

EL CONGRESO DE LOS PROFESORES ALEMANES DE DERECHO PUBLICO

SUMARIO: I. PONENCIAS DE DENNINGER Y H. H. KLEIN: 1. *Denninger*: 1.1. Inseguridad respecto a los límites y métodos de la protección de la Constitución y de la defensa de la democracia. 1.2. Principios preinstitucionales de la ordenación básica de la democracia. 1.3. Conclusión. 2. *H. H. Klein*: 2.1. Situación de la protección constitucional. 2.2. El deber del Estado a la protección de la Constitución. 2.3. Fidelidad a la Constitución y deber ciudadano. 2.4. La protección administrativa de la Constitución. 2.5. Conclusiones. 3. *Discusión de las ponencias*.—II. PONENCIAS DE RUDOLF Y WAGENER: 4. *Rudolf*: 4.1. Situación del tema en el Estado actual. 4.2. Tareas del Estado y del servicio público. 4.3. El servicio público en la República Federal alemana. 4.4. La reserva de funciones del artículo 33, IV Ley Fundamental. 5. *Wagener*: 5.1. Resumen de su tesis. 5.2. Situación y significado del servicio público en la República Federal alemana. 5.3. Pronóstico de tendencia para la próxima década. 5.4. Concepción para mitigar el excesivo desarrollo del servicio público. 6. *Discusión de las ponencias*.—III. COMENTARIO.

Se ha celebrado por segunda vez en Bonn (1), entre los días 4 y 7 de octubre de 1978, el congreso de los profesores alemanes de Derecho público (2). Las ponencias fueron: I. *Fidelidad y protección de la Constitución (Verfassungstreue und Schutz der Verfassung)*, de los profesores DENNINGER, FRANKFURT y HANS HUGO KLEIN, GÖTTINGEN; II. *El servicio público en el Estado actual (Der öffentliche Dienst im Staat der Gegenwart)*, de los profesores RUDOLF, MAINZ y WAGENER, SPEYER.

I. PONENCIAS DE DENNINGER Y H. H. KLEIN

1. El tema de la fidelidad y protección de la Constitución tiene una gran actualidad en este país. La ponencia de DENNINGER se plan-

(1) La primera fue veinticinco años antes con las ponencias de FORSTHOFF y BACHOF sobre el tema *Concepto y esencia del Estado de derecho social (Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates)*, que tanta trascendencia político-constitucional habría de tener, especialmente la del primero, a pesar de su polemicidad, así como las ponencias de GREWE y MENZEL sobre el poder exterior de la República Federal alemana (VVDSIRL Heft 12).

(2) Material utilizado para la elaboración de este trabajo: Resumen de las ponencias en la «DÖV», november 1978, Heft 21, pp. 798-804. Un comentario de los profesores MEINHARD SCHRÖDER, TRIER y HELMUT LECHERER, Marburg en la «DVBl», 15 dezember 1978, Heft 24, pp. 983-988, y una comunicación del profesor WILFRIED BERG en la «NJW», 13 dezember 1978, Heft 50, pp. 2544-45.

tea en el contexto de las limitaciones en el acceso a la administración de los funcionarios públicos y en las restricciones a los poderes estatales.

1.1. A pesar de poderse aumentar la protección y seguridad de la Constitución a través del llamado «principio de democracia combativa» (*Prinzip der streitbaren Demokratie*), artículos 18 y 21 de la Ley Fundamental; sin embargo existe un límite en el propio principio, es decir, una total seguridad no es posible, siempre habrá riesgos, y, por otra parte, este principio sólo alcanza pleno sentido en una democracia libre. Una eficaz protección de la ordenación básica constitucional es posible conseguirla si el ciudadano desarrolla una «voluntad constitucional» (*Willen zur Verfassung*), es decir, una aceptación plena de la Constitución, lo cual en último término podría plantear el principio de legitimidad.

1.2. DENNINGER sugiere para completar el catálogo de elementos de la ordenación básica democrático-constitucional tres elementos, que él llama preinstitucionales, como orientación de la defensa de la democracia y del poder del Estado: a) libertad de angustia (*Freiheit von Angst*); b) confianza (*Vertrauen*); c) disposición a la participación constitucional (*Bereitschaft zum demokratischen Engagement*). El primer principio implica que el Estado no puede exigir al ciudadano pruebas de conciencia y convicción, sino sólo una conducta medible, observable y demostrable. El segundo principio supone que la relación ciudadano-Estado tiene que basarse en la confianza recíproca. Al *favor legis* corresponde el *favor civis*, es decir, una presunción de fidelidad constitucional del ciudadano. El tercer principio es tanto condición como suposición de una constitución, o sea la posibilidad de crítica pública, competencia de intereses e ideas plurales, tolerancia política y la revisión de las decisiones estatales.

Una justa solución del problema de la negación del acceso de extremistas a la Administración pública puede sólo realizarse desde el examen escrupuloso de cada caso individual y en base a conductas concretas, teniendo siempre en cuenta los tres principios más arriba explicitados.

1.3. Una general limitación del acceso a los cargos públicos en virtud de una protección de la Constitución, exceptuando las esferas de alta seguridad sería injustificable, sobre todo si se tiene en cuenta que ya el derecho específico de los funcionarios ofrece posibilidades de control. En este sentido habría que plantear el acceso a la policía, pues ya los principios generales del derecho de la policía ofrecen suficiente garantía de control. Si se pretende la existencia de una recíproca confianza en la relación ciudadano-Estado, no puede ser considerado cada ciudadano basándose en la protección de la Constitución como un enemigo potencial de ésta. Finalmente, habría que rechazar la apelación a un derecho de excepción del Estado jurídico-

supraconstitucional, porque el poder del Estado en la Ley Fundamental es únicamente estatalidad constituida.

2. Mientras DENNINGER en su ponencia pone de relieve las amenazas al ciudadano a través del poder del Estado, en KLEIN el punto nuclear es la preocupación sobre la estatalidad de la República Federal alemana: la ordenación básica de la democracia sin un Estado operativo sería «mera ilusión».

2.1. El objeto de esta protección es la ordenación básica de la democracia, así como la estabilidad y la seguridad de la Federación y los Estados. El contenido del concepto de la ordenación básica de la democracia es idéntico al objeto de la inviolabilidad del artículo 79, párrafo III, de la Ley Fundamental. De ello se sigue que la Constitución garantiza la inatacabilidad de determinados principios de derecho con fuerza normativa. El principio de defensa de la Constitución influye todas las normas constitucionales, incluyendo los derechos fundamentales. El establecimiento de enemigos constitucionales no es ni antijurídico ni va contra la libertad, puesto que hay que contar con la reacción de los poderes del Estado dentro de la ley y el derecho.

2.2. La protección de la Constitución es deber de todas las organizaciones estatales y autoridades. En este sentido la facultad establecida en el artículo 43, párrafo I (BVerfGG), para los órganos constitucionales de procedimientos de prohibición de partidos hay que ejercitarla según criterios de obligatoriedad. No puede existir ninguna tolerancia respecto a la prohibición de organizaciones inconstitucionales y organizaciones filiales de partidos prohibidos. Por eso la tolerancia del Partido Comunista alemán (DKP) es un «permanente escándalo».

2.3. No hay una obligación general del ciudadano a la defensa de la democracia. Sin embargo, no tolera la Ley Fundamental un abuso de los derechos fundamentales en el sentido de lucha contra la ordenación básica de la democracia (BVerfGG). Las leyes de funcionarios concretan exactamente la ya existente obligación de fidelidad del funcionario. Estas leyes exigen el reconocimiento como estado a la República Federal y su ordenación constitucional. Este deber de fidelidad del derecho funcional es válido también sin reservas para los funcionarios científicos.

2.4. El control parlamentario de la protección administrativa del Estado y la Constitución ha sido situado sobre un nuevo fundamento a través de la ley sobre control parlamentario de la actividad del servicio secreto de la Federación (*Gesetz über parlamentarische Kontrolle nachrichtendienstlicher Tätigkeit des Bundes*) de 11 de abril de 1978. KLEIN se enfrenta detalladamente con los fundamentos de la actividad de las organizaciones de protección de la Constitución y

de su control. Crítica concreta recibe el tema de las escuchas telefónicas bajo el aspecto del artículo 13 de la Ley Fundamental.

2.5. Por lo demás, un aumento de poder y de la actividad contra los enemigos de la Constitución no tendría como consecuencia una mayor represión, sino un aumento de la permisividad. Una eficaz protección supone un intensivo cuidado de la Constitución. Esto está garantizado por la clara manifestación de obediencia al derecho y de la inviolabilidad del ordenamiento jurídico por parte de las personas responsables.

3. Algunos participantes en el debate (HÄBERLE, ISENSE, TOMUSCHAT, HANS-PETER SCHNEIDER, STEIN, DELBRÜCK) criticaron una cierta parcialidad y alejamiento de la realidad de las tesis expuestas.

Posteriormente se echó una ojeada a la situación jurídica en Suiza y Austria. HALLER expuso que en el primer país el tema de la protección contra los enemigos de la Constitución carecía de actualidad y era considerado con grandes precauciones. Asimismo, el Tribunal Constitucional sólo se ocupaba de los límites a la libertad de reunión (art. 56). La seguridad del Estado y del orden constitucional era asunto del Derecho penal y de la policía. Una prohibición de los partidos políticos sólo se tiene en consideración si se amenaza la existencia del Estado suizo. Respecto a Austria, MORSCHER hizo hincapié en que el tema que se estaba tratando en este congreso estaba considerado en la Constitución Federal austriaca (arts. 142, 143). La fidelidad de los funcionarios a la Constitución no era un principio general en el Derecho funcional. Por lo demás, la protección de la Constitución era tarea de la policía.

Los «principios preinstitucionales» de DENNINGER fueron fuertemente criticados por HANS-PETER IPSEN, ISENSEE, GRABITZ (psicología constitucional) y en parte por STARCK. H. P. IPSEN consideró que el autor había trabajado con métodos antropológicos que para su aplicación constitucional no eran idóneos. El postulado, libertad de angustia tendría que acomodarse a la jurisprudencia desde la retórica política, por lo que sería mejor hablar de seguridad en el Derecho (ISENSEE, STARCK). Contrariamente, TOMUSCHAT, H. P. SCHNEIDER y ZACHER hicieron hincapié en la relevancia jurídica de la libertad de angustia y lo justificaron históricamente.

BULL, ERICH KÜCHENHOFF y ZULEEG consideraron el actual control para la entrada en la Administración pública desproporcionado, mientras ZACHER resaltó que para el ejercicio de determinadas profesiones (abogado, asistente social) matizadamente debería ser exigida fidelidad a la Constitución.

Fue echada de menos por STEIN y HANS MEYER una explicación de las diferencias entre la necesaria acomodación de la Constitución a las transformaciones sociales y la oposición de los enemigos de la Constitución.

Fue denunciada públicamente (*Böckenförde, Schlaich y Kriele*) la modificación constitucional del Estado obtenida subrepticamente, como se exterioriza en los permanentes choques contra el artículo 33 de la Ley Fundamental en el contexto del patronazgo de cargos y en la desvalorización del juramento público de los funcionarios.

II. PONENCIAS DE RUDOLF Y WAGENER

4. RUDOLF.

4.1. El ponente consideró que el servicio público es un elemento esencial del Estado moderno y que el desarrollo de aquél está unido inseparablemente al de éste. Sin embargo, en el derecho comparado es tratado el tema del servicio público diversamente (República Federal alemana, Francia y los Estados Unidos).

4.2. La diferencia de estado y sociedad como distintas esferas dentro de la comunidad tiene significado jurídico-organizatorio. El servicio público es dependiente de las necesidades del Estado y éste fija las tareas a realizar. Hasta dónde el Estado fija sus objetivos depende concretamente de la ordenación constitucional. Actualmente existe la tendencia a sobrecargar las tareas del Estado, lo que tiene por consecuencia una ampliación del servicio público. Puede decirse que éste en esencia corresponde a las peculiaridades económicas de cada época.

4.3. No existe un concepto unitario y general del servicio público, pues ha crecido inflacionariamente y se ha transformado en su estructura. El número de los empleados sobrepasa al de los funcionarios y crece el número de los ocupados temporalmente. Estas transformaciones sobrevinidas con causa para una reforma del derecho del servicio público. Ahora bien, el régimen de funcionarios sólo puede ser modificado a través de una reforma constitucional que garantice la interabilidad de los principios básicos constitucionales. En las sociedades pluralistas el poder del Estado no es pluralista, sino indivisible. La Constitución es el fundamento para la determinación de las tareas estatales y éstas son concretizadas a través de ley. La proliferación de leyes es una consecuencia de la falta de consenso en las sociedades pluralistas. Cuanto más ancha sea la red de normas jurídicas, mejor podrá cumplir el servicio público sus tareas.

4.4. La actual reforma emprendida del derecho del servicio público no afecta la reserva de funciones establecida en el artículo 33, párrafo IV. En cualquier caso este párrafo es interpretado formalmente por RUDOLF y así considera escasamente la práctica significación de este precepto en que contrariamente un número pequeño de funcionarios podría orientar las decisiones del Estado. En suma, los funcionarios habrían conseguido una situación en el Estado como nunca hasta ahora en la historia. De cualquier forma, en relación

con su importante representación en el Parlamento se habla crecientemente de un autoservicio de los funcionarios.

5. Plantea WAGENER su potencia limitada únicamente al servicio público en la República Federal alemana, pero sin tratar el tema de los principios del régimen de funcionarios, establecidos en el artículo 33, párrafos IV y V, de la Ley Fundamental.

5.1. El servicio público es bueno en la República Federal alemana comparado con el extranjero. Trabaja con efectividad, competente, con corrección, neutral en sus intereses y en el contexto del Estado de derecho. Sin embargo, si se continúan desarrollando una serie de factores que la influyen, esta situación podría peligrar. Podría aflojarse el vínculo del poder ejecutivo a la ley y el derecho (art. 20, párrafo III, de la Ley Fundamental). Mientras las tareas del Estado aumentan inconteniblemente, el número de plazas no lo hace en la misma proporción debido a los altos costes del personal. En muchas esferas se está ya al límite de posibilidades, por lo que la calidad en la realización de las tareas disminuye y el mismo servicio público tiene que decidir qué objetivos puede llevar a cabo y cuáles no. Esta amenazante situación de infracción constitucional a través del servicio público podría llevar en el Estado del futuro a una remoción de fuerzas importante.

5.2. En el Estado de la República Federal alemana existen elementos disolventes y estabilizadores, descentralizadores y centralizadores. Actualmente el servicio público realiza una función de estabilización y centralizadora y es un factor de integración política de este Estado. El aumento de personal en el servicio público se ha desarrollado paralelamente a la situación económica. Un aumento desproporcionado ha tenido lugar en los sectores de enseñanza, sanidad y seguridad. El derecho y la situación de hecho de empleados y trabajadores del servicio público se ha integrado en el *status* funcional a través de muchas décadas. También en los últimos años hay un movimiento de funcionarios hacia la consecución del derecho al convenio colectivo. Una parte de los altos funcionarios han pasado de ser un instrumento neutral a una activa intervención para la aprobación de leyes en el Parlamento. Debido a la no formulación exacta de objetivos de los partidos mayoritarios ellos tienen la posibilidad de hacer «correcciones» en leyes, decretos y planes. Por eso los partidos introducen a sus miembros en el servicio público y una parte de éste es autodeterminada por los partidos. La Administración pública para la consecución de sus objetivos necesita una sobrecarga de normas y sólo una parte de éstas pueden ser observadas, realizadas y controladas. El servicio público alemán funciona, pero consigue sus objetivos desde una forma pragmática de infracción constitucional.

5.3. El aumento y complicación de la función pública significa un mayor endeudamiento del Estado, que no podrá hacer frente al aumen-

to de personal necesario, por lo que la calidad y la realización de funciones a través del servicio público se reducirá. Si se continúan desarrollando las tendencias actuales, se asimilarán los tres grupos existentes (funcionarios, empleados y trabajadores) en uno solo dentro del servicio público. La simbiosis entre los partidos políticos y el servicio público se hará más intensiva tanto en el Parlamento y ministerios como entre los sindicatos y asociaciones funcionariales. El modelo de planificación, financiación y decisión complementarios llevarán a una mayor coordinación de la burocracia. El servicio público sólo podrá observar y llevar a cabo una parte de las leyes y reglamentos, normas y órdenes, programas y planes, por lo que él mismo deberá escoger lo que realiza. La fijación del poder ejecutivo a la ley y el derecho será en el futuro cuestionada.

5.4. WAGENER sugiere en este sentido desbrozar lo más extensamente posible las actuales normas. Hay que hacer tambalear la creencia de que toda clase de normas tienen ilimitadamente el efecto de regulación. Es necesario evitar una nueva red de cohesiones entre la federación y los estados, entre federación, estados y municipios, entre estados y municipios y entre consorcio de ayuntamientos y ayuntamientos, que no están reguladas por la Ley Fundamental y, en definitiva, significan una ampliación del servicio público. Finalmente, para reforzar el Estado de derecho y delimitar la tendencia perfeccionista de los expertos, tienen que ser juristas especialistas en cuestiones administrativas los que dirijan el servicio público. Para ello, el segundo ciclo de los estudios jurídicos deben dividirse en una habilitación en derecho y en otra en cuestiones administrativas.

6. En la discusión, bajo la dirección de SCHOLZ, se examinó el estado de la cuestión en Austria y Suiza. Respecto al primer país, SCHÄFFER consideró que la reforma del Derecho disciplinario en 1977 había iniciado una primera etapa hacia una nueva ley de funcionarios. En la actualidad se discutían públicamente los temas referentes a la huelga de los funcionarios, del acceso de funcionarios políticos y de la exacta delimitación de las obligaciones de los funcionarios.

En cuanto a Suiza, SCHINDLER expuso que desde la segunda guerra mundial las diferencias entre Suiza y la República Federal alemana habían disminuido. En Suiza los funcionarios no lo son para toda la vida, aunque en la práctica la renovación del nombramiento está asegurada. Contra la negación a la renovación se puede recurrir ante el Tribunal Federal. Cuestiones a reformar son, sobre todo, la obligación de fidelidad del funcionario, la prohibición de huelga y la sobrecarga de la Administración debido a una excesiva afluencia de leyes federales.

Oposición encontró la tesis de partida de WAGENER del buen funcionamiento del servicio público. BURMEISTER consideró que la profesionalidad no había sido nunca tan baja como hoy y el servicio públi-

co perdía progresivamente su situación de privilegio en favor del sector privado.

La diferenciación de los funcionarios entre «políticos y profesionales» fue controvertida. BADURA cuestionó si la figura del funcionario como profesional independiente y puro se correspondía con la situación jurídica existente. QUARITSCH planteó que no era la independencia, sino la lealtad frente al Gobierno lo que se exigía. Con ella existe una cierta politización convenida que se corresponde con la necesidad que tienen los partidos políticos de conexiones con la Administración. En este sentido, BULL considera que este compromiso de los funcionarios es necesario para la vida interna de los partidos. Contrariamente, SCHLAICH dijo que el patronazgo de cargos era un escándalo en el Estado actual. La «solución media», según KISKER, estaría en el problema de los límites de la politización tolerable. RUDOLF contestó que la conexión entre «deber y obediencia», que caracterizaba al servicio público, no podía ser rota. La relación entre deber y obediencia venía fomentada por el creciente flujo de normas, que había conducido, como muy bien describió WAGENER, a la imposibilidad de su ejecución. IPSEN hizo hincapié en cómo el desarrollo técnico, cada vez más acelerado, creaba crecientemente el problema de su normativización.

La interpretación formal de RUDOLF de la reserva de funciones (artículo 33, párrafo IV de la Ley Fundamental) fue rechazada mayoritariamente. Cuanta más libertad tuviese el Estado en cuanto a las formas de su actuación, mejor podría realizar su tarea (BURMEISTER). Al ciudadano no le interesa cómo el Estado actúa (a través del derecho privado o del público), sino las consecuencias que tendrá su decisión (OSSENBUHL).

No fue discutido el hecho de la asimilación creciente del derecho de los funcionarios y de los empleados. ZACHER, BURMEISTER y v. MUTIUS fundamentaron suficientemente este hecho. ISENSEE cuestionó la lucha salarial que se desarrollaba en el servicio público a través del derecho de huelga de los empleados, del que se beneficiaban automáticamente los funcionarios porque socavaba la soberanía financiera del Parlamento.

Finalmente se hizo una llamada a los gobiernos de los Estados para que llevasen adelante la formación de juristas especialistas en cuestiones administrativas (PARTSCH, HÄBERLE).

III. COMENTARIO

En la discusión de las ponencias, a mi entender, se refleja con claridad qué tesis fueron las destacables, así como las más controvertidas y la diferente valoración que tuvieron. Dentro del primer grupo de ponencias es necesario destacar la de DENNINGER por su mayor objetividad y carácter científico, a pesar de la no suficiente claridad

de la acomodación y trascendencia constitucional de los principios preinstitucionales, frente a la de KLEIN, más partidista y que, en su intento de reducir la esfera de juego político-constitucional, podría incidir sobre la necesaria legitimidad de toda Constitución. En cuanto al segundo grupo, la ponencia de WAGENER es más precisa en su diagnóstico y más clara en sus soluciones respecto al tema del servicio público que la de RUDOLF, cuya interpretación del artículo 33, párrafo IV de la Ley Fundamental fue muy controvertida y cuya explicación sobre el tema de la conexión entre deber y obediencia fue considerada muy abstracta.

Ricardo GARCÍA MACHO

Profesor ayudante del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca y becario del DAAD en la Facultad de Derecho en la Universidad de Bonn



BIBLIOGRAFIA

