Gobierno Federal sostiene que constituiría una utilización abusiva de los órganos internacionales de supervisión de normas recurrir directamente a ellos, deliberadamente por razones políticas, pasando por alto la más alta jurisdicción nacional.

Otros organismos internacionales también siguen un procedimiento análogo. Así, la Comisión Europea de Derechos Humanos, en un caso comparable, rechazó una queja, juzgándola inadmisibles debido a que no se habían agotado los procedimientos nacionales de recurso (Decisión del 16 de diciembre de 1982, queja núm. 9251/81, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 1984, 549/550, 551; *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* (EuGRZ), 1983, 411). La Comisión de Derechos Humanos de la UNESCO, en su reunión de 17 de mayo de 1983, también aplazó la acción sobre dos quejas hasta el agotamiento de las posibilidades nacionales de recurso.

Aun suponiendo que se hayan agotado dichas posibilidades de recurso habría aún casos en los que se debería investigar si la práctica seguida en la República Federal de Alemania es compatible con el Convenio núm. 111. Sobre este punto, basta hacer referencia a los procedimientos pendientes ante la Corte Europea de Derechos Humanos en los que ha sido satisfecha esa condición. El representante del Dr. Kosiek declaró ante la Corte Europea de Derechos Humanos en Estrasburgo, durante la audición verbal de 22 de octubre de 1985, que también se había dirigido en esta materia a la Organización Internacional del Trabajo y denunciado la violación del Convenio núm. 111. Si tal afirmación es correcta, resulta obvio que este caso no ha sido incluido en la encuesta.

Además, el Dr. Huber, abogado, representante legal permanente del Comité Ejecutivo del Partido Nacional Democrático de Alemania (NPD), informó al Ministro Federal de Defensa en una carta de 31 de julio de 1984 que en el futuro cada caso de "discriminación" sería inmediatamente presentado a la Organización Internacional del Trabajo y que todos los casos anteriores también serían comunicados. La inclusión apropiada de este tipo de casos sería sin duda útil para proceder a una investigación sobre el contexto global de la aplicación del Convenio núm. 111 en el ámbito nacional.

III. Ambito de protección del Convenio núm. 111

En opinión del Gobierno Federal, las medidas adoptadas en la República Federal de Alemania para mantener una administración pública fiel a la Constitución no afectan el ámbito de protección del Convenio núm. 111, porque lo que interesa a la República Federal de Alemania y a la Organización Internacional del Trabajo es defender y promover los derechos humanos en el mundo del trabajo, y no restringirlos o eliminarlos.

La Constitución de la República Federal de Alemania está por lo tanto concebida para garantizar siempre una Alemania libre y democrática. Está basada en el principio de una "democracia capaz de defenderse a sí misma", esto es, en la idea de que nadie pueda hacer mal uso de los derechos a la libertad garantizados por la Constitución para destruir precisamente este orden estatal libre y democrático (véase Tribunal Constitucional Federal, decisión de 22 de mayo de 1975 (2 BvL), 13/73, BVerfGE 39, 334/368 y siguientes). Las medidas estipuladas por la Constitución para garantizar la libertad comprenden la obligación impuesta a los funcionarios, con fuerza constitucional, por el artículo 33, párrafo 5 de dicho texto, de demostrar en toda su conducta su apoyo al orden fundamental libre y democrático en el sentido de la Constitución y de actuar para mantenerlo (artículo 52, 2), de la ley federal sobre los funcionarios, artículo 35, 1), tercera frase, de la ley sobre los funcionarios (principios generales)). En la República Federal de Alemania, tanto en la legislación como en la administración y en las decisiones judiciales se debe respetar este precepto constitucional. No cabe, por lo tanto, apartarse de las medidas de protección para el mantenimiento de un servicio público fiel a la Constitución.

Por otra parte, ninguno de los grupos socialmente importantes en la República Federal de Alemania se aparta de esta posición fundamental. El grupo del Partido Socialdemócrata de Alemania (SPD) en el Parlamento Federal (Bundestag) recaló hace poco tiempo, en una moción del 29 de enero de 1986, que una persona empleada en el servicio público no puede combatir mediante sus actos los principios fundamentales de la Constitución. La Confederación de Sindicatos de la RFA (DGB), en su carta de 27 de enero de 1986, tampoco pone en tela de juicio este principio. Las resoluciones de 1972, 1976 y 1980, transmitidas por el Sindicato de Ferroviarios de la RFA en su carta del 30 de enero de 1986 contienen declaraciones análogas.

El Gobierno Federal no considera que la interpretación de los convenios esté sujeta únicamente al juicio nacional de los Estados Miembros, privándolos así de su valor. Sin embargo, un diálogo intenso y bien preparado que lleve a una interpretación de un convenio aceptable para todos no puede sino servir los fines de la Organización Internacional del Trabajo.

La Comisión de Encuesta debe tener presente en este contexto que la República Federal de Alemania, a causa, entre otras cosas, de su pasado histórico particular, debe protegerse de una situación en la que cualquier servidor del Estado que ha jurado fidelidad a la Constitución pueda suscitar una dictadura invocando el Convenio núm. 111 en forma inadmisibles. Nadie que defiende los sistemas totalitarios puede ocupar un puesto al servicio del Estado. No puede confiarse la protección de la libertad a los adversarios de ésta. En verdad, tales consideraciones corresponden al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, el cual prevé en su artículo 5:

Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida de la prevista en él.

En consecuencia, la República Federal de Alemania considera su posición como plenamente conforme con las nociones de protección del Convenio núm. 111 al no emplear en el servicio del Estado a funcionarios que preconizan un sistema totalitario. Sólo una persona que desea combatir y destruir:

- el respeto por los derechos humanos proclamados en la Constitución;
- la soberanía del pueblo;
- la separación de poderes;
- la responsabilidad del Gobierno y de la administración conforme a la ley;
- la independencia de los tribunales;
- el pluralismo de los partidos políticos y la igualdad de oportunidades para todos los partidos políticos con el derecho a formar y ejercer oposición de conformidad con la Constitución;

(para estos componentes del orden fundamental libre y democrático, véase BVerfGE 2, 12; 5, 140) puede ser afectado de alguna manera por las medidas destinadas a mantener un servicio público fiel a la Constitución. En opinión del Gobierno Federal, no puede prohibirse a un Estado democrático que exija de sus funcionarios el apoyo a estos principios tan elementales de todo cuerpo político democrático. En esta garantía fundamental y completa de la libertad y de los derechos humanos de todos los ciudadanos no puede haber ataque a estos mismos derechos. Esta posición no puede estar en pugna con los principios de la Organización Internacional del Trabajo.

No puede utilizarse un convenio de la Organización Internacional del Trabajo, garante de derechos humanos en el mundo del trabajo, en beneficio de personas que desprecian los derechos humanos, pues con ello los esfuerzos de la Organización Internacional del Trabajo servirían propósitos contrarios a los que constituyen su razón de ser.

Son precisamente los elementos anteriormente mencionados, indispensables en un orden libre y democrático propio de un Estado basado en la ley y en el bienestar social, los que la República Federal de Alemania, de acuerdo con la Organización Internacional del Trabajo, se empeña en proteger. A este respecto se remite también a la declaración de la Confederación de Asociaciones de Empleadores de la RFA de 31 de enero de 1986, basada en consideraciones similares.

De ahí que la posición jurídica y constitucional de la República Federal de Alemania esté plenamente de acuerdo con el Convenio núm. 111 sobre discriminación en el empleo y la ocupación, de manera que no hay necesidad de un cambio en la práctica interna, incluso si esto fuera posible. La República Federal de Alemania ya ha expuesto este punto de vista en diversas ocasiones.

IV. No hay discriminación en el sentido del artículo 1, párrafo 1, del Convenio núm. 111

La República Federal de Alemania no practica discriminación alguna que conduzca a un trato desigual en el empleo o la ocupación sobre la base de opiniones políticas, y menos aún las llamadas interdicciones profesionales (Berufsverbote). Es una

democracia libre en la cual nadie es objeto de discriminación a causa de sus opiniones políticas o de su afiliación a un partido político determinado, y esto se aplica también al servicio público.

1. El derecho a la libre expresión de opinión está garantizado por nuestra Constitución; la Constitución, concretamente el artículo 3, párrafo 3 - al igual que el Convenio núm. 111 - prohíbe todo prejuicio o privilegio en razón de la opinión política de la persona interesada. Estas disposiciones de la Constitución nacional no son infringidas por las medidas protectoras adoptadas por la República Federal de Alemania con el fin de mantener un servicio público fiel a la Constitución, tal como lo determinara expresamente el Tribunal Constitucional Federal, instancia independiente, en su decisión fundamental de 22 de mayo de 1975 (BVerfGE 39, 334/360 y siguientes, 367 y siguientes).

Se exige en cambio a los solicitantes de empleo en la administración pública y a los funcionarios que reconozcan los valores fundamentales del orden constitucional en vigor, que garantizan la libertad. Es la tarea de toda autoridad estatal, y por lo tanto también de los miembros del servicio público, proteger la esfera de libertad del individuo y su espacio vital. No puede confiarse la protección de la libertad y de los derechos humanos a sus adversarios. Esta conformidad de principio con el orden fundamental a cuyo servicio está el funcionario, y no la expresión de la opinión política o la afiliación a un partido, es lo que constituye el eslabón con la obligación de fidelidad a la Constitución.

A este respecto, nunca se insistirá lo suficiente en que la República Federal de Alemania sabe de lo que habla por propia y dolorosa experiencia. Nada más peligroso para una democracia libre que un servicio público que se distancia íntimamente de la democracia y trata de destruirla.

Aunque sólo fuera por esta razón, es incomprensible que el Comité del Consejo de Administración llegara a una conclusión diferente con respecto a las disposiciones del artículo 1, párrafo 1, del Convenio núm. 111, que corresponden al artículo 3, párrafo 3, de la ley orgánica.

2. Las medidas para mantener un servicio público fiel a la Constitución en la República Federal de Alemania no están relacionadas con las opiniones políticas de la persona interesada. Al evaluar esta declaración no debe confundirse la libertad de opinión política con la fidelidad a la Constitución en el sentido de dicho texto.

En la República Federal de Alemania cada funcionario puede mantener, profesar y tratar de que triunfen posiciones políticas contrarias a la política del Gobierno. Cada funcionario puede obrar activamente por un cambio de las condiciones políticas y sociales existentes e incluso abogar por un cambio de la propia Constitución. El límite de lo permisible se alcanza sólo cuando se persiguen metas destinadas a destruir los derechos humanos y los derechos fundamentales, así como la estructura fundamental del Estado que los garantiza. La propia Constitución, en su artículo 79, párrafo 3, prohíbe todo cambio a este respecto, con el fin de garantizar una protección segura al contenido esencial de la democracia. Si, pese a la estricta prohibición constitucional, se intenta introducir cambios en esta esfera, ya no se trata de un asunto de opinión política, sino de asegurar una Constitución libre. Los esfuerzos encaminados a introducir tales cambios no tienen nada que ver con la expresión o manifestación de una oposición a los principios políticos establecidos, sino que sirven para destruir el orden libre y los propios derechos humanos, y por lo tanto también la libertad de opinión.

3. A este respecto, el Gobierno Federal se remite al límite que la misma Comisión de Expertos ha establecido como campo de aplicación del Convenio núm. 111. La Comisión ha declarado que "aun cuando ciertas doctrinas persigan el logro de cambios fundamentales a nivel de las instituciones del Estado, ello no constituye motivo para considerar que la propagación de las mismas cae fuera de la protección del Convenio, mientras no se empleen o promuevan métodos violentos o anticonstitucionales con miras a entrañar dicho resultado" (véase informe III (parte 4A), Conferencia Internacional del Trabajo, 69.a reunión, 1983, págs. 218 y 221). Pero esto es precisamente lo que sucede en este caso. Puesto que está absolutamente descartado todo cambio en los principios y valores fundamentales estipulados como inalterables por la Constitución (artículo 79, párrafo 3, de la ley orgánica), quienquiera desee abolir estas garantías de libertad está empleando o promoviendo métodos inconstitucionales, ya que no existen métodos legales para tal propósito.

4. A este respecto se sostiene a menudo - como lo hace, por ejemplo, la Confederación de Sindicatos de la RFA en su declaración de 27 de enero de 1986 - que el comportamiento de un partido político hostil a la Constitución y el de cada uno de

sus miembros no tienen por qué ser idénticos. El Gobierno Federal no puede aceptar este punto de vista: esta línea de pensamiento sugiere que el miembro de un partido puede distanciarse en su fuero interno de los objetivos de su partido. Incluso en el caso de una simple afiliación inactiva a un partido, esta suposición parece poco realista. En el presente contexto, sin embargo, puede hacerse caso omiso de este aspecto de la cuestión, pues de todos modos la mera afiliación a un partido hostil a la Constitución no basta por sí sola para justificar la ruptura de la relación de empleo de un funcionario. Incluso existe una decisión a este efecto, emitido por el Gobierno del Estado (Land) de Baviera el 19 de junio de 1979.

Sin embargo, quien participa activamente en los asuntos de un partido, ejerce funciones dentro de él y toma parte en elecciones como candidato de su partido, demuestra con ello que desea luchar por la promoción y la realización de sus objetivos y de su programa. Cualquier otra interpretación sería contraria al sentido común, porque supondría que los funcionarios y candidatos de un partido persiguen metas e ideas diferentes de las de ese partido en cuyo nombre actúan. Por tanto, todo aquel que se compromete en favor de un partido hostil a la Constitución persigue también sus objetivos hostiles a la Constitución.

Otro argumento que se repite una y otra vez sobre el particular es que el DKP es un "partido legal" y que, por lo tanto, las medidas adoptadas contra sus miembros en el servicio público deberían ser consideradas como "ilegales".

A este respecto, el Gobierno de la República Federal de Alemania desearía dejar claramente sentado lo siguiente:

En virtud del artículo 21, párrafo 2, de la Constitución, los partidos que, por sus fines o por la conducta de sus miembros, tiendan a restringir o a suprimir el orden fundamental libre y democrático o a poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania son inconstitucionales. El Tribunal Constitucional Federal decide sobre la inconstitucionalidad de un partido. El Tribunal, sin embargo, no puede actuar de oficio. Conforme al artículo 43, 1), junto con el artículo 13, 2), de la ley sobre el Tribunal Constitucional Federal, se requiere que la Cámara Federal (Bundestag), el Consejo Federal (Bundesrat) o el Gobierno Federal presente una demanda de interdicción en el caso de partidos que desarrollan sus actividades en todo el territorio federal. Como hasta ahora no se ha presentado ninguna demanda de interdicción, el DKP, al igual que otros partidos comparables hostiles a la Constitución, puede participar en la vida política de la República Federal de Alemania sin restricción alguna. De conformidad con el orden jurídico de la República Federal de Alemania, corresponde a las autoridades políticas competentes para iniciar un procedimiento en virtud del artículo 21 de la Constitución, decidir si procede hacer tal demanda o bien oponerse a un partido hostil a la Constitución por medios políticos. Al Gobierno Federal no puede reprochársele el que, precisamente en interés de una discusión política democrática, no haya presentado una demanda ante el Tribunal Constitucional Federal para que se prohíban como inconstitucionales, los partidos extremistas: la prohibición del Partido Comunista Alemán no produciría cambio alguno en la situación presente con respecto a las personas empleadas en el servicio público, puesto que para el enjuiciamiento de la conducta de estos funcionarios no es un factor determinante que el DKP esté o no esté prohibido.

Tal como lo estableciera el Tribunal Constitucional Federal en su decisión fundamental de 22 de mayo de 1975 (BVerfGE 39, 334/358 y siguientes), el artículo 33, párrafo 5, de la Constitución requiere de los funcionarios la defensa del orden constitucional, mientras que el artículo 21, párrafo 2, de dicho texto deja al ciudadano entera libertad para rechazar este orden constitucional y combatirlo políticamente, a condición de que lo haga por medios generalmente permitidos dentro de un partido que no esté prohibido. Las obligaciones especiales de los funcionarios no se estipulan teniendo en cuenta los intereses de los partidos políticos, ni en particular para impedir sus actividades políticas, sino que se establecen con miras a salvaguardar el Estado constitucional contra todo peligro proveniente de sus funcionarios (Tribunal Constitucional Federal, loc. cit.). Ante esta clara decisión del Tribunal Constitucional Federal, no cabe ambigüedad alguna: un funcionario no actúa constitucionalmente sólo porque su partido - cuyos objetivos él apoya activamente - no ha sido formalmente declarado inconstitucional y por lo tanto prohibido. Por el contrario, el comportamiento de un funcionario puede estimarse inconstitucional aun cuando su partido no haya sido declarado inconstitucional en un procedimiento iniciado con miras a su prohibición.

A la luz de todo lo precedente, el Gobierno de la República Federal de Alemania no ve discriminación alguna por razones de opinión política en el sentido del Convenio núm. 111 en las medidas que ha adoptado para mantener un servicio público fiel a la Constitución. Por consiguiente, en modo alguno ha habido violación de este Convenio.

Si no se aceptara la opinión del Gobierno Federal de que el Convenio núm. 111 no es de ningún modo aplicable al asunto objeto de la investigación, una violación quedaría en todo caso descartada habida cuenta del párrafo 2 del artículo 1 del mismo, el cual estipula que las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.

1. La obligación legal de fidelidad de los funcionarios a la Constitución constituye uno de los requisitos indispensables para ocupar un puesto en el servicio público de la República Federal de Alemania. Como ya se ha subrayado varias veces, la situación histórica y geográfica de la República Federal de Alemania impone, en defensa del orden fundamental libre y de los derechos democráticos de todos los ciudadanos, la necesidad de garantizar que cada servidor del Estado defienda en todo momento estos derechos y obre activamente por la democracia. De otro modo no es idóneo como funcionario para el servicio del Estado. Sólo así podrá protegerse la libertad de todos contra sus enemigos de la extrema derecha y de la extrema izquierda. Por esta razón, el aspirante debe también proporcionar, como condición subjetiva para contratación, una garantía de fidelidad a la Constitución, y todo funcionario tiene la obligación de defender la democracia. Por su parte, el Estado, en tanto que empleador, debe poder contar con la fidelidad de sus empleados. Ha de poder confiar en que se identificarán con el ordenamiento libre y democrático propio de un Estado basado en el derecho y en el bienestar social (véase Tribunal Constitucional Federal, loc. cit., págs. 347/348) y en que le guardarán fidelidad. De otro modo, el Estado tendría que depositar su confianza incluso en un funcionario que declarara no tener fe en el Estado (véase la declaración de la Sra. Dorothea Vogt, docente), emplearlo, remunerarlo y confiarle la educación de los jóvenes.

Este principio de la relación especial de confianza, el principio fundamental de la obligación de lealtad de los funcionarios al empleador, existe sin la menor duda en todos los Estados del mundo, e incluso en las relaciones de las organizaciones internacionales con sus empleados. Naturalmente, no es lo mismo la obligación de fidelidad a un monarca absoluto o a un führer totalitario, o bien a un Estado democrático libre y pluralista. El profesor Karl Doehring, en una opinión jurídica acerca de si la ley y la práctica existentes en la República Federal de Alemania de excluir a los extremistas de la administración pública son conformes con el Convenio núm. 111, ha evocado este punto de vista y ha emprendido una extensa investigación sobre la materia. La opinión va anexa a esta comunicación. El Gobierno Federal señala que incluso el estatuto del personal de la Oficina Internacional del Trabajo exige la lealtad de éste (artículo 1, 4), y le exige que se abstenga de participar en actividades políticas incompatibles con el desempeño de sus funciones (artículo 1, 2)). Podría acaso un funcionario de la Oficina Internacional del Trabajo participar activamente en un movimiento que milite por la abolición de la libertad sindical y el derecho de huelga, y por la imposición de otras limitaciones a los derechos humanos en el mundo del trabajo, o hasta por el apartheid, sin temer sanción alguna de su empleador?

El problema de si la lealtad de los funcionarios y los deberes especiales concomitantes del servicio son compatibles con el Convenio núm. 111 no preocupa sólo a la República Federal de Alemania. Es también de considerable importancia para los demás Estados Miembros de la Organización Internacional del Trabajo. Según los resultados del examen, tal vez proceda investigar si la ley y la práctica de otros Estados son compatibles con el Convenio núm. 111. A este respecto, el Gobierno Federal querría referirse una vez más a las consideraciones expuestas al comienzo de esta declaración: si, a pesar de los lazos especialmente estrechos entre empleador y funcionarios que caracterizan toda relación de empleo de un funcionario; si, a pesar de las obligaciones especiales de lealtad y de la responsabilidad especial del cuerpo de funcionarios ante la comunidad en su conjunto, el Convenio núm. 111 fuera de aplicación irrestricta también para los funcionarios, habrá que tomar en consideración esas características irrefutables por lo menos en la interpretación del párrafo 2 del artículo 1 del Convenio. La actividad de un funcionario sería, como tal, un "empleo determinado" en el sentido de esta disposición, de manera que la misma cubriría las limitaciones resultantes para todos los empleados poseedores de la condición de funcionarios. En opinión del Gobierno Federal, ésta sería una interpretación correcta en interés de todas las partes, y la única otra solución posible sería excluir totalmente la aplicabilidad del Convenio a los funcionarios.

2. En vista de los numerosos intentos hechos por la Federación Sindical Mundial para inculpar a la República Federal de Alemania de haber violado el derecho fundamental a la libertad de opinión, debe señalarse una vez más con referencia a la aplicación del párrafo 2 del artículo 1, del Convenio núm. 111, que las medidas protectoras adoptadas por la República Federal de Alemania para mantener un servicio público fiel a la Constitución no conciernen la opinión política de las personas interesadas, sino que están destinadas a la defensa de una democracia libre. Las observaciones de la Comisión de Expertos en este asunto, tan frecuentemente citadas (CIT, 47.a reunión, 1963, informe III (parte IV), tercera parte, "La discriminación en materia

de empleo y ocupación", pág. 207, párrafo 42), tienen por objeto garantizar a los representantes de la oposición política iguales posibilidades de acceso al servicio público y la permanencia en el empleo que ocupan en éste. Las excepciones a esta regla sólo deberían ser posibles en el caso de algunos cargos superiores que entrañan responsabilidades particulares en la ejecución de la política del Gobierno.

Tales reglas se tienen plenamente en cuenta en la República Federal de Alemania. Miembros declarados de partidos que están en la oposición siempre han encontrado empleo en gran número en el servicio público y también han desempeñado altos cargos públicos. De esto se desprende claramente que la obligación de fidelidad a la Constitución no exige lealtad al gobierno del día o a su política, sino que implica, en un sentido totalmente diferente, lealtad al Estado y a su libre orden fundamental, sean cuales fueren las convicciones políticas de quienes lo están gobernando.

Esta actitud positiva hacia un orden fundamental, libre y democrático, requerida por encima y más allá de las opiniones políticas, debe exigirse - como se señalará más adelante - de cada funcionario, independientemente de su cargo. Se trata, pues, de un requisito inherente al empleo como funcionario, que debe ser satisfecho por cada funcionario en razón de su función de garante de un orden libre propio de un Estado de derecho, y que cae, por lo tanto, dentro del ámbito del párrafo 2 del artículo 1 del Convenio núm. 111.

3. A este respecto, se pide constantemente que la aplicación de las medidas protectoras para mantener un servicio público fiel a la Constitución se diferencie según la naturaleza de las funciones realmente desempeñadas y también teniendo en cuenta si la actividad del funcionario interesado ha tenido lugar durante el ejercicio de sus funciones o fuera del mismo. Sobre este punto deben hacerse las observaciones siguientes:

En virtud del artículo 33, párrafo 4, de la Constitución, el ejercicio de poderes soberanos a título permanente debería confiarse por regla general a los miembros del servicio público que están sujetos a una relación de servicio y de fidelidad conforme al derecho público, es decir, a los funcionarios. En el ejercicio de poderes soberanos sólo puede haber derechos y obligaciones uniformes para todos los funcionarios. No puede hacerse distinción alguna entre funcionarios que deben ser leales a los valores fundamentales de la Constitución libre y otros que, pese a su condición de funcionarios, puedan comportarse deslealmente con impunidad. Los funcionarios en su conjunto constituyen, desde los altos cargos de la administración pública hasta los incontables empleados de oficina, la espina dorsal del Estado y al mismo tiempo el único mecanismo por medio del cual la comunidad puede ejercer su autoridad soberana. Los enemigos de la Constitución que consiguen introducirse en ese mecanismo están en condiciones de minar el cuerpo político democrático desde el interior con el fin de destruirlo en una situación de crisis.

Las exigencias especiales con respecto a la obligación de fidelidad se imponen no solamente para los titulares de determinados cargos de dirección dentro de la administración que entrañen una responsabilidad especial en la aplicación de la política gubernamental. Estos altos funcionarios, debido a su pequeño número y a su condición eminente, siempre atraen la atención del público y de las instituciones políticas de control y son fácilmente intercambiables en caso de un derrocamiento de régimen; de ahí que sean de menor interés para los propósitos de una infiltración planificada a largo plazo del aparato del Estado.

De mucha mayor importancia para el fin de atacar el orden fundamental libre y democrático son precisamente los puestos medianos y subalternos de la administración pública, porque permiten a un régimen totalitario utilizar, sin resistencia apreciable, un mecanismo oficial bien rodado y apoderarse así del control del Estado. Para impedir esta infiltración, que en la República Federal de Alemania es la meta declarada de los extremistas de izquierda y de derecha (la llamada "marcha a través de las instituciones"), la lealtad y la fidelidad a la Constitución deben exigirse de todos los funcionarios sin distinción alguna. Por las mismas razones, no es posible hacer caso omiso del comportamiento de un funcionario fuera de su servicio, pues no se concibe que nadie defienda la libertad y los derechos humanos en horas de trabajo y los combata al fin de la jornada laboral. Esta importancia crucial de la prevención no ha sido plenamente apreciada hasta ahora. El Gobierno Federal volverá a referirse a este punto.

El tercer proyecto de ley para enmendar las disposiciones legales relativas a los funcionarios, de 27 de agosto de 1982, que ha sido mencionado a este respecto por la Confederación de Sindicatos de la RFA en su declaración de 27 de enero de 1986 y por otras organizaciones, no está en contradicción con esta posición de principio adoptada por el Gobierno de la República Federal

de Alemania.

No fue el propósito de este proyecto de ley redefinir el contenido de la obligación de fidelidad que incumbe legalmente a los funcionarios o modificar la situación jurídica existente. En realidad se trataba de insertar indicaciones concretas en las propias leyes que rigen a los funcionarios, sobre la base del fallo del 22 de mayo de 1975 del Tribunal Constitucional Federal, mencionada ya varias veces. Debía incorporarse al artículo 77, 1), de la ley federal sobre los funcionarios y al artículo 45, 1), de la ley sobre los funcionarios (principios generales), y por ende no en relación con las obligaciones legales de los funcionarios, sino en relación con las consecuencias del no cumplimiento de tales obligaciones, el siguiente añadido, inspirado estrechamente en el texto del fallo fundamental: "El incumplimiento de las obligaciones que incumben a un funcionario en virtud del artículo 35, 1), tercera frase (de la ley sobre los funcionarios (principios generales) o del artículo 52, 2), de la ley federal sobre los funcionarios) constituye una falta disciplinaria si, en un caso particular, se establece un mínimo de peso y de pruebas de incumplimiento de las obligaciones. Al decidir si un comportamiento fuera del trabajo constituye una falta disciplinaria con respecto a las obligaciones que incumben al funcionario en virtud del artículo 35, 1), tercera frase (de la ley sobre los funcionarios (principios generales) o del artículo 52, 2), de la ley federal sobre los funcionarios), se tomarán en consideración la naturaleza y el alcance del comportamiento, así como las tareas confiadas al funcionario. Se considerará que se ha cometido una falta disciplinaria cuando no se puede admitir el comportamiento fuera del servicio, incluso teniendo debidamente en cuenta derechos fundamentales del funcionario, en particular el derecho a la libertad de expresión."

Todas las características jurídicas de este proyecto, especialmente el principio de proporcionalidad y el de evaluación de cada caso concreto, ya han sido establecidas en tanto que principios de derecho por el Tribunal Constitucional Federal en su decisión de 22 de mayo de 1975. Por consiguiente, son obligatorias para todas las autoridades del Estado, tribunales inclusive.

Por otra parte, el principio de proporcionalidad es un principio fundamental del derecho administrativo alemán y en consecuencia tiene que ser observado en todas las decisiones que supongan cierto margen discrecional o de apreciación. La definición de los límites de la libertad de opinión, garantizada en principio también para todo funcionario por el artículo 5 de la Constitución, ya ha sido dada por el mismo Tribunal Constitucional Federal (loc. cit., págs. 366/367).

Las "indicaciones específicas" contempladas en el proyecto de ley habrían sido por lo tanto tal vez discutibles, en opinión del Gobierno Federal, por motivos políticos; desde el punto de vista jurídico, sin embargo, no son necesarias, en vista de la clara formulación del Tribunal Constitucional Federal, la cual - se señala una vez más - es directamente obligatoria para el poder ejecutivo y los tribunales. En consecuencia, el Gobierno Federal no llevó más adelante este proyecto de ley. También contribuyó a esta decisión el temor de que la medida fuera interpretada de manera contraria a su texto, en el sentido de que la obligación de fidelidad a la Constitución se aplicara en la práctica sólo a los cargos más altos de la jerarquía oficial y se hiciera caso omiso del comportamiento fuera del servicio. Tal interpretación habría sido contraria al derecho constitucional alemán, y había que evitar cualquier malentendido de esa índole.

4. En su mayoría, los casos comprendidos en la indagación a cargo de la Comisión se refieren a personal docente. Con frecuencia circula la opinión de que en el caso específico del personal docente bastarían exigencias menos rigurosas con respecto a la obligación de lealtad a la Constitución. También el Comité del Consejo de Administración llega claramente a esta conclusión en su informe de 18 de febrero de 1985 (véanse las conclusiones, párrafo 40).

El Gobierno Federal expresa su desacuerdo con semejante opinión. La Comisión Europea de Derechos Humanos expuso lo siguiente acerca de este problema en el párrafo 112 de su informe de 11 de mayo de 1984 sobre la demanda núm. 9228/80:

112. La Comisión toma en consideración la importancia que debe atribuirse a la opinión e influencia del personal docente, el cual, en una sociedad libre, desempeña un papel fundamental en el desarrollo y difusión de ideas. Esto es particularmente importante en el caso presente, en el cual la demandante era una profesora de enseñanza secundaria que estaba en contacto diario con educandos que, dada su edad, son fácilmente impresionables y se hallan en una fase de desarrollo intelectual en la cual no se puede pasar por alto la vulnerabilidad de algunos al indoctrinamiento. En estas circunstancias, la demandante estaba sometida a deberes y responsabilidades especiales en relación con sus opiniones y la expresión de éstas, tanto directamente en la escuela como también, aunque en un grado menor, en tanto que ejemplo para sus alumnos, en otros lugares.

Observaciones similares aparecen en el párrafo 108 del informe de la Comisión de 11 de mayo de 1984, en la reclamación núm.

9704/82.

Lo anterior concuerda con la opinión del Gobierno Federal de que precisamente el empleo del personal docente requiere ciertas limitaciones con el fin de salvaguardar a largo plazo los derechos democráticos a la libertad. De conformidad con el párrafo 2 del artículo 1 del Convenio núm. 111, tales limitaciones no pueden constituir discriminación.

No debe ocultarse que la Comisión Europea de Derechos Humanos, después del pasaje recién citado, se refiere a las responsabilidades especiales del empleador para garantizar el libre intercambio y desarrollo de ideas en el marco de la libertad de expresión dentro de la escuela. Sin embargo, como se ha demostrado precedentemente, tal pluralismo de opiniones está garantizado en las escuelas alemanas y nadie en verdad lo pone en tela de juicio, pues en el caso que nos ocupa no se trata de opiniones políticas que difieren de las del Gobierno, sino de los principios fundamentales de una democracia libre.

_ Debe continuar en la enseñanza quien proporciona a sus alumnos obras o escritos en los que se niegan los horribles crímenes del Tercer Reich (caso Luthardt, Baja Sajonia)? Debe trabajar como catedrático quien escribe libros que se inspiran en la ideología de extrema derecha, como *Das Volk in seiner Wirklichkeit* (caso Kosiek, Baden-Württemberg)? Debe admitirse o mantenerse en la enseñanza a quien, presentándose a un cargo electivo o desempeñando cargos en partidos extremistas, propugna públicamente - y por lo tanto también para conocimiento de sus alumnos - la destrucción del orden fundamental libre y democrático de la República Federal de Alemania?

Quienes se refieren a este respecto, a la forma irreprochable en que estas personas ejercen la enseñanza, pasan por alto - suponiendo que la afirmación fuera correcta - que la autoridad del maestro y la relación de confianza que se establece entre él y sus alumnos en el curso de las clases son indivisibles y se extenderán automáticamente a las ideas expresadas por aquél fuera de la escuela. Jóvenes que, debido a su edad e inexperiencia, son muy influenciados, difícilmente podrán distinguir si el profesor que tiene su confianza hace propaganda para los objetivos de su partido hostil a la Constitución durante las horas de clase o más tarde en las calles. Este factor precisamente explica el especial interés de los extremistas de todas las tendencias por los servicios de educación.

5. Por último, también debe tenerse en cuenta el carácter preventivo de las medidas de protección adoptadas en la República Federal de Alemania, pues para defender la democracia no basta meramente con reaccionar a los ataques específicos contra el orden fundamental, libre y democrático. Cualquier funcionario hostil a la Constitución puede comenzar conduciéndose en forma extremadamente fiel a ella y sólo en momentos de crisis o de conflicto, cuando el Estado y sobre todo los ciudadanos dependen de todo el cuerpo de funcionarios para defender con determinación el orden estatal libre y los derechos humanos, revelar su verdadera naturaleza e intentar promover una dictadura totalitaria. Si el Estado no previene a tiempo tales peligros, después tal vez sea demasiado tarde para oponer una defensa eficaz. En consecuencia, no puede invocarse como único criterio el comportamiento anterior en el puesto.

Este propósito preventivo de la obligación de fidelidad a la Constitución no conduce, sin embargo, a un control específico de todos los candidatos. Como se desprende claramente de los "Principios para la verificación de la fidelidad a la Constitución", adoptados por el Gobierno de la República Federal de Alemania el 17 de enero de 1979 y siempre vigentes sin cambio alguno, se parte del principio de que el candidato será fiel a la Constitución. Sólo si la autoridad encargada de la contratación sabe de hechos concretos que indiquen que la persona interesada no ofrece la garantía de que defenderá en todo momento el orden fundamental libre y democrático, se solicitará de la autoridad competente, conforme a los principios de proporcionalidad, toda documentación pertinente que obre en su posesión. Incluso tal solicitud no conlleva un examen especial y específico del candidato. En lo tocante a los funcionarios, es preciso en todos los casos que se haya cometido una infracción disciplinaria precisa para iniciar un proceso disciplinario.

A la luz de todo lo precedente, el Gobierno Federal considera que no puede haber duda alguna de que los requisitos inherentes al empleo como funcionario en la administración pública de la República Federal de Alemania justifican las medidas de protección para mantener un servicio público fiel a la Constitución y que, por lo tanto, éstas no pueden considerarse como una discriminación en el sentido del párrafo 2 del artículo 1 del Convenio núm. 111.

VI. Aplicación del artículo 4 del Convenio núm. 111

Por otra parte, una violación del Convenio por la República Federal de Alemania estaría descartada por el artículo 4, el cual permite expresamente las medidas que afecten a una persona sobre la que recaiga sospecha legítima de que se dedica a una actividad perjudicial a la seguridad del Estado, o acerca de la cual se haya establecido que de hecho se dedica a esa actividad, siempre que dicha persona tenga el derecho a recurrir a un tribunal competente conforme a la práctica nacional.

1. El propósito de la regla enunciada en el artículo 4 consiste en llegar a una línea de demarcación razonable entre el interés del individuo en cuanto a la salvaguardia de los derechos humanos protegidos por el Convenio y los intereses del Estado en cuanto a la salvaguardia de su propia seguridad. Ambos puntos de vista se sitúan aquí sobre un pie de igualdad.

En lo que se refiere a la seguridad del Estado, debe tenerse presente que, aunque éste sea un concepto jurídico general no definido, el mismo supone cierta relación con circunstancias que pueden variar de un Estado a otro y que también son diferentes en la práctica. El grado de seguridad de que disfruta a priori un Estado depende de muchos factores, que deben evaluarse globalmente. La conclusión resultante puede ser que determinado Estado habrá de considerarse como mucho más amenazado que otro en cuanto a su seguridad, y esto, naturalmente, también afecta la forma de juzgar los actos desde el punto de vista del artículo 4 del Convenio.

Entre los factores que deben tomarse en consideración figuran los de orden geográfico e históricos. Geográficamente la República Federal de Alemania está situada, para decirlo en pocas palabras, en el límite entre el Este y el Oeste. Históricamente aprendió por experiencia propia cómo los enemigos de la libertad abusaron de la libertad que se les concedía en los días de la República de Weimar con el fin de eliminar esa misma libertad. Más tarde Heydrich, el jefe de la Gestapo, se expresó en los siguientes términos: "Nosotros... hemos destruido por medios constitucionales, por vías legales, un sistema que, carente de sustancia interna, estaba dispuesto a claudicar en cualquier momento, siempre que se procediera por vía legal" (véase *Deutsches Recht*, 1936, pág. 121).

La historia más reciente mostró lo que cuesta librarse de este sistema. En el verano de 1932, Goebbels escribió en su diario: "Una vez en el poder, no lo cederemos jamás, a menos que nos lo arrebaten pasando sobre nuestros cadáveres" (Goebbels, *Vom Kaiserhof zur Reichskanzlei*, 1934, pág. 139).

Así se comprende claramente no sólo por qué la República Federal de Alemania ha optado por una "democracia capaz de defenderse a sí misma", sino también el hecho de que está particularmente amenazada por personas y organizaciones empeñadas en destruir la democracia libre. En tales circunstancias, las medidas contra miembros de la administración pública que apoyan activamente los objetivos del DKP o del NPD, bien porque son funcionarios de estos partidos, los representan en órganos electivos o se presentan como candidatos en las elecciones para tales puestos, deben considerarse justificadas en virtud del artículo 4 del Convenio, aun cuando no se establezca que el DKP o el NPD trabajan sirviéndole de medios inconstitucionales. En las circunstancias especiales prevaecientes en la República Federal de Alemania debe ser suficiente con que el NPD se manifieste en contra de los principios democráticos fundamentales y de los derechos humanos, o que el DKP desee reemplazar la democracia libre por una dictadura del proletariado, una democracia popular o cualquier otro sistema de "socialismo real".

Por supuesto, lo anterior se aplicará con mayor razón si se establece que el DKP desea obtener sus fines por medios inconstitucionales; por ejemplo, porque aspira a enmendar partes de la Constitución que, en virtud del artículo 79, párrafo 3, no pueden ser modificadas.

2. El orden fundamental libre y democrático es la médula del Estado y del orden constitucional de la República Federal de Alemania. Todo ataque a la misma es perjudicial para la seguridad del Estado también dentro del significado del artículo 4 del Convenio.

El concepto del orden fundamental libre y democrático ha sido definido de manera inequívoca por el Tribunal Constitucional Federal (cfr. BVerfGE 2, 1/14; 85/140); ya ha sido mencionado en la sección III.

Sólo quien por principio pone en tela de juicio y combate estos valores de libertad fundamentales - para cuya difusión y defensa en el mundo del trabajo se fundara justamente la Organización Internacional del Trabajo - y que por lo tanto se opone a los propósitos de esta Organización se considera que no es apto para el empleo como funcionario en el servicio público de la

República Federal de Alemania y que se encuentra en el campo de aplicación del artículo 4 del Convenio núm. 111.

En esta materia, el Gobierno Federal considera que su opinión concuerda plenamente con las observaciones hechas por la Comisión de Expertos en su estudio general sobre el Convenio núm. 111 en 1963 (op. cit., pág. 209, párrafo 47).

Se hace referencia una vez más al hecho de que el Tribunal Constitucional Federal considera obligatorio el examen de cada caso. En la República Federal de Alemania no se niega a nadie la entrada o la permanencia en el servicio público por el mero hecho de ser miembro de un partido o de una organización que persigue objetivos hostiles a la Constitución. Lo que se examina es el caso concreto individual. Cada aspirante a un puesto en el servicio público es objeto de una apreciación de su futura fidelidad a la Constitución; esta apreciación se basa en sus actividades individuales y en su personalidad, y en ella se tiene en cuenta la afiliación a un partido o a una organización hostil a la Constitución como un simple elemento de juicio entre muchos otros. Durante este proceso, se presume en principio la fidelidad a la Constitución de cada candidato. Sólo cuando hechos concretos debilitan esta confianza en el interesado pueden llevarse a cabo nuevos exámenes y entrevistas. En el caso de un funcionario debe probarse, mediante un procedimiento disciplinario normal, que ha habido una infracción disciplinaria específica, y tampoco aquí, baste en sí misma la afiliación del funcionario a un partido o a una organización hostil a la Constitución. Deberán existir actividades específicas encaminadas a destruir el orden fundamental libre y democrático. No obstante, con esas actividades se ataca la médula del Estado y del orden constitucional de la República Federal de Alemania y se pone en peligro la seguridad del Estado.

Esto ocurre además de manera inconstitucional, porque el párrafo 3 del artículo 79 de la ley orgánica prevé una protección especial contra toda enmienda de las disposiciones esenciales de la Constitución que garantizan la libertad (véase la sección IV más arriba). Ahora bien, en opinión de la Comisión de Expertos, toda persona que pone en peligro la seguridad del Estado mediante actividades y métodos inconstitucionales caerá dentro del campo de aplicación del artículo 4 del Convenio núm. 111. A este respecto ya se ha hecho referencia reiterada a todas las salvaguardias legales requeridas por esa disposición.

3. Se objeta contra la posición jurídica así tomada por el Gobierno Federal que los funcionarios despedidos no han sido acusados de haber usado o preconizado medios inconstitucionales. Este argumento omite la verdadera cuestión: quien con plena conciencia obra para eliminar el orden fundamental libre y democrático, aunque la Constitución excluya la eliminación de estos principios democráticos mínimos de un estado de derecho, se opone por su empeño, a la Constitución. Su actividad es hostil a la Constitución.

A este respecto sólo queda por agregar algunas observaciones explicativas:

El Comité establecido conforme al artículo 24 de la Constitución de la OIT para examinar la reclamación hecha por la Federación Sindical Mundial en 1984 relacionó el artículo 4 con el párrafo 1 del artículo 1 del Convenio. Esto puede llevar a una situación en la cual las disposiciones tomadas en virtud del artículo 4 del Convenio para proteger la seguridad del Estado serían autorizadas sólo en la medida en que, de todos modos, también lo fueran por el párrafo 1 del artículo 1 del Convenio y, por lo tanto, dicho concretamente, tuvieran como propósito luchar contra esfuerzos totalitarios por cambiar fundamentalmente las instituciones del Estado, y entonces únicamente si se realizaran tales actividades valiéndose de métodos violentos o inconstitucionales o si se preconizaran métodos violentos o inconstitucionales (véase documento GB.229/5/11, párrafo 44).

El hecho de que se retome aquí ese comentario del Comité de Expertos acerca del párrafo 1 del artículo 1 del Convenio, en relación con el artículo 4 lleva a la conclusión de que el Comité quiso limitar el alcance de dicho artículo 4 de tal forma que no pueda ofrecer a los Estados nada más de lo que ya se desprende del párrafo 1 del artículo 1 del Convenio: de esta manera se despojaría al artículo 4 de toda significación práctica y de su contenido.

La opinión conducente a la conclusión de que el artículo 4 del Convenio dejaría de poseer toda significación jurídica independiente - porque sólo estaría justificado, en virtud del párrafo 1 del artículo 1 del Convenio, lo que ya no podría ser considerado como discriminación sobre la base de opiniones políticas - transgrediría el principio de interpretación reconocido en derecho internacional, a saber, que al interpretar un tratado se deben tomar en consideración todas las disposiciones (véanse la opinión consultiva de la Corte Permanente de Justicia Internacional de 12 de agosto de 1922, citada en Williams/Lauterpacht, vol. 1, pág. 359; Berber I, pág. 478, y la codificación de este principio de derecho en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, fechada el 23 de mayo de 1969).

Sólo una interpretación global semejante de todo el texto lleva a la interpretación "razonable" prescrita por el derecho internacional (véase Corte Permanente de Justicia Internacional, serie B, núm. 11).

En concreto, esto significa que no es permisible interpretar un tratado de tal manera que algunas de sus disposiciones carezcan de sentido o efectividad. Las disposiciones de un tratado - todas ellas - deben recibir en la interpretación un valor de uso práctico (sens utile).

El principio se basa en el siguiente supuesto: "Se da por sentado que las partes desean que las disposiciones de un tratado tengan cierto efecto, y no de que carezcan de significado" (véase Oppenheim/Lauterpacht, pág. 955, y otras referencias).

Esto debe ser tanto más válido en el presente caso, cuanto que las dos reuniones de la Conferencia en las cuales se examinó el Convenio se ocuparon en detalle del artículo 4, trabajo preparatorio éste que debería tenerse también en cuenta en virtud del artículo 32 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados como medio complementario de interpretación. Se insertó el artículo 4, durante la primera discusión a propuesta de los empleadores, y se revisó, durante la segunda discusión, a propuesta de los trabajadores.

A este respecto cabe mencionar que durante la segunda discusión los representantes de los Gobiernos de Filipinas y de Polonia propusieron la supresión de lo que más tarde se convertiría en el artículo 4, aduciendo que era superfluo. Esta propuesta fue rechazada por una amplia mayoría (80 votos a favor, 365 en contra y 32 abstenciones); quedó así claramente demostrado que los delegados reconocieron plenamente el significado práctico del artículo, lo que se confirma por el hecho de que como ya se mencionara, el texto fue modificado posteriormente en segunda lectura (véase Conferencia Internacional del Trabajo, 42.a reunión, 1958, Actas, apéndice 6, pág. 715, párrafo 26).

La historia de su adopción también confirma, por lo tanto, que el artículo 4 del Convenio debe poseer un significado por sí mismo. Sin embargo, esto es válido sólo si se presentan casos que, aunque constituyan una discriminación por razones de opinión política en virtud del párrafo 1 del artículo 1 del Convenio y, por lo tanto, sean "en sí" contrarios al Convenio, son sin embargo permisibles, a título de excepción, en virtud del artículo 4 del Convenio porque las medidas tomadas afectan a personas que se dedican a una actividad perjudicial a la seguridad del Estado, o acerca de las cuales recae sospecha legítima de que se dedican a tal actividad.

Si tomamos a manera de guía las observaciones anteriores de la Comisión de Expertos, podría presentarse un caso semejante si la actividad perjudicial a la seguridad no fuera acompañada por el uso o la defensa de métodos violentos o inconstitucionales, de tal modo que la actividad no estaría ya prohibida ni protegida por el párrafo 1 del artículo 1 del Convenio, pero sin embargo, según la interpretación dada por la Comisión de Expertos, se cumplirían las exigencias del artículo 4. Este sería precisamente el caso de las personas que ejercen funciones en partidos extremistas - si se presumiera que, pese a perseguir objetivos totalmente contrarios a la Constitución (eliminación del orden fundamental libre y democrático), no recurrían para ello (de momento) a métodos inconstitucionales.

Las medidas aquí adoptadas, en tal caso tal vez no estarían justificadas en virtud del párrafo 1 del artículo 1 del Convenio, pero en cambio sí lo estarían en virtud del artículo 4.

En consecuencia, el Gobierno de la República Federal de Alemania considera que sus medidas de protección para mantener un servicio público fiel a la Constitución están justificadas también por el artículo 4 del Convenio núm. 111, sobre todo teniendo en cuenta que las personas interesadas gozan de una amplia protección jurídica.

396. La opinión jurídica del profesor Karl Doehring que se adjunta a la declaración del Gobierno tiene fecha de 13 de mayo de 1985. Su propósito era determinar si la ley y la práctica en la República Federal de Alemania con miras a la exclusión de extremistas del servicio público eran conformes al Convenio núm. 111, tomando como referencia el informe presentado al Consejo de Administración en su 229.a reunión por el Comité establecido para examinar la reclamación presentada por la FSM en junio de 1984. Seguidamente se reproduce el resumen de la opinión del profesor Doehring, expuesto al fin de la opinión jurídica con ciertas indicaciones adicionales contenidas en la parte principal del dictamen:

1. Debe presumirse que todos los Estados Miembros están sujetos a las mismas obligaciones dimanantes de la Constitución de

la OIT y del Convenio núm. 111. Teniendo presente este principio, hay lugar a dudas cuando se hacen reproches a la República Federal de Alemania por los métodos que emplea para mantener a los extremistas fuera del servicio público, si bien los Estados comunistas protegen en forma incomparablemente más rigurosa su ideología estatal unilateral y los métodos empleados por las democracias occidentales para protegerse de los extremistas no difieren fundamentalmente de los de la República Federal de Alemania. En consecuencia, aprobar la reclamación de la FSM constituiría una discriminación contra la República Federal de Alemania.

2. Los métodos empleados por la República Federal de Alemania para excluir a los extremistas del servicio público son apropiados, concuerdan con los conceptos de democracia y libertad en el sentido de la Carta de las Naciones Unidas y de la Constitución de la OIT, y respetan el principio de la proporcionalidad. Ya en 1930 el Gobierno socialdemócrata de Prusia prohibió a los funcionarios, aunque sin éxito, dedicarse a actividades en el Partido Nacional Socialista y en el Partido Comunista. La Constitución de la República Federal de Alemania, basada en la experiencia del Reich alemán, no permite que los funcionarios no estén dispuestos a defender las disposiciones esenciales de la Constitución, el orden fundamental libre y democrático, o que traten de eliminarlas. En interés de los ciudadanos alemanes en su conjunto, sólo podrá considerarse que una persona es apta para trabajar en calidad de funcionario, si puede garantizar su fidelidad a la Constitución. Al proceder a la selección de candidatos para el cargo de funcionarios del Estado, las autoridades deben guiarse únicamente por el interés público. En consecuencia, el negarse a contratar a un candidato por falta de fidelidad a la Constitución no constituye una discriminación arbitraria, sino que es una decisión apropiada.

Las autoridades del Estado sólo pueden garantizar la tolerancia del Estado democrático hacia todas las posiciones políticas - con excepción de las ideologías extremistas hostiles a la Constitución - si sus funcionarios están dispuestos a defender precisamente las posibilidades políticas de una oposición libre. Un miembro del Partido Comunista Alemán (DKP), que profesa el marxismo leninismo y, por lo tanto, acepta un sistema de partido único y la eliminación de toda oposición, a primera vista no es apto para ser funcionario. Si, pese a conocer los objetivos del DKP, afirma defender el orden fundamental libre y democrático de la Constitución, caben dudas sobre su credibilidad. No obstante, en tales casos se procede a un examen específico de las aptitudes del interesado, que ofrece una oportunidad de disipar las dudas sobre su fidelidad a la Constitución. Empero, existe cierto recelo si dicha persona en cuestión ha militado o milita activamente en pro de los objetivos del DKP. Si no pone fin a estas actividades, deberá considerarse como no apta para ser funcionario del Estado.

El hecho de que el DKP no esté actualmente prohibido pone en evidencia la tolerancia política fundamental del sistema jurídico de la República Federal de Alemania. Ahora bien, sería erróneo inferir de esto que no se pueda prohibir ser miembro de este partido a un aspirante a funcionario. Si así fuera, los Estados que no tienen la posibilidad de prohibir un partido nunca podrían excluir de la administración pública a los extremistas y a todos aquellos que se oponen a la Constitución. No obstante, esto contradice toda la práctica de los Estados y no puede considerarse como un argumento serio.

La destitución de un funcionario del servicio público presupone que ha habido incumplimiento de las obligaciones. Tal incumplimiento puede existir cuando un funcionario, a pesar de las advertencias, no se abstiene de actividades en favor de un partido extremista que rechaza la Constitución. Su destitución dependerá de la decisión de un tribunal independiente. El peso de la prueba del incumplimiento de las obligaciones incumbe a las autoridades del Estado.

Puede interponerse un recurso de apelación ante tribunales independientes contra cualquier decisión sobre materias que conciernen al derecho relativo a los funcionarios; también puede presentarse al Tribunal Constitucional Federal cualquier queja de violación de los derechos fundamentales u otros derechos similares. Por otra parte, en la República Federal de Alemania, más allá de la obligación de fidelidad, el alcance de las restricciones autorizadas a la libertad de opinión y al derecho a dedicarse a actividades políticas está claramente determinado según criterios basados en las funciones del cargo.

El sistema jurídico de la República Federal de Alemania no permite que se distingan grados diferentes de fidelidad al Estado entre funcionarios en puestos diferentes. Esto constituiría una discriminación contra los propios funcionarios, con efectos intolerables contrarios a la ley en el caso de traslados y ascensos, así como en muchos otros aspectos del derecho que rige a los funcionarios. Esto no significa que no se haya de asignar a funcionarios dignos de confianza a esferas sensibles desde el punto de vista de la seguridad, de acuerdo con sus funciones. Sin embargo, los rasgos de carácter a los cuales debe darse la preferencia en este caso, no consisten en grados diferentes de fidelidad a la Constitución, sino en cualidades adicionales. Conforme a la

Constitución (artículo 33, párrafo 4) y a la ley sobre los funcionarios (principios generales) (artículo 2, 2)), los poderes soberanos - y generalmente sólo tales poderes - deberían en principio conferirse exclusivamente a los funcionarios. Al hacerlo, el sistema jurídico de la República Federal de Alemania demuestra que, como cuestión de principio, no puede compararse a un funcionario con un "empleado" al servicio del Estado, pues aquél ejerce más bien sus funciones como titular de un poder soberano. Sería difícil, y en el sistema jurídico alemán incluso ilegal, dividir a los funcionarios entre aquellos de quienes se puede exigir "un poco de fidelidad" y aquellos de quienes se puede exigir "mucho fidelidad". Los mismos funcionarios se han resistido siempre a una clasificación semejante. Incluso un funcionario subalterno, que desempeña una función quizás poco importante, está orgulloso de representar a la autoridad del Estado mediante el ejercicio leal de su poder soberano. Sería discriminatorio dar a entender a este funcionario que su fidelidad carece de importancia, con el único fin de poder tratar equitativamente a un funcionario cuya fidelidad al Estado suscita dudas. Tal discriminación acarrearía también consecuencias muy concretas. El derecho público alemán se basa en la presunción de que, si es necesario, cada funcionario debe y puede reemplazar a cualquier otro funcionario impedido de desempeñar sus funciones.

Parte de la relación especial de fidelidad entre el Estado y el funcionario es la obligación de éste de aceptar un traslado si se le necesita en un puesto diferente. Este reemplazo de un funcionario por otro no debe resultar irrealizable por el hecho de que un funcionario no es suficientemente "fiel" para el cargo a que ha de ser transferido. A este respecto, el argumento del Comité del Consejo de Administración de que en un Estado moderno el servicio público es comparable en muchos aspectos al sector privado constituye una falacia y no es pertinente para el derecho alemán. Igualmente, el ascenso de los funcionarios se vería afectado por dudosas consideraciones si se establecieran diversos niveles de fidelidad. Tener que decir a un funcionario técnicamente calificado que no puede ser ascendido a un cargo más alto porque no es suficientemente "fiel", y ascender a un funcionario menos calificado porque es "más fiel" equivaldría a hacer una distinción que en derecho constitucional no podría justificarse. Además, como las circunstancias cambian, la importancia a un cargo oficial por lo que respecta al Estado y la seguridad puede variar en cualquier momento. Entonces, habría que trasladar a otros puestos al funcionario "no tan fiel".

También sería erróneo remitirse a otros sistemas jurídicos. Cada Estado debe tener entera libertad para elaborar su propio derecho relativo a los funcionarios de forma que se adapte a los requisitos de la Constitución nacional. Cuando se adoptó el Convenio núm. 111, era sabido que el servicio público estaba organizado de manera diferente en los Estados Miembros y en los Estados partes en el Convenio, situación que se tiene en cuenta en el párrafo 2 del artículo 1 del Convenio.

3. Los sistemas de gobierno de todas las democracias comparables a la República Federal de Alemania exigen lealtad y fidelidad de las personas que ocupan cargos oficiales. Minuciosos estudios de estos sistemas jurídicos y de su funcionamiento lo han demostrado. Es verdad que los métodos de protección varían. Que el requisito de igualdad de trato no sea observado tan estrictamente como en la República Federal de Alemania es atribuible a las características propias de otros sistemas jurídicos, en particular a los procedimientos de selección de funcionarios. Una prueba del alto grado de protección jurídica que existe en la República Federal de Alemania en comparación con muchos otros sistemas jurídicos es el hecho de que con frecuencia en estos últimos no se necesita dar las razones por las que no se contrata a un candidato o se despide a un funcionario. Lo mismo puede decirse en cuanto a la protección judicial en caso de rechazo de candidatos y de destitución. Probablemente ningún otro Estado esta dispuesto a otorgar en tales casos una protección jurídica y judicial comparable a la que se concede en la República Federal de Alemania. En otros Estados, en que no es necesario revelar las razones de las decisiones concernientes a la inaptitud de candidatos y funcionarios desde el punto de vista de la Constitución, la exclusión de extremistas, que en realidad es consecuencia de medidas puramente gubernamentales, no es espectacular, mientras que en la República Federal de Alemania el procedimiento público permite una transparencia total en este campo. De ahí la controversia pública, a la que se recurre para criticar el orden y la práctica jurídicas de la República Federal de Alemania y poner en tela de juicio su legalidad.

4. También los empleados de las organizaciones internacionales están expresamente sometidos a la obligación de fidelidad a los objetivos, propósitos y estatutos de aquéllas. Si, contrariamente a estas disposiciones, se contratara o se mantuviera a un empleado que - al igual que un miembro del DKP en la República Federal de Alemania - rechazara expresamente los objetivos y fines de la organización, no sólo correrían peligro tales fines, sino que se haría caso omiso del sistema jurídico de la organización. Los ejemplos de las Naciones Unidas y de las Comunidades Europeas demuestran este punto. También en esos casos se consideraría intolerable emplear como funcionario a un adversario del sistema jurídico de la organización.

5. El sistema de partido único existente en los Estados comunistas tales como la URSS y la República Democrática Alemana, que no tolera una oposición y define los derechos fundamentales únicamente como participación en el sistema colectivo, exige e impone con carácter obligatorio a las personas que ocupan cargos públicos su adhesión incondicional a la ideología del Estado, el marxismoleninismo. En estos Estados no existe la protección de tribunales independientes. Aparte de que tal sistema no es conforme ni con los principios de los pactos sobre derechos humanos y de la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ni con los de la OIT, es absurdo, como resulta evidente si se comparan las respectivas disposiciones jurídicas, que los representantes de tales sistemas marxistasleninistas critiquen a la República Federal de Alemania. En los Estados comunistas, el sistema de protección contra los funcionarios públicos no marxistas es riguroso y sin falla. Esto no significa que la República Federal de Alemania pueda tomar a su vez, por tal motivo, medidas protectoras que violen las libertades. Tales medidas no se aplican. Por tanto, no se trata de un problema de igualdad en la injusticia, sino de señalar que es intolerable y discriminatorio acusar a la República Federal de Alemania de una presunta práctica que, en realidad, se aplica con todo rigor en los Estados comunistas.

6. Es de suponer que el concepto de discriminación, tal como se ha desarrollado en el derecho internacional público, en los principios de las Naciones Unidas y en la práctica de las democracias libres, subyace también en las normas jurídicas de la OIT. Según este concepto, discriminación significa menosprecio de la prohibición de arbitrariedad. En otras palabras, no puede presumirse que existe discriminación si se hacen distinciones basadas en consideraciones objetivas que no violan las libertades. A este efecto, los principios de los pactos de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos en particular demuestran que resulta objetivamente necesario limitar las actividades de quienes quieren usar sus derechos para perjudicar las libertades de otros. Este es un peligro que existe sobre todo entre servidores del Estado. La elección de las medidas de protección contra tal peligro debe dejarse ante todo al propio sistema estatal. Ha de tenerse en cuenta la especial situación histórica, política y geográfica de la República Federal de Alemania al evaluar la admisibilidad de sus medidas de protección, punto este que fue recalcado por la Comisión Europea de Derechos Humanos en un contexto similar.

7. Las disposiciones del Convenio núm. 111 han de interpretarse a la luz de estas consideraciones. Tal interpretación, basada en las normas del derecho internacional y en la Constitución de la OIT, confirma plenamente la conformidad del sistema jurídico de la República Federal de Alemania con estos principios. No es arbitrario y por lo tanto tampoco discriminatorio, inferir del texto perfectamente claro del párrafo 2, del artículo 1, del Convenio, que en la República Federal de Alemania todos los funcionarios del Estado desempeñan un "empleo" que, en vista de las "calificaciones" que exige, justifica un tratamiento diferente del que se da a los demás trabajadores. El grado de diferencia de trato ha de determinarse, en virtud del artículo 2 del Convenio, según las "condiciones nacionales", con la consecuencia de que también se han de tener presentes las condiciones jurídicas y políticas especiales de la República Federal de Alemania. El mismo principio está expresado claramente una vez más en el artículo 3 del Convenio. El artículo 4 de éste permite utilizar la seguridad del Estado como criterio objetivo para justificar un trato distinto cuando recae sobre una persona la sospecha legítima de que amenaza tal seguridad. Un miembro del DKP que, pese a estar informado sobre la incompatibilidad del marxismoleninismo con el orden fundamental libre y democrático de la República Federal de Alemania, mantiene su convicción política y la manifiesta activamente, perjudica la seguridad del Estado, cualquiera que sea el puesto que ejerce como funcionario público, como lo demuestran los innumerables casos de espionaje y de actividades subversivas dirigidas por los Estados comunistas.

En consecuencia, no puede establecerse que la República Federal de Alemania haya violado los principios estipulados en el Convenio núm. 111. Estos principios son también plenamente respetados en la práctica.

397. Después de la audiencia de los testigos en la segunda reunión de la Comisión, el Gobierno de la República Federal de Alemania comunicó los comentarios que figuran a continuación:

(Traducción)

I. Como ya ha quedado demostrado en las audiencias, se establece una distinción entre las disposiciones legales vigentes en la República Federal de Alemania respecto a la fidelidad a la Constitución en el servicio público, y la práctica administrativa. Las disposiciones legales no han sido puestas en tela de juicio. Tal como ya señaló el Gobierno Federal en su declaración de 27 de marzo de 1986, ninguna de las agrupaciones de importancia social de la República Federal de Alemania se ha apartado de esta posición de principio. La Confederación de Sindicatos de la República Federal de Alemania, la mayor organización de

trabajadores del país, ha vuelto a confirmar recientemente a través de su publicación *Der Deutsche Beamte* que está de acuerdo en que, en principio, todas las personas empleadas en el servicio público de la República Federal de Alemania deben fidelidad a la Constitución ("Soviel Freiheit wie möglich, soviel Bindung wie nötig"; por Hans-Hermann Schrader, núm. 5, mayo de 1986, figura en anexo), expresando de este modo una opinión que difiere algo de la manifestada por los representantes de dos de sus organizaciones afiliadas que se presentaron a las audiencias. El Gobierno del Land del Saar tampoco ha enmendado la ley del Saar sobre los funcionarios, pero ha conservado la obligación de fidelidad a la Constitución para los funcionarios. De igual modo, en la esfera internacional tampoco se ha pretendido nunca que la obligación de fidelidad a la Constitución prescrita en la Constitución de la República Federal de Alemania, así como en las leyes sobre los funcionarios de la Federación y de los Länder, violaba per se el Convenio núm. 111 de la OIT. Lo que se ataca en todos los casos es únicamente la práctica administrativa, lo cual supone pasar por alto las siguientes consideraciones:

Puede ocurrir que la práctica administrativa coincida con la situación jurídica, en cuyo caso la correcta aplicación de las leyes existentes no puede constituir una violación de las obligaciones resultantes del Convenio núm. 111, si las propias leyes no lo hacen; en otros casos, y esto es lo que se reclama, la práctica administrativa no está amparada por la legislación nacional y, por ende, es contraria a la ley; los tribunales nacionales deberían entender en estas cuestiones y decidir que se ha producido una violación nacional de la ley.

Las audiencias celebradas ante la Comisión de Encuesta han demostrado que se está evitando deliberadamente, por razones políticas, que la instancia judicial más alta se pronuncie sobre la posición jurídica nacional, con lo cual no sólo se priva a las personas interesadas del derecho a plantear la cuestión ante los organismos internacionales, sino que, lo que es más grave aún, se carece de un objeto de estudio específico. Porque si la instancia judicial más alta decidiese que la práctica administrativa es legal y conforme a las leyes, el único objeto posible para emprender un estudio internacional serían las propias leyes, pues su correcta aplicación es inseparable de su sustancia. No obstante, la legislación de la República Federal de Alemania se ha mantenido inalterada durante varios decenios y, hasta ahora, la Organización Internacional del Trabajo no ha considerado que esté infringiendo el Convenio núm. 111. Si, por el contrario, la instancia judicial más alta decidiese que la práctica interna es inconstitucional o contraria al derecho escrito, no habría necesidad de llevar adelante esta investigación.

Por tanto, una decisión del Tribunal Federal Constitucional es un requisito previo para la realización de este proceso internacional. Solamente las personas interesadas pueden provocar tal decisión. Ahora bien, ni el Gobierno Federal ni los gobiernos estatales están en condiciones de recurrir al Tribunal Federal Constitucional sobre los temas en discusión.

Se hace referencia explícitamente a las explicaciones dadas por el Profesor Doehring en la vista oral sobre el problema del no agotamiento de los recursos internos en derecho internacional.

II. Ni el Convenio núm. 111 de la OIT ni la Constitución de la República Federal de Alemania autorizan un trato diferencial para los extremistas de izquierda y los de derecha. Ahora bien, mientras que las medidas adoptadas por República Federal de Alemania contra los extremistas de derecha que desean ingresar en el servicio público o que ya trabajan en el mismo no levantan críticas en ninguna esfera, sino que, en realidad, se las suele tachar de excesivamente vagas (el testigo Paech manifestó que, a su entender, las garantías de los derechos humanos contenidas en la ley orgánica y en el derecho internacional no se aplicaban a los fascistas), cuando éstas medidas se aplican a los extremistas de izquierda y, principalmente, a los afiliados del Partido Comunista Alemán (DKP), se alega que éstas son inconstitucionales y constituyen una violación de las obligaciones internacionales, a pesar del principio de la igualdad de trato que se preconiza en el Convenio de la OIT. Por lo tanto, ya no se trata de saber si puede exigirse a los funcionarios de la República Federal de Alemania una fidelidad especial al orden fundamental, libre y democrático, y qué tipo de consecuencias podrá acarrear la falta de esa fidelidad a la Constitución; el único punto en discusión consiste en saber si el Gobierno Federal tiene razón en sostener que el DKP persigue fines contrarios a la Constitución. Esta cuestión (sobre la cual, según el firme deseo de las personas afectadas que han prestado testimonio, el Tribunal Federal Constitucional no puede decidir, pese a ser competente en la materia) no podrá resolverse según lo dispuesto en el Convenio núm. 111. El Gobierno Federal tampoco puede percibir aquí referencia alguna a las funciones y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo. La única manera de determinar que un partido o una organización persigue objetivos hostiles a la Constitución en el plano nacional es examinar la cuestión con arreglo al derecho constitucional nacional.

III. En el curso de las audiencias, se hizo repetidas veces referencia a las diferencias, supuestas o reales, que ocurren en la

práctica administrativa de la Federación y de los Länder. Al respecto, cabe señalar lo siguiente:

- 1.** La Federación y todos los Länder apoyan el principio de la fidelidad a la Constitución en el servicio público, y están convencidos de su necesidad. Incluso el Saar ha optado por no enmendar las disposiciones correspondientes de su ley sobre los funcionarios públicos.
- 2.** La práctica administrativa se basa siempre en la evaluación del caso individual, que el Tribunal Federal Constitucional ha instituido como requisito obligatorio, y en la cual - al igual que en toda decisión administrativa - debe respetarse el principio de la proporcionalidad. Puesto que todos los casos individuales se presentan de manera diferente, muchas de las discrepancias surgidas se deben a la diversidad de circunstancias.
- 3.** No obstante, tampoco se puede discutir que existen además algunas diferencias de carácter general que existen entre los empleadores particulares de la Federación y los de los Länder por lo que respecta a la aplicación práctica de las disposiciones reglamentarias comunes a todos, como por ejemplo en el caso de la llamada solicitud de informaciones de rutina. Ello se debe, por un lado, al cambio de opinión operado en algunos sectores del Partido Socialdemócrata Alemán (SPD) y por otro al sistema federal de la República Federal de Alemania. En la práctica, sin embargo, las diferencias en los reglamentos tienen una incidencia menor de lo que podría parecer. La manera más adecuada y eficaz de unificar la práctica administrativa sería disponer de una decisión del Tribunal Federal Constitucional sobre las cuestiones aún pendientes, pero esto es algo que se evita de forma deliberada.
- 4.** En opinión del Gobierno Federal, únicamente la Constitución y las leyes de la República Federal de Alemania, así como la práctica administrativa derivada de las mismas, que coincide con la práctica de la mayoría de los Länder, pueden conformar una base para la encuesta de la Comisión. Si determinados Länder toman en casos individuales decisiones en favor de las personas interesadas, ya sea por motivos políticos reconocidos o meramente tácticos, esto no podrá afectar la cuestión de saber si la aplicación práctica defendida por el Gobierno Federal corresponde a la posición jurídica legal y si esta última posición es conforme a lo dispuesto en el Convenio núm. 111. Además, no debe olvidarse que las decisiones adoptadas en favor de las personas interesadas no están sujetas a controles judiciales de ningún tipo en cuanto a su legitimidad, pues los beneficiarios no tienen motivo para apelar ante los tribunales.

IV. Durante las audiencias se intentó en reiteradas ocasiones dar la idea de que las medidas adoptadas en la República Federal de Alemania para garantizar la fidelidad a la Constitución del servicio público eran innecesarias y, por tanto, intolerables. Se dijo que las personas afectadas no habían sido acusadas de incumplimiento del deber en el ejercicio de sus funciones, que tampoco en sus actividades extraprofesionales se habían registrado acciones criminales ni ataques agresivos y violentos contra el orden constitucional, que su comportamiento no había menoscabado el respeto y la confianza de manera decisiva para el desempeño de sus funciones ni para el prestigio de la administración pública, que en los casos en que las personas acusadas de llevar a cabo actividades hostiles a la Constitución habían permanecido en sus puestos no se habían producido consecuencias ni perjuicios evidentes para el orden fundamental, libre y democrático; que, por consiguiente, las personas en cuestión no representaban peligro alguno para la existencia democrática de la República Federal de Alemania y que, por tanto, la obligación de fidelidad a la Constitución no podría considerarse como una calificación exigida para el empleo en el servicio público, en el sentido del artículo 1, párrafo 2, del Convenio núm. 111, y que tampoco cabía la aplicación del artículo 4 del Convenio núm. 111.

Como ya manifestaron los testigos citados por el Gobierno Federal, este enfoque demuestra incompreensión y hace caso omiso de los verdaderos problemas:

- 1.** Ignora la diferencia entre reacción y prevención. El Gobierno Federal no ha dejado nunca de destacar el carácter preventivo de la obligación de fidelidad a la Constitución, así como de las medidas relacionadas con la misma. La libertad democrática de la República Federal de Alemania sólo podrá protegerse eficazmente a largo plazo si, en caso de producirse crisis y situaciones de conflicto en el futuro, el cuerpo de funcionarios está dispuesto a defender en bloque y sin reservas el orden fundamental, libre y democrático. Por consiguiente, la necesidad y la eficacia de las salvaguardias aplicadas a tal fin no pueden evaluarse basándose en si ya han podido comprobarse daños específicos en ausencia de una situación de crisis, allí donde los funcionarios que tienen una actitud hostil hacia la Constitución han estado trabajando durante un tiempo relativamente largo o continúan haciéndolo. Los sistemas de salvaguardias no pueden juzgarse antes de que sobrevenga la contingencia para la que han sido previstos.

2. Se establece un vínculo entre el comportamiento dentro y fuera del trabajo de las personas afectadas, no a modo de reacción sino de prevención. La persona que, debido a las actividades que desarrolla, es decir, por su pertenencia a un partido que persigue fines hostiles a la Constitución, dé a entender que los ciudadanos no podrán confiar en ella en el momento crucial en que haya de defenderse su libertad democrática, no será apta para servir al Estado ni tampoco podrá acceder al cargo de funcionario ni permanecer en el mismo. No se trata aquí de ningún tipo de "castigo" por un comportamiento determinado, sino de una cuestión de "aptitud" para desempeñar cierto tipo de trabajo, o sea, el de funcionario al servicio del Estado.

3. No puede ni debe negarse que los escasos funcionarios del servicio público de la República Federal de Alemania que son conocidos por tener una actitud hostil a la Constitución no representan actualmente ningún peligro especial para el orden fundamental, libre y democrático. Ahora bien, la interpretación del Convenio núm. 111 no puede depender de que el número sea insignificante ni del peligro menor que tal situación entraña de momento. La cuestión de saber si la fidelidad a la Constitución es un elemento lícito de la aptitud y una exigencia para el empleo en el sentido del Convenio no se reduce a una cuestión de cantidad. No es posible que las medidas adoptadas por la República Federal de Alemania estén violando el Convenio núm. 111 cuando hay 500 extremistas en el servicio público y sean conformes al mismo cuando hay 5 000 o 50 000 extremistas en el mismo. De ello se desprende que, en principio, cada persona del servicio público que apoya fines o actividades hostiles a la Constitución pone en peligro la seguridad del Estado democrático. Si se espera hasta que llegue el momento en que los empleados con mentalidad extremista puedan representar un peligro grave, entonces será demasiado tarde para adoptar medidas eficaces.

4. El problema crucial consiste en saber quién es apto para ocupar un puesto de funcionario en la administración pública de la República Federal de Alemania. Los requisitos en materia de aptitud para desempeñar un trabajo específico sólo podrán determinarse dentro del marco de la Constitución, y se basarán en el propio trabajo si forman parte esencial de la descripción de las funciones correspondientes al mismo, como sucedió en este caso en que se hallan prescritos por la Constitución. La Organización Internacional del Trabajo y sus órganos no pueden modificar ni anular la descripción de funciones elaborada a nivel nacional. Sólo pueden considerar si globalmente esta descripción es contraria a los principios del Convenio núm. 111; no les compete, pues, elaborar una definición independiente de la obligación nacional de fidelidad a la Constitución ni de los requisitos conducentes a la misma.

Toda persona a la que se haya nombrado dirigente, representante o candidato de la mayoría de un partido u organización que persiga fines hostiles a la Constitución y que represente el programa del partido formulado por la mayoría, así como las decisiones individuales del partido frente al mundo exterior, y que busque su realización, deberá aceptar las consecuencias de tal comportamiento y esperar que "se tomen sus palabras al pie de la letra". Cualquier actitud interna divergente - que aparecerá como un engaño para los electores - deberá probarse por el propio interesado mediante hechos detallados. Los comportamientos de este tipo hacen que la persona en cuestión no sea apta para trabajar como funcionario. En tal caso, no importa si su conducta en el desempeño del servicio ha sido irreprochable o si ha cometido actos criminales o recurrido a la violencia fuera del mismo.

5. La cuestión de saber si los partidos que persiguen fines hostiles a la Constitución están prohibidos en la República Federal de Alemania no reviste importancia a los efectos de la investigación realizada con respecto al Convenio núm. 111. Esto se debe a que las cuestiones legales en discusión sólo pueden juzgarse ya sea independientemente de la posición nacional adoptada en materia jurídica y constitucional - en cuyo caso la prohibición impuesta al partido en virtud de la legislación nacional es improcedente para evaluar los hechos del caso - o teniendo debidamente en cuenta la legislación nacional. En este último caso, son decisivas las disposiciones de la ley orgánica sobre la obligación de fidelidad a la Constitución en el servicio público y el fallo que sobre dicha cuestión pronunció en 1975 el Tribunal Federal Constitucional.

6. En el artículo 4 del Convenio núm. 111 se estipula expresamente que no se consideran como discriminatorias las medidas que afecten a una persona sobre la que recaiga sospecha legítima de que se dedica a una actividad perjudicial a la seguridad del Estado. Una limitación similar figura en el artículo 10, párrafo 2, del Convenio Europeo sobre la Salvaguardia de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, que autoriza ciertas restricciones a la libertad de opinión, las cuales están prescritas por ley y son necesarias en una sociedad democrática, entre otras cosas, en interés de la seguridad nacional. Al interpretar el concepto de "seguridad nacional", la Comisión Europea de Derechos

Humanos, en su informe de 11 de mayo de 1984 sobre la petición, núm. 9704/82, formuló la siguiente declaración:

Además, es cierto que el Tribunal ha reconocido que la defensa de la democracia es una de las principales justificaciones de las limitaciones impuestas "en interés de la seguridad nacional", en una época en que las sociedades democráticas se ven amenazadas por formas de espionaje y terrorismo de gran complejidad. ... La Comisión recuerda que el presente caso no está relacionado con las consideraciones habituales en materia de seguridad, sino con la restricción de la libertad de opinión y de expresión de un profesor y de un funcionario público. El requisito de lealtad en nombre del cual se imponen estas restricciones tiene la finalidad de asegurar la protección de la urdimbre democrática de la sociedad y es uno de los baluartes erigidos a la vista de la experiencia del Estado Nacional Socialista en Alemania, para institucionalizar las estructuras democráticas e impedir que el totalitarismo prospere en la República Federal de Alemania. En este sentido, por tanto, se plantea la cuestión de la seguridad del sistema democrático constitucional (párrafos 79 y 80).

La República Federal de Alemania considera lo anterior como una confirmación de su opinión de que los ataques al orden público y al orden constitucional del país, así como a las libertades de los ciudadanos garantizados por los mismos perjudican la seguridad del Estado. No son necesarios actos concretos de violencia. Por consiguiente, las medidas adoptadas contra esta categoría de personas están justificadas según el artículo 4 del Convenio núm. 111, tanto más aún por cuanto, a raíz del examen de cada caso individual exigido por el Tribunal Federal Constitucional, tales medidas sólo pueden adoptarse contra personas determinadas, a quienes se garantiza una protección jurídica total ante tribunales independientes.

7. Al respecto, tampoco cabe esperar que los denominados "controles de seguridad" eliminen la necesidad de efectuar un examen específico de la fidelidad a la Constitución. Ello implica dos procedimientos básicamente diferentes por su contenido y sus fines:

La obligación de fidelidad a la Constitución rige en principio para toda persona que trabaje en el servicio público, si bien con ciertos matices para el personal contratado. La misma es una obligación de servicio general, merced a la cual será posible salvaguardar también para el futuro la estructura libre y democrática del Estado. Por consiguiente, la falta de fidelidad a la Constitución hace que la persona no sea apta para el servicio público; no podrá ser designada y el incumplimiento de esta obligación será causa de despido.

A ello cabe agregar que hay algunos sectores de la administración que tienen exigencias especiales en materia de seguridad, ya sea porque sus actividades requieren un mayor secreto o porque afectan a la seguridad interna y externa general. En estos casos, los objetivos directos de la protección no son la Constitución ni el futuro democrático del Estado, sino ciertos asuntos de Estado que deben mantenerse secretos y que afectan a la seguridad. Sólo pueden acceder a tales puestos las personas que han pasado por un control especial de seguridad. La finalidad del mismo no es tanto comprobar la fidelidad de la persona a la Constitución - algo que ya fue establecido en el momento de su designación y que, en principio, se espera de todos los interesados -, como verificar que también satisface las mayores exigencias en materia de seguridad, así por ejemplo si es proclive a aceptar chantajes (por deudas, actos criminales, etc.) o si representa un peligro específico para la seguridad (alcoholismo, toxicomanía, etc.). Debe entenderse que éstas no son obligaciones de servicio. Si una persona no cumple estos requisitos especiales, podrá de todos modos pasar a otros sectores del servicio público que no presenten las mismas exigencias en materia de seguridad. El control de seguridad no tiene la finalidad de determinar la aptitud para trabajar en el servicio público como tal, sino simplemente la actitud para desempeñar funciones muy específicas.

En consecuencia, también es erróneo calificar los controles y traslados efectuados en relación con estos requisitos especiales de seguridad como "medidas para imponer interdicciones profesionales", como siempre han tratado de hacerlo los opositores del orden fundamental, libre y democrático, para aumentar el número de casos. Si así fuese, un funcionario de la administración militar que fuese trasladado a una oficina de colocación por sufrir problemas de alcoholismo también debería ser considerado como víctima de una "interdicción profesional".

Debido a la mayor cantidad de pruebas por las que deben pasar las personas sometidas al control de la seguridad, sería desproporcionado e injustificable extender este procedimiento a todos los funcionarios, como por ejemplo al personal docente, únicamente a fin de determinar su aptitud para ocupar el cargo propuesto en lo que respecta a la fidelidad a la Constitución.

V. Como durante las audiencias de los testigos se hicieron reiteradas alusiones a la diferencia existente entre los funcionarios y

el personal contratado que trabaja en el servicio público de la República Federal de Alemania, el Gobierno Federal desearía formular los siguientes comentarios:

1. Según lo estipulado en el artículo 33, párrafo 4, de la ley orgánica, el ejercicio permanente de la soberanía debe confiarse, por regla general, a miembros del servicio público cuya situación de servicio y fidelidad se rija por el derecho público, es decir, a los funcionarios. Ahora bien, resulta difícil trazar la línea divisoria que separa la esfera de soberanía reservada a los funcionarios de la esfera del personal contratado en el servicio público, línea que además no siempre se mantiene de modo coherente.

Esto se explica por varias razones. Una de ellas es que la legislación presupuestaria permite emplear personas contratadas para ocupar puestos que en el presupuesto están destinados a funcionarios (si bien no se da el supuesto contrario). Se recurre a menudo a esta posibilidad en el caso de los contratos de trabajo a tiempo parcial, de las relaciones de trabajo de duración limitada y en aquellos casos en que la relación de trabajo permite aplicar una política de personal más flexible que para un funcionario, cuyo mandato es supuestamente de por vida. No obstante, el personal contratado que ocupa puestos de funcionario está sujeto a los mismos requisitos que éstos en lo que se refiere a la obligación de fidelidad a la Constitución (el Tribunal Federal del Trabajo ha fallado expresamente al respecto en lo que atañe al personal docente).

Pueden existir otros sectores en los que se emplee a funcionarios, incluso si no tienen en exclusividad el ejercicio de los poderes de soberanía, algo que es perfectamente lícito en virtud del artículo 33, párrafo 4, de la ley orgánica. Ello responde a varias razones de carácter histórico y político, así como, en parte, a la existencia de distintos conceptos de lo que debería ser el "ejercicio de la soberanía";.

2. Esta coexistencia de funcionarios y de personal contratado en el servicio público de la República Federal de Alemania - entre los cuales no sólo no se establece una distinción nítida sino que, en realidad, tampoco es posible hacerlo -, no tiene importancia para las cuestiones que se abordan aquí, pues no se trata de averiguar cuáles son las categorías de trabajadores que deberían desempeñar determinados puestos del servicio público, sino de saber si puede exigirse a los funcionarios de la República Federal de Alemania que actúen en todo momento a favor del orden fundamental, libre y democrático. Este elemento de la aptitud es un requisito previo para la designación de un funcionario en calidad de tal, independientemente de la función específica que deba cumplir.

Si un funcionario está ocupando un puesto al que también podría ser asignado una persona contratada, no cabría utilizar este argumento para liberarlo de su obligación de fidelidad a la Constitución como funcionario, pero sí recurrir a él para trasladarlo o para proceder a una reorganización. Ahora bien, las cuestiones referentes a la organización estatal no están cubiertas por el Convenio núm. 111, ni tampoco es función de la Organización Internacional del Trabajo imponer a sus Estados Miembros la proporción de funcionarios del servicio público y los sectores de la administración a los que deba asignárselos.

3. Por las razones antedichas, queda sin efecto la objeción de que no debe exigirse fidelidad a la Constitución por parte de los funcionarios de la República Federal de Alemania en los casos en que el mismo puesto pueda ser ocupado, en determinadas circunstancias, por personal contratado, en el que recaigan exigencias menos estrictas por lo que se refiere a la fidelidad al orden fundamental, libre y democrático. Este argumento también tiene otra falla, pues, contrariamente a los funcionarios, los contratados no siguen una carrera con promociones regulares y tampoco rige para ellos el principio de que puedan ser trasladados en cualquier momento. Por tanto, suelen permanecer en el puesto al que han sido asignados, mientras que los funcionarios están sujetos a un continuo proceso de cambio de funciones y de categoría en el transcurso de su vida activa.

Además, al personal contratado puede despedírsele sin previo aviso en cualquier momento, si se invocan al efecto razones de peso, quedando excluidos del servicio público mientras se desarrolla el recurso contra el despido. En cambio, a los funcionarios permanentes sólo se les puede cesar en el servicio tras un procedimiento disciplinario formal y de larga duración, durante el cual siguen siendo funcionarios. Por consiguiente, la categoría de funcionario encierra de por sí un mayor potencial de riesgo a largo plazo que la del personal contratado.

Si se considera que la práctica vigente en la República Federal de Alemania con respecto a las distintas categorías de personal es injustificada, entonces la obligación de fidelidad que impone la legislación del servicio público debería extenderse a todas las personas empleadas en el servicio público; dicho en otros términos, la práctica debería ser más estricta como resultado de esta

investigación.

VI. Cabe formular algunas observaciones más sobre el número de casos relacionados con esta cuestión. Ya incluso antes de la audiencia de los testigos, el Gobierno Federal había facilitado a la Comisión de Encuesta datos estadísticos de carácter general pero, al mismo tiempo, había expresado sus dudas acerca de si debían tomarse en cuenta los mismos para estudiar las cuestiones de principio que son objeto de discusión. Las indicaciones suministradas por el Gobierno Federal con respecto al reducidísimo número de casos individuales relacionados con este asunto se vieron claramente confirmadas en las declaraciones de los testigos.

Lo más destacable han sido, pues, los numerosos casos citados por los opositores del orden fundamental, libre y democrático, si bien carecen de pruebas justificativas. Obviamente, ellos consideran que cualquier "solicitud de informes de rutina" efectuada en el momento de la designación constituye una "medida en favor de las interdicciones profesionales", independientemente del resultado, así como también lo son, por ejemplo, cada audiencia y cada nueva asignación efectuadas a raíz de un control de seguridad aunque, como ya se ha explicado, ello nada tiene que ver con la verificación de la fidelidad a la Constitución. El propósito de esta manipulación de cifras es tan evidente que el Gobierno Federal se abstiene de formular comentarios.

VII. No existen "interdicciones profesionales" en la República Federal de Alemania. En consecuencia el Gobierno Federal reitera su anhelo de que también en este punto la Organización Internacional del Trabajo apoye sus esfuerzos por dotar de una seguridad duradera a una democracia que garantice la libertad y los derechos humanos.

398. Por carta de 18 de diciembre de 1986, el Gobierno ha comunicado las observaciones finales siguientes:

Al presentar estas observaciones finales, el Gobierno de la República Federal de Alemania desea reiterar su apoyo a la aplicación plena de los procedimientos de supervisión de las normas de la Organización Internacional del Trabajo. Por lo mismo, el Gobierno Federal ha procurado facilitar, lo antes posible y con todos los medios a su alcance, los datos precisos necesarios para el examen del asunto pendiente ante la Comisión de Encuesta. El Gobierno Federal recibió asimismo a la Comisión en la República Federal, el pasado mes de agosto, y tomó las medidas adecuadas para que pudiese cumplir su misión sin traba alguna.

Durante la encuesta, el Gobierno de la República Federal de Alemania ha expuesto ya su punto de vista minuciosamente en varias ocasiones, y ha detallado todos los elementos que, a su juicio, son importantes jurídica y fácticamente. Confía en que se tomen debidamente en consideración sus argumentos, por lo que se abstiene de repetir en sus observaciones finales lo ya dicho. Quiere, antes bien, explayarse esencialmente a propósito de ciertos hechos posteriores a la visita a la República Federal de Alemania de la Comisión. Se recapitulan, además, los puntos más importantes en opinión del Gobierno.

I. En lo que se refiere al procedimiento adoptado por la Comisión de Encuesta, el Gobierno Federal ha señalado una y otra vez que considera inadecuado que se asigne a la Federación Sindical Mundial un papel similar al de un demandante, en particular con la presencia de representantes suyos en la audiencia de testigos, y ha formulado al respecto las objeciones correspondientes. Cabe recordar, en especial, la declaración escrita presentada en la primera audiencia de testigos, el 15 de abril de 1986.

A causa de la mucha mayor trascendencia y significación del nombramiento de una comisión de encuesta contra un Estado Miembro en comparación con los demás procedimientos encaminados a supervisar el cumplimiento de las normas, procede observar cabalmente las formas, especialmente en el procedimiento de encuesta. Por esta razón, reviste particular importancia el principio de que el gobierno interesado pueda prever la forma y el modo en que va a llevarse a cabo el procedimiento. Para que no le sorprenda la manera de tramitarse el asunto, ese gobierno tendría que estar en condiciones de prever el desarrollo probable del procedimiento antes de que empiece éste.

La inexistencia de reglas de procedimiento en relación con lo dispuesto en el artículo 26 de la Constitución de la OIT o, por lo menos, de una compilación de los procedimientos de anteriores comisiones de encuesta, constituye un fallo general de procedimiento. Resulta muy problemático referirse a la llamada "práctica establecida" para justificar los distintos momentos del procedimiento cuando no es posible encontrar semejante "práctica" por escrito, al menos en un documento oficial de la Organización Internacional del Trabajo. Las "reglas para la audiencia de los testigos";

adoptadas por la Comisión no son sino una parte de las reglas de procedimiento, por lo que no colman la exigencia de que haya un conjunto completo de reglas.

II. En carta del 12 de septiembre de 1986, el Gobierno Federal transmitió a al Comisión de Encuesta dos sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del 28 de agosto de 1986 (quejas presentadas por Glasenapp y Kosiek contra la República Federal de Alemania: casos 4/1984/76/120 y 5/1984/77/121). Al comparecer ante ella en Ginebra varios expertos testigos, en respuesta a una petición del Gobierno Federal, la Comisión decidió, en su octava sesión, el 21 de abril de 1986, tomar en consideración esos dos casos, en la medida en que la información correspondiente guardara relación con los asuntos que había de examinar.

Tal es el caso, a juicio del Gobierno Federal. A primera vista, es cierto que las demandas presentadas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se referían a dos quejas precisas - esto es, a dos casos específicos -, relativas a la admisión a puestos de funcionario público, mientras que la encuesta tiene que ver, en general, con la legislación y la práctica con respecto a la obligación de fidelidad en el servicio público de la República Federal de Alemania y que, en tal sentido, predominan los casos de despido de funcionarios públicos. Pero un análisis más detenido de los considerandos de las sentencias pone de manifiesto que ambas decisiones judiciales tienen una relación muy directa con el actual procedimiento.

Tanto ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como en esta encuesta, de lo que se trata es de la libertad de expresión; en ambos casos, procede juzgar el asunto con arreglo a normas internacionales, y no nacionales (como lo ha fallado el Tribunal Constitucional Federal, en el plano nacional no existe violación alguna del derecho fundamental de la libertad de expresión). Por 16 votos a favor y uno en contra, el Tribunal Europeo decidió que no hay una violación de la libertad de expresión, tal como lo garantiza el Convenio Europeo de Derechos Humanos en su artículo 10 - y que ni siquiera se coarta la misma - cuando sólo se admite como funcionarios públicos a quienes ofrecen una garantía de futura fidelidad a la Constitución. El Tribunal ha estimado que ese requisito de la fidelidad a la Constitución es un elemento de la calificación personal, relacionado con el ingreso en el servicio público, que puede y debe reglamentar cada Estado según su propia responsabilidad y con arreglo a las circunstancias nacionales. Ha fallado expresamente que no cabe considerar que ese requisito de la calificación personal sea, en sí mismo, incompatible con el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Es lícito tener en cuenta las opiniones y actitudes del candidato a un puesto para determinar si tiene las calificaciones personales que se requieren en él.

Con ello el Tribunal Europeo ha aceptado la concepción de la obligación de fidelidad a la Constitución tal y como viene planteándola el Gobierno Federal, en consonancia con las decisiones del Tribunal Constitucional Federal: el simple hecho de tener convicciones políticas y el simple hecho de darlas a conocer no podrán constituir nunca una violación de la obligación de fidelidad. Para ello, es necesario que el funcionario vaya más allá y deduzca las consecuencias de sus convicciones políticas para su actitud ante el orden constitucional de la República Federal de Alemania y para su modo de desempeñar sus funciones públicas y de relacionarse con sus colegas. La obligación de fidelidad entraña, pues, algo más - como se dice en las disposiciones pertinentes que rigen la actuación de los funcionarios públicos - que el mero deber que tienen los funcionarios públicos de "ofrecer la garantía de que actuarán en todo momento a favor del orden fundamental libre y democrático, tal y como lo entiende la ley orgánica".

La discriminación basada en las opiniones políticas - que condena el Convenio núm. 111 en el párrafo 1 de su artículo 1 - constituiría indiscutiblemente una violación del derecho fundamental a la libertad de expresión. Recíprocamente, si no hay violación de la libertad de expresión no puede darse una discriminación basada en las opiniones políticas. La posición adoptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos confirma la tesis del Gobierno Federal de que no se ha violado lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 1 del Convenio núm. 111.

Procede esta segunda consideración: la idoneidad para un empleo concreto viene determinada por las exigencias de éste, lo cual presupone la formulación de un "perfil" profesional preciso, con las calificaciones correspondientes. Y sólo cabe hacer esto con arreglo a las circunstancias nacionales y las disposiciones legales, de las que se podrá deducir cuáles son las calificaciones que deberán tener los candidatos al puesto de que se trate. Como, según el derecho constitucional nacional, la obligación de fidelidad es un requisito indispensable para todos los funcionarios públicos, queda necesariamente comprendida en la cláusula de excepción del párrafo 2 del artículo 1 del Convenio núm. 111. Si no ocurriera esto, los órganos internacionales podrían imponer al legislador nacional las calificaciones que éste haya de establecer para determinadas profesiones.

Ahora bien, las calificaciones no revisten solamente importancia para la admisión en el empleo y para otorgar un nombramiento de plantilla al funcionario que esté en su período de prueba, o para despedirlo después del mismo si no ha cumplido lo que se esperaba de él - que es sobre lo que tenía que pronunciarse el Tribunal Europeo de Derechos Humanos -, sino que desempeñan también un papel decisivo para el mantenimiento en el servicio público: no puede permanecer en él el funcionario que incumple su obligación de fidelidad a la Constitución, con lo que indica que ha dejado de ser idóneo para trabajar en el servicio público. Como lo ha reiterado ya el Gobierno Federal, esto no es en absoluto sanción o "castigo" de una opinión dada, sino una reacción lógica y natural al desaparecer un requisito indispensable, el cual es, además, imputable en estos casos al interesado. Esencialmente, los casos de admisión en el empleo y de despido son, pues, similares. En unos y otros, el elemento fundamental es la idoneidad para el trabajo de funcionario en el servicio público. El hecho de tomar en consideración la actitud en materia de fidelidad a la Constitución y la conducta consiguiente del interesado no es sino un medio para determinar tal idoneidad, lo cual también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estima lícito.

III. A lo largo de la encuesta, se ha procurado una y otra vez dar la impresión de que ha habido en la República Federal de Alemania, a partir de 1982, un aumento de las medidas adoptadas para mantener un servicio público que sea fiel a la Constitución. Ha ocurrido todo lo contrario, como lo confirman también las cifras facilitadas por los Länder a la Comisión durante su visita. Tampoco ha aumentado el número de procedimientos disciplinarios. El representante del Ministerio Federal de Correos y Telecomunicaciones, por ejemplo, destacó una vez más durante las conversaciones del 5 de agosto de 1986 que, en el Servicio Federal de Correos, todas las indagaciones, sin excepción, que desembocaron en un procedimiento disciplinario empezaron antes de 1982.

Pese a esos datos conocidos y comprobables, se afirma todo lo contrario, lo cual indica que, una vez más se han impuesto a las consideraciones jurídicas intereses políticos.

IV. La decisión del Consejo de Administración de la OIT, de 3 de junio de 1985, de constituir esta Comisión para un examen completo de todos los aspectos jurídicos y fácticos relacionados con la obligación de fidelidad a la Constitución se debió, entre otras cosas, a que el informe del comité que examinó la reclamación de la Federación Sindical Mundial, de 13 de junio de 1984, no había tenido en cuenta, a juicio del Gobierno Federal, elementos esenciales. Por ello y en conclusión, se recapitulan a continuación los argumentos centrales del Gobierno Federal.

- 1.** Hasta que no quedan agotadas las vías nacionales para zanjar los casos de que se trate, los órganos internacionales no pueden ocuparse de los asuntos jurídicos de ellos derivados. Como, en esos casos, no existe todavía una interpretación en general vinculante de la legislación nacional, no pueden constituir la base para una evaluación concluyente de la práctica nacional.
- 2.** Al tomar medidas para mantener un servicio público fiel a la Constitución, la República Federal de Alemania pretende defender y promover la libertad y los derechos humanos. Sería paradójico que el Convenio núm. 111, que apunta al mismo objetivo, fuera utilizado abusivamente para impedir a la República Federal actuar en tal sentido, y que diera a los partidarios de un sistema totalitario en la República Federal de Alemania la oportunidad de socavar, por medio del aparato estatal y desde dentro, el Estado libre y democrático. Con ello, las finalidades y esfuerzos de la Organización Internacional del Trabajo se convertirían precisamente en todo lo contrario de lo que pretenden ser.
- 3.** Como lo ha estimado también el Tribunal Europeo de Derechos humanos, el asunto esencial es el que se refiere a la calificación para el empleo de funcionario en el servicio del Estado. Sólo puede llegar a ser funcionario público quien, por convicción interna, cree en el orden fundamental libre y democrático de la comunidad a cuyo servicio está, se muestra dispuesto a defenderlo en todo momento y actúa en tal sentido. Quien no satisface, o deja de satisfacer, este requisito obvio e indispensable para un puesto concreto del servicio público no puede ser nombrado o seguir trabajando en él. Esto no supone discriminación alguna basada en las opiniones políticas: a todos los funcionarios o candidatos al empleo se les aplica el mismo criterio.
- 4.** En el párrafo 2 del artículo 1 del Convenio núm. 111 se reconoce explícitamente que las distinciones basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no constituyen una discriminación. La condición personal de fidelidad a la Constitución es ciertamente una de esas calificaciones. De lo que se trata a este respecto no es de la calificación para un puesto

determinado, sino del requisito previo e ineludible para todo funcionario de servir al Estado y a su orden fundamental libre y democrático, y no de intentar combatirlo y suprimirlo.

5. El artículo 4 tiene una trascendencia particular, independientemente del párrafo 1 del artículo 1 del Convenio núm. 111. Todo aquel que desee eliminar las características esenciales del Estado y del orden constitucional de la República Federal de Alemania, que están especialmente protegidos por la Constitución, la cual les confiere un carácter inmutable, actúa contra la seguridad del Estado o de su orden constitucional democrático. La Comisión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han estimado legítimo que un Estado se proteja contra un imperceptible deslizamiento al totalitarismo y que tome precauciones para prevenir las amenazas contra la seguridad nacional y el orden social y político, libre y democrático (caso de Klaas y otros, serie A, vol. 28, párrafos 46 y siguientes). El Gobierno Federal se refiere a esto en sus observaciones sobre los resultados de las audiencias de testigos (punto IV.6). Las perspectivas de éxito de tales iniciativas, o unos efectos negativos ya observables, carecen de interés a efectos de la aplicación del artículo 4 del Convenio núm. 111.

6. La finalidad de todas las medidas encaminadas al mantenimiento en la República Federal de Alemania de un servicio público que sea leal a la Constitución es la prevención, y la preservación de la democracia y, por ende, del derecho a la libertad de todos los ciudadanos en el futuro. Tal es el sentido de la expresión "democracia activa". Al proceder a una evaluación jurídica de dichas medidas, no cabe pasar por alto ese objetivo de la defensa de la libertad.

CAPITULO 8

POSTURA DE LAS ORGANIZACIONES DE EMPLEADORES Y DE TRABAJADORES

399. Las organizaciones de empleadores y de trabajadores que han facilitado información a la Comisión difieren acerca de si la República Federal de Alemania cumple de manera satisfactoria el Convenio núm. 111. Varias organizaciones estiman que la legislación y la práctica actuales se ajustan plenamente a las disposiciones del Convenio. Estas organizaciones son la Confederación de Asociaciones de Empleadores de la República Federal de Alemania (Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, BDA); la Confederación de Funcionarios de la RFA (Deutscher Beamtenbund, DBB), que cuenta con 800 000 afiliados; la Federación de Personal Docente de la RFA (Deutscher Lehrerverband, DLV) con 114 000 afiliados; y el Sindicato de Empleados de la RFA (Deutsche Angestellten-Gewerkschaft, DAG), que tiene unos 170 000 afiliados en los servicios públicos, prácticamente todos empleados. Otras varias organizaciones estiman que la forma en que se aplican actualmente las disposiciones legislativas y de otra índole con respecto a la obligación de fidelidad de los servidores públicos no es plenamente compatible con los requisitos del Convenio núm. 111. Estas organizaciones son la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres; la Confederación de Sindicatos de la RFA (Deutscher Gewerkschaftsbund, DGB), cuya respuesta se formuló de acuerdo con sus organizaciones afiliadas en el servicio público, y, en respuestas complementarias por separado, tres de estas organizaciones afiliadas: el Sindicato de Trabajadores de Correos de la República Federal de Alemania (Deutsche Postgewerkschaft, 450 000 miembros), el Sindicato de Personal Docente y Científico (Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft, 200 000 miembros), y el Sindicato de Ferroviarios de la RFA (Gewerkschaft der Eisenbahner Deutschlands, 400 000 miembros). Las posturas de estas diferentes organizaciones se resumen a continuación.

Postura de las organizaciones que consideran que la legislación y práctica actuales son compatibles con el Convenio núm. 111

400. La Confederación de Asociaciones de Empleadores de la RFA (BDA) declara que no tiene nada que añadir a los antecedentes históricos y datos concretos aducidos anteriormente por el Gobierno para demostrar que no hay incompatibilidad entre la obligación de fidelidad a la Constitución impuesta a los servidores públicos con estatuto de funcionario y el Convenio núm. 111. También estima que la evaluación jurídica y política efectuada por el Gobierno es completa y exacta. La BDA formula varias observaciones adicionales para exponer los puntos de vista específicos de las organizaciones de empleadores. Estima que es particularmente peligroso para los copartícipes sociales que los defensores de sistemas comunistas y de ideologías neonazis rechacen una estricta separación de poderes y un poder judicial independiente, y que intenten eliminar el pluralismo social hasta el punto de afectar la autonomía en la negociación colectiva y el sistema de partidos múltiples. La BDA hace observar que en la República Federal de Alemania la coparticipación social se basa en gran medida en que en casos de conflicto, no sólo la legislación laboral y social, sino también cuestiones dudosas en las relaciones obreropatronales puedan ser examinadas por tribunales independientes. Por consiguiente, la BDA considera que está plenamente justificada la exclusión de representantes

de ideologías marxistas-leninistas y neonazis del sector público, que es el pilar del presente orden constitucional, ya que estas ideologías rechazan la separación de poderes y la independencia del poder judicial. La ley orgánica supone la existencia de una sociedad pluralista. Las ideologías en cuestión y su práctica han conducido inevitablemente en el pasado (nacionalsocialismo) y en el presente (comunismo) a sistemas de partido único. Estos niegan la existencia de diferentes intereses, suprimen estos intereses diferentes y prohíben las opiniones divergentes por considerarlas "socialmente perniciosas" o "contrarrevolucionarias". También es ajena a este criterio de sociedad la autonomía de los sindicatos y de las organizaciones de empleadores que en la República Federal de Alemania está garantizada de manera ejemplar. Intereses contrapuestos y soluciones autónomas no tienen cabida en un Estado sin pluralismo. Por lo tanto, a juicio de la BDA, no debe darse a los representantes de estas ideologías la oportunidad de minar estos elementos esenciales desde dentro del Estado.

401. La BDA declara que la República Federal de Alemania, a diferencia de la mayoría de los países del mundo, permite también a quienes se oponen al orden constitucional participar en elecciones y en la agitación dirigida contra este orden. Hace observar que casi todos los demás países de las Comunidades Europeas han adoptado disposiciones análogas a las de la República Federal de Alemania, aunque en general sin la obligación por parte del Estado de justificar su decisión de denegar a un candidato un empleo en el servicio público y sin ninguna protección jurídica en tal caso. Debería prestarse mayor atención a la amplia protección jurídica que existe en la República Federal de Alemania, si en la encuesta han de figurar comparaciones con otros países.

402. También la Confederación de Funcionarios de la RFA (DBB) hace hincapié en la protección jurídica de que gozan en la República Federal de Alemania los candidatos a un puesto de funcionario. Recalca que un funcionario de plantilla no puede ser despedido a voluntad de sus superiores. Un funcionario permanente sólo puede ser despedido como consecuencia de un procedimiento disciplinario ante tribunales independientes.

403. La DBB y la Federación de Personal Docente de la RFA (DLV), declaran que la obligación de fidelidad política constituye una condición indispensable para el empleo en el servicio público. El empleo en el servicio público de personas hostiles a la Constitución pondría en peligro las bases de un Estado democrático libre y el imperio de la ley. Un Estado que admite enemigos de su Constitución en el servicio público se abandona a ellos. Nadie puede ser a la vez servidor y enemigo de la Constitución.

404. En su declaración ante la Comisión, el representante de la DBB (Nota 149) puso de relieve que uno de los rasgos distintivos de la Constitución de la República Federal de Alemania es que confía el ejercicio de poderes soberanos a un grupo de personas con estatuto especial, a saber, los funcionarios. La intención expresada en la ley orgánica es clara: todas las tareas estrechamente relacionadas con el ejercicio de poderes estatales y con la capacidad del Estado de actuar han de reservarse a los empleados del Estado que están vinculados por una relación especial con el Estado y con sus principios fundamentales. Esta "protección orgánica" de los principios de la Constitución es propia de la República Federal de Alemania, en comparación con otros países.

405. En su comunicación escrita, la DBB expresa la opinión de que el Convenio núm. 111 no puede aplicarse como norma de interpretación a los funcionarios de la República Federal de Alemania, porque la obligación de fidelidad política les es impuesta por el párrafo 5 del artículo 33 de la Constitución; en casos de conflicto, la ley constitucional tiene prioridad sobre los tratados internacionales, que según el sistema jurídico alemán son considerados como legislación ordinaria. La DBB estima que el mismo principio es aplicable a los empleados con contrato en la medida en que la obligación de fidelidad política forma parte de las condiciones que se exigen a todos los candidatos a empleos en el servicio público, en virtud del párrafo 2 del artículo 33 de la Constitución. Independientemente de esta cuestión, la DBB estima que no hay violación del Convenio núm. 111, habida cuenta del artículo 1, párrafo 2, y del artículo 4 del mismo.

406. La DBB hace observar que el párrafo 2 del artículo 33 de la Constitución, en virtud del cual todo alemán tiene igualdad de acceso a todo cargo público en función de sus aptitudes, calificaciones y rendimiento profesional, no establece distinción alguna en cuanto al tipo de relación de empleo; se aplica a todos los candidatos a empleos en el servicio público, independientemente de que la relación que va a establecerse deba regirse por la legislación del trabajo o sea la de un funcionario. Sin embargo, según la jurisprudencia del Tribunal Federal del Trabajo, el grado de fidelidad política que cabe exigir de un empleado con contrato no es siempre el mismo que se exige de los funcionarios. En el caso de los empleados hay una distinción según las obligaciones o funciones en el Estado y, por consiguiente - dentro del significado del párrafo 2 del artículo

33 de la Constitución - según el cargo particular que se ocupa. Por ejemplo, un empleado que ejerce la profesión de maestro, dadas sus responsabilidades y la importancia de la enseñanza para el bien general, debe cumplir los mismos requisitos que un funcionario.

407. La DBB rechaza la idea de hacer una distinción en la verificación de la fidelidad a la Constitución de los funcionarios según las funciones que ejercen, porque ello violaría la legislación y la Constitución. Estima que las responsabilidades generales de un funcionario en la administración de servicios públicos no son inferiores a las de un funcionario en sectores donde la seguridad cobra particular importancia. En su declaración ante la Comisión, el representante de la DBB (Nota 150) recalcó que el buen funcionamiento de la infraestructura del Estado dependía de la conducta de quienes realmente ejecutaban sus servicios. Son "pequeños funcionarios" como maquinistas, empleados de correos o empleados municipales los que, en todos los sectores de la administración pública, "mueven los engranajes". Además, no hay criterios evidentes para dosificar la obligación de fidelidad según los puestos y funciones.

408. A la pregunta de si algún afiliado a la DBB había sido objeto de medidas para excluirlo del servicio público por razones inherentes a su actividad política, el representante de la DBB declaró que en los últimos años no se había registrado ningún caso y que no tenía conocimiento de casos anteriores. El motivo era que la DBB había decidido desde hacía mucho tiempo denegar la afiliación a miembros de organizaciones extremistas. Por consiguiente, quienes se proponían dedicarse a actividades extremistas se afiliaban a otros sindicatos, que permitían a sus miembros consagrarse a tales actividades (Nota 151).

409. Un representante del Sindicato de Empleados de la RFA (DAG) (Nota 152), al declarar ante la Comisión, hizo observar que no podía obligarse al Estado a dar empleo a sus enemigos. Aunque en tiempos normales éstos pudieran pretender respetar la Constitución, nadie podía confiar en ellos en tiempos de crisis. La identificación con el orden constitucional es un requisito para el nombramiento de un funcionario, dentro del significado del párrafo 2 del artículo 1 del Convenio núm. 111. Quien no prueba en todos los aspectos de su conducta su adhesión al orden fundamental, libre y democrático tampoco puede servir fielmente al Estado como empleado con contrato. En el caso de tales empleados, no era preciso llegar a exigirles una garantía de que defenderán en todo momento este orden, como en el caso de los funcionarios. Sin embargo, la finalidad es la misma. El representante del DAG señaló que, en virtud del párrafo 4 del artículo 33 de la ley orgánica, el ejercicio de poderes soberanos como función permanente sólo debería por regla general confiarse a funcionarios. Ello significa que también personas empleadas según el derecho privado pueden ejercer temporalmente poderes soberanos. Por esta razón, y también habida cuenta de su estrecha relación con el Estado y sus funciones, la cláusula 8 del convenio colectivo federal para empleados exige que éstos en todos los aspectos de su conducta, demuestren su adhesión al orden fundamental libre y democrático.

410. El representante del DAG recordó que el Canciller Federal y los jefes de gobierno de los Länder habían acordado el 28 de enero de 1972 adoptar una decisión con miras a promover la armonización de la aplicación de las disposiciones legislativas sobre la obligación de fidelidad al orden fundamental, libre y democrático. Sin embargo, esta decisión no consiguió la deseada armonización. Recientemente, un Land había dejado expresamente de observar esta decisión. Sin embargo, todos los empleadores del servicio público permanecieron vinculados por las exigencias definidas por el Tribunal Federal Constitucional en su decisión sobre la materia de 22 de mayo de 1975. Según dicha decisión, la afiliación a una organización hostil a la Constitución no es motivo suficiente para la adopción de medidas disciplinarias; para ello eran precisas también actividades dentro o fuera del servicio. El representante del DAG no juzgaba contrario al Convenio núm. 111 considerar que ser candidato de una organización o partido extremista constituye un factor decisivo de duda en cuanto a la identificación de una persona con el orden constitucional hasta el punto de excluirla del empleo en el servicio público. El representante del DAG declaró que nada le inducía a creer que la práctica actual de la administración, controlada por los tribunales, fuera abusiva. Por el contrario, era menos rígida que la letra de las disposiciones aplicables a funcionarios públicos. En los últimos años había sido limitado el número de denegaciones de empleo y de despidos. Se habían realizado varios esfuerzos por liberalizar la práctica, como los nuevos principios adoptados por el Gobierno Federal el 17 de enero de 1979 para verificar la fidelidad a la Constitución.

411. El representante del DAG declaró que su organización excluía la afiliación de personas que fueran miembros de organizaciones que se proponían eliminar el orden constitucional de la República Federal de Alemania. Esta exclusión se aplicaba tanto a los partidos de extrema derecha como a los de extrema izquierda. Respondiendo a una pregunta de la Comisión, el representante del DAG declaró que sólo conocía un caso en que un miembro de su sindicato hubiera sido objeto de medidas para excluirlo del servicio público por razones relacionadas con sus actividades políticas; ello había ocurrido hacía mucho

tiempo, y el testigo no conocía los detalles del caso (Nota 153).

Postura de las organizaciones que no consideran la situación en la República Federal plenamente compatible con el Convenio núm. 111

412. La Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL) declaró que en general estaba de acuerdo con las conclusiones a que había llegado el comité establecido por el Consejo de Administración para examinar la reclamación formulada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT (a saber, que la obligación de fidelidad al orden fundamental, libre y democrático impuesta a los funcionarios de la República Federal de Alemania, dada la generalidad de su aplicación y la forma como se aplica actualmente, va más allá de lo que autoriza el párrafo 2 del artículo 1 y el artículo 4 del Convenio núm. 111).

413. La Confederación de Sindicatos de la RFA (DGB) comunicó una declaración formulada en acuerdo con los sindicatos afiliados a los que la Comisión había pedido información. En comunicaciones por separado, el Sindicato de Personal Docente y Científico (GEW), el Sindicato de Ferroviarios de la RFA (GdED), y el Sindicato de Trabajadores de Correos de la República Federal de Alemania (DPG) se adherían a la declaración de la DGB, y remitían ciertas resoluciones o declaraciones adoptadas por sus organizaciones. La DGB comunicó ulteriormente información sobre varios casos individuales compilada por la DPG, el GEW y el Sindicato de Servicios Públicos, Transporte y Tráfico (OTV). Representantes de la DPG y del GEW declararon ante la Comisión.

414. La Confederación de Sindicatos de la RFA (DGB) envió la declaración siguiente:

(Traducción)

La DGB y sus sindicatos afiliados han seguido la evolución de la situación en la República Federal de Alemania con creciente preocupación.

En 1975 el Tribunal Federal Constitucional se pronunció sobre esta cuestión, estableciendo principios de los que en los últimos tiempos se han ido separando cada vez más tanto la práctica administrativa como los tribunales, especialmente los tribunales administrativos.

El 16 de junio de 1982, el Gobierno Federal social liberal presentó un proyecto de ley a este respecto que mediante adecuadas disposiciones de fondo y de procedimiento, se proponía orientar la verificación de la fidelidad a la Constitución de conformidad con el principio de la proporcionalidad y garantizar el examen por separado de cada caso. Así se anunció también a la Conferencia de la OIT.

Desde octubre de 1982 tenemos un nuevo Gobierno Federal integrado por otras fuerzas políticas. Este Gobierno no ha adoptado el proyecto de ley previsto por su predecesor.

Con el nuevo Gobierno, la práctica administrativa de las autoridades ha pasado a ser mucho más severa.

Después del cambio de Gobierno resultante de una votación tácita de desconfianza, el grupo SPD de la Dieta Federal (Bundestag) presentó el 27 de octubre de 1982 un proyecto de ley idéntico al del Gobierno anterior; sin embargo, no consiguió su aprobación.

Como consecuencia de estos hechos, en conferencias recientes de sindicatos miembros de la DGB los delegados han protestado contra la discriminación y las medidas disciplinarias imputables a opiniones y actividades políticas, y han pedido que se tomen las disposiciones oportunas.

En su decisión fundamental de 22 de mayo de 1975, el Tribunal Federal Constitucional expuso en detalle su criterio en cuanto al contenido y alcance de la obligación de fidelidad a la Constitución exigida de los funcionarios, a saber:

1. El mero hecho de sostener una opinión y de darla a conocer nunca puede considerarse como una violación de la obligación

de fidelidad impuesta a los funcionarios.

2. Un aspecto de la conducta que puede ser pertinente para la evaluación de la personalidad (de un candidato a empleo) puede ser también el hecho de su adhesión o pertenencia a un partido político que persigue fines hostiles a la Constitución, independientemente de que este partido haya sido declarado inconstitucional por sentencia del Tribunal Federal Constitucional.

3. En el caso de los funcionarios permanentes, el despido sólo es posible cuando se ha cometido una violación específica de las obligaciones. A ese respecto debe tenerse en cuenta que es preciso un mínimo de pruebas de violación de las obligaciones para concluir que se ha infringido la obligación de fidelidad.

Conclusiones

Los principios antes mencionados no permiten presumir de manera general o automática que la mera afiliación a un partido cuyos objetivos se consideren hostiles a la Constitución justifique en general dudas en cuanto a fidelidad a la Constitución; la mera afiliación a un partido de esta índole, una actividad en él o la candidatura en su nombre tampoco pueden constituir una violación de los deberes que justifique el despido de un funcionario. Esta era también la finalidad de los proyectos de ley antes mencionados, los cuales estipulaban que en procedimientos disciplinarios por violación de la obligación de fidelidad a la Constitución basados en la conducta de los funcionarios fuera de su servicio deben tenerse en cuenta todas las circunstancias pertinentes, y en particular las funciones asignadas al funcionario y su derecho de libertad de expresión.

Es preciso concluir que, según estos principios, las solas opiniones o convicciones políticas no pueden justificar la negativa a dar un empleo a un candidato ni el despido de funcionarios de plantilla u otras discriminaciones contra ellos.

La práctica administrativa se aparta cada vez más de estos principios.

Tal es el caso ante todo en la administración federal, que atañe al Gobierno Federal, y en la administración de aquellos Länder de la República Federal de Alemania en que la autoridad política es ejercida por los mismos partidos políticos que a nivel federal.

Estas administraciones adoptan un enfoque totalmente automático y contrario a los principios formulados por el Tribunal Federal Constitucional (examen de cada caso por separado y evaluación global de la personalidad del funcionario). Con arreglo a esta práctica, la mera actividad en pro de un partido que se considera hostil a la Constitución - incluso si no está prohibido - y en muchos casos la candidatura a cargos públicos en nombre de este partido bastan para despedir a un funcionario permanente, incluso con largos años de servicio, aun cuando no exista el más mínimo motivo para poner en duda la integridad de esta persona en su trabajo.

A nuestro juicio, esta práctica no es compatible con el Convenio núm. 111 de la OIT.

De lo que antecede se desprende que la DGB y sus sindicatos afiliados no pueden admitir los comentarios del Gobierno Federal sobre la reclamación. Más concretamente, ello es consecuencia de decisiones recientes de organismos sindicales. Así, el 12.º Congreso de Funcionarios de la DGB de 27 a 28 de noviembre de 1985 adoptó una resolución sobre medidas disciplinarias por motivos de actividad política que había sido propuesta por el Sindicato de Trabajadores de Correos de la República Federal de Alemania (DPG) y cuyo texto reza como sigue:

El 12.º Congreso de Funcionarios de la DGB decide:

Invitar al Consejo Federal de la DGB a que, basándose en la decisión del Comité Federal de la DGB de 8 de junio de 1977, intervenga enérgicamente para poner término, a nivel federal y de Land a la práctica de las medidas disciplinarias y de destrucción de la vida profesional alegando tan sólo motivos de afiliación a un partido político legal o de actividades para dicho partido fuera del servicio, y para que se rehabilite a las personas afectadas.

El Congreso de Funcionarios de la DGB también adoptó una propuesta presentada por el Sindicato de Personal Docente y Científico (GEW):

El 12.º Congreso de Funcionarios de la DGB decide:

Invitar a la DGB a que, en colaboración con sus órganos subordinados y sindicatos afiliados, remita a la OIT información detallada sobre casos individuales sometidos a la Comisión de Encuesta que en virtud del decreto contra los radicales ("Radikalenerlass") ha de examinar la práctica en la República Federal de Alemania y su compatibilidad con varios convenios de la OIT.

El Congreso de Funcionarios de la DGB adoptó ambas propuestas por amplia mayoría.

La afirmación del Gobierno en su declaración de 18 de diciembre de 1984, como respuesta a la reclamación, de que los tribunales examinan todos los elementos y aprueban las decisiones, de las autoridades sólo si las diversas circunstancias pertinentes tienen una significación general, es por lo menos engañosa. Igual cabe decir de la afirmación de que en la República Federal de Alemania no se despiden a nadie del servicio público por el solo motivo de sus convicciones políticas. Habida cuenta de las decisiones del Tribunal Federal Administrativo, se hace en realidad una evaluación puramente esquemática. Si un partido político se considera hostil a la Constitución, el mero hecho de estar afiliado a este partido, de ocupar un cargo en él o ser candidato en su nombre entraña casi automáticamente el despido del servicio público. Al decidir la cuestión, no se tiene en cuenta ningún otro acto o declaración del funcionario inculcado que sean pertinentes desde el punto de vista del derecho disciplinario, ni tampoco se considera si el comportamiento del partido y el del miembro particular del mismo en cuestión son idénticos. Esta actitud es contraria al fallo del Tribunal Federal Constitucional de que sostener y exponer una opinión nunca puede constituir una violación de la obligación de fidelidad que exija una sanción disciplinaria. Así lo puso de relieve uno de los jueces que intervinieron en la decisión del Tribunal Federal Constitucional de 1975, concretamente Seuffert, en un artículo de una publicación jurídica (*Deutsches Verwaltungsblatt*, 15 de diciembre de 1984, pág. 1218).

Por consiguiente, el Gobierno Federal y los tribunales atribuyen al miembro del partido en cuestión todo el programa del partido considerado hostil a la Constitución, sin tener en cuenta ni examinar la conducta real del interesado. Por ejemplo, en los fallos relativos a los funcionarios de correos Meister y Peter, el Tribunal Federal Administrativo no tomó en consideración su largo período de servicio irreprochable ni que en ningún momento hubieran perseguido activamente los objetivos de su partido mediante declaraciones o con su conducta en el servicio. Los sindicatos están de acuerdo en que las opiniones políticas de funcionarios que no sean compatibles con el orden fundamental, libre y democrático de la República Federal de Alemania no deben gozar de protección si utilizan o propugnan medios violentos o inconstitucionales. Sin embargo, la mera afiliación a un partido político o la candidatura a un cargo público en nombre del mismo no deberían identificarse a una conducta de esta índole, incluso si el partido persigue objetivos hostiles a la Constitución. Además, contra la persona inculcada deben poderse probar formas concretas de conducta contrarias al orden constitucional, como agitación o incitación, que permitan concluir que dicha persona ataca activamente el orden constitucional de la República Federal de Alemania. Sin embargo, nada de ello se encuentra en ninguno de los 24 casos de medidas disciplinarias por razones políticas en los que ha estado involucrada, por ejemplo, el Sindicato de Trabajadores de Correos de la República Federal de Alemania (DPG). Los sindicatos también están de acuerdo con la obligación de fidelidad a la Constitución impuesta a toda persona ocupada del servicio público. Sin embargo, para justificar cualquier separación del servicio debe tenerse la prueba de una determinada conducta hostil a la Constitución por parte del interesado, es decir, de una actividad contra el orden fundamental, libre y democrático dentro del significado que le confiere la Constitución, y no basarse meramente en unas ideas políticas puestas de manifiesto por la afiliación a un partido o la candidatura en nombre del mismo. Ahí estriba la diferencia decisiva con los criterios del Gobierno Federal.

415. El Sindicato de Trabajadores de Correos de la República Federal de Alemania (DPG) transmite el texto de una resolución adoptada por su comisión federal el 21 de junio de 1985, la cual declara que la evaluación de la conducta de los funcionarios o empleados en el servicio público no debe basarse exclusivamente en criterios puramente mecánicos ni simplemente en el hecho de ser miembro activo de un partido considerado hostil a la Constitución. Como lo exige el derecho constitucional, debe basarse en un examen separado de cada caso, tomando en consideración la personalidad y la conducta pasada real del funcionario o empleado dentro y fuera del servicio. En especial, contrariamente a la jurisprudencia del Tribunal Federal Administrativo, no debe ignorarse una conducta irreprochable reconocida por superiores y colegas del interesado. En una declaración dirigida al Ministro Federal de Correos y Telecomunicaciones en agosto de 1984, el DPG invoca la decisión del Tribunal Federal Constitucional de mayo de 1975 que prohíbe todo examen esquemático de los casos de los funcionarios y estipula que la afiliación a un partido hostil a la Constitución y el desempeño de actividades en su nombre no son motivos suficientes para

denegar peticiones de empleo en el servicio público. Si este criterio se aplicaba a candidatas, con mucha más razón debía aplicarse a funcionarios eficientes, con un expediente sin tacha, algunos de los cuales contaban con largos años de servicio. Las actuales medidas en la Administración Federal de Correos no respetaban los criterios establecidos por el Tribunal Federal Constitucional.

416. En su declaración ante la Comisión, el representante de el DPG (Nota 154) señaló que si las administraciones públicas y el Tribunal Federal Administrativo aplicasen los principios antes mencionados, todos los casos actualmente pendientes de que el DPG tiene conocimiento se fallarían en favor de los inculcados, porque ninguno de ellos ha sido objeto de reproches por su conducta dentro o fuera del servicio, aparte su actividad política. Ello resolvería el problema sometido a la Comisión de Encuesta. El Gobierno Federal y los tribunales podrían, sin desprestigiarse, cambiar una práctica que no sólo los sindicatos consideran perjudicial. Aparte las opiniones manifestadas en las decisiones de los sindicatos, esta práctica encuentra cada vez menos simpatía entre los colegas y superiores de las personas contra las cuales se aplicaban medidas disciplinarias y cuya existencia quedaba así arruinada. Los Länder administrados por los demócratas sociales ya no tomaban medidas contra sus empleados por el mero hecho de estar afiliados a un partido considerado hostil a la Constitución, ser candidato en su nombre o desempeñar actividades en él. Era difícil explicar por qué un maestro determinado, en razón de sus actividades en el DKP, no podía encontrar un empleo en Renania-Palatinado, y sí en cambio en los Länder vecinos del Sarre y de Hesse.

417. El Sindicato de Personal Docente y Científico (GEW) adjunta a su comunicación varias resoluciones sobre "prohibiciones profesionales" adoptadas por el Congreso del Sindicato de 1983. En una resolución general, el Congreso protestaba contra la tendencia a socavar los derechos básicos garantizados por la Constitución y pedía que el ejercicio de los derechos civiles y políticos, incluidas la afiliación a un partido u organización y las actividades en ellos, no constituyeran ninguna prueba de conducta contraria a la Constitución. Toda evaluación profesional debía basarse en la conducta real del interesado dentro del servicio. Eran inadmisibles las previsiones sobre la posible conducta futura de una persona. Debía prescindirse de la Oficina de Defensa de la Constitución en los procedimientos de contratación y de evaluación de funcionarios y de empleados. Era preciso poner término a las prohibiciones profesionales impuestas y a los procedimientos incoados en violación de estos principios, retirar las quejas y recursos interpuestos por las autoridades y rehabilitar a las personas ya sancionadas.

418. El representante del GEW, al declarar ante la Comisión (Nota 155), hizo referencia al comentario formulado por el comité establecido por el Consejo de Administración para examinar la reclamación presentada por la FSM, de que en el Estado moderno, el servicio público abarca una amplia gama de funciones, muchas de las cuales, como la educación, el transporte y otros servicios de índole esencialmente técnica, no tienen relación con la administración del Estado. En cambio, un examen de las decisiones de los tribunales de la República Federal de Alemania demostraba que se imponían exigencias particularmente estrictas con respecto a la fidelidad política del personal docente. Según un fallo del Tribunal Federal Administrativo de 6 de febrero de 1975, la enseñanza incluye obligaciones de suma trascendencia para el Estado porque las escuelas desempeñan un papel excepcionalmente importante haciendo a los adolescentes conscientes de los valores del orden público y porque cada maestro asume esta responsabilidad como parte de sus tareas. El Tribunal Federal del Trabajo había establecido una obligación de fidelidad correspondiente para el personal docente empleado con contrato. Sin embargo, los maestros debían también gozar del derecho de tener sus propias opiniones, distintas de las del Gobierno o de la mayoría, y de manifestarlas participando en las elecciones. En la práctica, contrariamente a la decisión del Tribunal Federal Constitucional de 22 de mayo de 1975, no se examinaban realmente los hechos de cada caso ni la personalidad del funcionario inculcado; sólo se consideraba la actividad en un partido considerado hostil a la Constitución, aun cuando ningún indicio permitiera dudar de la integridad profesional de éste. Sería erróneo considerar que la discrepancia con las disposiciones del Convenio núm. 111 radica sólo en el carácter particular de la legislación alemana vigente para los funcionarios, tanto más cuanto que al personal docente se le empleaba cada vez más mediante contratos regidos por la legislación laboral.

419. Con respecto a los casos que el GEW había sometido a la Comisión a través de la DGB, el representante del GEW señaló que en ninguno de ellos había alegado alguno de mala conducta en lo que atañe a la relación de empleo. Aunque en el caso Eckartsberg el Tribunal Disciplinario de Baja Sajonia falló en favor del funcionario, ello se debía a la actitud adoptada por las autoridades del Land en el pasado; ulteriormente se había publicado una circular para dejar bien clara la intención, sobre la base de ese fallo, de despedir a todo funcionario que en el futuro se presentara como candidato para un partido considerado hostil a la Constitución. En el caso de Rudiger Quaer, aunque finalmente fue despedido, trabajó como maestro durante doce años

mientras siguió en curso el procedimiento incoado contra él. Si tal empleo hubiera sido improcedente, las autoridades habrían tratado de apartarlo durante el procedimiento, pero no lo hicieron. Ello muestra que el motivo del despido eran las opiniones de Quaer y la manifestación de las mismas fuera del servicio, y que su conducta en el servicio no justificaba esta decisión. Un punto particularmente digno de interés en el caso Friedrich Sendelbeck fue que mientras el procedimiento estaba en curso la legislación de Baviera cambió en el sentido de exigir que para efectuar el servicio preparatorio era imprescindible tener el estatuto de funcionario; sólo estas disposiciones permitieron impedir que Seldelbeck terminara su formación.

420. El Sindicato de Ferroviarios de la RFA (GdED) comunicó resoluciones adoptadas en 1972, 1976 y 1980 por sus Congresos acerca de la Declaración Común de 28 de enero de 1972 del Canciller Federal y de los primeros ministros de los Länder y de las prácticas resultantes de la misma. La resolución de 1976 condenaba la declaración de 1972 y las prohibiciones profesionales en el servicio público que en la práctica tuvieron lugar en algunos casos, por estimar que violaban el derecho garantizado por la Constitución según el cual la religión o la opinión política no deben constituir ninguna ventaja ni perjuicio para nadie (artículo 3 de la Constitución), salvo cuando el Tribunal Federal Constitucional haya impuesto la privación de los derechos básicos (artículo 18). Según la resolución, la Declaración tuvo el efecto de sofocar las críticas de las condiciones sociales y creó una atmósfera general de intimidación y oportunismo en las administraciones públicas y en las escuelas. En 1980 el Congreso acogió con satisfacción la decisión de 1.º de abril de 1979 del Gobierno Federal de abstenerse, en lo que atañe al empleo en el servicio público, de pedir informes a la Oficina de Defensa de la Constitución como práctica de rutina.

CAPITULO 9

IMPORTANCIA NUMERICA DE LOS CASOS

421. El Gobierno, al igual que sus testigos en las audiencias de la Comisión, hicieron hincapié en la muy pequeña proporción de personas afectadas por la aplicación de las disposiciones relativas a la obligación de fidelidad, en comparación con el número de funcionarios del servicios público (Nota 156). Además, al presentar información estadística a la Comisión, el propio Gobierno puso en tela de juicio la trascendencia de tales datos; la violación del Convenio núm. 111 o de los derechos humanos no depende del número de personas afectadas.

422. A continuación se hace un resumen de la información estadística facilitada a la Comisión, así como de las indicaciones de algunos testigos y de otros informadores sobre el efecto indirecto supuesto de las medidas adoptadas en aplicación de las disposiciones relativas a la obligación de fidelidad al orden fundamental libre y democrático.

El empleo en el servicio público en general

423. En relación con los funcionarios federales y de los Länder, el Gobierno Federal dio, para el período comprendido entre mayo de 1975 y 1982, la cifra de 111 procedimientos disciplinarios contra funcionarios de plantilla por haber violado la obligación de fidelidad, más 39 casos de despido de funcionarios en período de prueba. Noventa de esos 150 casos se referían a personas calificadas de extremistas de izquierda y 15 a personas calificadas de extremistas de derecha; no se disponía de información, en 45 casos, sobre la ideología política de los interesados. El Gobierno añadió que no se podía igualar el número de procedimientos disciplinarios con el de despidos. En muchos casos se suspendió el procedimiento o se impusieron sanciones disciplinarias menos severas.

424. El Gobierno facilitó asimismo información sobre el número de personas del servicio público consideradas como extremistas, tomado del informe de 1984 de la Oficina Federal de Defensa de la Constitución. A fines de 1984, había en el servicio público 2 220 extremistas de izquierda y 256 de derecha conocidos. La mayoría de los calificados de extrema izquierda eran miembros del DKP y la mayoría de los calificados de extrema derecha lo eran del NPD. Se piensa que el número real es mucho mayor; se estimaba, por ejemplo, que había hasta 3 000 ó 4 000 funcionarios públicos que militaban en organizaciones de extrema izquierda. De los 2 476 extremistas políticos conocidos, 1 080 eran funcionarios y 1 094 empleados. De los extremistas de izquierda conocidos, 221 tenían un empleo federal, 1 473 estaban empleados por los Länder (entre ellos, 1 139 en centros docentes y universidades) y 526 en organismos municipales. Ciento once de los 256 extremistas de derecha conocidos trabajaban en organismos federales, 91 en los Länder (entre ellos, 34 en centros docentes y universidades) y 54 en organismos municipales.

Empleo por las autoridades federales

425. En la información facilitada a la Comisión, el Gobierno declaró que en 1976 se rechazó a cuatro candidatos a un empleo federal porque no quedaba garantizada en su caso la fidelidad al orden constitucional; en 1977 sólo se rechazó a uno, y desde 1980 no ha habido ningún caso. De mayo de 1975 a 1980, no se despidió a ningún funcionario de plantilla al servicio de las autoridades federales por quebrantamiento de la obligación de fidelidad. En 1981 hubo tres despidos por ese motivo (un funcionario de plantilla y dos empleados) y en 1984 se despidió a otro funcionario de plantilla. En el momento de contestar preguntas formuladas en el Parlamento Federal (julio de 1985) estaban pendientes diez procedimientos disciplinarios: nueve contra funcionarios de plantilla y uno contra un funcionario en período de prueba.

426. El Fiscal Disciplinario Federal indicó que en los diez años últimos había habido un promedio anual de 12 a 20 procedimientos disciplinarios pendientes, basados en una supuesta violación de la obligación de fidelidad. Tan sólo algunos de ellos habían terminado con una decisión judicial; en otros casos se abandonó el procedimiento, porque los interesados renunciaron a su condición de funcionario o por falta de pruebas (Nota 157).

427. El Director del departamento de asuntos de personal del Ministerio Federal de Correos y Telecomunicaciones manifestó que desde 1978 se habían abierto procedimientos disciplinarios, por violación de la obligación de fidelidad, contra 18 funcionarios (Nota 158). En la información presentada por la Deutscher Gewerkschaftsbund (DGB) en enero de 1986 se aludía a 24 casos de medidas derivadas de la obligación de fidelidad por los que se interesaba el Deutsche Postgewerkschaft (DPG). El testigo del DPG señaló que últimamente habían surgido nuevos casos, en los cuales se interrogaba a afiliados por su pertenencia al DKP (Nota 159).

428. Veinte de los 73 casos documentados presentados a la Comisión se refieren a un empleo federal. La mayoría de ellos se han planteado en los últimos años y siguen pendientes. Todos los casos federales menos cuatro corresponden a funcionarios públicos del servicio de correos y telecomunicaciones. Esos cuatro son dos empleados de los Ferrocarriles Federales, un funcionario de aduanas y una persona despedida de su puesto en la administración de la seguridad social.

Empleo en los "Länder"

429. Según la información facilitada por el Gobierno, de 1980 a 1982 hubo 96 casos de negativa de admisión de candidatos a un empleo en los Länder, por estimarse que no estaba garantizada en su caso la fidelidad al orden fundamental.

430. Cincuenta y tres de los 73 casos documentados que fueron presentados a la Comisión se refieren a empleos en los Länder. Se dispone de los siguientes datos, referentes a distintos Länder.

431. Baden-Wurtemberg. En sus declaraciones ante la Comisión, el representante de las autoridades del Land manifestó que de 1979 a 1985 se habían cursado 256 000 peticiones de información sobre candidatos a un empleo a la Oficina de Defensa de la Constitución, del Ministerio del Interior, que había transmitido información sobre 412 casos, a consecuencia de lo cual se había rechazado a 44 candidatos. En ese mismo período hubo 12 casos de despido, en cumplimiento de las disposiciones relativas a la obligación de fidelidad (Nota 160).

432. Once de los casos documentados, presentados a la Comisión, se refieren a personas con trabajo o que buscan empleo en Baden-Wurtemberg. Durante las audiencias, el representante de la FSM entregó una lista - enviada por la Koordinierungsausschuss der Bürgerinitiativen gegen Berufsverbote de Baden-Wurtemberg - de 30 profesores a quienes se les había negado un empleo en Baden-Wurtemberg, con una sucinta descripción de 15 de esos casos. Solamente dos de ellos figuran entre los casos documentados que había recibido la Comisión.

433. En su reunión con representantes de la sección de Baden-Wurtemberg del Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft (GEW), la Comisión recibió datos sobre el número de casos en los cuales se había pedido asesoramiento jurídico a la sección del GEW en el Land. En 1986 (hasta el mes de agosto) no ha habido casos nuevos. En 1985 hubo cinco casos nuevos, referentes a funcionarios, y uno a un aspirante a un puesto en una universidad. En 1982, 1983 y 1984 hubo ocho, seis y tres casos nuevos, respectivamente. Seguían pendientes once casos desde antes de 1982.

434. Baviera. De la información por escrito facilitada a la Comisión se desprende que, entre 1979 y 1985, se hicieron 141 983 indagaciones para comprobar la idoneidad de candidatos. En 492 casos, ello desembocó en la transmisión de información a la autoridad empleadora; se rechazó a 39 candidatos; 32 de estos rechazos son definitivos. En otros 11 casos, se negó la admisión a la categoría de funcionario, pero aceptándolos con otro régimen, a candidatos al servicio de prácticas para juristas. En cuanto a las personas ya en activo, en ese mismo período se transmitió información a la autoridad empleadora en 46 casos. Se tomaron medidas disciplinarias en nueve de los 35 casos sobre los que se dispone de información relativa a las medidas tomadas subsiguientemente. En uno de los nueve casos, la medida disciplinaria fue el despido. Siguen pendientes dos casos.

435. Diez de los casos documentados que fueron presentados a la Comisión se refieren a la negación de empleo o de admisión al servicio preparatorio con la categoría de funcionario, en Baviera. En la mayoría de esos casos, la justificación de las medidas no fue la condición de miembro del DKP, sino la realización de actividades en organizaciones a las que se supone influidas por el DKP (Asociación de Juristas Democráticos, Unión Alemana por la Paz, organizaciones pacifistas, asociación de estudiantes socialistas).

436. Baja Sajonia. Dieciséis de los casos documentados que fueron presentados a la Comisión se refieren a procedimientos disciplinarios contra funcionarios públicos, y otros tres a una negativa de empleo en Baja Sajonia.

437. El testigo representante de las autoridades de Baja Sajonia proporcionó datos estadísticos detallados sobre la aplicación de las disposiciones relativas a la obligación de fidelidad, de 1972 a 1985 (Nota 161). Cabe resumir como sigue esas cifras:

Solicitantes de empleo (en números redondos)

Número de peticiones de información cursadas a la

Oficina de Defensa de la Constitución 46 000

Número de casos de información facilitada por la

Oficina 12 000

Información que se considera seria 700

Decisiones favorables para el solicitante después

de ser oído por un comité 360

Solicitudes rechazadas, por dudar de la fidelidad 140

Solicitudes retiradas 100

Solicitudes no aceptadas por otras razones 100

Procedimientos judiciales por iniciativa del

solicitante (78 personas; en ocho casos se

trataba de quejas ante el Tribunal de Trabajo

y el Tribunal Administrativo) 86

Procedimientos judiciales zanjados: 79

confirmación del rechazo 65

anulación del rechazo/solicitante contratado 14

Solicitantes de empleo (en números redondos) (cont.)

Procedimientos disciplinarios por una violación de la obligación de fidelidad

Número de casos 263

Despidos (33 funcionarios y 26 empleados) 59

Decisiones favorables para el funcionario, o

más benévolas 81

Pendientes 25

Cese en el empleo por otras razones 98

438. Los datos facilitados indican que los años en que hubo mayor número de solicitantes rechazados fueron 1975 (21) y 1976 (34). De 1980 a 1985, menguó constantemente el número de candidatos rechazados: de 15 en 1980 a dos en 1985. Sin embargo, esas negativas se refieren a las decisiones que han sido luego efectivas, por lo que no quedan incluidos los casos en los cuales se ha impugnado la decisión de las autoridades ante los tribunales y no se ha llegado aún a una decisión definitiva. Habiéndose preguntado la Comisión la razón por la cual el número de solicitudes rechazadas a mediados de este decenio era menor que diez años antes, el testigo representando a las autoridades del Land declaró que el procedimiento es ahora menos riguroso; además, no quedan extremistas de cierto tipo, en particular los pertenecientes a grupos maoístas (Nota 162).

439. Los datos facilitados no se desglosan según los años. Pero antes de 1981 el Gobierno de Baja Sajonia no consideraba que el hecho de ocupar un cargo en el DKP o de ser candidato suyo en unas elecciones justificara la adopción de medidas disciplinarias. A partir de 1981 se siguió un criterio más severo al aplicar las disposiciones relativas a la obligación de fidelidad (Nota 163). En su reunión con las autoridades del Land durante su visita a la República Federal de Alemania, se indicó a la Comisión que había 24 procedimientos disciplinarios pendientes. Dieciocho incumbían al Ministerio de Educación, dos de ellos referentes a extremistas de derecha, uno a un militante de la KBW (maoístas) y 13 a miembros del DKP (15 funcionarios y dos empleados).

440. Renania-Palatinado. Los datos suministrados por las autoridades del Land ponen de manifiesto que, de 1979 a 1985, los organismos oficiales del Land o municipales cursaron peticiones de información sobre 63 664 candidatos a la Oficina de Defensa de la Constitución, la cual facilitó información sobre 237 de ellos, y esto trajo más tarde consigo el rechazo de 28 solicitudes de empleo en el servicio público. Entre 1973 y 1985, 31 candidatos rechazados por las autoridades del Land recurrieron ante los tribunales, con éxito en siete casos y quedando zanjado el procedimiento en dos. Las autoridades indicaron que, de 1982 a 1986, se habían abierto procedimientos disciplinarios contra cinco funcionarios, todos ellos del servicio de educación. Uno de esos casos terminó con una decisión judicial, otro quedó zanjado cuando el interesado, funcionario en período de prueba, demostró con su conducta que se había apartado de la organización hostil a la Constitución; están pendientes otros tres procedimientos.

441. Hesse. Los datos comunicados a la Comisión por las autoridades del Land, que llegan hasta 1982, ponen de manifiesto una disminución del número de peticiones de información sobre candidatos cursadas a la Oficina de Defensa de la Constitución, así como de casos en que la Oficina ha transmitido información. Esa reducción se produjo después de que el Land renunciara, en 1979, al sistema de las peticiones de información en todos los casos. El número de las mismas menguó de unas 16 000 anuales de 1976 a 1978 a unas 440 en 1981 y a 170 en 1982. El número de casos en que se comunicó información sobre los candidatos bajó de unos 1 000 al año entre 1976 y 1978 a 33 en 1981 y a cinco en 1982. De 1978 a 1982 se rechazó en total a 47 candidatos. Las autoridades del Land explicaron a la Comisión que no había habido más casos de rechazo en los últimos años. El número de despidos se redujo de seis en 1976 y en 1977 a uno en 1980, y no los hubo en 1981 y 1982.

442. Renania Septentrional-Westfalia. Al igual que en Hesse, menguó mucho el número de peticiones de información sobre candidatos cursadas a la Oficina de Defensa de la Constitución, al abandonarse, en 1980, el sistema de las indagaciones de oficio. De 1976 a 1979, el número de dichas peticiones osciló de 43 581 a 53 626. Fue de 27 en 1980, de siete en 1982 y de tres en 1983 y en 1984. Las autoridades del Land manifestaron a la Comisión que la decisión de no cursar, en un caso concreto, una petición de información a la Oficina significaba que el departamento empleador no dudaba de la fidelidad del candidato a la Constitución. Por otra parte, la decisión de proceder a una indagación no engendra necesariamente el rechazo de una solicitud de empleo. Desde 1980, las autoridades del Land no han rechazado prácticamente a ningún candidato. Las autoridades explicaron asimismo que, desde fines de 1981, sólo se había abierto un procedimiento disciplinario, en el caso de un profesor que ocupaba un alto cargo en el NPD y había organizado una campaña contra los extranjeros. El procedimiento correspondiente está pendiente ante un tribunal de segunda instancia.

443. Sarre. También en este Land la evolución de las cifras indica las nuevas prácticas de su Gobierno. De 1972 a 1979 hubo en total 16 880 peticiones de información. De 1980 a 1985, después de haber renunciado él al criterio de efectuarlas en todos los casos, no hubo más que cinco. A partir de 1985, que fue cuando el Gobierno abrogó las normas de verificación de candidatos, no ha habido ninguna. Hasta 1985 y desde entonces no se rechazó a ningún candidato. En Sarre no se han incoado procedimientos contra funcionarios o empleados públicos por razones políticas.

444. Cabe mencionar también la información facilitada por otras dos fuentes. El testigo del GEW indicó que, de 1971 a 1980, el sindicato había prestado asistencia jurídica en 1 427 casos de rechazo de candidatos por razones políticas y en 55 procedimientos disciplinarios. No conocía las cifras para los años posteriores a 1980. A su juicio, van decreciendo, debido en gran parte a la reducción del número de maestros o profesores contratados (Nota 164).

445. La Bürgerinitiative gegen Berufsverbote, de Friburgo, facilitó a la Comisión datos sobre unos 600 casos, referentes a candidatos a un puesto en el servicio público, así como a funcionarios o empleados públicos en activo. En algunos casos, el desenlace ha sido favorable para los interesados; en otros no, o no se ha fallado todavía. En 136 casos, se han tomado las decisiones correspondientes después de la adopción en enero de 1979 de los principios federales revisados para la verificación de la fidelidad a la Constitución. En otros 118 casos, aunque las decisiones iniciales son anteriores a esa fecha, ha habido nuevas decisiones o hechos nuevos con posterioridad a 1979. La comparación entre esos dos grupos muestra un aumento de los casos en los últimos años en los servicios de correos y telecomunicaciones y en Baja Sajonia, y un fuerte descenso en Hamburgo y Hesse y, en lo que se refiere a los casos que se deben a una iniciativa de las autoridades del Land, en Renania Septentrional-Westfalia. La mayoría de los casos descritos se refieren al DKP o a sus organizaciones. Pero esas descripciones indican también que una gran proporción de casos en Baviera corresponden a otras organizaciones que, a juicio de las autoridades, son influidas por el DKP aunque la mayoría de sus miembros no pertenezcan a ese partido.

Otras consideraciones

446. Uno de los testigos que compareció ante la Comisión declaró que, si bien, en la República Federal de Alemania, las autoridades tienen la obligación de explicar las razones por las que se ha rechazado a un candidato, existen probablemente, como en otros países, también casos en los cuales no se dan a conocer los verdaderos motivos, que son políticos (Nota 165). A juicio del testigo del GEW, la frecuencia de esos rechazos "disfrazados" ha aumentado probablemente en los últimos años; en contraste con la situación existente antes de 1980, no es ya posible dar empleo a todos los maestros o profesores calificados, por lo que resulta más fácil aducir otras razones para no aceptar a un candidato, lo cual tiende sin duda a reducir el número de casos en los cuales se alegan motivos políticos como justificación del rechazo (Nota 166).

447. Se aludió también a una "zona gris" de casos, en que los interesados prefirieron no dar a conocer sus dificultades, con objeto de no empeorar sus perspectivas de encontrar empleo en otros sectores y de evitar otras consecuencias derivadas del hecho de ser identificados como enemigos de la Constitución (Nota 167).

448. Varios testigos que comparecieron ante la Comisión aludieron al efecto disuasivo de las medidas corespondientes a la obligación de fidelidad. Señalaron que las medidas de exclusión del servicio público por motivos políticos no solamente sancionan a los interesados al privarlos de sus medios de vida profesional pero, además, disuaden a otros muchos de dedicarse a actividades políticas (Nota 168). El representante del Deutsche Angestelltengewerkschaft (DAG) se refirió al efecto disuasorio

de las peticiones de información, en un momento dado de los trámites de contratación, cursadas a la Oficina de Defensa de la Constitución con carácter habitual y a propósito de todos los candidatos, y no solamente de los sospechosos de no ofrecer garantías de fidelidad a la Constitución. Aun siendo él mismo partidario de un procedimiento menos riguroso, manifestó que se podría defender esa práctica como medida preventiva, para mantener al margen del servicio público a personas hostiles a la Constitución (Nota 169). El testigo representando a las autoridades de Baviera negó que tales métodos intimidaran a los jóvenes y a los funcionarios en activo. Declaró que, independientemente de sus opiniones políticas, los funcionarios públicos están sobradamente representados en los órganos legislativos y entre los titulares de cargos en todos los partidos democráticos. Los funcionarios intervienen también en actividades de protesta contra decisiones estatales, como por ejemplo la construcción de una central o de instalaciones de tratamiento nucleares en Baviera. Con tal que se respeten las reglas elementales de la democracia y una cierta forma de expresión, no existe ninguna objeción al respecto por razones relacionadas con la legislación que se aplica a los funcionarios públicos (Nota 170).

CAPITULO 10

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

449. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 de la Constitución de la OIT, la Comisión tiene que exponer el resultado de sus averiguaciones sobre todos los hechos concretos que permitan precisar las cuestiones que se le someten, examinar si los hechos así averiguados demuestran el cumplimiento de las obligaciones asumidas por la República Federal de Alemania en virtud del Convenio núm. 111 y, en la medida en que parezca haber insuficiencias en la observancia del Convenio, formular recomendaciones con respecto a las medidas que procede tomar para subsanarlas.

450. Para empezar, parece oportuno recordar el origen de la presente encuesta y sus consecuencias para el alcance y la índole de la misma, y también examinar ciertas cuestiones de procedimiento suscitadas por el Gobierno de la República Federal de Alemania.

Origen y alcance de la encuesta

451. El origen de la presente encuesta es una reclamación presentada por la Federación Sindical Mundial, al amparo del artículo 24 de la Constitución de la OIT. Examinó esa reclamación un comité tripartito del Consejo de Administración, de conformidad con lo dispuesto en el pertinente Reglamento. Al examinar el informe que le presentó dicho comité, y teniendo presentes los comentarios del representante del Gobierno de la República Federal de Alemania, el Consejo de Administración, en aplicación del artículo 10 del Reglamento, decidió referir el asunto a una comisión de encuesta, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 26 de la Constitución de la OIT.

452. De esa sucesión de acontecimientos se desprenden varias consecuencias a efectos de procedimiento. En primer lugar, el informe del comité tripartito sigue siendo un documento presentado al Consejo de Administración, pero sobre cuyo fondo, éste no ha tomado decisión alguna. En segundo lugar, según los artículos 3, 3) y 7, 3) del Reglamento que rige en materia de reclamaciones, los debates relativos al examen de la reclamación tienen carácter confidencial; en particular, el informe del comité tripartito sigue siendo confidencial. En tercer lugar, a juicio de la Comisión, la misión que le confiere el artículo 26 de la Constitución de la OIT no era en modo alguno la de un órgano de apelación encargado de revisar la labor del comité tripartito del Consejo de Administración. La Comisión tuvo que proceder de novo a un examen exhaustivo de las cuestiones suscitadas en la reclamación basándose en todos los medios de investigación que están al alcance de una comisión de encuesta.

453. El Consejo de Administración remitió a la Comisión "el asunto" planteado en la reclamación de la FSM. Habida cuenta de los alegatos de la misma, la finalidad y el alcance de la presente encuesta han consistido en determinar si, en contra de lo dispuesto en el Convenio relativo a la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111), existen en la República Federal de Alemania prácticas discriminatorias, por razón de opiniones políticas, contra servidores públicos y personas que buscan empleo en el servicio público, en virtud de las disposiciones sobre la obligación de fidelidad al orden fundamental, libre y democrático.

Papel de la Federación Sindical Mundial en el procedimiento

454. La Comisión toma nota de que el Gobierno de la República Federal de Alemania se refirió una vez más, en sus comentarios finales presentados en noviembre de 1986, a la objeción que formulara, en particular en la primera sesión de la segunda reunión de la Comisión, en cuanto al papel que se había permitido desempeñar a la FSM en el procedimiento. A este respecto, la Comisión se remite a las explicaciones facilitadas en la carta dirigida por el Presidente al representante del Gobierno, en fecha 28 de febrero de 1986 y a la decisión pronunciada al efecto por la Comisión durante su segunda reunión (Nota 171).

Información sobre casos concretos y objeción del Gobierno de que no se han agotado los cauces judiciales disponibles a nivel nacional

455. Como se indica en el capítulo 7, la Comisión recibió información sobre un buen número de casos concretos de personas afectadas por medidas, efectivas o previstas, de exclusión del servicio público, respaldada en muchas ocasiones por una documentación detallada, incluidos detalles de procedimientos ante los tribunales a diversos niveles y de ciertos fallos. Ahora bien, el Gobierno de la República Federal de Alemania ha señalado que, hasta la fecha, sólo ha habido una decisión pertinente del Tribunal Constitucional Federal, llamado "Radikalenbeschluss" de 22 de mayo de 1975. Ese fallo dejó sin zanjarse un cierto número de puntos de los que pueden depender las decisiones correspondientes a casos concretos. El Gobierno ha observado que los militantes del Partido Comunista Alemán (DKP), cuyos casos había aducido la FSM, se habían abstenido deliberadamente de agotar los cauces internos, en particular no presentando ninguna queja ante el Tribunal Constitucional Federal. Varios testigos que comparecieron ante la Comisión confirmaron que en esos casos se había estimado preferible no presentar quejas ante el Tribunal Constitucional Federal (Nota 172). Además, el Gobierno ha mencionado declaraciones de un miembro del Comité Ejecutivo del DKP, publicadas en enero de 1986, manifestando que la finalidad del Partido era conseguir la supresión de las restricciones que pesan sobre el empleo en el servicio público por medios políticos, y no recurriendo al Tribunal Constitucional Federal. El Gobierno estimaba que, en tales circunstancias, la Comisión no debía tomar en consideración los casos de esas personas, y que constituía una utilización abusiva de los procedimientos internacionales de supervisión, recurrir de manera deliberada por razones políticas, directamente a ellos sin pasar por los más altos órganos judiciales nacionales.

456. La Comisión observó durante la encuesta, que varios aspectos de la aplicación de las disposiciones legales pertinentes (entre ellas la decisión del Tribunal Constitucional Federal de 22 de mayo de 1975) siguen prestándose a interpretaciones divergentes y que, en la práctica, han suscitado criterios y decisiones divergentes de las autoridades públicas y de los tribunales. En tales circunstancias, un nuevo examen de todo el asunto por el Tribunal Constitucional Federal hubiese podido brindar la oportunidad de aclarar lo que dispone la ley en cuanto a los derechos y principios sancionados por la Constitución de la República Federal de Alemania. La Comisión señala, sin embargo que, en los últimos años, en cuatro ocasiones en que se pidió el examen de quejas de anticonstitucionalidad, derivadas de exclusiones del servicio público a causa de consideraciones políticas (en tres casos por funcionarios públicos en período de prueba y en otro por un funcionario permanente despedido) (Nota 173), el Tribunal decidió no examinar esas quejas, por estimar que no había perspectivas suficientes de que prosperaran. El Tribunal observó que el examen de las circunstancias de cada caso incumbía a los tribunales competentes, y que el Tribunal Constitucional Federal solamente podía intervenir si había habido una violación de la ley Constitucional. Consideró que las características de dichos casos no revelaban ninguna violación de las disposiciones de la Constitución. En tales circunstancias, no queda claro si los interesados siguen estando en condiciones de recurrir, en la práctica, ante el Tribunal Constitucional Federal.

457. La Comisión observa, además que, en contraste con otros procedimientos internacionales - como los establecidos en el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o los convenios de derechos humanos europeo y americano -, los procedimientos de queja y reclamación establecidos en la Constitución de la OIT no imponen la condición de que hayan sido agotados previamente los cauces internos. Ello se debe esencialmente a que a los procedimientos de la OIT pueden recurrir entidades que no tienen necesariamente un interés directo en los asuntos: en el caso de las reclamaciones, toda organización de empleadores o de trabajadores (nacional o internacional) y en el de las quejas, otro Estado que haya ratificado el convenio, cualquier delegado a la Conferencia Internacional del Trabajo o el Consejo de Administración por iniciativa propia. Los derechos que confieren los artículos 24 y 26 de la Constitución de la OIT, de solicitar el examen de los alegatos de incumplimiento de convenios ratificados, no se basan en el concepto tradicional de acción de un Estado dado para proteger los intereses de sus nacionales, sino que proporcionan un medio para conseguir que se proceda a ese examen por razones de interés público general (Nota 174).

458. Por otra razón más, no procede aplicar a estos procedimientos de la OIT el requisito previo de haber agotado los recursos internos. Los artículos 24 y 26 de la Constitución de la OIT prevén el examen de todo alegato de que un Estado no ha adoptado medidas para el cumplimiento satisfactorio de un convenio que ha ratificado. Tal procedimiento no tiene por objeto emitir un fallo ni reexaminar decisiones nacionales sobre casos concretos, sino determinar si una situación dada es compatible con lo dispuesto en los convenios ratificados por el país en cuestión. En un examen de esta índole los casos concretos son puramente elementos de prueba. Evidentemente, una comisión de encuesta debe sopesar la importancia de cada prueba aducida. Unas decisiones judiciales aisladas o contradictorias pueden carecer de importancia. La situación es muy diferente cuando se comunica a una comisión toda una serie de decisiones, algunas pronunciadas por instancias superiores (por ejemplo el Tribunal Administrativo Federal en la presente encuesta) y que por lo menos a ese nivel suelen ser concordantes. En tales circunstancias, la comisión está en condiciones de sacar conclusiones, primero en cuanto al efecto preciso de los textos legislativos pertinentes y segundo en cuanto a la práctica administrativa seguida en los casos examinados.

459. Parece oportuno recordar que la exigencia estipulada en el artículo 19 de la Constitución de la OIT de que un Estado haga efectivas las disposiciones de los convenios que haya ratificado, implica no solamente la obligación de velar porque la legislación se ajuste a esas disposiciones sino también la de cerciorarse de que la práctica es compatible con ellas. En el caso del Convenio relativo a la discriminación (empleo y ocupación), las obligaciones del gobierno de un Estado que lo haya ratificado son más específicas todavía. En virtud del artículo 2, el Gobierno tiene que formular y aplicar una política nacional que promueva la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación con objeto de eliminar cualquier discriminación al respecto. En virtud del artículo 3, entre otras cosas, tiene que llevar a cabo esa política en lo que concierne a los empleos sometidos al control directo de una autoridad nacional, y modificar las disposiciones prácticas administrativas que sean incompatibles con dicha política. Estas disposiciones exigen que las autoridades desempeñen un papel activo en la consecución de la igualdad de oportunidades y de trato. Los casos concretos aducidos aportan hechos, a partir de los cuales se pueden extraer conclusiones acerca de si la actuación de las autoridades públicas competentes es compatible con sus obligaciones.

460. En el presente caso, cabe señalar que las propias autoridades han llegado a conclusiones sobre la base de las decisiones judiciales existentes para determinar su política y práctica en lo que atañe a la aplicación de las disposiciones que prescriben para quienes trabajan en el servicio público, la obligación de fidelidad. Así, por ejemplo, el Gobierno de Baja Sajonia publicó una circular, en noviembre de 1985, precisando que, a raíz de la sentencia del Tribunal Disciplinario de Baja Sajonia en el caso Eckartsberg, el hecho de presentarse candidato a unas elecciones en nombre del DKP constituye una grave violación de la obligación de fidelidad, que puede dar lugar a la incoación de un expediente disciplinario. Análogamente, se ha justificado la suspensión sistemática, con reducción del salario, de unos funcionarios de correos contra los cuales está pendiente un procedimiento disciplinario, alegando que los fallos del Tribunal Administrativo Federal en los casos Peter y Meister han hecho jurisprudencia, por lo que es lógico prever que los procedimientos ahora en trámite llevarán al despido de los interesados. Esas suspensiones se han mantenido por tanto efectivas, incluso cuando ha habido fallos del Tribunal Disciplinario Federal favorables al funcionario. En el debate parlamentario de enero de 1986, el Secretario de Estado del Ministerio Federal del Interior justificó igualmente la política y práctica de las autoridades alegando que la situación jurídica, en relación con la obligación de fidelidad, era inequívoca, habida cuenta de la jurisprudencia establecida por el Tribunal Administrativo Federal y por el Tribunal Federal del Trabajo.

461. No sería procedente que una comisión de encuesta hiciera caso omiso de tal información por no haber concluido todavía el procedimiento en curso o porque no se ha recurrido a un posible cauce de reparación a saber: el Tribunal Constitucional. La situación sería distinta si no se hubiese hecho nada por recurrir a procedimientos judiciales. Pero no es así en este caso. En muchos casos se ha pasado por toda la sucesión jerárquica de tribunales administrativos o de trabajo (Nota 175).

462. Parece oportuno precisar la postura adoptada por otros órganos de supervisión de la OIT en lo que se refiere al agotamiento de todos los recursos internos. El Comité del Consejo de Administración que examinó la reclamación de la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres en 1977 contra el Gobierno de Checoslovaquia, con respecto al Convenio núm. 111, observó que la cuestión planteada no concernía a la conformidad formal de las disposiciones legislativas pertinentes con el Convenio, sino a dilucidar si las medidas tomadas contra los trabajadores al amparo de esas disposiciones eran o no compatibles con la protección prevista en el Convenio. El Comité basó sus conclusiones en una serie de documentos (avisos de despido, y correspondencia y otros documentos al respecto) presentados en apoyo de la reclamación. Entre ellos

figuraba el texto de tres fallos de tribunales de primera instancia (Nota 176). En sus comentarios sobre la reclamación, el Gobierno de Checoslovaquia observó, entre otras cosas, que un trabajador que estime que se han violado sus derechos puede recurrir ante los tribunales; que los procedimientos legales constituirán una garantía de la aplicación del Convenio; y que algunos trabajadores habían aprovechado tal posibilidad (Nota 177). Aunque en la mayoría de los casos objeto de la documentación presentada al Comité no había indicios de que se hubiese recurrido a procedimientos legales y los tres fallos habían sido emitidos solamente por un tribunal de primera instancia, el Comité, basándose en esa documentación, que demostraba la existencia de una determinada política y práctica de las autoridades empleadoras, llegó a la conclusión de que las medidas tomadas eran consecuencia de una expresión de opiniones políticas amparada por el Convenio, y de que las afirmaciones del Gobierno no constituían una respuesta adecuada a los alegatos presentados. De haber insistido el Comité, a la luz de las declaraciones del Gobierno sobre los cauces judiciales disponibles, en la condición del previo agotamiento de tales cauces, hubiese tenido que hacer caso omiso de toda la serie de documentos que le habían sido remitidos, y no hubiese podido llegar a las conclusiones que formuló.

463. Un caso más reciente es el de una reclamación a propósito de la aplicación del Convenio núm. 111 por Noruega, en relación con los efectos de unas disposiciones legislativas sobre igualdad en el empleo. Entre los documentos presentados figuraba la sentencia de un tribunal de primera instancia. El Comité del Consejo de Administración que examinó el caso, señaló que “no incumbe al Comité comentar el desenlace de este caso, fuera de que la sentencia ilustra la manera en que ha sido aplicada en la práctica (la disposición legislativa pertinente)” (Nota 178).

464. Cabe señalar asimismo que ciertas encuestas efectuadas en virtud del artículo 26 de la Constitución de la OIT, se han referido esencialmente a la existencia de prácticas, como por ejemplo, métodos de reclutamiento (en la indagación sobre trabajo forzoso en el África portuguesa) (Nota 179) y el uso de medidas coactivas y abusos en el pago de salarios a la mano de obra de las plantaciones de la República Dominicana (Nota 180). En esos casos, no se había intentado ninguna reparación judicial de los supuestos abusos, pero no se había sugerido que no se debían tomar en consideración los alegatos correspondientes. En ambos casos, las comisiones hicieron hincapié en la obligación de los gobiernos de velar, mediante métodos de supervisión eficaces, porque se cumplan en la práctica las normas legislativas encaminadas a hacer aplicar los convenios (Nota 181).

465. El propio Gobierno de la República Federal de Alemania ha hecho referencia a la práctica del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración. En el caso mencionado por el Gobierno, dicho Comité observó lo siguiente:

El Comité ha afirmado en muchas circunstancias que, teniendo en cuenta la naturaleza de sus responsabilidades, no se consideraría ligado por las normas que se aplican por ejemplo a los tribunales internacionales de arbitraje, según las cuales los procedimientos nacionales de recursos deben agotarse previamente. No obstante, ha considerado igualmente que, cuando se examina el fondo de un caso, debe tener en cuenta el hecho, como aquí ocurre, de que no se hayan utilizado totalmente todas las posibilidades que ofrezca el procedimiento nacional de recurso ante un tribunal independiente (Nota 182).

El caso concreto que suscitó este comentario era un alegato de discriminación antisindical contra un solo responsable sindical. La organización querellante y el Gobierno dieron explicaciones contradictorias y no se habían utilizado en absoluto los procedimientos previstos a nivel nacional. Un caso anterior, en el cual el Comité había tomado igualmente en consideración la falta de utilización de los procedimientos nacionales, se refería a un alegato de irregularidades en una elección celebrada en una federación sindical (Nota 183). Cabe observar que esos casos implicaban, no situaciones políticas o prácticas administrativas de carácter general, sino incidentes aislados que afectaban a una persona u organización concreta, y que no se había recurrido en absoluto a los cauces nacionales disponibles de reparación.

466. Es interesante señalar que, incluso en el caso de procedimientos internacionales que exijan el agotamiento previo de los cauces internos, se ha hecho una distinción entre casos referentes a personas y casos derivados de la legislación o de la práctica administrativa. La jurisprudencia más elaborada se encuentra en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el cual estipula que antes de formular quejas interestatales y de presentarse peticiones personales tienen que haberse agotado los cauces nacionales (artículo 26). Ahora bien, por lo menos en los casos interestatales, la jurisprudencia constante de la Comisión Europea de Derechos Humanos es que tal exigencia no es aplicable cuando una demanda suscita como cuestión general, la compatibilidad con el Convenio de medidas legislativas y de prácticas administrativas (Nota 184). Procede distinguir tales casos de aquéllos en los cuales se alega una violación del Convenio con respecto a personas o grupos de personas determinados para

los cuales la regla del agotamiento de los cauces internos se aplica incluso a los casos interestatales. Se ha señalado que el factor decisivo no es el carácter interestatal del conflicto, sino la índole de los alegatos (Nota 185).

467. Al comparar los criterios adoptados en virtud del Convenio Europeo y en los procedimientos de la OIT, debe tenerse presente que, debido a su estructura tripartita, la OIT concede no solamente a los gobiernos, sino también a las organizaciones de empleadores y de trabajadores y a sus delegados en la Conferencia, el derecho de pedir que se examinen asuntos que no afectan directamente a sus intereses. Mientras en el caso del Convenio Europeo se considera que una norma de admisibilidad establecida de forma expresa no es aplicable a alegatos referentes a la legislación o a las prácticas administrativas, en la OIT, el Comité de Libertad Sindical ha tenido excepcionalmente en cuenta una regla no establecida específicamente al considerar los hechos relativos a alegatos sobre incidentes o personas aislados por oposición a los de situaciones más generales. Hasta la fecha, todos los asuntos remitidos a comisiones de encuesta, en virtud del artículo 26 de la Constitución de la OIT, han tenido relación con problemas generales de compatibilidad de la legislación y práctica con los convenios pertinentes. Lo mismo ocurre en el caso presente.

468. En consecuencia, la Comisión decidió tomar en consideración la información referente a casos concretos como una indicación del efecto de los textos legislativos y prácticas administrativas pertinentes.

La legislación y la práctica en la República Federal de Alemania en su relación con los asuntos pendientes

469. La Comisión va a exponer ahora sus conclusiones a propósito de la situación existente en la República Federal de Alemania en relación con los asuntos pendientes. En general, no ha habido ninguna controversia sobre los elementos propios de dicha situación, ni tampoco sobre los hechos de cada caso concreto. Las divergencias de opinión manifestadas ante la Comisión se han referido más bien a la evaluación de la situación, en su consonancia con los estipulado en el Convenio relativo a la discriminación (empleo y ocupación).

470. El presente caso se deriva de la adopción de medidas que afectan al empleo en el servicio público de personas que participan en actividades, organizaciones o partidos políticos cuyos fines se califican de hostiles al orden fundamental libre y democrático o que están asociadas a ellos. Esencialmente, esas medidas han consistido en negar el ingreso en el servicio público o en despedir a funcionarios o empleados públicos. Han afectado, en particular, a miembros y partidarios del Partido Comunista Alemán (DKP) y de otros partidos u organizaciones de orientación marxista-leninista. Han sido igualmente aplicadas a secuaces de la extrema derecha, en particular del Partido Democrático Nacional de Alemania (NPD). También ha habido casos de personas que actuaban en otras organizaciones como, por ejemplo, asociaciones de estudiantes socialistas y organizaciones pacifistas.

471. Tales medidas han venido determinadas por una combinación de factores: las disposiciones constitucionales y legislativas (y, tratándose de quienes trabajan en el servicio público con arreglo a un contrato laboral, las cláusulas pertinentes de los convenios colectivos), la jurisprudencia y las políticas y prácticas de las autoridades públicas al aplicar las disposiciones legales correspondientes. Parece oportuno recordar las características principales de esos factores determinantes.

472. En virtud del artículo 33, 2), de la Constitución de la República Federal de Alemania, todos los alemanes tienen igual acceso a los empleos públicos en función de sus aptitudes, calificaciones y rendimiento profesional. En virtud del artículo 33, 3), nadie debe sufrir perjuicio alguno en materia de admisión al servicio público y de los derechos en el mismo, como consecuencia de su adhesión o no a una confesión o filosofía. A este respecto, procede señalar que las autoridades públicas tienen la obligación de razonar sus decisiones; quienes estiman que se les ha tratado de un modo incompatible con sus derechos pueden someter su caso a las autoridades judiciales (tribunales administrativos cuando el empleo viene regido por el derecho público, y tribunales de trabajo si la relación queda determinada por el derecho laboral). Gracias a la existencia de esas garantías de procedimiento (que parecen ser más amplias en la República Federal de Alemania de lo que suele ocurrir en otros países), ha sido posible someter casos de exclusión del servicio público a los tribunales y darlos claramente a conocer a la opinión pública.

473. Hay, en el artículo 33 de la Constitución, disposiciones adicionales relativas al empleo de los funcionarios. En su párrafo 4, se estipula que, por regla general, el ejercicio de competencias derivadas de derechos soberanos debe confiarse a personas cuya situación se rija por el derecho público, esto es, a funcionarios públicos (Beamte). En virtud de su párrafo 5, el derecho del

servicio público debe reglamentarse teniendo en cuenta los principios tradicionales de la función pública de carrera. Los tribunales han declarado que la obligación de fidelidad al orden libre y democrático es uno de esos principios tradicionales, por lo cual las autoridades consideran que las disposiciones que definen y rigen dicha obligación tienen categoría de norma constitucional, y que las medidas adoptadas para imponer el respeto de la misma se derivan de un deber constitucional.

474. En el caso del empleo al nivel federal, en el artículo 7 de la ley sobre los funcionarios federales se estipula, como requisito previo para obtener un empleo de funcionario, que los aspirantes aporten la garantía de que defenderán en todo momento el orden fundamental libre y democrático definido por la Constitución. En virtud del artículo 52, 2), de dicha ley federal, los funcionarios públicos deben probar mediante todo su comportamiento, su adhesión al orden fundamental libre y democrático y defenderlo. En cuanto al empleo en organismos de los Länder, se establecen normas similares en los artículos 4, 2) y 35, 1) de la ley marco sobre los funcionarios y en las leyes sobre los funcionarios de los Länder, promulgadas en cumplimiento de la citada ley marco.

475. La obligación de fidelidad rige para todos los funcionarios públicos. Se aplica, pues, por igual a quienes se dedican directamente a la administración del Estado y a los de servicios públicos como los de correos y telecomunicaciones, ferrocarriles federales, sanidad y educación. Según la jurisprudencia, se aplica además sin distinción alguna en cuanto al cometido o al nivel de responsabilidad del funcionario.

476. El funcionario debe dar muestras de su fidelidad al orden fundamental libre y democrático mediante todo su comportamiento y, por consiguiente, a la vez en el ejercicio de sus funciones y fuera del servicio. No obstante, en el caso de los funcionarios públicos de plantilla, el artículo 77 de la ley sobre los funcionarios federales y las disposiciones análogas aplicables en los Länder estipulan que sólo se incumple tal obligación fuera del servicio cuando, según las circunstancias del caso, ello puede menoscabar el respeto y la confianza de un modo grave para el puesto que ocupa el funcionario o para el prestigio de la administración pública.

477. Además de quienes trabajan en el servicio público en una relación de derecho público - esto es, los funcionarios - hay empleados y trabajadores públicos asalariados (Angestellte y Arbeiter), que se rigen por el derecho laboral. Con arreglo a los convenios colectivos aplicables, esas personas están sometidas también a una obligación de fidelidad al orden fundamental libre y democrático. Los tribunales de trabajo - que son los órganos judiciales competentes en los casos que se derivan de tales relaciones de trabajo - han estimado que, tratándose de dichos empleados y trabajadores, procede diferenciar el cumplimiento de la obligación de fidelidad con arreglo a la índole de las distintas funciones. En principio, en virtud de la Constitución, a quienes tienen la condición de funcionario público se les deben encomendar funciones que impliquen el ejercicio de poderes de soberanía, quedando los empleos regidos por un contrato laboral para aquellas tareas que no entrañen tales atribuciones. En la práctica, no se hace una distinción precisa entre las funciones de una y otra categorías de personal del servicio público.

478. Las antes citadas disposiciones de la Constitución, la legislación aplicable a los funcionarios públicos y los convenios colectivos que rigen la situación de quienes trabajan en el servicio público con arreglo a un contrato laboral no han cambiado desde la entrada en vigor del Convenio núm. 111, en la República Federal de Alemania. Lo que ha cambiado ha sido el modo de aplicar esas normas, debido en parte a la evolución de la jurisprudencia y en parte a decisiones de las autoridades públicas competentes. Ha habido, además, una interacción entre esas decisiones y las de las autoridades judiciales.

479. En el artículo 21, 2), de la Constitución se estipula que un partido político será declarado inconstitucional cuando, a juzgar por sus fines o la conducta de sus miembros, intenta perturbar el orden fundamental libre y democrático, derribarlo o poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania. Tal declaración deberá revestir la forma de una decisión del Tribunal Constitucional Federal. En 1952 y 1956 hubo decisiones semejantes del Tribunal, en relación con el Partido del Reich Socialista y con el Partido Comunista de Alemania (KPD). No se han presentado desde entonces demandas similares al Tribunal Constitucional al amparo del artículo 21, 2). En 1961, el Tribunal falló que, mientras no se haya declarado inconstitucional a un partido con arreglo a ese procedimiento especial, el partido, sus responsables y sus afiliados gozan de la protección establecida en relación con sus actividades.

480. Se crearon más tarde varios partidos calificados de "extremistas" o "radicales", algunos de ellos basados en el análisis y el pensamiento marxistas, y otros en tesis que recuerdan las nacionalsocialistas. Las autoridades

públicas se han abstenido de todo intento de conseguir que se declarara inconstitucionales a esos partidos con arreglo al artículo 21, 2), de la Constitución, pero, basándose en las disposiciones relativas a la obligación de fidelidad, al orden fundamental libre y democrático de quienes trabajan en el servicio público, han procurado excluir de puestos y cargos públicos a personas a las que se consideraba identificadas con los fines que persiguen esos partidos. Las normas establecidas al respecto se han plasmado en una serie de directrices sobre la verificación de la fidelidad a la Constitución, y también han ocasionado el examen por los tribunales de la legalidad de las medidas tomadas.

481. En su decisión fundamental del 22 de mayo de 1975, el Tribunal Constitucional Federal falló que la inexistencia de una decisión al amparo del artículo 21, 2), de la Constitución en la que se declare inconstitucional a un partido no es óbice para que las autoridades consideren que ese partido persigue fines hostiles a la Constitución, por lo que procede oponerse políticamente a él. Decidió que, al juzgar la idoneidad del candidato a un puesto público se podría tener en cuenta el hecho de que se haya afiliado a semejante partido o de que pertene a él, independientemente de que haya sido declarado o no inconstitucional por el Tribunal Constitucional Federal (Nota 186).

482. Esa decisión del Tribunal Constitucional Federal dio un reconocimiento judicial al concepto de hostilidad a la Constitución, en el que se han basado las diversas medidas de exclusión del servicio público antes citadas (tanto las negativas de admisión en el servicio público como los despidos). En particular a propósito de su programa, los tribunales han estimado que los fines del Partido Comunista Alemán (DKP) son hostiles a la Constitución. A este respecto, revisten especial importancia las sentencias del Tribunal Administrativo Federal en los casos Peter y Meister (de octubre de 1981 y mayo de 1984, respectivamente). Los tribunales han decidido igualmente que el Partido Democrático Nacional (NPD) persigue fines hostiles a la Constitución. Según una sentencia del Tribunal Administrativo Federal, en el caso Eigenfeld (marzo de 1986), esa conclusión se basaba en las publicaciones y declaraciones del Partido y de sus miembros, más que en el programa del Partido propiamente dicho.

483. El concepto de hostilidad a la Constitución ha suscitado críticas, tanto en la República Federal de Alemania como en los documentos y pruebas presentados a la Comisión. Las críticas se han referido sobre todo al hecho de que no se menciona tal concepto en la Constitución y la legislación de la República Federal; por el contrario, en aquélla sólo se conciben dos situaciones para los partidos políticos: legalidad e inconstitucionalidad. Se ha observado que la decisión del Tribunal Constitucional de 1975 otorga el poder discrecional general, a las autoridades administrativas y a los tribunales, de privar a los partidos políticos y a sus miembros de la protección que apunta a darles la Constitución, haciendo caso omiso de las salvaguardas de procedimiento establecidas en ella (Nota 187). Aunque la Comisión ha tomado nota de esas observaciones, tiene que destacar que no le incumbe examinar la compatibilidad con la Constitución de aspectos concretos de la jurisprudencia en la República Federal de Alemania. La Comisión ha de manejar la jurisprudencia como uno de los hechos. Su misión consiste en determinar si la práctica y la situación jurídica derivadas de las decisiones judiciales pertinentes armonizan o no con el Convenio núm. 111.

484. Conviene, sin embargo, señalar que, aunque se haya estimado que ciertos partidos, como el DKP y el NPD, persiguen fines hostiles a la Constitución, sus actividades son lícitas, y participan en la vida política del país en un plano de igualdad con los demás partidos. En los casos presentados a la Comisión, no se alegaba, con una sola excepción (Nota 188), que los interesados hubiesen actuado ilícitamente o en contra de la Constitución en sus actividades políticas.

485. En su decisión de mayo de 1975, el Tribunal Constitucional Federal enunció una serie de principios en conexión con la obligación de fidelidad al orden fundamental libre y democrático en el servicio público (Nota 189). Aunque en el caso del que se ocupó el Tribunal se trataba de la constitucionalidad de unas disposiciones legislativas relacionadas con las condiciones de admisión en el servicio de prácticas para juristas, esos principios se refieren a normas de conducta en general de los candidatos y de quienes trabajan ya en el servicio público, cualquiera que sea su condición. El Tribunal observó, entre otras cosas, que la obligación de fidelidad se aplica a todos los funcionarios y que no cabe hacer distinciones basadas en las funciones de los mismos. La citada obligación supone algo más que una actitud fría y despegada, formalmente correcta pero despreocupada, para con el Estado y la Constitución. Exige, en particular, que los funcionarios se aparten inequívocamente de grupos e iniciativas que muevan a atacar, combatir y difamar el Estado y la Constitución.

486. Este último requisito ha pesado mucho en las decisiones de las autoridades públicas y de los tribunales, en lo que atañe a la exclusión del servicio público de candidatos a un puesto en el mismo y al despido de funcionarios o empleados públicos. Se

ha considerado que es incompatible con la obligación de fidelidad la participación o relación con partidos u organizaciones cuyos fines hayan sido calificados de hostiles a la Constitución. En tales circunstancias, no se ha estimado que fueran pertinentes las declaraciones de los interesados, en el sentido de que apoyaban el orden fundamental libre y democrático y de que no se proponían actuar contra él, ni tampoco los hechos que demostraban lo intachable de su conducta en sus actividades políticas efectivas.

487. En enero de 1972, el Canciller Federal y los jefes de gobierno de los Länder intentaron armonizar las modalidades de aplicación de las disposiciones relativas a la obligación de fidelidad de los funcionarios públicos y aprobaron una declaración común, la llamada "Radikalenerlass". Dicha declaración no surtió efectos normativos directos, pero trajo consigo la adopción, en el nivel federal y en los Länder, de decisiones encaminadas a reglamentar el modo de verificar el cumplimiento de la obligación de fidelidad. En el plano federal, tales principios fueron revisados en mayo de 1976 y de nuevo en enero de 1979.

488. Al serle presentada la primera reclamación sobre el particular por la FSM, el Consejo de Administración examinó precisamente la situación a raíz de la adopción de los principios federales revisados de 1979 (Nota 190). En el informe adoptado por el Consejo de Administración en noviembre de 1979, se señalaba que las nuevas normas aplicables al empleo en la administración federal parecían limitar el poder discrecional que tenían antes las autoridades empleadoras, al establecer la presunción de fidelidad, la apreciación de las situaciones en forma individual y el abandono de las encuestas sistemáticas. Pero en ese mismo informe se indicaba que los principios revisados acababan de entrar en vigor, y que sus efectos dependerían de su aplicación práctica ulterior. También habría que examinar la evolución de la situación en los Länder que, con arreglo a su autonomía administrativa, hayan podido aplicar principios más rigurosos y en los cuales, a juzgar por la información disponible, los casos de encuestas y rechazos de candidatos habían sido proporcionalmente más numerosos que en la administración federal. Por todo ello, el Consejo de Administración decidió declarar clausurado el procedimiento en relación con la reclamación previa.

489. En la presente encuesta se ha puesto claramente de manifiesto que las políticas y prácticas de diversas autoridades de la República Federal, en lo que atañe a la verificación y el cumplimiento de la obligación de fidelidad al orden fundamental han variado mucho en los últimos años, debido en parte a la adopción de criterios diferentes al respecto, pero también porque ha habido reacciones diferentes a las decisiones judiciales.

490. Tan sólo algunos gobiernos de Land modificaron sus principios para la verificación de la fidelidad a la Constitución después de los cambios adoptados en 1979 para el empleo al nivel federal. En fecha más reciente - junio de 1985 - el Gobierno de Sarre abrogó oficialmente esos principios, a la vez que se mantenían en vigor las disposiciones pertinentes de la legislación relativa al empleo en el servicio público. Ciertos testigos que comparecieron ante la Comisión señalaron que las exclusiones del servicio público, al amparo de las disposiciones referentes a la obligación de fidelidad, están ahora concentradas en ciertos Länder (Baden-Wurtemberg, Baviera, Baja Sajonia, Renania-Palatinado y Schleswig-Holstein) y en la administración federal (Nota 191).

491. Según la información facilitada a la Comisión, durante su visita a la República Federal de Alemania, por los representantes del gobierno de Sarre, las autoridades de este Land se basan, al aplicar las disposiciones legislativas pertinentes, en el supuesto de que todo ciudadano es fiel a la Constitución y en el principio de que solamente se debe efectuar una investigación sobre el particular cuando una persona lleva a cabo tentativas concretas contra la Constitución. El factor determinante es precisamente esa acción del individuo. El hecho de ser miembro de un partido político y de llevar a cabo en él actividades lícitas (entre ellas, la circunstancia de ocupar un cargo en el partido o de presentarse como candidato suyo en unas elecciones) no puede calificarse de incompatible con la obligación de fidelidad a la Constitución, porque se considera que el ejercicio de los derechos políticos no debe acarrear desventaja alguna en el empleo o la ocupación. Las autoridades de Sarre estiman asimismo que, al aplicar las disposiciones relativas a la obligación de fidelidad a la Constitución, conviene distinguir en función de las características del trabajo y del sector en el cual se realiza.

492. En Hesse, la situación es muy parecida a la del Sarre. El acuerdo firmado en 1984 entre los partidos representados en el actual gobierno del Land establece que la afiliación a un partido y el ejercicio de los derechos inherentes, en particular el hecho de presentarse como candidato suyo en unas elecciones, no podrá alegarse contra ningún funcionario, empleado o trabajador en el momento de cerciorarse de que reúne los requisitos previos para el ingreso en el servicio público. Los representantes de las

autoridades expusieron a la Comisión que el cambio fundamental de las prácticas al respecto se produjo a raíz de la adopción en 1979 de los principios revisados para la verificación de la obligación de fidelidad a la Constitución, y que el acuerdo de coalición de 1984 se había limitado a confirmar tal práctica. Los principios de 1979 suprimieron las indagaciones sistemáticas sobre los candidatos e hicieron hincapié en las circunstancias propias de cada caso. Establecen asimismo, entre otras cosas, que el Estado presupone la fidelidad de sus ciudadanos a la Constitución, que los candidatos a un puesto en el servicio público confirman su obligación de fidelidad a la Constitución, con el juramento de respetar la Constitución de la República Federal, así como la Constitución y las leyes mismas de Hesse, y que rige el principio de proporcionalidad al decidir si, en un caso concreto, procede cursar una solicitud de información a las autoridades responsables de la defensa de la Constitución. Los criterios actuales del gobierno del Land quedaron confirmados por una resolución del Parlamento del Land, de enero de 1985, en la cual se afirmaba que el ejercicio de derechos cívicos - por ejemplo la presentación como candidato en elecciones locales, del Land o federales y la aceptación del mandato electivo consiguiente -, no deberían acarrear desventaja alguna en el servicio público. Las autoridades comunicaron a la Comisión que, al examinar las circunstancias de cada caso, uno de los factores que se tienen en cuenta es la índole de las funciones desempeñadas, o que vaya a desempeñarse. Señalaron también que el Gobierno actual ha procedido a un examen de casos anteriores en los cuales se había negado la admisión en el servicio público o el nombramiento de funcionario público, y que ello había desembocado en soluciones positivas en un cierto número de casos.

493. En Renania Septentrional-Westfalia, los principios revisados de verificación de la fidelidad a la Constitución de los candidatos a un empleo en el servicio público, adoptados en enero de 1980, son similares a las disposiciones antes citadas de Hesse. Por haberse renunciado a la petición sistemática de información a la Oficina de Defensa de la Constitución, el número de esas peticiones se redujo de unas 50 000 al año a menos de tres anuales entre 1983 y 1985, y, según las autoridades, desde 1980 no ha habido casi ningún caso de negativa a conceder el ingreso en el servicio público basado en la falta de una garantía de fidelidad a la Constitución. Las autoridades efectuaron asimismo un examen de los casos anteriores de esa índole, indicando que, salvo en algunas ocasiones - candidatos que no habían presentado la solicitud correspondiente o cuyo caso seguía pendiente -, han quedado resueltos los "casos antiguos". Después de la sentencia del Tribunal Administrativo Federal en el caso Peter, en 1981, el Gobierno del Land adoptó en marzo de 1983 unos principios complementarios, en los cuales se establece, en particular, que, con la salvedad de las elecciones municipales, el hecho de presentarse candidato por un partido cuyos fines son hostiles a la Constitución debe considerarse como una actividad que está expuesta a la adopción de medidas disciplinarias. Aunque los principios vigentes no se refieren al hecho de ocupar un cargo en un partido u organización semejante, las autoridades explicaron que sólo serían pertinentes en el caso de los puestos de mayor responsabilidad.

494. Ninguno de los casos documentados que se presentaron a la Comisión está relacionado con el empleo en Hamburgo o en Bremen. Aunque ante la Comisión no comparecieron representantes de las autoridades de esos Länder, ni celebró ella conversaciones con estas autoridades durante su visita a la República Federal, de las manifestaciones de los testigos presentados por la FSM se desprende que la aplicación de las disposiciones relativas a la obligación de fidelidad en esos dos Länder no engendra actualmente dificultades ni críticas. Según la documentación de un comité de Hamburgo contra las "interdicciones profesionales", esta práctica ha desaparecido totalmente y, en octubre de 1985, habían quedado ya resueltos los tres últimos casos de exclusión anterior del servicio público, con la admisión en el mismo de los interesados. En Bremen, las disposiciones relativas a la verificación de la fidelidad a la Constitución de los servidores públicos fueron modificadas en 1983 en el sentido de que, al juzgar si la conducta fuera del servicio justifica o no que se le incoe un procedimiento disciplinario o se le despida, se deben tener en cuenta la índole y el alcance de esa conducta y las tareas asignadas al funcionario; será grave el incumplimiento de la obligación cuando no sea posible aceptar tal conducta ni siquiera teniendo debidamente en cuenta los derechos fundamentales, en particular el de la libertad de expresión. Estas disposiciones encajan en un proyecto de ley presentado al Parlamento Federal en 1982 por el Gobierno Federal, con miras a modificar la legislación sobre el empleo en la función pública, tanto federal como de los Länder, pero no se siguió adelante en ello al cambiar poco después el Gobierno.

495. En contraste con la liberalización de los criterios en los Länder antes citados, en otros se han mantenido las características esenciales de sus principios primitivos al respecto. Tal es el caso de Baden-Wurtemberg, Baviera, Baja Sajonia, Renania-Palatinado y Schleswig-Holstein. La práctica de los mismos no solamente implica diferencias significativas en el procedimiento de verificación de la fidelidad al orden fundamental libre y democrático de los candidatos a un puesto público, sino también de los criterios de evaluación del cumplimiento de ese requisito, en el caso de los candidatos a un empleo y también de quienes trabajan ya en el servicio público. Esos Länder han mantenido el principio de la petición sistemática de

información a la Oficina de Defensa de la Constitución sobre los candidatos (en Baja Sajonia, con ciertas excepciones). Al no presuponerse la fidelidad a la Constitución, incumbe a los candidatos demostrar que van a actuar en todo momento a favor del orden fundamental libre y democrático. Esos Länder interpretan estrictamente la obligación que tienen los candidatos (así como quienes están ya en el servicio público) de apartarse de partidos u organizaciones cuyos fines hayan sido calificados de hostiles a la Constitución (Nota 192). A consecuencia de ello, unas actividades y actitudes políticas que en el grupo anteriormente citado de Länder no constituiría un obstáculo para el ingreso en el servicio público han acarreado el rechazo de candidatos en este segundo grupo de Länder (Nota 193). Los tribunales han estimado que, al igual que cuando se trata de juzgar otras calificaciones, las autoridades públicas tienen un margen discrecional para decidir si un candidato aporta la garantía necesaria de fidelidad a la Constitución; los tribunales pueden cerciorarse de que esas decisiones no se han basado en errores de hecho, ni rebasado el marco constitucional y legislativo en el cual pueden tomarse libremente decisiones, o no son arbitrarias, pero no deben sustituir la evaluación de las autoridades competentes por la suya propia (Nota 194).

496. Hay una divergencia similar en los criterios adoptados por los diversos Länder al determinar la compatibilidad con la obligación de fidelidad de las actitudes y actividades políticas de quienes trabajan ya en el servicio público. Los Länder implicados en los casos documentados de ese tipo presentados a la Comisión (prescindiendo de uno, que se remontaba a 1975) son Baden-Wurtemberg, Baja Sajonia, Renania-Palatinado y Schleswig-Holstein. En un capítulo anterior (Nota 195) se han analizado las razones por las que se ha intentado eliminar a los interesados del servicio público. Se trata, entre otras, de las siguientes: la sospecha de que el interesado pertenece al DKP, sumada a una negativa suya a contestar preguntas referentes a esa circunstancia o a disociarse del partido (Nota 196); su participación limitada en actividades del mismo (Nota 197); tener un cargo en el partido (Nota 198); presentarse como candidato al Partido en unas elecciones (Nota 199); y pertenecer al DKP siendo concejal (Nota 200). Tales actividades no se considerarían, en general, como incumplimiento de la obligación de fidelidad en los Länder como Bremen, Hamburgo, Hesse, y Sarre, ni tampoco (salvo en ciertas circunstancias) en Renania Septentrional-Westfalia.

497. De los casos documentados, referentes a medidas disciplinarias contra funcionarios federales, se desprende que también las autoridades federales adoptan un criterio estricto al considerar las repercusiones disciplinarias de la participación en las actividades de un partido cuyos fines se califican de hostiles a la Constitución. Refiriéndose a la jurisprudencia de los más altos tribunales en materia disciplinaria, el Fiscal Disciplinario Federal declaró que la actuación por cuenta de tal partido supone mucho más que el mínimo de pruebas y hechos necesarios para que se dé un incumplimiento de la obligación de fidelidad; no puede seguir siendo funcionario quien apoye a un partido que persiga fines hostiles a la Constitución y no esté dispuesto a apartarse de él (Nota 201). En los casos documentados que se presentaron a la Comisión, el procedimiento disciplinario contra funcionarios federales se había basado principalmente en el hecho de ocupar un cargo en un partido cuyos fines se califican de hostiles a la Constitución o de presentarse candidato en unas elecciones, federales, de Land o locales; también se han incoado procedimientos disciplinarios contra concejales por el Partido (Nota 202). En un cierto número de casos, los funcionarios habían trabajado en lugares en los cuales, de haber estado al servicio del Land, no habrían tenido consecuencias disciplinarias, normalmente, sus actividades (Nota 203).

498. La Comisión ha observado que, en varias decisiones recientes, el Tribunal Disciplinario Federal ha estimado que las actividades en un partido político legal (ser miembro del mismo, ocupar un cargo en él o presentarse como candidato suyo en unas elecciones) no constituye un incumplimiento de la obligación de fidelidad al orden libre y democrático. Esas decisiones se diferencian de la jurisprudencia del Tribunal Administrativo Federal, y también de la posición adoptada por varios tribunales de Land (Nota 204). Las autoridades federales han apelado contra ellas ante el Tribunal Administrativo Federal, y han mantenido asimismo la suspensión de empleo de los interesados alegando que sus actividades habrán de desembocar sin duda en su despido.

499. Se hicieron varias observaciones ante la Comisión a propósito de la importancia numérica de los casos de rechazo o exclusión del servicio público, en relación con la obligación de fidelidad al orden fundamental libre y democrático. El Gobierno de la República Federal facilitó datos estadísticos al respecto, e hizo hincapié en el número relativamente pequeño de tales casos, observando, sin embargo, que la compatibilidad de su legislación y de sus prácticas con el Convenio núm. 111 debe juzgarse en sí misma, independientemente del número de personas afectadas. La Comisión concuerda con esta observación. La información que ha recibido sobre los pormenores de casos concretos reviste esencialmente interés como manifestación de los efectos de las disposiciones legislativas o de otra índole, referentes a la obligación de fidelidad y de las políticas y prácticas de las

diferentes autoridades al aplicar tales disposiciones. Además del caso de las personas directamente afectadas, esas políticas y prácticas surten también ciertos efectos más generales. El Gobierno Federal ha indicado que hay unas 2 500 personas del servicio público conocidas por ser miembros de organizaciones calificadas de extremistas, y que el número real de personas semejantes es sin duda mucho mayor. Todas ellas, deben determinar hasta qué punto pueden manifestar sus opiniones políticas por la participación en la vida pública y en los procesos constitucionales. Lo mismo reza en cuanto a quienes habrán de plantearse, incluso antes de buscar un empleo en el servicio público, los posibles efectos de manifestar sus opiniones políticas sobre las perspectivas de obtener tal empleo en el futuro.

500. El Gobierno de la República Federal de Alemania ha aducido a la Comisión una serie de argumentos con el propósito de demostrar que no hay incompatibilidad alguna entre la legislación y la práctica nacionales y el Convenio relativo a la discriminación (empleo y ocupación). La Comisión procederá al examen de estos argumentos. Examinará primero la aplicabilidad del Convenio núm. 111 a las relaciones de trabajo de los funcionarios, el ámbito de la protección que ofrece el Convenio, la incidencia de la definición de "discriminación" que figura en el párrafo 1 del artículo 1 del Convenio, ciertas consideraciones del Gobierno en relación con la índole de las obligaciones que asumen los Estados al ratificar el Convenio núm. 111, y el interés de ciertas sentencias recientemente pronunciadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Luego examinará la información de que dispone a la luz de dos disposiciones capitales del Convenio: el párrafo 2 de su artículo 1 (referente a las calificaciones exigidas para un empleo determinado) y su artículo 4 (que versa sobre las medidas en relación con actividades perjudiciales para la seguridad del Estado).

Aplicabilidad del Convenio núm. 111 a las relaciones de trabajo de los funcionarios

501. En las observaciones que presentó a la Comisión en marzo de 1986, el Gobierno de la República Federal de Alemania planteó la cuestión de la aplicabilidad del Convenio núm. 111 a la relación de trabajo de los funcionarios (Beamte) caracterizada por derechos y deberes especiales emanados del derecho público (Nota 205).

502. La Comisión reconoce que las disposiciones del Convenio núm. 111 no limitan en modo alguno la libertad que tiene todo Estado para decidir si el personal del servicio público ha de regirse por las mismas disposiciones legales que quienes trabajan en el sector privado y si (y en qué medida) procede asignarles funciones particulares, como las que, en la República Federal de Alemania se definen como funciones que implican el ejercicio de una autoridad soberana. Tampoco puede influir el Convenio en las decisiones adoptadas por cada Estado en cuanto a qué esferas de empleo dependen de las autoridades públicas y cuáles del sector privado.

503. No hay, por otra parte, en el Convenio núm. 111 nada que autorice explícita o implícitamente la exclusión de personas por ser empleadas por las autoridades públicas o sobre la base del estatuto jurídico particular de que gozan en su empleo. El Convenio propugna la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación. En los trabajos preparatorios que desembocaron en su adopción, se hizo hincapié en el sentido amplio que la Conferencia Internacional del Trabajo se proponía dar al concepto de "empleo y ocupación" (Nota 206). Refiriéndose a esos trabajos preparatorios, el Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones subrayó que "ninguna disposición del Convenio ... limita su campo de aplicación personal o profesional... Abarca todos los sectores de actividad; se refiere tanto a los empleos públicos como a los empleos y ocupaciones privados..." (Nota 207).

504. Procede señalar que el artículo 3, d) del Convenio núm. 111 estipula que los Estados que lo ratifiquen deberán llevar a cabo una política nacional de promoción de la igualdad de oportunidades y de trato "en lo que concierne a los empleos sometidos al control directo de una autoridad nacional". También es pertinente hacer referencia a la Recomendación relativa a la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111), que complementa el Convenio indicando con mayor detalle el modo en que cabe aplicar la política propugnada en el Convenio. En el párrafo 2, c) de la misma se dice que "todos los organismos oficiales deberían aplicar una política de empleo no discriminatoria en todas sus actividades". El párrafo 3, a) establece que todo Estado debería garantizar la aplicación de los principios de no discriminación respecto de los empleos sujetos al control directo de una autoridad nacional. El párrafo 3, b) se refiere a la actuación de las autoridades no centrales, y recomienda que se aliente a las administraciones de los Estados, provinciales o locales y a los organismos y empresas que sean propiedad del Estado o estén sometidos a su control a garantizar la aplicación de esos principios. Todas esas disposiciones confirman la intención de la Conferencia Internacional del Trabajo de hacer extensiva al servicio público la aplicación del

Convenio.

505. Aunque, como queda dicho, el Convenio núm. 111 deja plena libertad a los Estados para que determinen la índole de las relaciones jurídicas de empleo de quienes trabajan en el servicio público, no hay razón alguna para que la elección de una forma dada de relación por un sistema jurídico nacional deje a las personas sometidas al mismo fuera de la protección que confiere el Convenio. En 1931, la Oficina Internacional del Trabajo examinó ya un punto similar, en respuesta a una pregunta del Gobierno de Alemania acerca del alcance de ciertas disposiciones del Convenio sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas), 1930 (núm. 30). El Gobierno estimaba que, debido a su estatuto especial, los funcionarios no debían ser considerados ni como obreros ni como empleados y que, por consiguiente, quedaban fuera del campo de aplicación de los convenios internacionales del trabajo. En su respuesta de 14 de octubre de 1931, Albert Thomas, Director General de la OIT, señalaba que, cuando un convenio se aplica a quienes trabajan en empresas o establecimientos públicos, no se hace distinción alguna según la naturaleza jurídica de las normas en que se basan sus condiciones de trabajo. "Por consiguiente, el Convenio se aplica a esas personas aunque, de acuerdo con el derecho público de algunos Estados, tengan calidad de funcionarios" (Nota 208).

Ambito de protección del Convenio núm. 111

506. El Gobierno de la República Federal de Alemania sostiene que las medidas adoptadas para mantener un servicio público fiel a la Constitución quedan fuera del ámbito de la protección establecida en el Convenio núm. 111. Subraya que tales medidas tienen por objeto proteger las características básicas del orden fundamental libre y democrático, y considera que un convenio de la OIT destinado a garantizar los derechos humanos no puede interpretarse en el sentido de que proteja a quienes abogan por un sistema totalitario. En apoyo de este criterio se remite al párrafo 1 del artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, que reza así:

"Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él (Nota 209)."

507. Parece oportuno señalar, en primer lugar, que la estructura y el enfoque adoptados en los pactos internacionales de derechos humanos y en el Convenio núm. 111 de la OIT son muy diferentes. Los pactos se refieren a una gama muy amplia de derechos humanos, y los definen, al igual que las posibles limitaciones de los mismos, en términos generales. Así por ejemplo, en el artículo 25 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos se reconoce el derecho y la oportunidad de todos los ciudadanos, sin ninguna de las distinciones mencionadas en su artículo 2 y sin restricciones indebidas, a tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. No va más allá en la definición de las restricciones que pueden imponerse. El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (que, en el párrafo 1 de su artículo 5, enuncia una disposición idéntica a la citada por el Gobierno) reconoce el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado (artículo 6) y, en virtud del párrafo 2 del artículo 2, estipula que se garantizará ese derecho sin discriminación alguna por diversos motivos, debidamente especificados. No hay en el Pacto cláusula alguna sobre las medidas a adoptar para fomentar la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo, y tampoco se definen las circunstancias en las cuales pueden estar justificadas distinciones o exclusiones. En ambos pactos, en su Parte II, hay ciertas cláusulas generales de limitación, entre ellas la establecida en el párrafo 1 del artículo 5. El Convenio núm. 111 de la OIT se limita al tema específico de la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación. Detalla con cierta minucia las medidas que deben tomar los gobiernos para eliminar toda discriminación al respecto. Define lo que ha de considerarse como discriminación a efectos del Convenio, y precisa explícitamente ciertas circunstancias que no deberán ser calificadas de tal. Sería difícil ver en el Convenio, además de las cláusulas de excepción explícitas, una excepción implícita, derivada de otros instrumentos, muy diferentemente concebidos. Procede señalar también que han surgido dificultades al determinar el alcance y los efectos precisos de la disposición de los pactos a la que se refiere el Gobierno (Nota 210).

508. Es también necesario tener presente la distinción entre las sanciones que se pueden legítimamente imponer por una conducta encaminada a la supresión de derechos y libertades, por un lado, y las calificaciones para el empleo, por otro. Una conducta como la citada puede acarrear una sentencia y una sanción penales. Aunque se haya declarado a alguien culpable de tal infracción, habrá que examinar las consecuencias de su conducta en su empleo. A este respecto, el factor decisivo no es la corrección o el castigo, sino determinar si esa conducta inhabilita al interesado para un trabajo determinado. Si se trata de una

conducta lícita, el criterio de idoneidad para el empleo podrá ser el único pertinente. Tal parece ser también la tesis del Gobierno de la República Federal. En sus observaciones de junio de 1986 decía lo siguiente: "La pregunta crucial es esta: quién es idóneo para un puesto de funcionario público en la República Federal de Alemania? De eso es de lo que se trata también en el caso de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 1 y en el artículo 4 del Convenio. Dichas disposiciones constituyen, pues, el marco adecuado para contestar tal pregunta.

509. Por último, sería difícil pretender que puedan quedar totalmente al margen de la protección que depara el Convenio núm. 111, quienes se han portado lícitamente y gozan de todos sus derechos civiles (Nota 211). Este particular se analiza más detalladamente en el párrafo 519.

Incidencia de la definición de "discriminación" que figura en el párrafo 1 del artículo 1 del Convenio

510. En sus observaciones de marzo de 1986, el Gobierno Federal exponía una serie de argumentos en apoyo del criterio de que no hay en la República Federal de Alemania discriminación alguna en el sentido en que la define el párrafo 1 del artículo 1 del Convenio núm. 111 (Nota 212).

511. En primer lugar, el Gobierno señala que, al igual que el Convenio núm. 111, el párrafo 3 del artículo 3 de la Constitución prohíbe todo prejuicio o preferencia basados en la actitud política de una persona. Según el Tribunal Constitucional Federal, las medidas de protección adoptadas para mantener un servicio público fiel a la Constitución no constituyen una violación de esa disposición constitucional. El requisito que se pide a los candidatos al ingreso en el servicio público y a los funcionarios públicos es que reconozcan los valores fundamentales básicos del orden constitucional que garantizan la libertad. El Gobierno considera que las medidas encaminadas a mantener un servicio público fiel a la Constitución no tienen relación con las opiniones políticas de los interesados.

512. Estas observaciones suscitan varias cuestiones. En primer lugar, parece conveniente señalar que las conclusiones a que han llegado los tribunales nacionales sobre la compatibilidad de ciertas leyes o prácticas con las garantías de la libertad de expresión proclamadas en la Constitución de su país no pueden tener fuerza vinculante para organismos internacionales encargados de examinar si esas leyes y prácticas son compatibles con las exigencias de un convenio internacional.

513. Procede observar que el párrafo 1 del artículo 1 del Convenio núm. 111 da una definición puramente descriptiva de lo que constituye una "discriminación" a efectos del Convenio, a saber: "cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de... opinión política... que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación". Es indudable que las medidas tomadas en la República Federal de Alemania en cumplimiento de las disposiciones relativas al deber de fidelidad al orden fundamental libre y democrático de los miembros del servicio público tienen el efecto de excluir a las personas afectadas de ese empleo y de anular o alterar sus oportunidades de acceso al empleo o de continuación en el mismo. Están, pues, comprendidas dentro del ámbito de la definición que figura en el párrafo 1 del artículo 1 del Convenio núm. 111, y dicha definición no queda invalidada por el hecho de que las medidas en cuestión establezcan calificaciones para ciertos tipos de empleo o porque su finalidad sea mantener ciertas normas de conducta en el servicio público. Esas cuestiones de justificación deben considerarse no en relación con la definición del párrafo 1 del artículo 1, sino a la luz de las pertinentes cláusulas de excepción, es decir, el párrafo 2 del artículo 1, y el artículo 4.

514. Las observaciones del Gobierno suscitan además la cuestión de si las medidas consideradas se toman basándose en la opinión política, en el sentido que se le da en el Convenio núm. 111.

515. A este respecto, la Comisión quiere recordar el criterio expresado por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, de que "al proteger a los trabajadores contra la discriminación basada en sus opiniones políticas, el Convenio implica que dicha protección debe ser reconocida también con respecto a actividades que expresen o manifiesten una oposición a los principios políticos establecidos..." (Nota 213). La protección de la libertad de expresión no tiene meramente por objeto que toda persona pueda sentir la satisfacción intelectual de expresar lo que piensa, sino más bien - y especialmente en lo que atañe a la expresión de opiniones políticas - dar a esa persona la oportunidad de intentar influir en las decisiones que se tomen en la vida política, económica y social de su país. Para que sus opiniones políticas tengan influencia, cada persona suele actuar conjuntamente con otras. Las organizaciones y partidos políticos constituyen un marco

dentro del cual sus miembros pugnan porque sus opiniones tengan la mayor aceptación posible. Por consiguiente, una protección de las opiniones políticas para que sea coherente, debe extenderse también a la promoción colectiva de las mismas dentro de dichas entidades. Las medidas tomadas contra una persona basándose en las finalidades de la organización o partido a que pertenece implican que no le es lícito asociarse a tales finalidades y, por tanto, restringen su libertad de manifestar sus opiniones.

516. La Comisión observa que las disposiciones relativas a la obligación de fidelidad, vigentes en la República Federal de Alemania, exigen de los servidores públicos que, mediante todo su comportamiento, pongan de manifiesto su adhesión al orden fundamental libre y democrático. Lo que se exige es, pues, una conducta que demuestre una determinada actitud. Ello se refleja en una serie de declaraciones. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal, en su fallo del 22 de mayo de 1975, hacía observar lo siguiente: "Todo funcionario público ha de reconocer y aceptar este Estado y su Constitución como elementos positivos de gran valor dignos de ser defendidos". En su intervención en el debate del Parlamento Federal, en enero de 1986, el portavoz del Gobierno Federal reiteró que la postura del Gobierno era garantizar que "solamente puedan encontrar empleo en el servicio del Estado personas que, por convicción íntima, apoyen los valores fundamentales de nuestra Constitución libre y democrática". En el dictamen jurídico del profesor Doebling, presentado a la Comisión por el Gobierno Federal, se indicaba que el rechazo de un candidato a empleo en el servicio público se justificaría si, conociendo los principios propugnados por el DKP, declaraba su fidelidad a esos vínculos políticos. Aunque los tribunales, al juzgar si una persona cumple la obligación de fidelidad, hayan distinguido diferentes grados de participación en las actividades de un partido u organización cuyos fines se consideran hostiles a la Constitución, han procedido así para determinar si esa participación revelaba una identificación suficiente con los objetivos del partido u organización, que permitiera concluir que la propia persona perseguía fines hostiles a la Constitución. En el caso Meister, el Tribunal Administrativo Federal observó que un funcionario público viola la obligación de fidelidad si, por aceptar cargos en el DKP y candidaturas en su nombre en elecciones generales, se proclama portavoz del DKP y defiende en público sus políticas. Análogamente, en el caso Eckartsberg el Tribunal Disciplinario de Baja Sajonia estimó que dicho funcionario había violado la obligación de fidelidad porque, al presentarse públicamente como candidato del DKP, se había identificado con los postulados esenciales del programa de este partido. El jefe del Departamento de Personal del Ministerio Federal de Correos y Telecomunicaciones hizo hincapié, al declarar ante la Comisión, en que el fundamento de la acusación contra los funcionarios de correos a quienes se habían incoado procedimientos disciplinarios por incumplimiento de la obligación de fidelidad radicaba en su actitud deficiente con respecto a la Constitución.

517. A la luz de lo que antecede, no parece posible aceptar el criterio de que las medidas en cuestión no guardan relación con las opiniones políticas de los interesados.

518. Otro argumento aducido por el Gobierno se basa en que, en virtud del párrafo 3 del artículo 79 de la Constitución, algunas de sus cláusulas en las que se definen los principios básicos de un orden libre y democrático no permiten ninguna enmienda. A este respecto el Gobierno se remite a ciertas observaciones de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones en el sentido de que la difusión de doctrinas encaminadas a suscitar cambios fundamentales en las instituciones del Estado no queda fuera de la protección del Convenio núm. 111 "mientras no se empleen o promuevan métodos violentos o inconstitucionales con esa finalidad" (Nota 214). El Gobierno señala que, en la medida en que el programa del DKP se propone la modificación o la eliminación de elementos esenciales de la Constitución, que no permiten ninguna enmienda, sólo cabe conseguir tales fines recurriendo a medios no tolerados por la Constitución; por ello, quienes participan activamente en la defensa de los objetivos y programas del DKP ocupando cargos en él o presentándose como candidatos suyos en elecciones, no están amparados por el Convenio núm. 111. A juicio del Gobierno, no cambia la situación el hecho de que el DKP no haya sido declarado inconstitucional de conformidad con el párrafo 2 del artículo 21 de la Constitución. El Gobierno distingue la situación de los funcionarios, que en virtud del párrafo 5 del artículo 33 de la Constitución tienen la obligación de defender el orden constitucional, de la de los ciudadanos, que son libres de rechazar y combatir políticamente ese orden, mientras lo hagan en un partido que no esté prohibido y con medios generalmente permitidos.

519. Estos argumentos suscitan varias cuestiones. Una de ellas es la de saber si el programa del DKP, y de otros partidos u organizaciones cuyos fines se estiman hostiles a la Constitución, implicaría cambios en alguna de las disposiciones intangibles de la Constitución y, en caso afirmativo, si ello incitaría al partido u organización a una acción de carácter inconstitucional o, por el contrario, impondría límites legales a la acción que pudiera realizarse. La Comisión estima innecesario abordar estas cuestiones en el contexto presente - a saber, el examen del alcance de la definición de "discriminación" que figura

en el párrafo 1 del artículo 1 del Convenio. La cuestión esencial que se plantea aquí es la siguiente: puede excluirse de dicha definición y, por tanto, plenamente del alcance del Convenio núm. 111, la promoción y prosecución de objetivos políticos en una forma que todo el mundo reconozca lícita? El efecto de semejante exclusión sería dejar a los interesados totalmente privados de la protección del Convenio; éstos podrían, pues, verse sujetos a la exclusión o a la desigualdad de trato no sólo dentro del marco del empleo público, sino en todos los sectores y en relación con todos los aspectos del empleo y la ocupación cubiertos por el Convenio. Podría denegárseles cualquier tipo de formación y de trabajo, incluso el más servil y sometérselos a un trato discriminatorio en cualquier trabajo que realizaran. La distinción que hace el Gobierno entre la libertad de acción política de que goza el ciudadano y la situación más restringida de los funcionarios públicos sólo tiene sentido si se la relaciona con la índole de las funciones que ejercen estos últimos. Esto, sin embargo, ha de considerarse a la luz del párrafo 2 del artículo 1 (distinciones basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado); no parece justificar distinción dentro de la definición que figura en el párrafo 1 del artículo 1.

520. Otra cuestión que suscita la documentación presentada por el Gobierno Federal es hasta qué punto el concepto de discriminación en derecho internacional presupone la existencia de diferencias de trato de índole arbitraria (Nota 215). Procede observar que la definición explícita del Convenio núm. 111 no entraña ninguna referencia al elemento arbitrariedad, sino que se refiere a "cualquier distinción, exclusión o preferencia" basada en motivos determinados que tiene por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato. Las cláusulas de excepción ya citadas justifican determinadas distinciones, exclusiones o preferencias. Es dentro del marco de esas disposiciones explícitas, más bien que en virtud de un criterio general que debería introducirse implícitamente en el instrumento y que dejaría un amplio margen de discreción a cada uno de los Estados ratificantes, que es preciso examinar la posible justificación de las medidas adoptadas en la República Federal de Alemania. La Comisión observa además que no hay ninguna referencia al elemento arbitrariedad en la definición de "discriminación" que figura en otros instrumentos internacionales (Nota 216).

Indole de las obligaciones asumidas en virtud del Convenio núm. 111

521. En la documentación presentada por el Gobierno Federal junto con sus comentarios en marzo de 1986 se indicaba que, de conformidad con los artículos 2 y 3 del Convenio núm. 111, éste debe aplicarse "por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales", y se hacía observar que, al evaluar las cuestiones sometidas a la Comisión, procedía tener en cuenta las condiciones políticas y jurídicas especiales de la República Federal de Alemania (Nota 217).

522. A este respecto, es necesario distinguir entre la protección requerida por el Convenio y los medios empleados para lograrla. El artículo 2 obliga a formular y llevar a cabo una política que promueva la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación al respecto. El artículo 3 propugna medidas más concretas, entre las que figura la aplicación de dicha política en lo que concierne a los empleos sometidos al control directo de una autoridad nacional y la modificación de las disposiciones prácticas administrativas que sean incompatibles con dicha política. Al prever que esas diversas medidas deben tomarse "por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales", el Convenio no cambia el objetivo o norma que es preciso alcanzar, sino que confiere meramente cierta flexibilidad en cuanto a los medios elegidos para alcanzarlos. Por ejemplo, si una práctica o norma administrativa implica discriminación, tal como se define ésta en el Convenio, el Estado en cuestión debe modificarla para que sea conforme a la política de no discriminación exigida por el Convenio, y no puede eludir esa obligación pretendiendo que dicha práctica es apropiada a las condiciones nacionales. En su estudio general de 1963, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones hacía observar que la referencia a "métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales" dejaba a cada país "en libertad para elegir los medios técnicos que desee utilizar y para combinar las diversas formas de acción, habida cuenta de los problemas particulares con que tenga que enfrentarse" (Nota 218). La Comisión de Expertos se refería también a la posibilidad que tiene cada país de actuar según los procedimientos que juzgue apropiados "desde el punto de vista de su naturaleza, de su aplicación en el tiempo y de su graduación respectiva" (Nota 219).

523. Por todo ello, la Comisión considera que los argumentos aducidos por el Gobierno Federal a propósito de las circunstancias particulares propias de la República Federal de Alemania deben examinarse no como meras cuestiones de los métodos escogidos para promover la igualdad en el empleo y la ocupación, sino como factor que procede tener en cuenta al determinar la cuestión de fondo de si las medidas tomadas en materia de acceso al servicio público y de empleo en el mismo

caen dentro de las excepciones previstas en el párrafo 2 del artículo 1 y en el artículo 4 del Convenio. Es dentro de ese marco que la Comisión ha examinado la cuestión.

Interés de sentencias recientes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

524. En las observaciones complementarias del Gobierno de la República Federal de Alemania, presentadas en noviembre de 1986, se aludía a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 28 de agosto de 1986, relativas a los casos de Julia Glasenapp y Rolf Kosiek (Nota 220). La Comisión ha examinado esas sentencias en su relación con los asuntos pendientes.

525. Basándose en los trabajos preparatorios correspondientes, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmó que ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos ni ninguno de sus protocolos garantizan el derecho al ingreso en el servicio público. Señaló asimismo que el deber de defender el sistema libre y democrático, tal como se entiende en la ley orgánica, constituye una de las calificaciones personales que se exigen de quien solicita un empleo de funcionario público en la República Federal, observando que “dicho requisito se aplica a la contratación para la función pública, asunto éste que fue omitido deliberadamente del Convenio, y no cabe considerar tal requisito, de por sí, incompatible con él”. Por estimar que el acceso a la función pública es el núcleo mismo del asunto que había de examinar y que las autoridades habían tenido en cuenta la opinión y las actitudes o actividades de los interesados simplemente para determinar si reunían las condiciones personales establecidas para esos puestos, el Tribunal falló que no se había menoscabado el derecho a la libertad de expresión, amparado por el artículo 10, párrafo 1, del Convenio.

526. De hecho, en las sentencias citadas se concluyó que esos casos quedaban al margen del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de sus protocolos *ratione materiae*. El Tribunal no examinó el punto de si las restricciones en cuestión estaban o no justificadas al evaluar la idoneidad para el empleo. Por consiguiente, dichas sentencias no guardan relación con el asunto del que se ocupa la Comisión. Es innegable que a las cuestiones relativas al acceso al servicio público y al trato en el mismo se aplica el Convenio núm. 111 de la OIT, por lo que es necesario que la Comisión averigüe si las limitaciones derivadas de la aplicación de las disposiciones relativas a la obligación de fidelidad al orden fundamental libre y democrático están justificadas con arreglo a lo estipulado en el Convenio.

Calificaciones exigidas para un empleo: aplicabilidad del párrafo 2 del artículo 1 del Convenio núm. 111 a las medidas examinadas en la presente encuesta

527. Si bien el Gobierno de la República Federal ha aducido una amplia gama de argumentos para justificar las medidas adoptadas con miras a excluir del servicio público a ciertos tipos de personas, en sus observaciones de junio de 1986 señalaba que la cuestión esencial es la siguiente: quién es idóneo para un puesto de funcionario en el servicio público en la República Federal? La Comisión conviene en que ésta es la cuestión decisiva. Procede, pues, determinar si, y hasta qué punto, las medidas adoptadas en la República Federal en lo tocante al acceso al servicio público y al empleo en el mismo quedan comprendidas en lo establecido en el párrafo 2 del artículo 1 del Convenio, según el cual “las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación”.

528. A juicio del Gobierno de la República Federal, las actividades de un funcionario público constituyen “un empleo determinado” (“eine bestimmte Beschäftigung”) en el sentido de la disposición antes citada, por lo que esa excepción ampara todas las restricciones que se deriven necesariamente de ello para todos quienes tengan la condición de funcionario público. El Gobierno insiste en que la obligación de fidelidad es un requisito esencial de servicio para el funcionario, con el fin de garantizar el buen funcionamiento de las instituciones del Estado en todo momento, por lo que dicha obligación rige para todos los funcionarios, sin distinción de funciones (Nota 221).

529. Teniendo presentes esos argumentos, parece oportuno examinar primero el alcance y los efectos del párrafo 2 del artículo 1 y, a continuación, la relación entre esa disposición y la situación efectiva en la República Federal.

530. Conviene tener en cuenta que dicho párrafo es una cláusula de excepción. Procede, por lo tanto, interpretarlo estrictamente, con objeto de que no se derive de ello una limitación indebida de la protección que apunta a conceder el

Convenio.

531. En virtud de dicha cláusula, se debe considerar que las distinciones, exclusiones o preferencias que afecten a un individuo en el empleo o la ocupación no constituyen una discriminación si se basan en las calificaciones exigidas para un empleo determinado ("the inherent requirements of a particular job"). En el "Oxford English Dictionary", la palabra "inherent", utilizada en la versión inglesa, se define en la forma siguiente: "que existe en algo como atributo o calidad permanente; que constituye un elemento, en especial un elemento esencial, de algo; intrínseco; esencial". Las palabras utilizadas en la versión francesa ("qualifications exigées") (Nota 222) expresan la misma idea. Por consiguiente, toda limitación que se quiera incluir en la excepción establecida en el párrafo 2 del artículo 1 del Convenio deberá ser necesario por la índole misma del empleo de que se trate. En los instrumentos internacionales de derechos humanos se recurre ampliamente al concepto de "necesidad" como criterio que restringe las excepciones a los derechos reconocidos en ellos. Además, para determinar si es realmente necesario una limitación dada no basta con indagar si se dan unas circunstancias tales que pueda ser necesario tomar medidas para alcanzar una finalidad con respecto a la cual se autorizan limitaciones en la cláusula citada. Se debe considerar también si la forma y la amplitud de las medidas decididas o adoptadas guardan la debida relación con las exigencias de la situación. Dicho de otro modo, la limitación tiene que estar proporcionada a la finalidad que se persigue (Nota 223).

532. Procede señalar que la expresión "eine bestimmte Beschäftigung", que figura en la traducción alemana del párrafo 2 del artículo 1, puede no referirse únicamente a un empleo determinado ("a particular job"), sino a un sector más general del empleo. Ahora bien, esto introduciría en el Convenio un significado que rechazó explícitamente la Conferencia Internacional del Trabajo. Como se dice en el capítulo 3 de este informe (Nota 224), en la primera discusión, en la Conferencia de 1957, se decidió establecer una excepción referente a las calificaciones necesarias para un empleo ("the inherent requirements of the job"); como base para la segunda discusión, la Oficina propuso una redacción en que se hablaba de "un empleo determinado" ("a particular employment"); más tarde, observó que el hecho de referirse al "empleo y la ocupación" abarcaría un campo mucho más amplio que "empleo" ("job"), y durante la segunda discusión se decidió sustituir el texto que había propuesto la Oficina por una referencia a "un empleo determinado" ("a particular job"). Semejante evolución pone de manifiesto la intención de dar un alcance limitado a la excepción, y el hecho de volver a la palabra "empleo" ("job") y la inclusión de "determinado" significan que la excepción se refiere a puestos, trabajos o funciones específicos.

533. Es interesante recordar que, durante los trabajos preparatorios que desembocaron en la adopción del Convenio, el propio Gobierno de la República Federal de Alemania hizo unos comentarios que parecían indicar que entendía la excepción propuesta en el sentido antes citado, puesto que se refirió a casos en que determinadas personas quedan excluidas "de ciertos puestos" por no poseer las calificaciones requeridas para el empleo y a la exclusión de personas que tengan opiniones políticas diferentes "de ciertos puestos" en "Tendenzbetriebe" (esto es, empresas encaminadas a conseguir determinados objetivos políticos, religiosos o similares).

534. La interpretación antes expuesta, que vincula la excepción a las calificaciones exigidas para determinados puestos, trabajos o funciones, queda confirmada también por las observaciones de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, en las cuales destacaba que, si bien podrían tenerse en cuenta las opiniones políticas, como calificaciones "para ciertos puestos superiores directamente relacionados con la política gubernamental", no ocurre lo mismo "cuando las condiciones de orden político se establecen para toda clase de empleos públicos en general" (Nota 225).

535. Importa asimismo señalar que los conceptos que se manejan en el Convenio núm. 111 deben interpretarse en el sentido de que tienen un contenido objetivo, que impone obligaciones correspondientes a los Estados que lo ratifiquen. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha destacado que los convenios de la OIT son "normas internacionales, y las modalidades de evaluación de su aplicación deben ser uniformes y no deben verse afectadas por concepciones derivadas de ningún sistema social o económico particular" (Nota 226). Ahora bien, si se acepta que la categoría de "funcionario público" en un país dado puede encajar en el concepto de "empleo determinado" del Convenio, con ello podría haber excepciones totalmente distintas según los países, determinadas no ya por la índole del trabajo o las funciones sino según que ciertas actividades concretas queden o no comprendidas en el sector público y encomendadas a quienes tengan la condición de "funcionario público". Existen grandes diferencias,

incluso en países de economía de mercado, en lo tocante al grado de adscripción al sector público o al privado de determinadas actividades, por ejemplo las de transporte, telecomunicaciones, producción y suministro de energía, educación, sanidad, banca, etc. Hay, además, una evolución con el tiempo, al quedar nacionalizadas o privatizadas ciertas actividades. En aquellos países en los cuales los medios de producción son generalmente de propiedad pública, semejante interpretación podría dejar al grueso de la población activa al margen de la protección que confiere el Convenio. Si se dejara que “las calificaciones exigidas” variaran en función de tales factores aleatorios, ello equivaldría a la destrucción de toda norma internacional común.

536. Habida cuenta de lo que antecede, procede examinar si las medidas adoptadas en la República Federal con respecto al acceso al servicio público y el empleo en el mismo pueden justificarse tomando como base el párrafo 2 del artículo 1 del Convenio núm. 111 en todas las circunstancias en que se apliquen.

537. No hay que olvidar que la obligación de fidelidad al orden fundamental libre y democrático no es sino uno de los múltiples deberes generales de los funcionarios públicos en la República Federal. En la ley federal sobre los funcionarios públicos y en la legislación correspondiente aplicable al empleo público en los Länder, por ejemplo, se establecen también las siguientes obligaciones: estar al servicio de la nación, y no de un partido; desempeñar las funciones del cargo justa e imparcialmente, teniendo presente el interés común; mantener en toda actividad política la moderación y la reserva que exigen la relación del funcionario con el público y los deberes del cargo; dedicarse plenamente a la tarea asignada y conservar siempre el funcionario, por su conducta, la confianza y el respeto inherentes a su ocupación; asesorar y respaldar a los superiores y cumplir sus instrucciones; preservar el carácter confidencial de la información conocida en el ejercicio de las funciones. Tales obligaciones apuntan manifiestamente a garantizar un funcionamiento eficaz e imparcial del servicio público, y corresponden también a condiciones de empleo habituales en el servicio público de otros países.

538. Al determinar la idoneidad de una persona para ocupar determinados puestos o cargos en el servicio público, puede asimismo tomarse en consideración lo relacionado con su adhesión al orden constitucional fundamental. Como ya ha quedado dicho, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha señalado que puede estar justificado tener en cuenta esas consideraciones en el caso de ciertos puestos superiores directamente relacionados con la política gubernamental. Pueden ser pertinentes también para el empleo en ciertos sectores que requieran una garantía especial de lealtad y fiabilidad de su personal, por ejemplo los servicios diplomático y de defensa, así como en determinados puestos de otros sectores del servicio público en los cuales, debido a la índole de las funciones, resulten necesarias las salvaguardias correspondientes.

539. A propósito de la situación existente en la República Federal, la Comisión se propone examinar los siguientes aspectos: implicaciones de las diferencias en las políticas y prácticas de diversas autoridades en la República Federal; efectos sobre el funcionamiento del servicio público de actividades a causa de las cuales se ha intentado excluir a determinados individuos del servicio público; aplicación de las disposiciones relativas a la obligación de fidelidad como medida preventiva para garantizar el buen funcionamiento del servicio público en momentos de conflicto o de crisis; aplicación indiferenciada a todos los funcionarios públicos de la obligación de fidelidad; y, por último, situación especial del personal docente al respecto.

540. Implicaciones de las diferencias en las políticas y prácticas de diversas autoridades en la República Federal. Como queda dicho, las disposiciones pertinentes de la Constitución, la legislación y los convenios colectivos establecen normas en lo que atañe a la obligación de fidelidad al orden fundamental, libre y democrático que son de alcance general, pero hay grandes diferencias de política y práctica al aplicarlas. En las observaciones formuladas por el Gobierno Federal en junio de 1986, se reconocía la existencia de dichas diferencias. Sin embargo, el Gobierno consideraba que solamente la Constitución y las leyes de la República Federal y la práctica administrativa, basada en ellas, de la mayoría de los Länder podían ser la piedra de toque en la presente encuesta. Señalaba que, si en casos concretos, determinados Länder toman decisiones diferentes en favor de los interesados por razones políticas o tácticas, ello puede carecer de importancia al determinar si la modalidad de aplicación adoptada por el Gobierno Federal corresponde o no a la legislación nacional, o si esa legislación se ajusta o no al Convenio núm. 111.

541. A este respecto, la Comisión recuerda las indicaciones ya dadas (Nota 227) a propósito de la obligación que asume un Estado que ha ratificado el Convenio núm. 111, en virtud del artículo 19 de la Constitución de la OIT y de los artículos 2 y 3 del Convenio, de velar por que tanto la legislación como la práctica sean compatibles con el Convenio, de aplicar una política

nacional destinada a alcanzar tal objetivo y de modificar las disposiciones prácticas administrativas que sean incompatibles con dicha política. Cuando hay prácticas divergentes entre diferentes autoridades de un Estado federal, la compatibilidad con el Convenio no está determinada por lo que pueda ser la práctica mayoritaria. Es preciso examinar la posición de las diferentes autoridades en relación con su conformidad con el Convenio.

542. Además, la experiencia concreta en materia de aplicación de determinadas políticas o prácticas puede contribuir poderosamente a determinar cuáles son las condiciones que cabe considerar justificadamente como calificaciones exigidas para un empleo determinado.

543. Como se ha dicho anteriormente (Nota 228), las diferencias existentes en el modo de aplicar las disposiciones que rigen la obligación de fidelidad al orden fundamental libre y democrático reflejan los textos que establecen el procedimiento de verificación de la fidelidad a la Constitución (que enuncian asimismo criterios de carácter sustantivo) y de las políticas y prácticas efectivamente aplicadas al juzgar las candidaturas a un empleo en el servicio público y al decidir si se pueden aceptar determinadas actividades o filiaciones políticas de quienes forman ya parte del servicio público. Un grupo de Länder (Bremen, Hamburgo, Hesse, Renania Septentrional-Westfalia y Sarre), a quienes les corresponden unos 26 millones de los 61 millones de habitantes que tiene la República Federal, han adoptado hace cinco o seis años un criterio en la materia que parece haber eliminado en gran parte conflictos y controversias. Las medidas adoptadas incluyen el nuevo examen de casos en los cuales se había negado el empleo o el nombramiento de funcionario, que parece haber desembocado muchas veces en decisiones favorables para los interesados. Otro grupo de Länder (Baden-Württemberg, Baviera, Baja Sajonia, Renania-Palatinado y Schleswig-Holstein) imponen requisitos más rigurosos. A consecuencia de ello, unas filiaciones y actividades políticas que, en una parte de la República Federal, no constituyen un obstáculo para la admisión y el empleo en el servicio público son, en otra parte, la base para la exclusión del mismo. En Baja Sajonia, ha habido también variaciones en la práctica con el transcurso del tiempo. Ciertas actividades, que antes no entrañaban la adopción de medidas disciplinarias (por ejemplo, el hecho de presentarse como candidato de ciertos partidos políticos en unas elecciones o de ocupar un cargo en ellos) han sido declaradas más tarde, por las autoridades del Land, incompatibles con la obligación de fidelidad y merecedoras de sanciones disciplinarias.

544. En lo tocante al empleo a nivel federal, si bien los principios de verificación de la fidelidad a la Constitución actualmente vigentes se asemejan esencialmente a los del primer grupo de Länder (y fueron, por cierto, el modelo para los textos de algunos de esos Länder), un cierto número de casos en los que está en tramitación un procedimiento de despido, habiendo sido suspendidos mientras tanto los funcionarios, están relacionados con hechos que, en los Länder citados, no presupondrían la adopción de sanción disciplinaria alguna. Se pone esto de manifiesto, por ejemplo, en la resolución adoptada por el parlamento de Hesse en enero de 1985, en protesta contra las medidas tomadas por el Ministro Federal de Correos contra varios funcionarios que trabajaban en Hesse, haciendo hincapié en que el ejercicio de derechos civiles como la presentación de una candidatura a elecciones locales, del Land o federales y el desempeño del mandato electivo consiguiente no debe acarrear perjuicio alguno en el servicio oficial.

545. Habida cuenta de esas diferencias de criterio, tanto al oír a los testigos como durante su visita a la República Federal de Alemania la Comisión quiso saber si se habían observado dificultades en el funcionamiento de los servicios públicos a consecuencia de la aplicación de las normas menos restrictivas adoptadas en ciertos Länder o, en el caso de Baja Sajonia, en una fecha anterior. La respuesta fue negativa. Durante dicha visita, las autoridades de Hesse, Renania Septentrional-Westfalia y Sarre manifestaron que no habían surgido dificultades. Parece, pues, que el criterio más riguroso, adoptado por otras autoridades, impone unas condiciones que van más allá de lo necesario para el buen funcionamiento de los servicios públicos.

546. Efectos sobre el funcionamiento del servicio público de actividades a causa de las cuales se ha intentado excluir a determinados individuos del servicio público. Entre los casos documentados que fueron sometidos a la Comisión hay varios de despido de funcionarios, alegando una violación suya de la obligación de fidelidad, y un número mucho mayor de casos en que está pendiente un procedimiento de despido. En muchas ocasiones, los interesados llevaban muchos años en el servicio público y, prescindiendo de las actividades políticas en las que se basaban las medidas disciplinarias contra ellos, en lo que se refiere al desempeño de sus funciones no se les había formulado reproche alguno.

547. Al oír a los testigos que comparecieron ante ella, la Comisión les preguntó sistemáticamente si las actividades en que se basaban los alegatos de violación de la obligación de fidelidad habían repercutido negativamente en el desempeño de cometidos

concretos de los interesados o en el funcionamiento de los servicios. Se aportaron pruebas concordantes en el sentido de que no había habido tales efectos en los casos comunicados a la Comisión por la FSM, por sindicatos o por los propios interesados.

548. Hubo algunas referencias a casos de adoctrinamiento de sus alumnos por maestros o profesores. Así por ejemplo, en sus observaciones de marzo de 1986, el Gobierno mencionó la entrega a los alumnos de libros en los que se negaban los crímenes nazis (caso Luthardt, en Baja Sajonia) y a la publicación por un profesor universitario de un libro que defendía tesis de extrema derecha (caso Kosiek). El Director de la Oficina de Defensa de la Constitución de Baja Sajonia presentó a la Comisión, al comparecer ante ella, documentos referentes a intentos de adoctrinamiento por varios profesores miembros de la KBW, grupo maoísta hoy disuelto, manifestando que no conocía ningún caso en que profesores del DKP hubiesen intentado adoctrinar a sus alumnos (Nota 229).

549. Esas indicaciones ponen de manifiesto que, si bien pueden haber casos individuales de abuso de funciones, pueden ser, y de hecho han sido, objeto de sanciones disciplinarias por constituir ello la violación de otras obligaciones; pero no cabe deducir de determinadas filiaciones u opiniones políticas la probabilidad que vayan a producir tales abusos. Confirman esta conclusión los datos correspondientes a la gran mayoría de los casos sometidos a la Comisión por la FSM, por sindicatos o por los propios interesados.

550. Muy diversas situaciones específicas corroboran asimismo los hechos antes citados. En un cierto número de casos, sólo se incoó un procedimiento por violación de la obligación de fidelidad mucho tiempo (de ocho a diez años, a veces) después de haber empezado las supuestas actividades (Nota 230). A menudo, estando pendiente el procedimiento, unos funcionarios públicos - profesores en casi todos los casos - a quienes se había querido despedir a causa de sus actividades políticas siguieron desempeñando sus funciones, en algunas ocasiones hasta durante diez o doce años (Nota 231). En ninguno de esos casos se sugirió que la tardanza en iniciar el procedimiento referente a un supuesto incumplimiento de la obligación de fidelidad o al mantenimiento en el servicio de personas que tenían un procedimiento pendiente hubiese repercutido negativamente en la realización de las tareas asignadas a los interesados o en el funcionamiento de los servicios (por ejemplo, de correos o de educación) en que trabajaban.

551. En el caso de una categoría de funcionarios públicos, en los últimos años se ha hecho uso sistemáticamente de la facultad de suspender a los funcionarios en espera de la decisión definitiva de los tribunales competentes (a saber, en el Servicio Federal de Correos). Para explicar esas suspensiones, se dijo que la inmensa mayoría del personal de dicho servicio y el público no entenderían que se autorizara a permanecer en el mismo a un funcionario acusado de una violación grave de sus obligaciones que acarrearía probablemente su despido. En respuesta a las preguntas de la Comisión, el Director del Departamento de Asuntos de Personal del Ministerio Federal de Correos y Telecomunicaciones indicó que no se había criticado el modo en que realizaban los funcionarios su trabajo, el cual había sido objeto de un juicio favorable; que no había indicios de que sus actividades políticas hubiesen repercutido negativamente en dicho trabajo; que no habían intentado abusar de su cargo o funciones en el servicio público con fines políticos ni incurrido en actos inadecuados en el servicio; que las actividades políticas de los interesados no habían creado dificultades con sus colegas o superiores, ni afectado en modo alguno al funcionamiento de los servicios postales. Señaló que esas diversas consideraciones no eran decisivas, ya que la base de los alegatos contra los funcionarios era su actitud insatisfactoria en relación con la Constitución.

552. Por todo ello, salvo en los casos de falta profesional (consistente, por ejemplo, en el adoctrinamiento de los alumnos por sus maestros o profesores), no se ha demostrado que el hecho de permanecer en el servicio los diversos interesados repercutiría negativamente en el funcionamiento del mismo.

553. Corroboran esta conclusión las medidas adoptadas con respecto a un grupo de funcionarios de los Ferrocarriles Federales contra quienes se había incoado un procedimiento disciplinario a causa de sus actividades en el DKP. Según datos facilitados a la Comisión, y confirmados por el Fiscal Disciplinario Federal, se interrumpió ese procedimiento hace varios años, al aceptar los interesados renunciar a su estatuto de funcionarios y trabajar, en vez de ello, con arreglo a contratos laborales (Nota 232). Se indicó que su mantenimiento en los Ferrocarriles Federales no había suscitado dificultades. Nada permite pensar que el resultado hubiese sido diferente de haber seguido siendo funcionarios.

554. Aplicación de las disposiciones relativas a la obligación de fidelidad como medida preventiva para garantizar el buen

funcionamiento del servicio público en momentos de conflicto o de crisis. El Gobierno de la República Federal de Alemania ha señalado que los argumentos basados en la inexistencia de consecuencias ostensibles para el funcionamiento del servicio público de las actividades políticas de personas acusadas de haber incumplido la obligación de fidelidad a la Constitución pasan por lo alto lo único verdaderamente importante, a saber, la necesidad de proteger al Estado y a sus instituciones en los momentos de crisis o de conflicto. Se ha destacado también la necesidad de tomar en consideración la situación histórica y geográfica particular de la República Federal (Nota 233).

555. En la audiencia de testigos, la Comisión preguntó al Fiscal Disciplinario Federal si, en la historia de la República Federal, había habido situaciones de crisis o de conflicto como las mencionadas en las observaciones del Gobierno. Contestó que no, y confirmó asimismo que existen leyes que permitirían la adopción de medidas especiales para garantizar la seguridad del Estado y el funcionamiento de los servicios públicos en situaciones de emergencia, pero insistió en la importancia de unas medidas cautelares que impidan que haya una infiltración en las instituciones del Estado (Nota 234).

556. En relación con esas observaciones conviene tener una vez más presentes los principios de necesidad y de relatividad, que son criterios reconocidos para someter a prueba si están o no justificadas las restricciones impuestas a los derechos del individuo en situaciones excepcionales (Nota 235), y que resultan tanto más pertinentes cuando se recurre a tales restricciones a modo de precaución contra posibles situaciones de esta índole. A este respecto, la Comisión recuerda sus observaciones anteriores, en el sentido de que puede considerarse la adhesión al orden constitucional fundamental como una calificación necesaria, con arreglo a lo que se dice en el párrafo 2 del artículo 1 del Convenio, para el empleo en ciertos sectores que exijan una garantía de fidelidad y fidelidad de su personal, como son los servicios diplomático y de defensa, así como para determinados puestos de otros sectores del servicio público en los cuales, debido a la índole de las funciones, son necesarias las salvaguardas correspondientes. A este respecto, se puede tener en cuenta la situación histórica y geográfica particular de la República Federal de Alemania. De todo ello se deduce que las restricciones impuestas por las razones antes citadas no deben extenderse al empleo de los funcionarios del servicio público en general.

557. Aplicación indiferenciada a todos los funcionarios públicos de la obligación de lealtad. En su decisión del 22 de mayo de 1975, el Tribunal Constitucional Federal falló que la obligación de fidelidad al orden fundamental libre y democrático se aplica a todos los funcionarios públicos, sin distinción alguna basada en sus funciones. En sus observaciones, el Gobierno ha insistido en la necesidad de esa aplicación indiferenciada de la obligación de fidelidad, como calificación necesaria para el empleo (Nota 236). Los testigos que comparecieron ante la Comisión en su nombre o que apoyaron sus tesis reiteraron también que no es posible establecer diferencias a este respecto con arreglo al puesto o a la función. Se refirieron a las dificultades prácticas que surgirían si se intentara distinguir entre diferentes funcionarios públicos con arreglo a su grado de fidelidad, y a la importancia de que las autoridades públicas puedan trasladar y ascender libremente a su personal sin tener que considerar si son lo bastante fieles como para desempeñar las funciones de que se trate (Nota 237).

558. De hecho, esos argumentos reiteran la tesis de que la aplicación indiferenciada de la obligación de fidelidad al orden fundamental libre y democrático engarza con los requisitos o calificaciones exigidas para la totalidad de los puestos del servicio público ocupados por funcionarios, y esta vez no a propósito de la interpretación del alcance del párrafo 2 del artículo 1 del Convenio núm. 111, sino como cuestión de hecho. La Comisión recuerda las observaciones formuladas ya sobre el particular (Nota 238). Sería difícil considerar que afiliaciones o actividades políticas como las que existían en los diversos casos sometidos a la Comisión pongan en tela de juicio la idoneidad de un individuo para cualquier cargo en un sector que abarca una amplia gama de actividades, en distintos niveles de la administración pública y en la prestación de servicios públicos como los de correos y telecomunicaciones, ferrocarriles, educación, sanidad y asistencia social. No cabe suponer, tratándose de esa calificación concreta - como tampoco en el caso de otras calificaciones exigidas: técnicas, lingüísticas, morales o de personalidad - que todos los candidatos puedan estar en condiciones de ser trasladados o ascendidos a cualquier puesto de tan amplio sector.

559. En las observaciones que presentó a la Comisión, el Gobierno de la República Federal insistía en que el principio de proporcionalidad es fundamental en el derecho administrativo del país. Algunos juristas de la República Federal estiman que, en virtud de ese principio, procede examinar el cumplimiento de la obligación de fidelidad al orden fundamental en cada caso cotejándola con la conducta real del interesado y sus consecuencias para su capacidad de asumir y desempeñar las funciones del puesto en cuestión (Nota 239). En un debate en el Parlamento federal, en enero de 1986, el Dr. Hirsch, portavoz del Partido Democrático Liberal (que tuvo antes una responsabilidad ministerial en Renania Septentrional-Westfalia), lamentó que no

estuviera expresamente reglamentado el principio de proporcionalidad en conexión con la obligación de fidelidad a la Constitución. Observó que, en la vida real, hay diferencias entre un funcionario de correos que vende sellos, un profesor, un juez y el Presidente de la Oficina Federal de Defensa de la Constitución; se puede perfectamente pasar por alto lo que hacen algunos de ellos y que no sería aceptable en el caso de otros (Nota 240).

560. Diversos tipos de situación que existen hoy en la República Federal ponen de manifiesto la posibilidad de diferenciar en la aplicación de la obligación de fidelidad con arreglo a las funciones. En sus disposiciones sobre la verificación de la fidelidad a la Constitución, el Land de Bremen exige explícitamente que, al juzgar si la conducta fuera del servicio de un servidor público justifica la adopción de medidas disciplinarias, se tengan en cuenta la índole y el alcance de esa conducta y las tareas asignadas al funcionario. Durante sus conversaciones con las autoridades de otros Länder, se dio a entender a la Comisión que se seguiría un criterio similar al examinar el cumplimiento de la obligación de fidelidad.

561. Procede señalar asimismo que, al aplicar el sistema distinto de las indagaciones de seguridad - en las cuales la fiabilidad en relación con las opiniones personales es también uno de los factores que procede tomar en consideración al determinar la idoneidad para el empleo y donde hay análogamente posibles problemas de traslado y ascenso -, se tiene en cuenta la índole del trabajo.

562. Especial importancia reviste el hecho de que, en el caso de los empleados públicos que tienen un contrato laboral (Angestellte y Arbeiter), los tribunales de trabajo hagan una distinción según la índole de las funciones al juzgar el cumplimiento de la obligación de fidelidad al orden fundamental libre y democrático, lo cual viene determinado en los convenios colectivos. Esta diferencia de criterio, en comparación con el de los tribunales administrativos en el caso de los funcionarios (Beamte) se basa en las siguientes consideraciones. Tratándose de funcionarios, se considera que la obligación de fidelidad es un principio constitucional, derivado del párrafo 5 del artículo 33 de la Constitución, mientras que en el caso de los empleados y trabajadores del servicio público que tienen un contrato laboral procede considerar el asunto en relación con el párrafo 2 del citado artículo. En esa cláusula se garantiza a todos los alemanes la igualdad de acceso a todos los puestos públicos con arreglo a su competencia, sus calificaciones y su rendimiento profesional. Los tribunales de trabajo han estimado que el cumplimiento de la obligación de fidelidad por esas personas constituye uno de los requisitos establecidos en el párrafo 2 del artículo 33, por lo que debe ser examinado teniendo presente la índole del trabajo de que se trate.

563. Habida cuenta de las diferencias que se observan cuando se trata de juzgar la idoneidad para el empleo de funcionarios públicos y de empleados o trabajadores públicos que tienen un contrato laboral, la Comisión quiso averiguar, en particular al oír a los testigos, si se podía distinguir entre las tareas asignadas a esas dos categorías. En la Constitución se establece que, en principio, a los funcionarios públicos se les deben encomendar funciones que impliquen el ejercicio de poderes de soberanía. Pero de lo manifestado ante la Comisión se desprende, que en la práctica, no existe una distinción clara entre las funciones de unos y otros (funcionarios, y trabajadores o empleados contractuales) (Nota 241). El hecho de que ocupe un puesto dado un funcionario o un empleado viene determinado por toda serie de consideraciones ajenas a la índole de las funciones, por ejemplo: las diferentes normas de personal y presupuestarias aplicadas por diferentes autoridades y en diferentes momentos. Se observa que, a consecuencia de ello, la proporción de funcionarios que trabajan, verbigracia, en los Ferrocarriles Alemanes, en el Servicio Federal de Correos y para los Länder (de un 56 a un 57 por ciento) es sensiblemente superior a la que corresponde a la administración federal (un 35 por ciento).

564. Resulta, pues, que los criterios diferentes que rigen la obligación de fidelidad en una y otra categorías de personal - funcionarios y empleados contractuales - no se deben a las funciones sino a consideraciones de categoría jurídica. Si es posible diferenciar la obligación de fidelidad con arreglo a la índole del trabajo realizado en el caso de los empleados y trabajadores contractuales, también ha de serlo cuando se trate de funcionarios.

565. La experiencia de otros países parece confirmar semejante conclusión. En un estudio comparativo de otros quince países (la mayoría de ellos europeos), publicado en la República Federal en 1981, se señalaba que "en la medida en que existe la obligación de fidelidad al orden constitucional, no se concibe ésta en abstracto, sino funcionalmente y en relación con el puesto. La República Federal de Alemania se aparta sensiblemente de ese común denominador de Europa occidental, con su obligación general de fidelidad" (Nota 242). La información de que pudo disponer la Comisión tiende a corroborar esa conclusión.

566. Situación especial del personal docente en relación con la obligación de fidelidad. La mayoría de los casos de exclusión del servicio público presentados a la Comisión se referían a maestros o profesores. El Gobierno de la República Federal y varios de los testigos que comparecieron ante la Comisión hicieron hincapié en el cometido especial del personal docente en lo que atañe a la defensa de los principios del orden fundamental libre y democrático y en la vulnerabilidad de los alumnos, en quienes pueden influir unos profesores que sean hostiles a esos ideales. En las observaciones presentadas por el Gobierno en marzo de 1986, se destacaban las observaciones de la Comisión Europea de Derechos Humanos sobre los deberes y la responsabilidad especiales de un maestro o profesor en relación con la expresión de opiniones, directamente en el propio centro docente pero igualmente, en menor grado, como figura de autoridad en otros momentos. Según queda dicho, el Gobierno se refirió asimismo al caso de un profesor que había repartido entre sus alumnos textos que negaban los crímenes del Tercer Reich y a la publicación por un profesor de universidad de libros que tenían un contenido de extrema derecha. El Gobierno preguntaba si podían seguir ejerciendo su profesión unos profesores semejantes, y también si puede enseñar, o seguir enseñando, un profesor que públicamente y, por ende, para conocimiento de sus propios alumnos, propugne la eliminación del orden fundamental libre y democrático al presentarse como candidato de un partido extremista o al ocupar en él un cargo. Insistía en que los alumnos no podrían distinguir entre la propaganda al servicio de un partido que persigue fines hostiles a la Constitución, que se difunde en las horas de clase y la que se hace en la calle, al margen de la jornada escolar (Nota 243).

567. Parece apropiado examinar esos argumentos teniendo presentes las características de los casos concretos de profesores sometidos a la Comisión. Cuando se ha intentado excluir del empleo a profesores en activo (en el servicio preparatorio o como profesores ya calificados), solo excepcionalmente se ha alegado que habían procurado adoctrinar a sus alumnos o cometido otras faltas en su servicio. En muchos casos, se ha reconocido expresamente, en informes de servicio o en decisiones de los tribunales, que su conducta había sido irreprochable al respecto. Como ya ha quedado dicho, el Director de la Oficina de Defensa de la Constitución de Baja Sajonia manifestó, al informar sobre los casos de intentos de adoctrinamiento político, que no conocía ninguno que se refiriera a maestros o profesores del DKP. De la documentación presentada a la Comisión y de las declaraciones de los testigos que comparecieron ante ella se desprende también que las medidas de exclusión de los interesados no se han basado en una conducta inconstitucional o ilícita en sus actividades políticas (Nota 244). Tampoco se alegó, en los casos presentados por la FSM, por sindicatos o por los propios interesados, que éstos hubiesen hecho declaraciones en pro de la eliminación del orden fundamental libre y democrático u hostiles a este orden. Las acusaciones formuladas para justificar la acusación de incumplimiento de la obligación de fidelidad suelen referirse al hecho de ser miembro de un partido u organización determinados y de actuar en ellos - por ejemplo al presentarse como candidato a unas elecciones, ocupar un puesto en el partido u organización, asistir a reuniones o escribir artículos para publicaciones del partido u organización - sin mencionar el contenido de lo que pueda haber dicho o escrito el interesado.

568. Considerando estos hechos, la Comisión estima oportuno hacer las siguientes observaciones. Es evidente que todo maestro o profesor tiene la obligación de no abusar de su función adoctrinando a sus alumnos o ejerciendo sobre ellos alguna otra forma de influencia indebida. Además, en sus actividades y manifestaciones fuera del servicio, deberá tener siempre presente la compatibilidad de lo que diga y haga con sus responsabilidades. Si no cumple esas obligaciones, se le podrá someter a sanciones disciplinarias, independientemente de toda obligación general de fidelidad al orden fundamental. Ahora bien, solamente su conducta efectiva permitirá determinar si ha quebrantado o no esa norma. Nunca estará justificado suponer que, porque un maestro o profesor actúe en un determinado partido u organización, se va a comportar de un modo incompatible con sus obligaciones.

569. La Comisión admite que las actividades públicas de un maestro o profesor que lleguen a conocer sus alumnos pueden influir en ellos. Pero esto se aplica a todo el personal docente, cualquiera que sea su tendencia política, y plantea el problema más general de la función que cabe consentir a maestros y profesores en la vida pública. Hay orientaciones al respecto en la Recomendación relativa a la situación del personal docente, adoptada en octubre de 1966 por una conferencia intergubernamental especial, convocada por la UNESCO, con la colaboración de la OIT. Según los párrafos 79 y 80 de la Recomendación, "convendría estimular la participación del personal docente en la vida social y pública por el propio interés de los educadores, de la enseñanza y de la sociedad en general" y "los educadores deberían tener libertad para ejercer todos los derechos cívicos de que goza el conjunto de los ciudadanos y ser elegibles para cargos públicos". En efecto, en la República Federal de Alemania, el personal docente puede participar en la vida pública. Cuando tal ocurre, no se justificaría hacer distinciones generales en función de la supuesta aceptabilidad de las tendencias políticas. Procede señalar que se trata en este caso de organizaciones legales con pleno derecho a participar en la vida política y constitucional de su país.

570. Por lo antes dicho, la Comisión estima que en la mayoría de los casos referentes a maestros o profesores que le fueron sometidos, no ha quedado establecida la justificación de las medidas adoptadas, ya se trate de una exclusión, o intento de exclusión, del servicio público o de la imposición de sanciones disciplinarias.

571. Parece oportuno comentar otro elemento más, a saber, los problemas que surgen en ciertos Länder en relación con el acceso al servicio preparatorio, que constituye una parte de la formación exigida para poder ejercer la profesión docente. Se señalaron, en particular, a la Comisión las dificultades con que tropiezan en Baden-Wurtemberg y Baviera quienes habían militado en ciertas organizaciones políticas de izquierdas, cuando eran estudiantes, para conseguir el ingreso en el servicio preparatorio del personal docente. Ha habido grandes porfías para conseguir el reconocimiento del derecho a recibir esa formación, a partir de lo establecido por el Tribunal Constitucional Federal en su decisión de mayo de 1975, en el sentido de que, cuando se exija un período de trabajo en el servicio público como requisito previo para poder ingresar en profesiones que puedan ejercerse también al margen del servicio público, se deberán dar facilidades para tal formación. Los dos Länder citados han decidido que, en todos los casos, el servicio preparatorio del personal docente deberá hacerse con la categoría de funcionario, y han aducido el riguroso requisito de la fidelidad al orden fundamental libre y democrático para rechazar la admisión en el servicio preparatorio, cuando los tribunales de trabajo habían reconocido previamente el derecho a efectuar ese servicio como empleado contractual. En una decisión de 1982, el Tribunal de Trabajo de Baden-Wurtemberg expresó sus dudas a propósito del fundamento de ese requisito, puesto que las autoridades del Land venían contratando a un personal docente que había terminado su formación con arreglo a contratos laborales. Al hablar de este asunto con la Comisión, las autoridades de Baden-Wurtemberg indicaron que la decisión de 1975 del Tribunal Constitucional Federal se refería al servicio preparatorio de los juristas, por lo que no era directamente aplicable al personal docente. No obstante, en sus decisiones del 2 de octubre de 1986 el Tribunal Federal de Trabajo afirmó que las autoridades de Baden-Wurtemberg deben ofrecer una oportunidad de formación preparatoria para la docencia, incluso cuando se dude de la fidelidad a la Constitución del candidato. La Comisión supone que dichas decisiones resolverán este problema concreto. En Baviera, el Tribunal Federal aún debe pronunciarse al respecto.

572. Aunque se resuelva el problema del ingreso en el servicio preparatorio, subsiste el de la admisión en el empleo una vez terminada la formación. A este respecto, la Comisión se remite a sus observaciones relativas a los efectos de determinadas actividades o filiaciones políticas sobre el empleo del personal docente en el servicio público.

573. Conclusiones generales sobre la aplicación del párrafo 2 del artículo 1 del Convenio núm. 111. Quizá convenga recapitular lo que se deduce del anterior análisis de los diversos elementos que revisten interés para evaluar las razones dadas para justificar las medidas adoptadas en la República Federal de Alemania, en relación con el párrafo 2 del artículo 1. Del examen de las diferencias en las políticas y prácticas de diversas autoridades en la República Federal al aplicar las disposiciones sobre la obligación de fidelidad al orden fundamental libre y democrático, se desprende que el criterio más riguroso aplicado por las autoridades de ciertos Länder, así como en ciertos servicios federales, impone unas condiciones que van más allá de lo necesario para el buen funcionamiento del servicio público. En los casos concretos sometidos a la Comisión, salvo en algunos ejemplos de faltas en el servicio mencionados por el Gobierno o por sus testigos, las actividades a causa de las cuales se ha intentado excluir del servicio público a ciertas personas no parecen haber surtido efectos negativos sobre la realización de sus tareas ni sobre el funcionamiento de su servicio, y no se ha demostrado que el hecho de permanecer ellas en el servicio tendría tales efectos. El afán de garantizar el funcionamiento del servicio público en momentos de crisis o de conflicto permitiría a las autoridades públicas considerar que la fidelidad política constituye una calificación exigida para poder ocupar ciertos puestos, habida cuenta de las funciones de que se trata; pero no se debería extender tal condición al empleo de los funcionarios del servicio público en general. La aplicación indiferenciada de la obligación de fidelidad a todos los funcionarios, sin tener en cuenta los efectos que pueden tener sus actividades o actitudes políticas sobre el ejercicio de las funciones que les han sido encomendadas, no parece corresponder a las calificaciones necesarias de todos los tipos de empleo. El análisis de los casos sometidos a la Comisión, referentes al personal docente, que es la principal categoría afectada por las medidas basadas en la obligación de fidelidad, pone de manifiesto que, en la mayoría de los casos, no se ha demostrado que estuviesen justificadas su exclusión del servicio público ni tampoco otras medidas. Por ello, la Comisión llega a la conclusión de que las medidas tomadas para aplicar la obligación de fidelidad al orden fundamental libre y democrático no se han mantenido, en varios aspectos, dentro de los límites de las restricciones autorizadas en el párrafo 2 del artículo 1 del Convenio núm. 111, fundadas en "las calificaciones exigidas para un empleo determinado".

Actividades perjudiciales para la seguridad del Estado: aplicabilidad del artículo 4 del Convenio núm. 111 a las medidas examinadas en la presente encuesta

574. El Gobierno de la República Federal de Alemania ha señalado que el orden fundamental libre y democrático es el núcleo esencial del Estado y del régimen constitucional de la República Federal, y que todo ataque contra el mismo resulta perjudicial para la seguridad del Estado, tal como se entiende en el artículo 4 del Convenio núm. 111. El Gobierno ha indicado asimismo que, al considerar este asunto, es preciso referirse a las circunstancias particulares de cada Estado. Habida cuenta de la situación geográfica específica y de la experiencia histórica de la República Federal, el Gobierno considera que las medidas adoptadas para aplicar la obligación de fidelidad al orden fundamental libre y democrático quedan comprendidas en la excepción establecida en el artículo 4 (Nota 245).

575. En virtud del artículo 4, “no se consideran como discriminatorias las medidas que afecten a una persona sobre la que recaiga sospecha legítima de que se dedica a una actividad perjudicial a la seguridad del Estado, o acerca de la cual se haya establecido que de hecho se dedica a esta actividad, siempre que dicha persona tenga el derecho a recurrir a un tribunal competente conforme a la práctica nacional”;

576. En el artículo 3, la Comisión mencionaba ciertas observaciones sobre esas disposiciones, formuladas por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Esta Comisión señaló, en particular, que la excepción debe basarse en “actividades” perjudiciales para la seguridad del Estado (lo cual habrá que demostrar, o de las que pueda pensarse justificadamente que están basadas en razones suficientemente serias), en contraposición a las intenciones; que las medidas que no se tomen a causa de actividades precisas sino por el hecho de pertenecer el interesado a un grupo o una colectividad determinados constituyen una discriminación con arreglo al Convenio; y que la definición de “seguridad del Estado” debe ser lo bastante rigurosa como para que no se corra el peligro de entrar en conflicto con la política de no discriminación propugnada en el Convenio.

577. Conviene hacer algunas observaciones sobre la relación entre la excepción establecida en el párrafo 2 del artículo 1 del Convenio y la del artículo 4. Unas consideraciones ligadas a la seguridad del Estado pueden justificar la imposición de condiciones especiales de fiabilidad, integridad y fidelidad, tratándose de ciertos puestos o cargos. Cuando se pueda demostrar que esas condiciones son necesarias por la índole del trabajo o de las funciones, cabrá considerar que se trata de “calificaciones exigidas para un empleo determinado”, en el sentido del párrafo 2 del artículo 1. En tal caso, se podrán imponer, aunque no se cumpla el requisito específico mencionado en el artículo 4, esto es, una sospecha legítima de que la persona se dedica a una actividad perjudicial para la seguridad del Estado o la certeza de que se dedica efectivamente a una actividad semejante. Ahora bien, esto pone de manifiesto la importancia de una de las aseveraciones de la Comisión de Expertos, antes citadas, a saber: al aplicar el artículo 4 del Convenio, procede distinguir de las meras intenciones aquellos casos en los cuales existen pruebas, o una sospecha legítima y suficientemente fundada, de que los interesados han llevado a cabo actividades perjudiciales para la seguridad del Estado. También a este respecto se deben tener en cuenta los principios de necesidad y de proporcionalidad.

578. En ninguno de los casos presentados a la Comisión se alegaba que los interesados habían efectuado actividades perjudiciales para la seguridad del Estado. Al declarar ante la Comisión, confirmaron esto, por ejemplo, en relación con sus campos propios de competencia, el Fiscal Disciplinario Federal y el Director del Departamento de Asuntos de Personal del Ministerio de Correos y Telecomunicaciones (Nota 246). En todos los casos, se trataba de una actividad política lícita y manifiesta. Cuando los interesados se han presentado candidatos a unas elecciones o han ejercido un mandato electivo, lo han hecho de conformidad con el procedimiento electoral normal y en el ejercicio de sus derechos constitucionales. No se les ha reprochado su conducta precisa en relación con tales actividades. La acusación de identificación con unos fines hostiles al orden fundamental se ha basado en una evaluación de las intenciones supuestas del partido u organización al que estaban asociados; salvo en un sentido (como puede verse a continuación) no se ha aludido a actos concretos contra el orden fundamental.

579. Al examinar casos de exclusión del servicio público de personas asociadas al Partido Comunista Alemán (DKP), las autoridades públicas no se han regido únicamente por los fines del partido, tal como se deducen de su programa, sino que además han declarado que ese partido difama el orden constitucional vigente. A este respecto, se han referido, por ejemplo, a sus críticas del orden económico actual, al que califican de “explotación capitalista”, a la campaña contra las

"Berufsverbote" y a la importancia especial que da a las manifestaciones negativas de la vida en la República Federal, sin mencionar sus logros (Nota 247). Todo parece indicar que de lo que se trata esencialmente a este respecto es de la expresión de opiniones políticas, y no de actividades perjudiciales para la seguridad del Estado, en el sentido del artículo 4 del Convenio.

580. Cabe señalar que, en algunos de los casos presentados a la Comisión, se ha trasladado a los interesados por estimar conveniente destinarlos a puestos que no son sensibles desde el punto de vista de la seguridad. Sin embargo, entre los casos en los cuales, tomando como base las disposiciones relativas a la obligación de fidelidad, se ha negado la admisión en el servicio público o se han tomado medidas para excluir a alguien de él, no ha habido ninguno en el que se haya intentado justificar la decisión por el carácter sensible de los puestos disponibles, desde el punto de vista de la seguridad. Resulta particularmente evidente que las consideraciones de ese tipo no han intervenido en los numerosos casos referentes al personal docente.

581. Por todo ello, la Comisión considera que las medidas tomadas en relación con la obligación de fidelidad al orden fundamental libre y democrático, tal como se ponen de manifiesto en los casos que le han sido sometidos, no quedan amparadas por la excepción establecida en el artículo 4 del Convenio.

Recomendaciones

582. Teniendo en cuenta las anteriores conclusiones, la Comisión ha de formular recomendaciones sobre las medidas que estima apropiadas para superar las dificultades que suscita la aplicación del Convenio núm. 111. La Comisión desea destacar que, al elaborar esas recomendaciones, ha reconocido plenamente el valor y la importancia de aquellas disposiciones de la Constitución de la República Federal de Alemania que garantizan libertades y derechos individuales y sientan los fundamentos de un Estado democrático y basado en el derecho. Tampoco desea la Comisión poner en tela de juicio el legítimo deseo de las autoridades de proteger y mantener esos elementos esenciales del orden constitucional de su país. De lo que se trata es de circunscribir las medidas adoptadas, con objeto de que haya el debido equilibrio entre los derechos y libertades del individuo y los intereses de la sociedad.

583. Cabe recordar a este respecto que, en su decisión del 22 de mayo de 1975, el Tribunal Constitucional Federal señaló el peligro de que la adopción de criterios excesivamente rigurosos sobre el particular pudiera envenenar la atmósfera política, menoscabara la confianza en la democracia y desacreditara a un Estado libre. De ello se hizo eco el Parlamento federal, en una resolución de octubre de 1975, y el Gobierno Federal al formular sus principios revisados en enero de 1979. La adopción de un planteamiento que presupone la fidelidad de los ciudadanos al orden fundamental, que sólo pone esa fidelidad en tela de juicio cuando lo justifican hechos suficientemente serios, y que concibe la intervención en la vida política y constitucional como un signo de adhesión (y no de repudio) al orden constitucional fundamental y puede dar una mayor firmeza a la incorporación al quehacer político de todos los elementos de la sociedad.

584. La Comisión recomienda que las diferentes autoridades de la República Federal vuelvan a examinar las medidas vigentes en relación con la obligación de fidelidad al orden fundamental libre y democrático, teniendo debidamente presentes las conclusiones formuladas por la Comisión, y que tomen medidas para que sólo persistan aquellas restricciones en materia de empleo público que correspondan a las calificaciones exigidas para un empleo determinado, en el sentido del párrafo 2 del artículo 1 del Convenio núm. 111, o que puedan estar justificadas al amparo del artículo 4 del Convenio.

585. La Comisión recomienda que se tengan en cuenta, a este respecto, las siguientes consideraciones. Se debe estimar que el elemento esencial es el de la idoneidad para el empleo (como, por cierto, lo ha sugerido el propio Gobierno Federal en sus observaciones de junio de 1986). En el párrafo 2 del artículo 33 de la Constitución se dice ya que todos los alemanes gozarán de la igualdad de acceso a todos los puestos públicos, con arreglo a su competencia, sus calificaciones y su rendimiento profesional. A este respecto, se debería aplicar el principio de proporcionalidad, del que se afirma que forma parte del derecho administrativo de la República Federal. Dicho principio implica, en primer lugar, que no se debe someter a los servidores públicos a unas limitaciones del ejercicio de los derechos y libertades otorgados a los ciudadanos en general que rebasen las limitaciones de las que pueda probarse que son necesarias para garantizar el funcionamiento de las instituciones del Estado y de los servicios públicos. Como lo ha indicado ya la Comisión, del principio de proporcionalidad se deduce también que al juzgar, en cada caso, si una persona puede ser admitida en el servicio público, o permanecer en él, deben tenerse presentes las funciones del puesto

de que se trate y las consecuencias de la conducta efectiva del interesado para su capacidad de asumir y desempeñar esas funciones.

586. Al tomar las medidas antes citadas, se podrá buscar orientación en diversas políticas, prácticas y decisiones ya adoptadas en la República Federal de Alemania. Así por ejemplo, se puede hacer referencia al criterio que siguen ciertos Länder, caracterizado, entre otras cosas, por el hecho de que se presuponga la fidelidad de los candidatos a un empleo en el servicio público y de no considerar que las actividades realizadas por cuenta de partidos políticos legales sean incompatibles con la fidelidad al orden fundamental cuando no se dé una conducta efectivamente incompatible con las funciones del puesto. En lo que atañe a las personas que trabajan ya en el servicio público, se pueden tener también en cuenta las disposiciones que figuraban en el proyecto de ley presentado en la Cámara Federal en 1982 y según las cuales, al juzgar las consecuencias disciplinarias de la conducta de un funcionario fuera del servicio, se debería tomar en consideración la índole y el alcance de esa conducta, las tareas encomendadas al interesado y sus derechos fundamentales, en particular el de la libertad de expresión (Nota 248).

587. En el caso de los candidatos a un puesto en el servicio público, no se debe dar una importancia excesiva a sus actividades cuando no estaban ligados por relación alguna con el servicio público, y proporcionarles la oportunidad de demostrar que, una vez establecida esa relación, respetarán las obligaciones consiguientes. Cabe recordar que, a consecuencia del carácter probatorio todo nombramiento inicial como funcionario público y del período de servicio preparatorio en el servicio público que se exige como parte integrante de la formación para ciertas profesiones, normalmente se podrá observar y evaluar la conducta efectiva en el servicio público durante cinco o siete años antes de que sea necesario tomar la decisión de nombrar a un funcionario de plantilla, con el fuerte grado consiguiente de seguridad en el empleo.

588. Las anteriores observaciones ponen de manifiesto que puede haber diferentes modos de armonizar plenamente la situación existente en la República Federal con los requisitos establecidos en el Convenio núm. 111. Parece oportuno recordar que los Länder que han adoptado una concepción menos rigurosa del cumplimiento de la obligación de fidelidad lo han hecho por medio de unas decisiones que no implicaban la modificación de las disposiciones legislativas que rigen esa obligación. Incumbe, pues, al Gobierno Federal y a las autoridades de los distintos Länder ponderar la índole exacta de las medidas gracias a las cuales se puede conseguir la cabal observancia del Convenio en este particular. Se deberá tener presente, sin embargo, que, según el artículo 3, b) del Convenio, los Estados que lo ratifican deberán "promulgar leyes... que por su índole puedan garantizar la aceptación y el cumplimiento" de la política nacional de igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación. Por ello, la Comisión recomienda que se tomen las medidas legislativas apropiadas, si no es posible introducir los cambios necesarios con otros medios.

589. La Comisión estima conveniente que se apliquen, en la mayor medida posible, criterios uniformes al respecto en toda la República Federal, al determinar la idoneidad para el empleo en el servicio público, y que esos criterios sean enunciados en unos textos que garanticen su aplicación, independientemente de la composición política, en un momento dado, de las diversas autoridades empleadoras. Deberían también hacerse efectivos por las autoridades locales.

590. En el caso de quienes trabajan en el servicio público con contratos laborales, la obligación de fidelidad no viene reglamentada por la ley, sino por convenios colectivos. La Comisión recomienda que se introduzcan igualmente las adaptaciones necesarias en el trato dado a esas personas, lo cual entrañará evidentemente consultas y negociaciones con los sindicatos representativos de los mismos.

591. La Comisión recuerda que, en virtud del artículo 3, a) del Convenio núm. 111, los Estados que lo ratifiquen deberán tratar de obtener la cooperación de las organizaciones de empleadores y de trabajadores y de otros organismos apropiados en la tarea de fomentar la aceptación y cumplimiento de la política nacional de igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación. Sería, pues, conveniente consultar a esas organizaciones y organismos (especialmente a los sindicatos representativos de las personas que trabajan en el servicio público) sobre las diversas medidas encaminadas a aplicar las recomendaciones formuladas por la Comisión.

592. La Comisión no ha de considerar por separado los casos derivados de la aplicación de las disposiciones relativas a la obligación de fidelidad que le han sido sometidos. Pero es evidente que las medidas que se tomen en respuesta a las anteriores

recomendaciones podrán repercutir en la resolución de un cierto número de esos casos, actualmente pendientes. A las autoridades competentes incumbirá examinar tales repercusiones. La Comisión recuerda, además, que, en ciertos casos en los cuales las autoridades han modificado en los últimos años sus criterios al respecto, han brindado a las personas afectadas por las medidas adoptadas en cumplimiento de políticas anteriores, la oportunidad de que se volviera a tomar en consideración su caso con miras a un empleo. Se recomienda que otras autoridades competentes estudien la posibilidad de proceder de un modo análogo.

593. En virtud del artículo 28 de la Constitución de la OIT, la Comisión tiene que indicar el plazo en el cual deben tomarse las medidas recomendadas. Le consta a la Comisión que se requerirán amplias consultas con diversas autoridades y otros interesados para precisar esas medidas, y que el momento en el cual será posible adoptar las decisiones necesarias dependerá también de la índole de esas medidas. Por lo mismo, a la Comisión le parece preferible no proponer un calendario preciso, y recomienda que se tomen dichas medidas lo antes posible y que el Gobierno Federal facilite una información detallada sobre la evolución al respecto en las memorias anuales sobre la aplicación del Convenio núm. 111, presentadas en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 22 de la Constitución de la OIT.

594. La Comisión desea agradecer la colaboración que le han prestado las autoridades de la República Federal de Alemania a lo largo de la presente encuesta y su deseo claramente expresado de respetar las obligaciones de su país en relación con la Constitución y los convenios de la Organización Internacional del Trabajo. La información y los argumentos detallados presentados a la Comisión por el Gobierno Federal han contribuido poderosamente a que se comprendan cabalmente la situación y las cuestiones que habían de ser resueltas. La Comisión confía en que una actitud análogamente constructiva al considerar las conclusiones y recomendaciones expuestas en el presente informe sirva para fortalecer la cooperación internacional, a la vez que elimine controversias relativas a un asunto que tanto en el país como fuera de él puede haber dado la impresión de que el orden democrático está menos firmemente arraigado de lo que lo demuestran de hecho cuarenta años de muy notables logros.

Ginebra, 26 de noviembre de 1986 (Firmado) Voitto Saario,

Presidente.

Dietrich Schindler.

Caracas, 5 de diciembre de 1986.

(Firmado) Gonzalo Parra-Aranguren.

El profesor Parra-Aranguren firmó el informe a reserva de la opinión disidente siguiente:

GONZALO PARRA-ARRANGUREN disiente de la opinión de la mayoría de la Comisión, entre otras, por las siguientes razones:

Primera: El abajo firmante cree firmemente en la existencia de normas imperativas del derecho público internacional, cuya observancia es obligatoria para los Estados y que no pueden derogarse o modificarse por tratados, ya sean bilaterales o multilaterales. Este punto de vista, generalmente aceptado hoy día, ha sido claramente expresado en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (23 de mayo de 1969), en cuyo artículo 53 se declara que "es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general", esto es, "una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter". Por otro lado, en el artículo 64 se dispone que "si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará".

Sin duda, sigue siendo objeto de discusión cuáles deben considerarse normas imperativas del derecho internacional general, cuestión a la que no da respuesta la Convención de Viena. Semejante situación puede crear problemas en determinadas esferas jurídicas, pero el abajo firmante cree que no cabe la menor duda de que las normas que reconocen los derechos fundamentales de la persona deben considerarse como parte del jus cogens, y, por tanto, todos los Estados tienen que obedecerlas y respetarlas,

no sólo en sus relaciones con otros Estados, sino también respecto de la comunidad internacional.

Segunda: La República Federal de Alemania, tal como se menciona en el capítulo 10, párrafo 506, adujo, entre otros argumentos, que las medidas objeto de examen por la Comisión "tienen por objeto proteger las características básicas del orden fundamental libre y democrático, y considera que un convenio de la OIT destinado a garantizar los derechos humanos no puede interpretarse en el sentido de que proteja a quienes abogan por un sistema totalitario". En apoyo de tal argumento se refirió al párrafo 1 del artículo 5 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.

La mayoría de la Comisión rechazó este argumento y, tras señalar que "parece oportuno señalar que la estructura y el enfoque adoptados en los pactos internacionales de derechos humanos y en el Convenio núm. 111 de la OIT son muy diferentes", en el párrafo 507 llega a las conclusiones siguientes:

El Convenio núm. 111 de la OIT se limita al tema específico de la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación. Detalla con cierta minucia las medidas que deben tomar los gobiernos para eliminar toda discriminación al respecto. Define lo que ha de considerarse como discriminación a efectos del Convenio, y precisa explícitamente ciertas circunstancias, que no deberán ser calificadas de tales. Sería difícil ver en el Convenio, además de las cláusulas de excepción explícitas, una excepción implícita, derivada de otros instrumentos, muy diferentemente concebidos. Procede señalar, también, que han surgido dificultades al determinar el alcance y los efectos precisos de la disposición de los pactos a la que se refiere el Gobierno.

Tercera: El abajo firmante no puede aceptar la conclusión precedente, pues, en su opinión, todo tratado, ya sea bilateral o multilateral, tiene que respetar las normas imperativas del derecho internacional general, en este caso concreto aquellas en que se enuncian los derechos fundamentales de la persona. Por consiguiente, la cuestión no radica en aceptar una nueva excepción implícita respecto del Convenio núm. 111, sino en que este Convenio tiene que respetar y leerse dentro del marco establecido por las normas del jus cogens y no puede interpretarse en el sentido de proteger a las personas que propugnan, incluso por medios pacíficos, ideas contrarias a los derechos fundamentales de la persona, pues tales ideas están en contradicción con los derechos reconocidos por las normas imperativas del derecho internacional general.

Cuarta: Es cierto que la República Federal de Alemania, en apoyo de su alegato, sólo ha esgrimido como argumento la eventual aplicación del párrafo 1 del artículo 5 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, pero, según el abajo firmante, la cuestión acerca de la cual debe pronunciarse la Comisión es más amplia, pues se refiere a la interrelación existente entre los tratados y las normas del jus cogens del derecho internacional general. Por consiguiente, el argumento objeto de examen no puede rechazarse, tal como hace la mayoría de la Comisión señalando que "la estructura y el enfoque" adoptados en el Convenio y la Convención son "muy diferentes". Semejante razonamiento deja sin respuesta la cuestión más importante de la subordinación necesaria del Convenio núm. 111 a las normas imperativas del derecho internacional general, en las que se enuncian los derechos fundamentales de la persona; tal subordinación resulta tanto más evidente en el caso del Convenio núm. 111, a la vista de sus antecedentes históricos y de los objetivos perseguidos por la OIT, tal como se resume en el capítulo 3, párrafos 67 a 71.

Quinta: La mayoría de la Comisión sostiene (párrafo 508) que una conducta "encaminada a la supresión de derechos y libertades" sólo puede ser objeto de "una sentencia y una sanción penales". El abajo firmante no está de acuerdo con dicha afirmación, pues cree que, independientemente de la sanción penal, dicha conducta no puede acogerse a la protección de ningún tratado, y menos aún del Convenio núm. 111, ya que es contraria a los mandamientos específicos de las normas imperativas del derecho internacional general.

Sexta: Tampoco es aceptable para el abajo firmante la afirmación de la mayoría de la Comisión (párrafo 509) según la cual los casos examinados se refieren a "quienes se han portado lícitamente y gozan de todos sus derechos civiles". Resulta sumamente extraño sostener que una conducta es legal sin haber examinado si en su comportamiento el interesado aboga o no por la contravención de normas imperativas del derecho internacional general, las cuales consagran derechos fundamentales de la persona que constituyen el fundamento del orden libre y democrático, tal como se expresan en la Constitución de la República Federal de Alemania.

Séptima: En el párrafo 518, la mayoría de la Comisión se refiere a ciertos alegatos hechos por la República Federal de Alemania,

y en el párrafo 519 añade lo siguiente:

Estos argumentos suscitan varias cuestiones. Una de ellas es la de saber si el programa del DKP, y de otros partidos u organizaciones cuyos fines se estiman hostiles a la Constitución, implicaría cambios en alguna de las disposiciones intangibles de la Constitución y, en caso afirmativo, si ello incitaría al partido u organización a una acción de carácter inconstitucional o, por el contrario, impondría límites legales a la acción que pudiera realizarse. La Comisión estima innecesario abordar estas cuestiones en el contexto presente - a saber, el examen del alcance de la definición de "discriminación" que figura en el párrafo 1 del artículo 1 del Convenio. La cuestión esencial que se plantea aquí es la siguiente: puede excluirse de dicha definición y, por tanto, plenamente del alcance del Convenio núm. 111, la promoción y prosecución de objetivos políticos en una forma que todo el mundo reconozca lícita? ... Esto, sin embargo, ha de considerarse a la luz del párrafo 2 del artículo 1 (distinciones basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado); no parece justificar distinción dentro de la definición que figura en el párrafo 1 del artículo 1.

El abajo firmante no puede admitir las afirmaciones citadas, pues cree que la Comisión tenía el deber de examinar si las medidas objeto de la presente encuesta se adoptaron o no para proteger los derechos fundamentales de la persona. Ahora bien, al no haberse llevado a cabo tal investigación, la Comisión no puede decidir si la conducta de la República Federal de Alemania ha sido conforme o no al Convenio núm. 111, pues no existen pruebas de que las medidas no persiguieran la protección de los derechos fundamentales de la persona, tal como se expresan en el orden democrático fundamental consagrado por la Constitución de la República Federal de Alemania. Así pues, el abajo firmante no puede estar de acuerdo, y de hecho no lo está, con las averiguaciones, conclusiones y recomendaciones de la mayoría de la Comisión.

Caracas, 5 de diciembre de 1986.(Firmado) Gonzalo Parra-Aranguren.

El Presidente de la Comisión y el profesor Schindler, tras haber sido informados de la declaración precedente por el profesor Parra-Aranguren, estimaron conveniente añadir las siguientes observaciones:

- 1.** La opinión en contra del profesor Parra-Aranguren se limita a una afirmación general de jus cogens y a una reserva en lo que se refiere a las averiguaciones, conclusiones y recomendaciones de la mayoría de la Comisión, pero no examina las cuestiones jurídicas decisivas que son pertinentes al respecto.
- 2.** La existencia del jus cogens en el derecho internacional público está fuera de duda. De igual modo, se acepta en general que las normas que reconocen los derechos fundamentales de la persona humana forman parte del jus cogens. La Corte Internacional de Justicia lo confirmó de modo implícito al referirse a "determinados principios generales y ampliamente reconocidos, a saber: las consideraciones elementales de humanidad" (Nota 249). Cabe, por otro lado, admitir que el concepto de "democracia militante" desarrollado en la República Federal de Alemania a raíz de la Segunda Guerra Mundial, al igual que el deber de fidelidad al orden fundamental libre y democrático que incumbe a todos los funcionarios de la República Federal, están destinados a proteger, entre otros valores, los derechos fundamentales de la persona humana, que forman parte del orden fundamental libre y democrático. No hay necesidad alguna de ahondar más en tales cuestiones.
- 3.** Ahora bien, el hecho de que las medidas adoptadas por el Gobierno se destinen a proteger los derechos humanos no implica, por otro lado, que sean necesariamente legales. Una medida que esté destinada a proteger los derechos humanos o los derechos de un determinado grupo de personas puede violar otro derecho humano o derechos de otros grupos. Por otro lado, el hecho de que una persona preconice un orden que pueda entrar en conflicto con los derechos humanos no exime al Estado de su deber de aplicar los convenios internacionales a dicha persona. El jus cogens tiene como única consecuencia el que todas las normas de los tratados que se hallen en conflicto con él son nulas, pero no tiene como consecuencia el que un tratado que esté en armonía con el jus cogens - como el Convenio núm. 111 - deje de aplicarse a las personas que preconizan un orden que podría entrar en conflicto con los derechos humanos. El profesor Parra-Aranguren atribuye al jus cogens un significado del que carece, bien según la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados o según la doctrina generalmente aceptada del jus cogens. Sería contrario a la idea misma de los derechos humanos y constituiría una negación de los mismos el que las personas que preconizan ideas que pueden entrar en conflicto con los derechos humanos perdiesen todos los derechos derivados de las convenciones internacionales sobre derechos humanos. Tal concepto no sólo carece de fundamento en la legislación sobre derechos humanos y la doctrina del jus cogens sino que mermaría gravemente el principio pacta sunt servanda. La privación de

los derechos fundamentales sólo puede imponerse si se halla prevista en un convenio.

4. Al respecto, es importante señalar que el párrafo 1 del artículo 5 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, así como las disposiciones correspondientes del artículo 17 de la Convención europea de Derechos Humanos y el artículo 18 de la Constitución de la República Federal de Alemania, en las que se prevé la privación de los derechos humanos, limitan la misma a determinados derechos. Jamás una persona que hace un uso abusivo de los derechos pierde todos los derechos derivados de las convenciones de derechos humanos (Nota 250). En el caso del artículo 8 de la Constitución de la República Federal de Alemania, los derechos de los que puede pronunciarse la privación se enumeran restrictivamente.

5. En cuanto al Convenio núm. 111, que no contiene ninguna disposición sobre la privación de derechos, no cabe suponer que tal excepción exista implícitamente. Tampoco, como se ha señalado, puede derivarse tal excepción de las normas del jus cogens.

6. En el informe de la Comisión se señala debidamente que según el Convenio núm. 111 no caben más excepciones que las previstas en el Convenio mismo. Dichas excepciones toman suficientemente en cuenta las exigencias de seguridad de los Estados. Las personas que preconizan un orden que está en contradicción con el orden fundamental libre y democrático y con los derechos humanos pueden quedar excluidas de todos aquellos puestos de trabajo para los que se exige una conducta inequívoca respecto al orden fundamental libre y democrático y a los derechos humanos como un requisito inherente al puesto de trabajo, tal como se explica en el capítulo 10 del informe.

3 de febrero de 1987 (Firmado) Voitto Saario

Dietrich Schindler

Los miembros de la Comisión desean expresar al Sr. Blanchard, Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, y a su personal, su reconocimiento por la ayuda que les brindaron durante la encuesta. Desean hacer constar su agradecimiento al Sr. Thiécouta Sidibé, Director del Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, por sus apreciados asesoramiento y apoyo. Desean agradecer de modo particular al Sr. Klaus Samson, a la Sra. Jacqueline Ancel-Lenners y al Sr. Edward Sussex sus incansables esfuerzos para proporcionar a la Comisión los imprescindibles servicios de secretaría. Agradecen también al Sr. Kurt Händler, Director de la Oficina de la OIT en Bonn, la asistencia que tanto él como sus colaboradores aportaron al conseguir que la visita a la República Federal se llevara a cabo fácil y eficazmente.

V.S D. Sch G.P.A

ANEXO I

Texto de las disposiciones de fondo del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111)

Artículo 1

1. A los efectos de este Convenio, el término "discriminación" comprende:

a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;

b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación, que podrá ser especificada por el miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.

3. A los efectos de este Convenio, los términos "empleo" y "ocupación" incluyen tanto el acceso a los

medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones, como también las condiciones de trabajo.

Artículo 2

Todo Miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto.

Artículo 3

Todo Miembro para el cual el presente Convenio se halle en vigor se obliga, por métodos adaptados a las circunstancias y a las prácticas nacionales, a:

- a) tratar de obtener la cooperación de las organizaciones de empleadores y de trabajadores y de otros organismos apropiados en la tarea de fomentar la aceptación y cumplimiento de esa política;
- b) promulgar leyes y promover programas educativos que por su índole puedan garantizar la aceptación y cumplimiento de esa política;
- c) derogar las disposiciones legislativas y modificar las disposiciones prácticas administrativas que sean incompatibles con dicha política;
- d) llevar a cabo dicha política en lo que concierne a los empleos sometidos al control directo de una autoridad nacional;
- e) asegurar la aplicación de esta política en las actividades de orientación profesional, de formación profesional y de colocación que dependan de una autoridad nacional;
- f) indicar en su memoria anual sobre la aplicación de este Convenio las medidas adoptadas para llevar a cabo esa política y los resultados obtenidos.

Artículo 4

No se consideran como discriminatorias las medidas que afecten a una persona sobre la que recaiga sospecha legítima de que se dedica a una actividad perjudicial a la seguridad del Estado, o acerca de la cual se haya establecido que de hecho se dedica a esta actividad, siempre que dicha persona tenga el derecho de recurrir a un tribunal competente conforme a la práctica nacional.

Artículo 5

1. Las medidas especiales de protección o asistencia previstas en otros convenios o recomendaciones adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo no se consideran como discriminatorias.

2. Todo Miembro puede, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, definir como no discriminatorias cualesquiera otras medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas a las que, por razones tales como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o cultural, generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial.

ANEXO II

Disposiciones de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo relativas a las comisiones de encuesta

Artículo 26

1. Cualquier Miembro podrá presentar ante la Oficina Internacional del Trabajo una queja contra otro Miembro que, a su

parecer, no haya adoptado medidas para el cumplimiento satisfactorio de un convenio que ambos hayan ratificado en virtud de los artículos precedentes.

2. El Consejo de Administración podrá, si lo considera conveniente y antes de referir el asunto a una comisión de encuesta, según el procedimiento que más adelante se indica, ponerse en relación con el gobierno contra el cual se presente la queja, en la forma prevista en el artículo 24.

3. Si el Consejo de Administración no considerare necesario comunicar la queja al gobierno contra el cual se haya presentado, o si, hecha la comunicación, no se recibiere dentro de un plazo prudencial una respuesta que le satisfaga, el Consejo de Administración podrá nombrar una comisión de encuesta encargada de estudiar la cuestión planteada e informar al respecto.

4. El Consejo podrá seguir el mismo procedimiento de oficio o en virtud de una queja presentada por un delegado de la Conferencia.

5. Cuando el Consejo de Administración examine una cuestión suscitada por la aplicación de los artículos 25 ó 26, el gobierno interesado, si no estuviese ya representado en el Consejo de Administración, tendrá derecho a designar un delegado para que participe en las deliberaciones del Consejo relativas a dicha cuestión. La fecha en que deban efectuarse las deliberaciones se notificará en tiempo oportuno al gobierno interesado.

Artículo 27

En caso de que se decidiera someter a una comisión de encuesta una queja recibida en virtud del artículo 26, cada Miembro, le concierna o no directamente la queja, se obliga a poner a disposición de la comisión todas las informaciones que tuviere en su poder relacionadas con el objeto de dicha queja.

Artículo 28

La comisión de encuesta, después de examinar detenidamente la queja, redactará un informe en el cual expondrá el resultado de sus averiguaciones sobre todos los hechos concretos que permitan precisar el alcance del litigio, así como las recomendaciones que considere apropiado formular con respecto a las medidas que debieran adoptarse para dar satisfacción al gobierno reclamante, y a los plazos dentro de los cuales dichas medidas debieran adoptarse.

Artículo 29

1. El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo comunicará el informe de la comisión de encuesta al Consejo de Administración y a los gobiernos a los cuales concierna la queja, y procederá a su publicación.

2. Cada uno de los gobiernos interesados deberá comunicar al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, dentro de un plazo de tres meses, si acepta o no las recomendaciones contenidas en el informe de la comisión y, en caso de que no las acepte, si desea someter la queja a la Corte Internacional de Justicia.

.....

Artículo 31

La decisión de la Corte Internacional de Justicia sobre cualquier reclamación o cuestión que se le haya sometido en virtud del artículo 29 será inapelable.

Artículo 32

La Corte Internacional de Justicia podrá confirmar, modificar o anular las conclusiones o recomendaciones que pudiere haber formulado la comisión de encuesta.

Artículo 33

En caso de que un Miembro no dé cumplimiento dentro del plazo previsto a las recomendaciones que pudiere contener el informe de la comisión de encuesta o la decisión de la Corte Internacional de Justicia, según sea el caso, el Consejo de Administración recomendará a la Conferencia las medidas que estime convenientes para obtener el cumplimiento de dichas recomendaciones.

Artículo 34

El gobierno acusado de incumplimiento podrá informar en cualquier momento al Consejo de Administración que ha adoptado las medidas necesarias para cumplir las recomendaciones de la comisión de encuesta o las contenidas en la decisión de la Corte Internacional de Justicia, y podrá pedir que se constituya una comisión de encuesta encargada de comprobar sus aseveraciones. En este caso, serán aplicables las disposiciones de los artículos 27, 28, 29, 31 y 32, y si el informe de la comisión de encuesta o la decisión de la Corte Internacional de Justicia fueren favorables al gobierno acusado de incumplimiento, el Consejo de Administración deberá recomendar que cese inmediatamente cualquier medida adoptada de conformidad con el artículo anterior.

Nota 1

El texto de las disposiciones de fondo del Convenio se reproduce en el anexo I del presente informe. El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo registró, el 15 de junio de 1961, la ratificación del Convenio por la República Federal de Alemania, para la cual entró en vigor el 15 de junio de 1962.

Nota 2

OIT, Boletín Oficial, vol. LXIII, serie A, núm. 1, págs. 46-61. Véase también el capítulo 4.

Nota 3

Conferencia Internacional del Trabajo, 69.a reunión, 1983, informe III (parte 4A). informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, págs. 215-219. Véase también el capítulo 4.

Nota 4

El artículo 10 del Reglamento dice así:

“Si, a base del artículo 24 de la Constitución de la Organización, se presenta al Consejo de Administración una reclamación contra un gobierno en la que se alegue que no ha dado cumplimiento satisfactorio a un convenio, el Consejo podrá en cualquier momento, fundado en el párrafo 4 del artículo 26 de la Constitución, adoptar para el examen de dicha reclamación el procedimiento de queja previsto en los artículos 26 y siguientes de la Constitución.”

Nota 5

Las disposiciones de la Constitución referentes a las comisiones de encuesta figuran en los artículos 26 a 29 y 31 a 34 de la Constitución de la OIT. Se reproducen esos artículos en el anexo II. Véase también el capítulo 10, párrafos 451 a 453.

Nota 6

Véase más adelante el párrafo 50.

Nota 7

Pueden verse las actas de ese debate en las de la cámara baja del Parlamento Federal (Bundestag), décimo período electoral de sesiones, 194.a sesión, 30 de enero de 1986, págs. 14563-14571.

Nota 8

En la biblioteca de la OIT se conservan las actas de las audiencias. En el presente informe las referencias a números de páginas conciernen a la versión alemana.

Nota 9

OIT: Conferencia Internacional del Trabajo, 40.a reunión, 1957, informe VII (1), págs. 1-4.

Nota 10

Ibíd., pág. 25.

Nota 11

Ibíd., pág. 34.

Nota 12

OIT: Conferencia Internacional del Trabajo (CIT), 47.a reunión, 1963, informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (ICE), tercera parte, Discriminación en materia de empleo y ocupación, párrafo 26.

Nota 13

OIT: ICE, informe III (parte 4A), CIT, 68.a reunión, 1982, pág. 213 e ibíd., 69.a reunión, 1983, págs. 225 y 239 (observaciones relativas a Checoslovaquia, Chile y Turquía). Véase también el informe del comité establecido para examinar la reclamación de la CIOSL sobre el cumplimiento por Checoslovaquia del Convenio, OIT: Boletín Oficial, vol. LXI, 1978, serie A, núm. 3, suplemento, párrafos 17-21.

Nota 14

OIT: Discriminación en materia de empleo y ocupación, CIT, 40.a reunión, 1957, informe VII (2), pág. 99.

Nota 15

OIT: Actas, CIT, 40.a reunión, 1957, pág. 739; y Discriminación en materia de empleo y ocupación, CIT, 42.a reunión, 1958, informe IV (1), págs. 7 y 8.

Nota 16

Ibíd., informe IV (2), pág. 5.

Nota 17

Ibíd., informe IV (2), págs. 6 y 8.

Nota 18

Ibíd., págs. 9 y 10.

Nota 19

OIT: Actas, CIT, 42.a reunión, 1958, pág. 714.

Nota 20

OIT: Discriminación en materia de empleo y ocupación, CIT, 40.a reunión, 1957, informe VII (2), págs. 16 y 17.

Nota 21

OIT: ICE, CIT, 47.a reunión, 1963, tercera parte, párrafo 42.

Nota 22

Ibíd., párrafo 91. Véase también CIT, 71.a reunión, 1985, informe III (parte 4A), pág. 303, observación relativa a Checoslovaquia.

Nota 23

OIT: Discriminación en materia de empleo y ocupación, CIT, 42.a reunión, 1958, informe IV (1), apéndice.

Nota 24

OIT: ICE, CIT, 47.a reunión, 1963, tercera parte, párrafos 32 y 33.

Nota 25

Ibíd., párrafo 91.

Nota 26

Ibíd.

Nota 27

Ibíd., párrafo 94.

Nota 28

OIT: Actas, CIT, 40.a reunión, 1957, pág. 740 y CIT, 42.a reunión, 1958, págs. 406 y 714-716.

Nota 29

OIT: ICE, CIT, 47.a reunión, tercera parte, párrafo 47.

Nota 30

OIT: ICE, CIT, 56.a reunión, informe III (parte 4B), párrafo 38.

Nota 31

Véase la nota 5.

Nota 32

OIT: ICE, CIT, 56.a reunión, 1971, informe III (parte 4B), párrafo 38.

Nota 33

Documento GB.229/5/11 (Rev.1) (febrero-marzo de 1985), párrafo 46.

Nota 34

OIT: informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (ICE), CIT, 62.a reunión, 1976, págs. 192 y 193, y solicitud directa.

Nota 35

OIT: ICE, CIT, 63.a reunión, 1977, págs. 239 y 240.

Nota 36

OIT: ICE, CIT, 64.a reunión, 1979, pág. 207.

Nota 37

OIT: Boletín Oficial, vol. LXIII, 1980, serie A, núm. 1, págs. 51-53.

Nota 38

OIT: ICE, CIT, 66.a, 67.a y 68.a reuniones, 1980, 1981 y 1982, respectivamente, págs. 181, 180-182 y 204-205.

Nota 39

OIT: Actas, CIT, 68.a reunión, 1982, págs. 31/60 y 31/61.

Nota 40

OIT: ICE, CIT, 69.a reunión, 1983, págs. 215-219.

Nota 41

OIT: Actas, CIT, 69.a reunión, 1983, págs. 31/53 y 31/54.

Nota 42

OIT: ICE, CIT, 71.a reunión, págs. 294 y 295.

Nota 43

Población activa total en 1984: 25 173 000. Fuente: Oficina Federal de Estadísticas.

Nota 44

BVerfGE, sentencia de 23 de octubre de 1952, 1 BvB 1/51. NJW 1952, pág. 1407.

Nota 45

BVerfGE, sentencia de 17 de agosto de 1956, 1 BvB 2/51. NJW 1956, pág. 1393.

Nota 46

BVerfGE, sentencia de 17 de agosto de 1956, principios 5, 6 y 8.

Nota 47

BVerfGE, sentencia de 21 de marzo de 1961, 2 BvR 27/60. NJW 1961, pág. 723.

Nota 48

BVerfGE, decisión de 22 de mayo de 1975, 39 (357-361).

Nota 49

Ley sobre los funcionarios federales, vigente desde el 1.º de septiembre de 1953, y cuya nueva versión, válida a partir del 1.º de marzo de 1985, se ha publicado en la Bundesgesetzblatt del 6 de marzo de 1985.

Nota 50

Ley marco sobre los funcionarios de los Länder, vigente desde el 1.º de septiembre de 1957, y cuya nueva versión, válida a partir del 1.º de marzo de 1985, se ha publicado en la Bundesgesetzblatt del 6 de marzo de 1985.

Nota 51

Véase, por ejemplo, la ley sobre los funcionarios: Baviera (17 de noviembre de 1978), Baja Sajonia (28 de septiembre de 1978), Renania del Norte-Westfalia (1.º de mayo de 1981).

Nota 52

Véanse, entre otros, los artículos 2, 2), 3 y 4 de la ley marco sobre los funcionarios de los Länder. En virtud del artículo 2, 3), el ejercicio de las competencias que dependen de los derechos soberanos debe confiarse con carácter permanente, por regla general, a los funcionarios.

Nota 53

El régimen de pensiones de jubilación está reglamentado por la ley de 24 de agosto de 1976 sobre asistencia a los funcionarios y magistrados (Beamtenversorgungsgesetz - BeamtVG).

Nota 54

Reglamento Disciplinario Federal (Bundesdisziplinarordnung) de 20 de julio de 1967 y reglamentos disciplinarios de los Estados (véase, asimismo, el párrafo 167).

Nota 55

Fuente: Hans Joachim von Oertzen (Ministerialrat, Bonn): "La gestion du personnel public en République fédérale d'Allemagne", en la Revue internationale des sciences administratives, 2/1983, págs. 215-222.

Nota 56

Convenio colectivo de los empleados de la Federación (Bundesangestelltentarifvertrag - BAT) del 1.º de abril de 1961, en su versión de 12 de diciembre de 1984, artículos 1, 2 y 3.

Nota 57

Convenio colectivo de los obreros al servicio de la Federación (Manteltarifvertrag Bund - MTB).

Nota 58

Convenio colectivo de los obreros al servicio de los Länder (Manteltarifvertrag Länder - MTL).

Nota 59

Fuente: Reinhard Mussnug: "Der Zugang zum öffentlichen Dienst in der Bundesrepublik Deutschland", en *Verfassungstreue im öffentlichen Dienst europäischer Staaten*; Duncker y Humblott: "Schriften zum öffentlichen Recht", Band. 379, págs. 417 y 418.

Nota 60

Fuente: von Oertzen, op. cit., pág. 125.

Nota 61

Fuente: Oficina Federal del Trabajo, Instituto de investigación sobre el mercado del empleo y las profesiones, Beitr. AB 88, pág. 428.

Nota 62

Véase Mussnug, op. cit., págs. 424-428.

Nota 63

Prof. E.-W. Böckenförde: "Rechtsstaatliche politische Selbstverteidigung als Problem", en *Extremisten und öffentlicher Dienst*, Nomos, pág. 23. Véase, además: Consejo de Europa, Corte Europea de Derechos Humanos, Corte (85) 33, Memoria del Gobierno de la República Federal de Alemania (caso Kosiek), párrafos 25 y 29.

Nota 64

Fuente: Mussnug, op. cit., pág. 430.

Nota 65

Idem, págs. 430-431.

Nota 66

Artículos 21 a 32 de la ley marco sobre los funcionarios de los Länder.

Nota 67

Artículo 31, 1), cláusula 1 y artículo 31, 4).

Nota 68

Artículo 32, 2).

Nota 69

Ley de 15 de marzo de 1974 sobre órganos de representación del personal al servicio de la República Federal de Alemania (artículo 78, 1)). Esta ley contiene también disposiciones que se aplican en los Länder. Véase, asimismo, von Oertzen, op. cit., pág. 221.

Nota 70

Ley de 25 de agosto de 1969 relativa a la protección de los trabajadores contra el despido.

Nota 71

Artículo 40, 1), de la ley marco sobre los funcionarios de los Länder: "El funcionario debe prestar juramento. El juramento debe contener una obligación con respecto a la Constitución."

Nota 72

Artículo 77, 1), cláusula 2 y artículo 45, 1), cláusula 2.

Nota 73

Artículos 77, 2) y 45, 2).

Nota 74

BVerfGE, 39, 339. Fallo conocido con el nombre de "fallo sobre los radicales" (Radikalenbeschluss).

Nota 75

Fuente: Böckenförde, op. cit., págs. 2-39.

Nota 76

Fuente: Gerhard Anschütz: "Die Verfassung des Deutschen Reichs", 14.a edición, 1933, págs. 602-607.

Nota 77

Böckenförde, op. cit., pág. 19, nota 15.

Nota 78

Idem, págs. 19 y 20.

Nota 79

Idem, pág. 21.

Nota 80

Fuente: Andreas Sattler: "Die rechtliche Bedeutung der Entscheidung für die streitbare Demokratie", Nomos 1982.

Nota 81

Idem.

Nota 82

Böckenförde, op. cit., págs. 21-23.

Nota 83

Idem, pág. 23, cláusula de garantía y cláusula de adhesión al orden fundamental, libre y democrático.

Nota 84

Véanse, más adelante, los párrafos 224 y siguientes.

Nota 85

Fuente: Boletín de la Oficina de Prensa e Información del Gobierno federal, núm. 6, pág. 45, 19 de enero de 1979. El texto completo, incluida la exposición de motivos, se reproducen en anexo.

Nota 86

Modificación similar al artículo 45 de la ley marco sobre los funcionarios de los Länder.

Nota 87

BVerfGE 39, 339.

Nota 88

BVerwG, sentencia de 29 de octubre de 1981. NJW 1982, 779.

Nota 89

Tribunal Administrativo de Hanover, decisión del 21 de diciembre de 1983.

Nota 90

Véase el párrafo 228.

Nota 91

Sentencia de 29 de octubre de 1981, op. cit.

Nota 92

BVerwG, sentencia de 10 de mayo de 1984. DVBL 1984, 955.

Nota 93

NDH A(1) 4/84.

Nota 94

3K 1/85.

Nota 95

BDiG I VL 25/83.

Nota 96

BAG, sentencia de 31 de marzo de 1976. La autoridad encargada de la contratación debe exponer los hechos y, en caso de impugnación del candidato, documentar las afirmaciones en que basa sus dudas sobre la fidelidad a la Constitución del candidato. BAG, sentencia de 29 de julio de 1982.

Nota 97

BAG, sentencia de 9 de diciembre de 1981.

Nota 98

BAG, sentencia de 5 de agosto de 1982.

Nota 99

BAG, sentencia de 6 de junio de 1984, MJW, 1985, pág. 507.

Nota 100

OIT: Boletín Oficial, vol. LXIII, 1980, serie A, núm. 1, págs. 46-61.

Nota 101

Véase el capítulo 4, párrafos 105 y 106.

Nota 102

Wolfgang Schlappa: Zur Vereinbarkeit der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 29.10.81 - sog. Peter-Entscheidung - mit der europäischen Menschenrechtskonvention (Bremen, Zentrum für europäische Rechtspolitik (ZERP) an der Universität Bremen, enero de 1983).

Nota 103

Martin Kutscha: Die aktuelle Rechtsprechung in Berufsverboteverfahren, Materialien und Dokumente zu den Berufsverboten in der BRD, Heft 32 (Hamburgo, Arbeitsausschuss der Initiative "Weg mit den Berufsverboten", junio de 1985).

Nota 104

Deutscher Bundestag: Beratung der Grossen Anfrage der Fraktion DIE GRÜNEN: Berufsverbote in der Bundesrepublik Deutschland, 10.º período de elecciones, 194.ª sesión, Bonn, 30 de enero de 1986.

Nota 105

OIT: Actas, Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra: 67.ª reunión, 1981, 31/56; 68.ª reunión, 1982, 31/60-61; 69.ª reunión, 1983, 31/53-54.

Nota 106

Deutsche Postgewerkschaft, Bezirksverwaltung Hesse: Einschränkung gegen gewerkschaftliche Rechte bei der Deutschen Bundespost in Hessen (Frankfurt, 1985).

Nota 107

Información facilitada por la Koordinierungsausschuss der Bürgerinitiativen gegen Berufsverbote, en Baden-Wurtemberg.

Nota 108

Stellungnahme des Arbeitsausschusses der Initiative "Weg mit den Berufsverboten" zur Antwort der Bundesregierung (BT-Drucksache 10/36 56) auf die Grosse Aufträge der Fraktion "Die Grünen" betr. Berufsverbote in der Bundesrepublik Deutschland (BT-Drucksache 10/22 07), Hamburgo, noviembre de 1985.

Nota 109

Por ejemplo, Deutsche Postgewerkschaft, Bezirksverwaltung Hessen: Berufsverbote bei der Bundespost, Dokumentation; Deutsche Postgewerkschaft, Ortsverwaltung Fernmeldeamt Giessen: Kein Berufsverbot für Axel Brück und Egon Momberger, Dokumentation (Giessen, 1983); Deutsche Postgewerkschaft, Ortsverwaltung Frankfurt: Kein Berufsverbot für den Briefträger Wolfgang Repp, Dokumentation (Frankfurt, 1985); GEW im DGB, Landesverband Rheinland-Pfalz: Dokumentation zur Einschränkung von Meinungsfreiheit in Rheinland-Pfalz - Berufsverbote für Lehrer (Mainz, 1985); Koordinierungsausschuss der niedersächsischen Initiativen gegen Berufsverbote: Mit dem Berufsverbot gegen das Wahlrecht in Niedersachsen (Oldenburg); Hamburger Landeskomitee der Initiative "Weg mit den Berufsverboten"; Kein Berufsverbot für Uwe Scheer (Hamburg, 1986); Initiative "Weg mit den Berufsverboten";, Arbeitsausschuss, Hamburg: Rundbrief Nr. 66/85 (Hamburg, marzo de 1985).

Nota 110

En fallos de agosto de 1986 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha concluido que el éxito esencial en esos casos fuera el acceso a la función pública, derecho no protegido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos ni por sus Protocolos. El Tribunal, en consecuencia, afirmó que no había habido interferencia con el ejercicio de un derecho protegido por el Convenio.

Nota 111

Casos de Rüdiger Quaer y Martin Zeiss, respectivamente.

Nota 112

Casos de cuatro empleados (en período de formación jurídica) en Baviera.

Nota 113

Caso de Charlotte Niess-Mache.

Nota 114

Casos de Gerhard Bitterwolf y Ulrich Foltz.

Nota 115

Casos de Hans Heinrich Häberlein y Manfred Lehner.

Nota 116

Casos de Ulrich Eigenfeld y Rolf Kosiek.

Nota 117

Claussen, X/15.

Nota 118

Claussen, X/13.

Nota 119

Ziegler, XIII/9.

Nota 120

Metz, VIII/11.

Nota 121

Frisch, IX/15-16.

Nota 122

Ministerium des Innern und für Sport, Rheinland-Pfalz: Verfassungsschutzbericht, 1985, pág. 129.

Nota 123

Freundlieb, XI/16.

Nota 124

Däubler, V/26-28.

Nota 125

Krause, XV/30.

Nota 126

Däubler, V/27-28; Ortmann, VII/22.

Nota 127

Bitterwolf, III/12; Däubler, V/27.

Nota 128

Bastian, III/28.

Nota 129

Bastian, III/31.

Nota 130

Bastian, IV/9.

Nota 131

Véase también el capítulo 5, párrafos 231 y 232.

Nota 132

Bastian, III/26-27.

Nota 133

Bastian, IV/7.

Nota 134

Meister, II/9.

Nota 135

Meister, II/12, 21.

Nota 136

Meister, II/17.

Nota 137

Meister, II/12.

Nota 138

Meister, II/5.

Nota 139

Meister, II/20.

Nota 140

Däubler, V/15-16.

Nota 141

Ziegler, XIII/13, e información facilitada durante discusiones en Stuttgart, en agosto de 1986.

Nota 142

Ziegler, XIII/6 y 11-12.

Nota 143

Bitterwolf III/2.

Nota 144

Bitterwolf III/8.

Nota 145

Bitterwolf III/12.

Nota 146

Bitterwolf III/9.

Nota 147

Niess-Mache, IV/15.

Nota 148

Metz, VIII/23-24.

Nota 149

Krause, XV/18.

Nota 150

Krause, XV/19.

Nota 151

Krause, XV/25-26.

Nota 152

Halberstadt, XIII/24-27.

Nota 153

Halberstadt, XIII/24, XIV/2.

Nota 154

Ratz, VI/16-18.

Nota 155

Ortmann, VII/12-15.

Nota 156

(Referencias desde entonces a declaraciones durante las audiencias de los testigos indican la sesión y el número de la página de las Actas (versión en alemán).

Véase el capítulo 7, párrafo 397, y Metz, VIII/7-8; Ziegler, XIII/10-11; Claussen, X/3; Freundlieb, XI/1-2.

Nota 157

(Referencias desde entonces a declaraciones durante las audiencias de los testigos indican la sesión y el número de la página de las Actas (versión en alemán).

Claussen, X/3.

Nota 158

(Referencias desde entonces a declaraciones durante las audiencias de los testigos indican la sesión y el número de la página de las Actas (versión en alemán).

Freundlieb, XI/2.

Nota 159

(Referencias desde entonces a declaraciones durante las audiencias de los testigos indican la sesión y el número de la página de las Actas (versión en alemán).

Ratz, VII/9.

Nota 160

(Referencias desde entonces a declaraciones durante las audiencias de los testigos indican la sesión y el número de la página de las Actas (versión en alemán).

Ziegler, XIII/10.

Nota 161

(Referencias desde entonces a declaraciones durante las audiencias de los testigos indican la sesión y el número de la página de las Actas (versión en alemán).

Frisch, IX/4-5.

Nota 162

(Referencias desde entonces a declaraciones durante las audiencias de los testigos indican la sesión y el número de la página de las Actas (versión en alemán).

Frisch, IX/7.

Nota 163

(Referencias desde entonces a declaraciones durante las audiencias de los testigos indican la sesión y el número de la página de las Actas (versión en alemán).

Véase capítulo 6, párrafo 369.

Nota 164

(Referencias desde entonces a declaraciones durante las audiencias de los testigos indican la sesión y el número de la página de las Actas (versión en alemán).

Ortmann, VII/23-24.

Nota 165

(Referencias desde entonces a declaraciones durante las audiencias de los testigos indican la sesión y el número de la página de las Actas (versión en alemán).

Däubler, V/29, VI/4.

Nota 166

(Referencias desde entonces a declaraciones durante las audiencias de los testigos indican la sesión y el número de la página de las Actas (versión en alemán).

Ortmann, VII/24-25.

Nota 167

(Referencias desde entonces a declaraciones durante las audiencias de los testigos indican la sesión y el número de la página de las Actas (versión en alemán).

Bitterwolf, III/22-23, Däubler, V/29.

Nota 168

(Referencias desde entonces a declaraciones durante las audiencias de los testigos indican la sesión y el número de la página de las Actas (versión en alemán).

Paech, I/25-26; Bitterwolf, III/22-23; Däubler, VI/4.

Nota 169

(Referencias desde entonces a declaraciones durante las audiencias de los testigos indican la sesión y el número de la página de las Actas (versión en alemán).

Halberstadt, XIV/4.

Nota 170

(Referencias desde entonces a declaraciones durante las audiencias de los testigos indican la sesión y el número de la página de las Actas (versión en alemán).

Metz, VIII/8.

Nota 171

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Véase capítulo 2, párrafos 34 y 56.

Nota 172

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Meister, II/13-14; Bitterwolf, III/19-20; Däubler, VI/6-7; Ratz, VII/6-7; Pach, XII/11.

Nota 173

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Casos de Julia Glasenapp, Rolf Kosiek, Rüdiger Quaer y Ulrich Eigenfeld: véase capítulo 6.

Nota 174

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Véanse Jean Zarras: *Le contrôle de l'application des conventions internationales du travail*, Sirey, París, 1937, págs. 220-221; Nicolas Valticos: *Droit international du travail*, 2.a edición, Dalloz, París, 1983, pág. 607.

Nota 175

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Véase capítulo 6.

Nota 176

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Véase OIT: Boletín Oficial, vol. LXI, 1978, serie A, núm. 3, suplemento, anexo III.

Nota 177

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Ibíd., anexos V y VI.

Nota 178

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

OIT: Boletín Oficial, vol. LXVI, 1983, serie B, núm. 1, pág. 185, párrafo 28.

Nota 179

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

OIT: Boletín Oficial, vol. LXV, núm. 2, abril de 1962, suplemento II.

Nota 180

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

OIT: Boletín Oficial, vol. LXVI, 1983, Serie B, suplemento especial.

Nota 181

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Véase el informe sobre Portugal, op. cit., párrafos 754-760, y el informe relativo a la República Dominicana y Haití, op. cit., párrafos 508-511 y 544-545.

Nota 182

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

OIT: Boletín Oficial, vol. LX, 1977, serie B, núm. 3, párrafo 78.

Nota 183

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

OIT: Boletín Oficial, vol. LIV, 1971, núm. 4, pág. 4, párrafo 47.

Nota 184

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Véase A.A. Cançado Trindade: *The application of the rule of exhaustion of local remedies in international law*, Cambridge University Press, 1983, capítulo 4.

Nota 185

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Ibíd., pág. 181.

Nota 186

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

BVerfGE 39, págs. 359-360.

Nota 187

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Véase capítulo 6, párrafos 250-252.

Nota 188

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Bitterwolf había sido condenado por insultos al Ministro Presidente de Bavaria; sin embargo, el Tribunal Administrativo de Bavaria decidió que esto no bastaba para que no pudiera ser designado; véase capítulo 6, párrafo 347.

Nota 189

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Véase capítulo 5, párrafos 214-220.

Nota 190

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Véase capítulo 4, párrafo 102.

Nota 191

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Paech, I/25, XI/24-25; Däubler, V/21.

Nota 192

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Véase capítulo 6, y Ortmann, VII/13-14, 21; Metz, VIII/11; Frisch, IX/14-16; Ziegler, XIII/10-12.

Nota 193

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Bitterwolf, III/3; Ratz, VI/16; véase también capítulo 6, párrafos 351, 357, 360 y 362.

Nota 194

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Véase, por ejemplo, el fallo del Tribunal Constitucional Federal del 22 de mayo de 1975, BVerfGE 39, págs. 352-354; y capítulo 6, párrafos 349 y 359.

Nota 195

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Véase capítulo 6, párrafos 265-268.

Nota 196

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Por ejemplo, Baden-Wurtemberg: Engel; Renania-Palatinado: Barthel, Burkart; Schleswig-Holstein: Bürger, Könings.

Nota 197

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Por ejemplo, Baden-Wurtemberg: Lipps; Renania-Palatinado: Lachmann.

Nota 198

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Por ejemplo, Baja Sajonia: Eckartsberg, Klüver, Müller, Schön, Wilhelmer; Renania-Palatinado: Fronemann, Jung.

Nota 199

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Por ejemplo, Baden-Wurtemberg: Groeneveld; Baja Sajonia: Eckartsberg, Flessner, Klüver, Lange, Lepa, Marks, Pannemann, Paulus, Schultze-Kranert.

Nota 200

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Por ejemplo, Baja Sajonia: Lammers, Müller, M. Schachtschneider, Schön.

Nota 201

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Claussen, X/5-6; véase también Freundlieb, XI/13.

Nota 202

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Véanse las descripciones de casos en el capítulo 6.

Nota 203

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Por ejemplo, en Hamburgo (Scheer), Hesse (Bastian, Brück, Elsinger, Mende, Momberger, Repp) y Renania-Westfalia (Hütter); véase también capítulo 6, párrafo 284.

Nota 204

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Véanse, por ejemplo, las decisiones del Tribunal Disciplinario de Baja Sajonia en el caso Eckartsberg, en las que concluye que había violado objetivamente el deber de fidelidad (capítulo 5, párrafo 228, capítulo 6, párrafo 369), del Tribunal Administrativo de Baden-Wurtemberg en el caso Fronemann (capítulo 6, párrafo 334; esta decisión fue anulada por el Tribunal Administrativo Federal por una simple cuestión de procedimiento, *ibíd.*, párrafo 335), y del Tribunal de primera instancia en el caso Jung, en Renania-Palatinado (capítulo 5, párrafo 230, capítulo 6, párrafo 382).

Nota 205

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Véase capítulo 7, párrafo 395, sección I.

Nota 206

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Véase capítulo 3, párrafo 85.

Nota 207

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Véase capítulo 3, párrafo 86.

Nota 208

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

ILO Official Bulletin, vol. 17, 1932, págs. 117-123.

Nota 209

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Véase capítulo 7, párrafo 395, sección III.

Nota 210

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

El Comité de Derechos Humanos, por ejemplo, observó dificultades de este género al examinar el segundo informe periódico de la República Federal de Alemania sobre la aplicación del Pacto, en abril de 1986: véanse los documentos de las Naciones Unidas CCPR/C/SR.664 y CCPR/C/SR.667. Véase también, respecto a las disposiciones correspondientes en la Convención Europea sobre Derechos Humanos, Frowein/Peukert: *Europäische Menschenrechtskonvention*, Engel, Kehl, 1985, págs. 338-340.

Nota 211

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de

Audiencias (versión alemana).

A tenor del artículo 18 de la Constitución de la República Federal de Alemania, podrá privarse a una persona de sus derechos fundamentales por decisión del Tribunal Constitucional Federal, en la medida determinada por éste, cuando abuse de libertades específicas (libertad de expresión, de enseñanza, de reunión, de asociación, etc.) con miras a combatir el orden fundamental libre y democrático. En ninguno de los casos elevados al conocimiento de la Comisión se han tomado medidas para invocar este artículo.

Nota 212

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Véase el capítulo 7, párrafo 395, sección IV.

Nota 213

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Véase el capítulo 3, párrafo 75.

Nota 214

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Ibíd.

Nota 215

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Véase el capítulo 7, párrafo 396, punto 6.

Nota 216

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Véanse, más especialmente, la Convención Relativa a la Lucha Contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza (artículo 1), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 1) y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (artículo 1). Aunque en los dos pactos internacionales de derechos humanos hay cláusulas generales de no discriminación, en ninguno de ellos figura definición alguna del término "discriminación". El Pacto de Derechos Civiles y Políticos, por ejemplo, estipula en el artículo 2 que los derechos reconocidos en el Pacto se respetarán y garantizarán "sin distinción alguna de... opinión política o de otra índole...".

Nota 217

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Véase capítulo 7, párrafo 396, punto 7.

Nota 218

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Informe III (parte IV), Conferencia Internacional del Trabajo, 47.a reunión, 1963, parte III, pág. 245, párrafo 108.

Nota 219

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Ibíd., pág. 214, párrafo 29.

Nota 220

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Véase capítulo 7, párrafo 398.

Nota 221

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Véase capítulo 7, párrafo 395, sección V.

Nota 222

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

De acuerdo con el artículo 14 del Convenio núm. 111, las versiones inglesa y francesa son las versiones auténticas.

Nota 223

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Véanse, por ejemplo, el juicio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 26 de abril de 1979 en el caso del Sunday Times, serie A, núm. 30, párrafos 59 y 62, y la opinión consultativa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 13 de noviembre de 1985, relativa a la colegación obligatoria de periodistas, párrafos 46 y 79. Para informaciones generales sobre la práctica instaurada relativa a los instrumentos internacionales pertinentes, véase Human Rights Quarterly, vol. 7, núm. 1, febrero de 1985, págs. 52-56.

Nota 224

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Véanse párrafos 77 a 80.

Nota 225

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Véase capítulo 3, párrafo 82.

Nota 226

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Informe III (parte 4A), Conferencia Internacional del Trabajo 63.a reunión, 1977, pág. 11, párrafo 31. La Corte de Justicia de las Comunidades Europeas hizo hincapié en este mismo aspecto cuando examinó casos relativos a la libertad de movimientos de los trabajadores en virtud del artículo 48 del Tratado de Roma (véase la sentencia núm. 149/79 del 17 de diciembre de 1980 (caso de los ferrocarriles belgas) y la sentencia núm. 66/85 del 3 de julio de 1986 (Lawrie-Blum v. Land Baden-Wurtemberg).

Nota 227

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Véase párrafo 459.

Nota 228

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Véanse párrafos 489-497.

Nota 229

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Frisch, IX/25.

Nota 230

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Por ejemplo, casos de Herbert Bastian (capítulo 6, párrafos 275-279), Hans Meister (capítulo 6, párrafo 298), Hans Peter (capítulo 6, párrafos 310 y 311), Helga Lange, Uwe Scheer (capítulo 6, párrafo 327).

Nota 231

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Por ejemplo, casos de Klaus Lipps (capítulo 6, párrafos 339 y 340), Rüdiger Quaer.

Nota 232

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Meister, II/16; Däubler, V/25; Claussen, X/24.

Nota 233

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Véase capítulo 7, párrafo 395, sección V, y párrafo 397, sección IV.

Nota 234

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Claussen, X/25.

Nota 235

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Véase el estudio sometido en 1982 por la Sra. Nicole Questiaux a la Subcomisión de las Naciones Unidas sobre prevención de la discriminación y protección a las minorías, E/CN.4/Sub.2/1982/15, párrafo 41, y *Human Rights Quarterly*, vol. 7, núm. 1, febrero de 1985, págs. 91-98 y 105-112. Para declaraciones correspondientes con respecto a convenios de la OIT concernientes a la libertad sindical, véanse los informes de las comisiones de encuesta que examinaron el cumplimiento de los Convenios núms. 87 y 98 por Grecia y Polonia, OIT, *Boletín Oficial*, vol. LIV, 1971, núm. 2, suplemento especial, párrafo 110; *ibíd.*, vol. LXVII, 1984, serie B, suplemento especial, párrafo 479.

Nota 236

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Véase capítulo 7, párrafo 395, sección V.

Nota 237

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Freundlieb, XI/6-7; Doehring, XIV/21; Krause, XV/19.

Nota 238

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Véanse párrafos 532-535.

Nota 239

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Por ejemplo, el juez Simon, juez del Tribunal Constitucional Federal, en un juicio del 8 de marzo de 1983, NJW 1983, págs. 1540-1541; Sra. Eike Weissenfels, juez del Tribunal del Trabajo de Nuremberg, en un parecer jurídico comunicado a la Comisión.

Nota 240

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Deutscher Bundestag, 10. Wahlperiode, 194. Sitzung, 30 de enero de 1986, pág. 14569.

Nota 241

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Däubler, V/7-10; Ortman, VIII/14; Paech, XI/19; Halberstadt, XIV/5-6; Krause, XV/26-27.

Nota 242

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

E.W. Böckenförde, C. Tomuschat and D.C. Umbach (eds.): *Extremisten und öffentlicher Dienst*, Nomos, Baden-Baden, 1981, pág. 656.

Nota 243

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Véase capítulo 7, párrafo 395, sección V.

Nota 244

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Däubler, V/19; Ratz, VI/20; Claussen, X/9-10, 18.

Nota 245

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Véase capítulo 7, párrafo 395, sección VI.

Nota 246

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Claussen, X/16; Freundlieb, XI/11.

Nota 247

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Véanse, en particular, el juicio del Tribunal Administrativo Federal del 29 de octubre de 1981 en el caso de Hans Peter, y el juicio del Tribunal Administrativo de Hannover del 21 diciembre de 1983 en el caso de Karl-Otto Eckartsberg (anulado por otros motivos sin relación con este punto).

Nota 248

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Cabe referirse asimismo a la posición adoptada por el Tribunal Disciplinario en una serie de decisiones recientes; véase el capítulo 5, párrafo 232.

Nota 249

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Caso (enjuiciamiento del fondo) del Canal de Corfú, compendio de decisiones de la CIJ, 1949, pág. 22; caso sobre las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra este país, compendio de decisiones de la CIJ, 1986, págs. 112 y 114, párrafos 215 y 218.

Nota 250

(La siguiente referencia a declaraciones hechas durante las audiencias de testigos indican la sesión y la página de las Actas de Audiencias (versión alemana).

Véanse, por ejemplo, por lo que se refiere al Pacto Internacional: Thomas Buergenthal, *State obligations and permissible derogations*, en: Louis Henkin (bajo la dirección de), *International Bill of Rights*, Columbia University Press, Nueva York, 1981, pág. 89; por lo que se refiere a la Convención Europea: *Lawless case, judgment of the European Court of Human Rights of 1 July 1961*, publicaciones de la Corte Europea de Derechos Humanos, serie A, 1960-1961, pág. 45, párrafos 6 y 7; Frowein/Peukert, *Europäische Menschenrechtskonvention*, Engel, Kehl, 1985, pág. 339.