

## Sentencia 9228/80

### CASO GLASENAPP

Sentencia de 28 de agosto de 1986

El artículo 10 del Convenio y los funcionarios públicos

#### COMENTARIO

##### I

1. El caso Glasenapp se sometió al Tribunal por la Comisión Europea de Derechos Humanos el día 16 de julio de 1984. Había empezado con una demanda contra la República Federal de Alemania, formulada ante dicha Comisión el 7 de noviembre de 1980, por la señora que le da nombre, súbdita del Estado demandado.

2. La pretensión de la Comisión es que se resuelva si los hechos de autos ponen de manifiesto que la República Federal incumplió las obligaciones que implica el artículo 10 del Convenio.

3. El 28 de septiembre de 1984, la Sala competente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, considerando que el caso suscitaba cuestiones importantes que afectaban a la interpretación del Convenio, acordó, por unanimidad, declinar su competencia en favor del Tribunal en pleno.

La audiencia pública se celebró los días 21 y 22 de octubre de 1985, en el Palacio de Derechos Humanos, en Estrasburgo. La sentencia es de fecha 28 de agosto de 1986.

##### II

1. La señora Julia Glasenapp nació en 1947, es alemana y reside en Colonia. Después de seis años de estudios en la Academia de Bellas Artes de Berlín, superó, en 1972, el primer examen de Estado para poder ser profesora de Segunda Enseñanza; en septiembre del mismo año, pidió a la Administración del Land de Renania del Norte-Westfalia su admisión en el preparatorio de la carrera docente, y, con efectos del 1 de diciembre, se le nombró profesora, con la condición de funcionaria interina del Land.

La interesada, al presentar su instancia, firmó la declaración dándose por enterada de que el nombramiento para un puesto en la Administración se anula si se efectuó con engaño, y de que no se puede pertenecer a ninguna agrupación que actúe contra el régimen constitucional.

Destinada la señora a un Instituto en Dortmund, en 1974 superó su segundo examen, y desde que pidió que se le nombrara profesora de Segunda Enseñanza, con la consideración de funcionaria eventual o en prácticas, firmó una declaración de reconocimiento de los principios del régimen liberal y democrático, tal como los entiende la Constitución, comprometiéndose a ajustar al mismo su conducta y a defenderlo. Se obliga también a no apoyar ninguna actividad contra dicho régimen, y a no pertenecer a ninguna organización que ataque los referidos principios, reconociendo que, si faltaba a estas obligaciones, sería destituida. Todo ello, según el modelo oficial (Ley de Funcionarios del Land).

Posteriormente, el Ministerio del Interior facilitó a la autoridad competente de Munster la información pedida sobre las posibles actividades extremistas de la señora Glasenapp. Según esta información, la señora había vivido, desde 1970 a 1972, en Berlín, en una comunidad en

la que participaban miembros de organizaciones comunistas maoístas, aunque no se le conocían actividades personales.

El 19 de septiembre de 1974, se entregó a la interesada una copia de la carta con esta información, y anunció que contestaría por escrito después de consultar a su abogado. Este, en carta de 20 del mismo mes, puntualizó que su representada, en su petición de nombramiento, se había manifestado dispuesta a defender el régimen, y que no había vivido en ninguna comunidad: había residido en una casa como subarrendataria de una de sus trece habitaciones.

El 23 de septiembre de 1974, la autoridad competente recibió el escrito del Letrado y, considerando disipadas las sospechas, nombró a la señora Glasenapp profesora de Segunda Enseñanza, con la condición de funcionaria interina y destino en el Instituto de Dortmund, notificándose en seguida esta resolución. La interesada tomó posesión de su cargo y recibió el oficio con su nombramiento.

El 24 de septiembre, la señora (ahora demandante) distribuyó en el Instituto copias de una declaración personal y de la carta del Ministro del Interior, discutió la cuestión con sus alumnos, en el exterior del Centro, y celebró, acompañada de su abogado, una conferencia de prensa prevista con anterioridad.

Al día siguiente, un periódico publicó un artículo con un comentario sobre la necesidad de una fiscalización política frente a la erosión de los derechos fundamentales democráticos. Una alusión que se hacía a la profesora que había disipado cualquier duda sobre su supuesta afiliación al Partido Comunista, o sus simpatías hacia el comunismo, movió a la señora Glasenapp a escribir al periódico, y, como no publicó su carta, la trasladó al Sindicato de Profesores y a otras organizaciones. En la carta, que se publicó en el diario del KPD, la interesada, entre otras cosas, puntualizaba que apoyaba la política del KPD en los barrios del norte de la ciudad, y añadía que era miembro del comité para la creación de una guardería infantil y popular internacional.

La autoridad competente convocó a la señora Glasenapp a una entrevista, que se celebró el 4 de noviembre, para examinar si su nombramiento como funcionaria interina se debía a una falsedad y si procedía su destitución. La interesada protestó, diciendo que el derecho de publicar la carta era uno de sus derechos democráticos fundamentales y que mantenía sus declaraciones sobre defensa del régimen, convencida de que había respetado sus obligaciones a este respecto. No había tenido el propósito de opinar sobre el programa del KPD ni lo hacía ahora, y añadió, entre otras cosas, que no pertenecía a dicho partido.

La autoridad competente del Land insistió en que la interesada, al no testimoniar por escrito que no apoyaba la política del KPD, se apartaba de sus anteriores declaraciones. El abogado replicó que su cliente, amparada por la Constitución, no consideraba necesario declarar a este respecto, remitiéndose a sus declaraciones escritas y a la entrevista celebrada.

La señora Glasenapp fue separada del servicio el 20 de enero de 1975. Recurrida la resolución -con efectos suspensivos-, la autoridad competente decretó luego -el 30 del mismo mes- su inmediata ejecución. La señora Glasenapp pidió el 5 de febrero que se suspendiera la ejecución, pero el Tribunal Administrativo lo denegó ocho días después, y el de apelación rechazó la formulada.

En cuanto al fondo de la cuestión, el Tribunal Administrativo desestimó la reclamación el 29 de julio de 1976, considerando que no se aportaba la garantía, exigida por el artículo 6.1, núm. 2, de la Ley de Funcionarios del Land, de defender en todo momento el régimen liberal y

democrático.

La señora Glasenapp apeló contra dicho fallo el 19 de agosto de 1976, y el Tribunal Administrativo de Apelación del Land desestimó el recurso el 21 de abril de 1978, sin permitir que se recurriera en casación ante el Tribunal Administrativo Federal. El 19 de junio del mismo año, la interesada impugnó la resolución ante el propio Tribunal de Apelación, entendiendo que su caso suscitaba una cuestión de principio de alcance fundamental para la unidad de la interpretación del Derecho. Desestimado este recurso el 22 de julio de 1978, la señora Glasenapp pidió el beneficio de pobreza para recurrir en casación ante el Tribunal Administrativo Federal. El Tribunal rechazó la petición el 11 de diciembre de 1979.

El 8 de enero de 1980, la hoy demandante acudió ante el Tribunal Constitucional Federal, invocando, con cita de los preceptos constitucionales que consideró pertinentes, el derecho de ingreso en la función pública, el derecho a la libre elección de la profesión, el principio de la no discriminación y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

El Tribunal Constitucional Federal, con fecha 14 de julio de 1980, no admitió el recurso, considerando que carecía de posibilidades de éxito.

2. La señora Glasenapp acudió a la Comisión Europea el 7 de noviembre de 1980, reclamando contra la anulación de su nombramiento provisional como profesora de Segunda Enseñanza, con invocación del artículo 10 del Convenio, en relación con el artículo 14.

La Comisión, en su informe de 11 de mayo de 1984, opinó que, en efecto, se había violado dicho artículo 10.

3. El Gobierno, en la vista del litigio, pidió al Tribunal que declarara, alternativamente, que no podía entrar en el fondo porque la demanda era incompatible con el Convenio, o porque no se había agurado la vía de los recursos internos, y que la República Federal no había violado el Convenio.

En cuanto al Delegado de la Comisión, pidió que se resolviera si existió una injerencia en el derecho reconocido por el artículo 10.1 y, en su caso, si estaba justificada a la vista del apartado 2 del mismo artículo.

### III

1. La primera cuestión previa, de las dos que suscita el Gobierno, es si la demanda es incompatible con los preceptos del Convenio.

El Tribunal entiende que los agravios que denuncia la señora Glasenapp no son claramente ajenos a los preceptos del Convenio, apoyándose, a este respecto, en su propia jurisprudencia, puesto que se refieren a su interpretación y aplicación. Para resolver la cuestión -dice la sentencia-, el Tribunal tendrá que averiguar si la destitución del funcionario reclamante implicó una injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión protegida por el artículo 10. La cuestión es de fondo y no se puede resolver en un mero trámite previo.

En segundo lugar, el Gobierno alega alternativamente, como cuestión también previa, que la señora Glasenapp no agotó la vía de los recursos internos procedentes. Según el Gobierno, no alegó la violación de su libertad de expresión ante los tribunales de su país, y los procedimientos en él seguidos se refieren solamente a su derecho de ocupar un puesto como funcionario público.

La sentencia estudia detenidamente esta cuestión previa y pone de manifiesto que la señora Glasenapp formuló, en definitiva, ante los tribunales alemanes la misma pretensión que sometió luego a la Comisión y al Tribunal que ahora falla.

Es inexplicable que, a pesar de todo lo que se detalla, dichos tribunales no examinaran el caso desde la perspectiva de la libertad de expresión, a la vista de la sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de mayo de 1975, de la que se deduce que, en materia de funcionarios públicos, el artículo 5 de la Constitución ampara la expresión de opiniones políticas tan sólo en la medida que concuerde con el deber de fidelidad a la Ley Fundamental.

La sentencia llega a la conclusión de que la excepción de que se trata carece de suficiente fundamento.

2. Entrando en la cuestión de fondo, la sentencia pasa a examinar si se violó el artículo 10 del Convenio, tal como alega la interesada.

El Tribunal explica con detalle que los Estados contratantes no se comprometieron a reconocer en el Convenio, o en sus Protocolos, un derecho al ingreso en la función pública -a diferencia de lo establecido en otros textos-; pero de este silencio no se deduce que, en otros aspectos, los funcionarios queden fuera del ámbito de aplicación del Convenio. Por tanto, la condición de funcionario interino, que obtuvo la señora Glasenapp al ser nombrada profesora de Segunda Enseñanza, no le privó de la protección del artículo 10. Para determinar si se violó, hay que empezar por averiguar si la medida controvertida fue una injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión -como una formalidad, condición, restricción o sanción, según el texto del precepto- o si se incluía en el ámbito del derecho de ingreso en la función pública que el Convenio no garantiza.

Para contestar a esta pregunta, la sentencia determina el alcance de la medida, teniendo en cuenta los hechos de autos y la legislación aplicable.

La anulación del nombramiento de la demandante se debió a su negativa a separarse de la política del KPD, después de la publicación de su carta en un periódico. La intervención de la Administración fue provocada, de esta manera, por dos actos de la interesada.

Se refiere la sentencia al artículo 6.1, núm. 2, de la Ley de Funcionarios Públicos del Land : para que la señora Glasenapp pudiera ser profesora, con la condición de funcionaria interina, se requería su compromiso de defender el régimen liberal y democrático, según la Constitución. Este es uno de los requisitos que debe reunir el que pretende ocupar un puesto de funcionario público en la República Federal. La exigencia afecta al ingreso en la función pública, materia que intencionadamente se dejó fuera del Convenio, y que, en sí, no puede considerarse opuesta al mismo. Al principio, la Administración entendió que se había cumplido la exigencia, e hizo el nombramiento; después, consideró que la carta y la negativa ya mencionada eran indicios de que la interesada no cumplía un requisito legal, y anuló el nombramiento con efectos retroactivos. Los tribunales alemanes que conocieron del caso confirmaron este criterio y no corresponde al que ahora falla -advierde la sentencia- revisar estas conclusiones.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos llega así a la conclusión de que no existió la injerencia en el ejercicio del derecho protegido por el apartado 1 del artículo 10, y, en consecuencia, resuelve que no se violó este precepto del Convenio.

1. De la lectura de esta sentencia con sus anexos -votos particulares e informe de la Comisión- se deduce la existencia de una cuestión previa que, incluso, se planteó y opuso por el Gobierno demandado, y que pudo haberse articulado -como dijo en la vista- en forma de excepción de incompetencia, tal como lo hizo ante la Comisión. Se trata de la exacta determinación de la cuestión controvertida.

En efecto, puede entenderse que el litigio se refiere al ingreso, y acaso a la permanencia y cese en la función pública, y no al derecho de libertad de expresión. La verdad es que la reclamante, ante los tribunales de su país, más bien enfocó sus pretensiones en el primer sentido, y sólo al acudir a los órganos internacionales invocó el artículo 10 del Convenio, aunque sea directamente aplicable en la República Federal de Alemania.

La sentencia rechaza, ciertamente, las excepciones previas opuestas por el Gobierno; pero al estudiar el fondo del asunto reconoce expresamente que el ingreso en la función pública es el centro del problema que se ha sometido al Tribunal.

Posiblemente se trate de una cuestión de perspectiva. Se puede estudiar el caso desde el punto de vista de la libertad de expresión, puesta en tela de juicio en relación a un funcionario, o bien desde el que suponen los requisitos legalmente establecidos, en un Estado contratante, para el ingreso en la función pública, uno de los cuales -la comprobación de la lealtad al régimen constitucional vigente- puede relacionarse -como acaeció en el caso de autos- con el derecho a expresarse libremente.

Procesalmente, la sentencia siguió el primer criterio, pero nos parece que, al estudiar el fondo del asunto, más bien se inclina hacia el segundo, cualesquiera que sean los distinguos y matizaciones que se formulan, y si no fue así, creemos que la legítima posibilidad de que el estatuto propio del funcionario público afecte, de alguna manera y hasta cierto punto, al derecho de que se trata, se deduce razonablemente -y es lo más interesante- del fallo que se dicta.

2. No hace falta añadir que lo comentado en el anterior apartado no se refiere a los hechos en sí ni a la valoración que hicieron los tribunales del Estado de que se trata de la actividad, declaraciones e, incluso, silencios de la interesada como indicios del incumplimiento de un requisito establecido por la legislación interna. Son cuestiones en gran parte de hecho, cuyo examen y resolución correspondía a dichos tribunales.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

28 de septiembre de 1984

CASO GLASENAPP

RESOLUCIÓN

En los casos

- G. contra la República Federal de Alemania,
- Kosiek,

La Sala competente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,

Reunida en privado, en Estrasburgo, el 28 de septiembre de 1984, y compuesta por los

señores G. Wiarda. Presidente; R. Ryssdal, D. Evrigenis, F. Gölcüklü y F. Matscher, Sir Vincent Evans y el señor R. Bernhardt, Jueces, y el señor M.-A. Eissen, Secretario;

Visto el artículo 50 del Reglamento del Tribunal ,

Vistas las demandas por las que se promovió el procedimiento y también los informes de la Comisión;

Considerando que los casos suscitan cuestiones importantes que afectan a la interpretación del Convenio de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales,

Resuelve por unanimidad su competencia, con efectos inmediatos en favor del Tribunal en pleno.

Firmado: Gérard Wiarda, PRESIDENTE

Firmado: M.-A. Eissen, SECRETARIO

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

28 de agosto de 1986

CASO GLASENAPP

SENTENCIA

En el caso Glasenapp,

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, resolviendo en pleno en aplicación del artículo 50 de su Reglamento e integrado por los siguientes Jueces:

Señores R. Ryssdal, Presidente;

W. Ganshof van der Meersch,

J. Cremona,

G. Wiarda,

Thór Vilhjálmsson,

señora D. Bindschedler-Robert,

señores G. Lagergren,

F. Gölcüklü,

F. Matscher,

J. Pinheiro Farinha,

L.-E. Pettiti,

B. Walsh,

Sir Vincent Evans,

señores R. Macdonald,

C. Russo,

R. Bernhardt,

A. Spielmann,

y por los señores M.-A. Eissen, Secretario, y H. Petzold, Secretario adjunto,

Después de deliberar en privado los días 24 y 25 de octubre de 1985 y el 24 de abril y 26 y 27 de junio de 1986,

Dictan la siguiente sentencia, aprobada en la última fecha mencionada:

#### PROCEDIMIENTO

1. El caso se sometió al Tribunal por la Comisión Europea de Derechos Humanos («la Comisión») el 16 de julio de 1984, dentro del plazo de tres meses previsto por los artículos 32.1 y 47 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales («el Convenio»). Empezó con una demanda (núm. 9228/80) dirigida contra la República Federal de Alemania y formulada ante la Comisión el 7 de noviembre de 1980 por la señora Julia Glasenapp, súbdita de dicho Estado.

La demandante, designada al principio por la inicial G, consintió después en que se pudiera conocer su identidad.

El escrito de la Comisión se remite a los artículos 44 y 48 y a la declaración alemana de reconocimiento de la jurisdicción obligatoria del Tribunal (art. 46). Se pretende que se resuelva si los hechos de autos ponen de manifiesto que el Estado demandado incumplió las obligaciones que resultan del artículo 10.

2. La señora Glasenapp, en contestación al ofrecimiento previsto en el artículo 33.3.d) del Reglamento, expresó su deseo de ser parte en el procedimiento pendiente en el Tribunal y designó abogado a este respecto (art. 30).

3. El Presidente del Tribunal entendió el 20 de julio de 1984 que, en aras de la debida administración de justicia, la misma Sala debía conocer de este caso y del caso Kosiek (art. 21.6).

La Sala, que tenía que constituirse con siete Jueces, comprendía de oficio al señor R. Bernhardt, elegido como Juez de nacionalidad alemana ( art. 43 del Convenio), y al señor G. Wiarda, Presidente del Tribunal a la sazón [ art. 21.3.b) del Reglamento]. El 2 de agosto de 1984, el Presidente , ante el Secretario, designó por sorteo a los cinco miembros restantes, a saber, los señores R. Ryssdal, D. Evrigenis, F. Gölcüklü, F. Matscher y Sir Vincent Evans (arts. 43 in fine del Convenio y 21.4 del Reglamento).

4. El señor Wiarda, después de asumir la presidencia de la Sala (art. 21.5 del Reglamento), consultó, por medio del Secretario, al Agente del Gobierno alemán («el Gobierno»), al

Delegado de la Comisión y al Abogado de la demandante sobre la necesidad del procedimiento escrito. El 6 de septiembre de 1984, concedió un plazo hasta el 31 de enero de 1985 a dichos Agente y Letrado para presentar sus Memorias o alegaciones, a las que el Delegado podría contestar por escrito dentro de los dos meses siguientes al día en que el Secretario le trasladara el último de dichos escritos que se hubiera recibido (art. 37.1). El 23 de enero de 1985, prorrogó hasta el 21 de marzo el primero de estos plazos.

5. El 28 de septiembre de 1984, la Sala acordó declinar su competencia, con efectos inmediatos, en favor del pleno del Tribunal (art. 50 del Reglamento).

6. Por medio de una carta que se recibió el 19 de diciembre de 1984, una organización británica sin carácter oficial, la «Prison Officers' Association», pidió, en virtud del artículo 37.2 del Reglamento, que se le permitiera presentar observaciones por escrito. El Presidente, con fecha 25 de enero de 1985, denegó la petición.

7. La Memoria de la demandante -redactada en alemán, como el Presidente había autorizado (artículo 27.3) - se recibió en la secretaría el 19 de marzo de 1985, y la del Gobierno el 22 del mismo mes. El Delegado de la Comisión presentó su escrito el 24 de mayo.

8. El 12 de junio, el señor Ryssdal, Presidente del Tribunal desde el 30 de mayo de 1985, después de consultar por medio del Secretario adjunto ( art. 38 del Reglamento) al Agente del Gobierno , al Delegado de la Comisión y a la Abogado de la demandante, señaló el 21 de octubre de dicho año como fecha de apertura del procedimiento oral. El 5 de julio, autorizó a los miembros de la Delegación del Gobierno para que se expresaran en alemán (art. 27.2).

9. El 14 de octubre, la demandante presentó sus peticiones en virtud del artículo 50 del Convenio.

10. La vista se celebró en público los días 21 y 22 de octubre, en el Palacio de Derechos Humanos, en Estrasburgo. Con anterioridad, el Tribunal celebró una reunión preparatoria.

Han comparecido:

- Por el Gobierno:

la señora I. Maier, «Ministerialdirigentin», Ministerio Federal de Justicia, Agente;

el señor H. Golsong, asesor jurídico, Abogado;

el señor Krafft, «Ministerialrat», Ministerio Federal del Interior;

el señor Kreutzberg, Magistrado del Tribunal Administrativo, Ministerio Federal de Justicia;

el señor W. Mlodzian, «Oberregierungsrat», Ministerio de Cultura y Educación del Land de Renania del Norte-Westfalia, Asesores.

- Por la Comisión:

el señor C. A. Norgaard, Presidente, Delegado;

- Por la demandante:

el señor M. Chucholowski, Letrado, Abogado.

El Tribunal oyó los alegatos y declaraciones y las contestaciones a sus preguntas de la señora Maier y el señor Golsong, por el Gobierno del señor N0rgaard, por la Comisión, y del señor Chucholowski, por la demandante.

11. En distintas fechas que van del 28 de junio al 16 de diciembre de 1985, la Comisión, el Gobierno y la demandante presentaron varios documentos, bien a requerimiento del Tribunal, bien por su propia iniciativa.

El 16 de diciembre, el Agente del Gobierno contestó por escrito, en virtud de autorización del Presidente, a las preguntas que el Tribunal le formuló en la vista.

## HECHOS

12. La señora Julia Glasenapp nació en 1947, es de nacionalidad alemana y reside en Colonia. Después de seis años de estudios en la Academia de Bellas Artes de Berlín, sufrió, en julio de 1972, el primer examen de Estado para poder ser profesora de Segunda Enseñanza («Erste Staatsprüfung für das Amt des Studienrats»).

En septiembre de 1972, pidió a la Administración del Land de Renania del Norte-Westfalia su admisión en el preparatorio de la carrera docente («Vorbereitungsdienst für das Lehramt»). La autoridad competente («Schulkollegium») de las oficinas del «Regierungspräsident» de Münster le nombró profesor («Studienreferendarin»), con efectos desde el 1 de diciembre de 1972, con la consideración de funcionario interino («Beamter auf Widerruf») en la Administración docente del Land.

La demandante al presentar su solicitud firmó la siguiente declaración:

«Me doy por enterada de que el nombramiento para un puesto en la Administración pública se debe anular si se efectuó dolosamente ("arglistige Täuschung"). Conozco que se da por supuesto ("als selbstverständlich vorausgesetzt") que un aspirante para ingreso en la función pública no pertenece ni ayuda a ninguna organización cuya actividad vaya contra el orden constitucional o pretenda oponerse o poner en peligro al régimen liberal y democrático ("freiheitliche demokratische Grundordnung"), y conozco que, en el caso de que se haya ocultado alguna de las actividades mencionadas, se considerará que el nombramiento se efectuó dolosamente.»

13. Destinada la señora, como deseaba, a un establecimiento en Dortmund, el Instituto («Gymnasium») Goethe, en él terminó su preparación el 31 de julio de 1974. El 24 de mayo superó su segundo examen de Estado, con lo cual podía enseñar las materias de educación artística y trabajos manuales («Kunsterziehung und Werken»).

14. Desde el 7 de mayo de 1974, la señora Glasenapp pidió a la autoridad competente de Münster que se la nombrara profesora de Segunda Enseñanza («Studienrätin zur Anstellung»), con la consideración de funcionaria eventual o en prácticas («Beamtenverhältnis auf Probe»), al terminar su período preparatorio. Al presentar su solicitud firmó la siguiente declaración:

«Como consecuencia de las informaciones («Belehrung») que se me han facilitado, declaro expresamente que reconozco los principios del régimen liberal y democrático, tal como los entiende la Constitución, y que estoy dispuesto a profesar ("bekennen") este régimen en todo

momento, a ajustar al mismo mi conducta y a defenderlo.

Me comprometo expresamente a no apoyar ninguna actividad ("Bestrebungen") contra (dicho) régimen (...) o cualquiera de sus principios fundamentales, y, especialmente, a no pertenecer a ninguna organización que los ataque.

Conozco también que si falto a estas obligaciones de servicio y de lealtad ("Dienst und Treuepflichten") seré destituida ("Entfernung aus dem Dienst").»

Las informaciones que precedían a la declaración firmada, según el modelo, explicaban, especialmente, el significado de los términos «régimen liberal y democrático», tal como los ha definido el Tribunal Constitucional Federal («Bundesverfassungsgericht») en sus sentencias de 23 de octubre de 1952 y 17 de agosto de 1956 . Sobre este punto, el documento decía:

«Entre los principios fundamentales de este régimen figuran: el respeto de los derechos humanos como los formula la Ley Fundamental, y, sobre todo, del derecho a la vida y al libre desarrollo de la personalidad; la soberanía popular, la separación de poderes, la responsabilidad del Gobierno ante el Parlamento; el sometimiento a la ley de la actividad administrativa, la independencia de los tribunales, la pluralidad de partidos políticos; la igualdad de oportunidades para todos los partidos políticos; el derecho de constituir una oposición y de combatir a la situación en el poder, con arreglo a la Constitución.»

El formulario añadía que se oponía a las obligaciones de los que desempeñaban funciones públicas («Angehörige des öffentlichen Dienstes») la participación en actividades contra dichos principios, bien como miembro de una organización, bien de otra manera. Se decía lo siguiente:

«No se puede nombrar para el desempeño de un puesto de la función pública a quienes colaboren con actividades opuestas a la Constitución ("Verfassungsfeindlich"). Se incoará el correspondiente expediente disciplinario para la separación del servicio a los funcionarios que incumplan estos deberes.»

15. La declaración suscrita por la demandante se apoyaba en la Ley de Funcionarios del Land de Renania del Norte-Westfalia en la redacción del 6 de mayo de 1970. Su artículo 6.1, núm. 2 , dispone que para ser nombrado funcionario hay que garantizar que se defenderá constantemente el régimen liberal y democrático, según la Constitución. A tenor del artículo 55.2 , el funcionario se obliga a apoyar dicho régimen, de palabra y de obra.

La redacción de dicha declaración, exigida, por otra parte, por las autoridades competentes del Land a todos los que aspiran a un puesto en la función pública, se ajusta al texto que el Ministro del Interior aprobó en Dusseldorf el 21 de noviembre de 1972, en aplicación del Decreto sobre los extremistas y la función pública («Ministerpräsidenten-Beschluss»); estas directrices se modificaron posteriormente, a saber, con fecha 28 de abril de 1976 y 28 de enero de 1980.

El Decreto sobre los extremistas se aprobó el 28 de enero de 1972 por el Canciller Federal y los Ministros-presidentes de los Länder para asegurar la uniformidad de la actuación administrativa en la materia. Se recuerda en esta disposición el deber legal de lealtad de los funcionarios públicos hacia el régimen liberal y democrático, y en su apartado 2 dice lo siguiente («Boletín Oficial "Ministerialblatt" del Land de Renania del Norte-Westfalia», 1972, pág. 342):

«1. Se debe examinar y resolver cada caso según sus circunstancias. Se tendrán en cuenta

los principios siguientes:

## 2.1. Aspirantes:

2.1.1. El aspirante responsable de actividades opuestas a la Constitución no podrá la función pública.

2.1.2. La participación de un aspirante a ingreso en la función pública en una organización que actúe en contra de la Constitución suscita la duda sobre su disposición para la continuada defensa del régimen liberal y democrático. Por lo general, esta duda justifica que se rechace la pretensión del aspirante.

## 2.2. Funcionarios:

Cuando un funcionario [no respete su deber de lealtad hacia la Constitución], la autoridad que le hubiese nombrado deducirá las consecuencias necesarias partiendo de los hechos probados, y considerará si procede la separación del interesado ("Entfernung aus dem Dienst").»

El Tribunal Constitucional Federal confirmó y determinó el deber especial de lealtad de los funcionarios públicos alemanes hacia el Estado y su Constitución, sobre todo en la sentencia de 22 de mayo de 1975 («Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts», volumen 39, pág. 334-391).

16. De acuerdo con las instrucciones de 21 de noviembre de 1972, la autoridad competente de Münster pidió al Ministro del Interior del Land, el 11 de junio de 1974, informaciones sobre las posibles actividades extremistas de la señora Glasenapp.

El 3 de septiembre, el Ministro contestó lo siguiente:

«De 1970 a 1972, G. ha vivido en Berlín en una comunidad («Kommune») en la que participaban miembros de organizaciones comunistas maoístas.

Por entonces, por lo menos cuatro miembros de la Liga contra el imperialismo vivían en dicha comunidad.

La Liga es una organización comunista maoísta afín al KPD (Partido Comunista Alemán). El número de teléfono de uno de los demás ocupantes sería de "teléfono de enlace" para la "Zentrale der Westberliner Oberschüler" (Centro de los alumnos del Instituto de Segunda Enseñanza de Berlín Oeste), organización comunista dirigida por la Asociación Comunista de Estudiantes (KSV). No se conocen actividades personales de la señora Glasenapp.»

17. El 19 de septiembre de 1974 se entregó a la interesada una copia de esta carta en una entrevista convocada por la autoridad competente del Land para deliberar sobre su posible nombramiento como profesora de Segunda Enseñanza. La demandante dijo que contestaría por escrito después de consultar a su abogado.

El Letrado fijó su posición en carta de 20 de septiembre. Según él, el Ministerio del Interior no conocía, evidentemente, las circunstancias que ponían claramente de manifiesto la actitud de la señora Glasenapp en cuanto al régimen liberal y democrático. En su petición de nombramiento, se había manifestado dispuesta a defender este régimen en cualquier momento. Le interesaba puntualizar que no había vivido en ninguna comunidad en Berlín; había residido entre 1970 y 1972 en una casa, en la que ocupaba una de sus trece habitaciones como subarrendataria. Su abogado añadía que no estaba de acuerdo con el criterio del Estado

de utilizar, en perjuicio de su cliente, informaciones sobre terceras personas que habían residido en el mismo edificio. Solicitaba a la autoridad competente que resolviera en el plazo de una semana, transcurrido el cual acudiría a la vía judicial.

18. El mismo día, la demandante convocó a una reunión de prensa, que había de celebrarse el 24 de septiembre de 1974, a los representantes de los diarios de Dortmund; quería divulgar el retraso de su nombramiento y la circunstancia de que se debía a las dudas suscitadas no directamente por sus actividades, sino por el lugar en que había vivido. De acuerdo con su abogado, se pretendía que la reunión apoyara la causa de su cliente («Nachdruckverleihen») llevando la cuestión ante un amplio sector de la opinión y poniendo de manifiesto cómo se aplicaba el Decreto sobre el nombramiento de extremistas en la Administración pública.

19. El 23 de septiembre de 1974, la autoridad competente recibió las observaciones por escrito del abogado de la señora Glasenapp, y, considerando que se habían disipado las sospechas suscitadas sobre ella, la nombró profesora de Segunda Enseñanza, con la condición de funcionaría interina, y la destinó al Instituto («Städtisches Aufbaugymnasium») de Dortmund- Brünninghausen. La resolución se notificó en seguida a la interesada.

Desde el día siguiente, la señora Glasenapp tomó posesión de su cargo y recibió el oficio con su nombramiento («Ernennungsurkunde»).

20. En el mismo día, 24 de septiembre de 1974, la demandante distribuyó en el Instituto copias de una «declaración personal» y de la carta del Ministro del Interior de fecha 3 (apartado 16, precedente), y durante el descanso de la mañana, discutió con los alumnos, en el exterior del centro, el Decreto sobre el nombramiento de extremistas como funcionarios públicos (apartado 15). Después, celebró, acompañada de su abogado, la conferencia de prensa que había organizado (apartado 18).

21. Al día siguiente, el Westfälische Rundschau, uno de los diarios que informaban de dicha conferencia, publicó un artículo al que pertenece el siguiente párrafo:

«El profesor de Arte («Kunsterzieherin»), que disipó cualquier duda sobre su supuesta afiliación al KPD o sus simpatías hacia el comunismo, añade: "Esto demuestra claramente la necesidad de una fiscalización política personal frente a la erosión de derechos fundamentales democráticos".»

La primera parte de este fragmento llevó a la señora Glasenapp a escribir al citado diario. Como éste no publicó su carta, la interesada comunicó su texto al Sindicato de Profesores e Investigadores («Gewerkschaft für Erziehung und Wissenschaft») y a algunas organizaciones que se ocupaban de las «prohibiciones profesionales» («Berufsverbote»). La carta, que se publicó el 2 de octubre en el diario del KPD, el Rote Fahne, precedida de un breve artículo, decía lo siguiente:

«Con motivo del artículo titulado: «Vivir bajo el mismo techo que los comunistas», publicado en el Westfälische Rundschau del 25 de septiembre de 1974, el redactor Hans Leyendecker se funda en el retraso de mi nombramiento como profesora de Instituto de Segunda Enseñanza ("Studienrätin zur Anstellung") -retraso debido a actos contrarios a Derecho del Ministerio del Interior- para hacer propaganda anticomunista. Interpreta mi declaración de que no soy miembro del KPD como queriendo decir que me alejo del mismo o de su política. No es éste el caso. Por el contrario, en la discusión he puntualizado que apoyo la política del KPD, por ejemplo, en los barrios del norte de la ciudad (Nordstadt).

Soy miembro del comité para la creación de una guardería infantil y popular internacional. La

responsabilidad de la situación de los niños en el norte de la ciudad recae sobre (las empresas) Hoesch y la Administración municipal socialdemócrata. El KPD es, efectivamente, el único partido que se preocupa de este problema.

En mi opinión, los profesores que se ocupan de estas cosas son mejores profesores que los candidatos a las elecciones regionales pertenecientes al NPD (Partido Nacional-Democrático Alemán) (en la escuela de Wickede) o los profesores que pegan a los niños (como nos han dicho las alumnas de la escuela de Oesterholz).»

Aunque llevaba el mismo nombre, el KPD -que se disolvió en 1980- se diferenciaba del antiguo Partido Comunista Alemán, prohibido por el Tribunal Constitucional Federal el 17 de agosto de 1956 («Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts», vol. 5, páginas 85-393; véase también la resolución de la Comisión de 20 de julio de 1957, sobre la admisión de la demanda núm. 250/57, Anuario del Convenio, vol. 1, págs. 222-225). Tampoco se le debe confundir con el actual Partido Comunista Alemán, el DKP («Deutsche Kommunistische Partei»).

22. En octubre, el Ministro de Cultura y de Educación («Kultusministerium») del Land y la autoridad competente de Münster, conocieron esta carta y otras informaciones de la prensa local sobre la señora Glasenapp, y estudiaron la cuestión de si debía destituírsela por «dolo» o «falsedad intencionada», en virtud de lo dispuesto en el artículo 12.1, núm. 1, de la Ley de Funcionarios del Land . La autoridad competente, para que pudiera justificarse ( art. 13.2 de la misma Ley ) convocó una entrevista que se celebró el 4 de noviembre.

Según el acta, la autoridad competente informó a la (ahora) demandante que, a la vista de la carta publicada en el Rote Fahne, tenía que examinar si su nombramiento como funcionario interino se debía a una «falsedad intencionada» y si, como consecuencia, procedía su destitución.

La interesada contestó que había escrito su carta después de consultar a su abogado -asistente a la reunión- aunque no había examinado con él los términos concretos de su redacción, y añadió:

«Protesto contra el hecho de que esta carta sea el objeto de una entrevista oficial ("Dienstgespräch"). Creo que el derecho de publicar esta carta es uno de mis derechos democráticos fundamentales. Llego a esta conclusión después de haber consultado a varios abogados. Por consiguiente, y en cuanto al fondo, me limito a decir lo siguiente: «Mantengo la declaración por la que me he manifestado dispuesta a defender en todo momento el régimen liberal y democrático, y también mi declaración por escrito del 20 de septiembre de 1974 reiterando lo dicho. Estoy convencida de que mi conducta ha respetado hasta la fecha dicha obligación.» En mi carta al Westfälische Rundschau, quise decir que el trabajo del KPD en el norte de Dortmund fue acertado y que lo apoyé por este motivo (guardería infantil popular). No tuve el propósito de formular una opinión sobre el programa del KPD, y tampoco lo hago ahora. No pertenezco al KPD.

Entiendo que mis críticas del Ministro del Interior no se relacionaban con mis funciones públicas («Dienstverhältnis»), y, por tanto, no creo que haya faltado a mis obligaciones como funcionaria (...).»

La señora Glasenapp, en contestación a una pregunta, puntualizó que no envió su carta al Rote Fahne, sino que la distribuyó entre sus parientes y conocidos («Bekannte»).

23. La autoridad competente del Land, considerando que la demandante no se había

expresado con suficiente claridad sobre su actitud hacia la política del KPD, le escribió, el 6 de noviembre de 1974, lo siguiente:

«En tanto que no ha testimoniado usted por escrito que no apoya la política del KPD, debemos entender que se aparta usted de sus declaraciones del 7 de mayo y 20 de septiembre de 1974.»

La autoridad recordó que el KPD, según sus propias declaraciones publicadas en el Rote Fahne, pretendía derribar por la fuerza al régimen de la República Federal de Alemania, y que el apoyo a su política se oponía a los deberes de los funcionarios públicos.

El abogado de la interesada contestó el 22 de noviembre que su cliente, teniendo en cuenta sus derechos protegidos por la Constitución, no consideraba necesario declarar a este respecto; remitiéndose a sus declaraciones escritas y a la entrevista del 4 de noviembre, pedía que se resolviese definitivamente, desde ahora y sin más investigaciones sobre sus opiniones políticas, y no tenía por qué contestar a tales preguntas.

24. El 4 de diciembre de 1974, la autoridad competente propuso al Ministerio de Cultura y de Educación del Land la destitución de la señora Glasenapp por «dolo» o «falsedad intencionada». El Ministerio aceptó la propuesta, y la autoridad competente separó del servicio a la interesada el 20 de enero de 1975.

La autoridad, en su resolución, tenía en cuenta que la demandante, pese a sus declaraciones del 7 de mayo y 20 de septiembre de 1974, no estaba dispuesta a ajustar su conducta a los principios del régimen liberal y democrático ni a defender su conservación. Como se deducía de su carta, publicada en el Rote Fahne, la señora Glasenapp apoyaba las actividades contra este régimen y sus principios fundamentales. Se había presentado, efectivamente, en favor de un partido beligerante contra dicho régimen y cuya política pretendía derribarlo por la fuerza en la República Federal de Alemania. No había explicado con suficiente claridad las contradicciones entre las dos declaraciones antes citadas y su carta y, además, no había rectificado ésta. Se había negado a puntualizar que no apoyaba la política del KPD. Había que entender, pues, que no quería atenerse a sus declaraciones anteriores. Por consiguiente, había engañado a la autoridad competente y obtenido injustamente un nombramiento que debía anularse en aplicación del artículo 12.1, núm. 1, de la Ley de Funcionarios Públicos .

Según el artículo 14.1 de la citada Ley , como consecuencia de la resolución de la autoridad, una vez firme, se entendía que la demandante no había tenido nunca la condición de funcionaria interina («das Beamtenverhältniss von Anfang an nicht bestanden»).

25. La señora Glasenapp recurrió («Widerspruch») el 24 de enero de 1974, formulando sus alegaciones el 28. Considerada ilegal la resolución de 20 de enero por no haberse cumplido las condiciones del artículo 12.1, núm. 1, de la Ley de Funcionarios del Land . Publicada su carta en fecha posterior a su declaración de lealtad y a su nombramiento, permitía, en realidad, suponer que la demandante ya no estaba dispuesta a defender el régimen liberal y democrático, no que hubiera engañado intencionadamente a la autoridad en mayo y en septiembre de 1974. Contra esto había protestado en la entrevista de 4 de noviembre de 1974. No pudo apartarse del programa del KPD por la sencilla razón de que lo desconocía, y no cabe esperar que una persona responsable se separe de la política de un partido cuyas finalidades ignora. La interesada no se manifestó en pro del KPD; su apoyo a la fundación de una guardería infantil -iniciativa del partido- suponía un compromiso social, no una actitud opuesta a la Constitución.

26. Como el recurso tenía efectos suspensivos, la interesada continuó trabajando en el centro

de Segunda Enseñanza. Sin embargo, la autoridad competente decretó el 30 de enero de 1975 la inmediata ejecución de su resolución del 20 ( art. 80.2 del Código de Procedimiento Administrativo ) («Verwaltungsgerichtsordnung»), considerando que la conducta de la (ahora) demandante en el Centro impedía una enseñanza adecuada.

La señora Glasenapp pidió el 5 de febrero que se suspendiera la ejecución, pero el Tribunal Administrativo («Verwaltungsgericht») de Gelsenkirchen lo denegó ocho días después. Interpuesto un recurso («Beschwerde»), el Tribunal Administrativo de Apelación («Oberverwaltungsgericht») del Land lo rechazó el 16 de junio de 1975.

Según los hechos probados de la sentencia, unos alumnos habían distribuido el 27 de junio de 1975, ante el Instituto, una octavilla en la que se presentaba a la demandante como una «víctima del Decreto inconstitucional sobre la colocación de los extremistas en la función pública», y se pedía a los jóvenes que firmasen una petición en pro de su «reincorporación». La interesada y una alumna se habían manifestado, a la vez y en el mismo sitio, con la boca tapada con una venda. La alumna llevaba un cartel en el que se leía: «El funcionario sometido a las normas no ve nada, no oye nada, no dice nada». Dos días después, la señora Glasenapp distribuyó, ante el Centro docente, un folleto de un «comité contra las prohibiciones profesionales (...)». Más aún: una mujer y tres niños intentaron manifestarse en el interior del Instituto en favor del KPD y de la demandante y, expulsados del mismo, continuaron en la misma actitud delante del edificio donde, según el Director, se les incorporó aquélla. Por último -siempre según el Tribunal de Apelación-, la señora Glasenapp discutió sobre su caso, el 30 de enero, durante el recreo, con muchos alumnos, de los cuales un centenar, en su compañía, exigieron, a continuación, al Director del Instituto que deliberase con ellos sobre la «suspensión» de su profesor.

27. La autoridad competente del Land rechazó la impugnación el 12 de agosto de 1975. Destacó especialmente que la carta controvertida sólo podía considerarse como una muestra de simpatía hacia el KPD. Ni sus términos ni la actitud de la señora Glasenapp permitían suponer que ésta hubiese sencillamente querido aprobar una iniciativa aislada del KPD. Puesta de manifiesto la contradicción entre sus declaraciones del 7 de mayo y del 20 de septiembre de 1974 y su carta abierta, se había negado hasta el momento a declarar por escrito, como se le pidió el 6 de noviembre, que no apoyaba al KPD. Para apreciar su declaración en favor de este partido, era intrascendente que éste proporcionase asistencia a la infancia, quizá socialmente deseable; sólo debía tenerse en cuenta que el partido perseguía finalidades opuestas a la Constitución.

A la vista del apoyo de la señora Glasenapp al KPD, hay que entender que su declaración del 20 de septiembre -cuya importancia para su nombramiento no ignoraba- incurrió en falsedad. Por consiguiente, engañó intencionadamente a la autoridad.

28. La demanda impugnó las resoluciones del 20 de enero y del 12 de agosto, ante el Tribunal Administrativo de Gelsenkirchen, el 15 de octubre de 1975. Con referencia a los motivos de su impugnación (apartado 25 anterior), negó que hubiera engañado a la autoridad competente del Land y mantuvo sus declaraciones del 4 de noviembre de 1974. Frente a la imputación de que no había desautorizado la política del KPD, contestó que no pudo porque no la conocía, y que se limitó a elogiar los esfuerzos hechos para establecer una guardería infantil en el norte de Dortmund. Por otra parte, su implicación en este asunto se produjo en agosto de 1974; por tanto, no se la podía acusar de haber inducido, a sabiendas, a error a la autoridad competente el 7 de mayo de 1974.

El 19 de septiembre de 1974, fue interrogada sobre su alojamiento en Berlín en la época de sus estudios, y nunca se consideró obligada a explicar su apoyo a la guardería infantil. Si

hubiera querido engañar a la autoridad no habría publicado su carta. En realidad, pensó que el sistema constitucional permitía realizar y aprobar actividades legales y loables, incluso se las alentaba un partido que el Gobierno consideraba opuesto a la Constitución.

La señora Glasenapp completó sus alegaciones el 1 de diciembre de 1975. Subrayó que no aprobaba sin reservas («bedenkenlos») al KPD; solamente había contribuido, con miembros de este partido, a la fundación de una guardería infantil popular en Dortmund. Recordó que creía tener derecho, en el ámbito del régimen liberal y democrático, a no hacer declaraciones sin motivo. Estaba dispuesta a contestar preguntas sobre finalidades concretas del KPD, pero no era razonable esperar que se enterara de las finalidades de este partido, que después considerase si eran compatibles con la Constitución y que, finalmente, se apartase del mismo.

29. El Tribunal Administrativo desestimó la reclamación el 29 de julio de 1976, considerando que no se aportaba la garantía, exigida por el artículo 6.1, número 2, de la Ley de Funcionarios del Land, de defender en todo momento el régimen liberal y democrático.

Era evidente, y no se había discutido, que el antiguo Partido Comunista de Alemania, el KPD, prohibido por el Tribunal Constitucional Federal, lo mismo que su homónimo actual, todavía tolerado en la República Federal, al parecer por exigencias de la política exterior, y los demás grupos comunistas -fieles o no a la línea de Moscú- pretendían establecer la «dictadura del proletariado» o la «dictadura de la clase obrera». Ciertamente, algunos partidos comunistas de la Europa occidental habían abandonado, recientemente, el término «dictadura» y proclamado su adhesión a la democracia; pero la experiencia de la Europa del Este demostraba que se trataba de una mera táctica electoral. Para la Constitución y el régimen de la República Federal de Alemania, la libertad de todos los ciudadanos y del Estado era el valor supremo que había que proteger. Pero la libertad no existe donde domina el comunismo. Una forma de gobierno comunista es incompatible con la Ley Fundamental. Era evidente que un aspirante a un puesto en la función pública que militara en un grupo comunista no defendería el régimen liberal y democrático, en el sentido de dicha Ley. Si no pertenecía a una organización de dicha naturaleza -o si no se podía probar-, pero trabajaba para ella o para finalidades análogas, no ofrecía la garantía de defender al régimen.

En el caso de que se trata, la autoridad competente del Land llegó a la conclusión, al principio, fundándose en las declaraciones de la señora Glasenapp del 7 de mayo y 20 de septiembre de 1974, de que se ofrecía la necesaria garantía. Sin embargo, su negativa a apartarse de las finalidades del comunismo probaba que no estaba dispuesta a suscribir los principios del régimen liberal y democrático ni a defenderlos. No se pueden apoyar al mismo tiempo los objetivos del comunismo y la Ley Fundamental; se excluyen mutuamente. En consecuencia, con razón la autoridad había considerado luego la declaración de la demandante como un reconocimiento de su simpatía hacia el comunismo y su finalidad. Ciertamente, la demanda decía que no conocía la política del KPD, pero no se podría creer si se tenía en cuenta su nivel cultural y la campaña de determinado sector de la prensa contra el Decreto sobre el trabajo de los extremistas en la función pública (apartado 15 anterior). Tampoco podía compartir el Tribunal su pretensión de que sólo había apoyado y querido apoyar al KPD en la creación de una guardería. Su carta, publicada el 2 de octubre de 1974 en el Rote Fahne, daba la clara impresión de que la autora quería evitar que se la considerara comunista. En el trozo más significativo -«No es éste el caso»- negaba que desautorizase al comunismo o a su política. Ahora bien, nada hacía suponer que no aprobase ya los objetivos del comunismo en el momento en que aspiró al puesto en la función pública. Al ocultar sus verdaderas opiniones, engañó deliberadamente a la autoridad competente, la cual debía, por tanto, anular el nombramiento en aplicación del artículo 12.1, núm. 1, de la Ley de Funcionarios del Land.

30. La señora Glasenapp apeló contra este fallo el 19 de agosto de 1976, y formuló sus

alegaciones el 13 de diciembre de dicho año y el 13 de enero de 1977.

Alegó, especialmente, que nada probaba que hubiese proporcionado informaciones falsas o encubierto hechos reales, engañando de esta manera a la autoridad competente del Land. Como el Tribunal Constitucional Federal exigía en estos casos (sentencia de 22 de mayo de 1975 , apartado 15, precedente), la prueba de un incumplimiento concreto del deber de defender el régimen liberal y democrático incumbía a la autoridad. A este respecto, no se podía tener en cuenta la expresión de determinada convicción en cuanto representaba solamente una crítica de la situación actual de la sociedad o la pretensión de cambiar, por medios constitucionales, la legislación. Incluso si se apreciara en la carta controvertida un indicio de deslealtad hacia la Constitución, se debería considerar que la demandante no había desarrollado ninguna actividad inconstitucional y que su conducta personal había sido impecable. Por tanto, la seriedad de sus protestas de lealtad no debía suscitar dudas; tampoco podía suscitarlas su negativa a alejarse de la política de comunismo -por otra parte nada clara, suponiendo que se pudiese hablar de ella- ni considerarse como una actividad contraria a la Constitución, puesto que no era miembro del KPD y desconocía su política. Entendía que podía y debía apoyar una obra que le parecía conveniente, con independencia de lo que dijera a este respecto un partido político, todo ello de acuerdo con el ordenamiento jurídico, incluso si, en algún caso, su opinión coincidía con la de un comunista. En resumen, la autoridad no había probado la existencia de «dolo» o «engaño intencionado».

Además, el Tribunal infringió algunos principios de los Códigos de procedimiento administrativo y civil al fundarse meramente en los términos de dicha carta, sin tener en cuenta las explicaciones dadas al respecto.

En conclusión, ni la conducta de la demanda en cuanto al proyecto de guardería ni su reacción ante los artículos periodísticos podían denunciarse como opuestas a la Constitución, y su negativa de distanciarse de la política del KPD tampoco permitía un fallo así si se aplicaban los principios sentados en estas cuestiones por el Tribunal Constitucional Federal.

31. El Tribunal Administrativo de Apelación del Land rechazó el recurso el 21 de abril de 1978. Según el fallo, la autoridad competente había considerado con razón que el nombramiento de la (ahora) demandante se debió a un «engaño intencionado». Las declaraciones del 7 de mayo y del 20 de septiembre de 1974 no fueron verdaderas, y se contradecían con el contenido de la carta. Ciertamente, se trataba en ésta del asunto de la guardería, pero la interesada no se limitaba en ésta del asunto de la guardería, pero la interesada no se limitaba a apoyar al KPD en esto; por el contrario, puntualizaba que apoyaba la política de este partido sin hacer ninguna salvedad.

Ahora bien, un apoyo así era incompatible con una protesta de fidelidad al régimen liberal y democrático. Todo esto resultaba de los manifiestos del KPD y de las declaraciones de algunos de sus dirigentes; el KPD rechazaba el régimen parlamentario consagrado por la Constitución; aspiraba a la revolución social y pretendía realizarla por la fuerza, como organización de vanguardia de la clase obrera, para establecer la dictadura del proletariado. En su programa, se fijaba como objetivo «la marcha hacia la fusión revolucionaria de la clase obrera y de los pueblos, para derribar el sistema capitalista explotador, establecer el poder absoluto de la clase obrera, el socialismo, la sociedad sin clases y el comunismo». Como la clase dirigente no estaba dispuesta a ceder ante el asalto del proletariado, era necesario «derribarla por la fuerza revolucionaria». Por consiguiente, las finalidades y los medios del KPD se oponían a la principios fundamentales del régimen liberal y democrático: el primer objeto del KPD era la destrucción del Estado; intentaba conquistar el poder por la fuerza revolucionaria, en lugar de los caminos que facilita la Constitución; y la dictadura del proletariado, a la que aspiraba, se oponía a los principios fundamentales del texto constitucional, como son la soberanía popular,

la pluralidad de partidos, la igualdad de oportunidades para todos ellos y el derecho de oponerse al Gobierno dentro de los límites señalados por la Constitución.

Ante el contraste entre las protestas de lealtad de la señora Glasenapp y su carta, publicada en el Rote Fahne, se entiende que, en mayo y septiembre de 1974, faltó a la verdad; la carta, escrita por su propia iniciativa y sin la menor coacción, reflejaba su verdadera actitud, mientras que la necesidad de confirmar su fidelidad a la Constitución para conseguir el nombramiento pudo llevarle a hacer una «declaración con la boca chica» («lippenbekenntnis»). Además, la interesada se daba cuenta de la falsedad de sus afirmaciones. Dado su nivel cultural, podía suponerse que midió el alcance de su carta, destinada a una parte, por lo menos, del público. Era incomprensible que, después de haber manifestado, sobre dos puntos, públicamente y por escrito, que estaba de acuerdo con el KPD, alegase, frente a la autoridad que la empleaba («Dienstherr»), que desconocía su política. A este respecto, era especialmente reveladora su conducta en la entrevista del 4 de noviembre de 1974. Si hubiera incluido en su carta, por exceso de celo o por precipitación, conceptos que, después de reflexionar detenidamente, no aprobase en todos sus términos, habría podido fácilmente rectificarlos. La explicación que dio a este respecto (apartados 22, 28 y 30 anteriores), se apartaba en exceso de los términos objetivos de la carta. Por consiguiente, la autoridad que iba a utilizar sus servicios tenía el derecho de preguntarle cómo pretendía suprimir la contradicción. El deber de lealtad política obligaba a los funcionarios a apartarse inequívocamente de los grupos que atacaban, se oponían y difamaban al Estado, a sus instituciones legales y al régimen constitucional existente.

Si realmente la señora Glasenapp desconocía los detalles de la política del KPD en el momento en que redactó su carta, podía haberlo dicho. Al mismo tiempo, pudo reconocer que fue demasiado lejos al no querer alejarse de este partido y de su política y al apoyar esta última; pudo, por ejemplo, aclarar que, en realidad, se había limitado a apoyar la iniciativa en favor de la guardería. En lugar de hacerlo así, contestó a la autoridad que la empleaba en forma que no aclaraba lo sucedido y tampoco contestó en todo, en cuanto al fondo, a la carta que le dirigió el 6 de noviembre de 1974. El Tribunal de Apelación dedujo de lo dicho que, por lo menos, las declaraciones del 20 de septiembre de 1974, reiterando la del 7 de mayo, fueron, a sabiendas, falsas. Ahora bien, la demandante sabía que sus declaraciones de lealtad hacia la Constitución tenían decisiva importancia para su nombramiento como funcionario interino. Por tanto, se debía desestimar la apelación.

El Tribunal de Apelación no permitió a la demandante recurrir en casación ante el Tribunal Administrativo Federal.

32. El 19 de junio de 1978, la señora Glasenapp impugnó la resolución ante el propio Tribunal de Apelación. Su caso -decía- suscitaba una cuestión de principio de alcance fundamental para la unidad de la interpretación y la aplicación del Derecho ( art. 132.2, núms. 2 y 3, del Código de Procedimiento Administrativo ). Todas las resoluciones dictadas en su caso se fundaban en su negativa a apartarse de la política del KPD. Se trata, por tanto, de si era justo deducir de esta circunstancia conclusiones desfavorables. La jurisprudencia no era unánime en esta cuestión: a diferencia del Tribunal de Apelación, el Tribunal Administrativo de Augsburgo y el Tribunal Regional de Trabajo («Landesarbeitsgericht») de Bremen, como la mayor parte de la doctrina, consideraban inadmisibles que se interrogara a los aspirantes sobre sus opiniones políticas o su afiliación a un partido político, y deducían de esto que las autoridades competentes no podían apoyarse en las contestaciones a tales preguntas o en la negativa a contestarlas.

33. Desestimado el recurso por el Tribunal de Apelación el 22 de julio de 1978, la señora Glasenapp pidió el beneficio de pobreza para recurrir en casación ante el Tribunal

Administrativo Federal («Bundesverwaltungsgericht»). El Tribunal rechazó su petición el 11 de diciembre de 1979, por el motivo de que el recurso («Beschwerde») considerado no tenía suficientes posibilidades de éxito. No consideró necesario determinar si la cuestión suscitada era una cuestión de principio, porque, en el caso de autos, habría tenido que pronunciarse sobre la existencia de un «engaño intencionado» en perjuicio de la autoridad competente. Ahora bien, en estas circunstancias, la autoridad había podido justificadamente pedir a la señora Glaser que aclarara su situación en relación al KPD, y, por su parte, el Tribunal de Apelación podía considerar la reacción negativa de la interesada como demostración de que hizo, a sabiendas, en mayo de 1974, una declaración falsa conociendo lo importante que era para su nombramiento.

34. El 8 de enero de 1980, la demandante acudió al Tribunal Constitucional Federal, invocando los artículos 33.2 (derecho de ingreso en la función pública), 12.1 (derecho a la libre elección de la profesión), 3.3 (no discriminación) y 2.1 (derecho al libre desarrollo de la personalidad) de la Ley Fundamental .

Según ella, no se había probado el «engaño intencionado». Las resoluciones impugnadas se fundaban todas expresamente en su negativa a alejarse de la política del KPD. Ahora bien, se apartó bien claramente al puntualizar que, en su carta, no había querido ni podía querer expresar su apoyo al KPD en términos generales, sino únicamente para la apertura de una guardería infantil en el norte de Dortmund. Ciertamente, no había querido desautorizar la política del KPD, pero esto no justificaba la deducción de consecuencias desfavorables, sobre todo porque la declaración controvertida era anterior en seis meses a dicha carta. No podía existir una obligación tan amplia de apartarse de la política de un partido. Por otra parte, la señora Glaser no se había afiliado al KPD; por tanto, no podía opinar sobre su programa y sus objetivos.

Según la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 22 de mayo de 1975 (apartado 15 anterior), la afiliación a un partido contrario a la Constitución sólo proporciona un mero indicio para el examen de un aspirante a un puesto en la función pública; el Tribunal exige que se aprecie cada caso según sus circunstancias. No se puede admitir que se interroge a un aspirante sobre sus opiniones políticas o sobre sus relaciones con un partido, ni que se utilicen las contestaciones dadas a estas preguntas. Se deduce, además, de esta sentencia y de una serie de resoluciones de otros tribunales que, incluso los miembros de un partido cuyos objetivos sean opuestos a la Constitución, no tienen obligación de rechazarlos en su totalidad. Este principio se debe aplicar a fortiori a los que no son miembros.

La medida impugnada no tuvo en cuenta estas consideraciones, y la autoridad competente, al exigir a la demandante que desautorizara totalmente la política del KPD, le pidió algo absurdo y no respetó los principios sentados por la jurisprudencia en esta materia.

35. El Tribunal Constitucional Federal, conociendo del caso en sección compuesta por tres magistrados, resolvió el 14 de julio de 1980 no admitir el recurso, considerando que carecía de posibilidades de éxito.

En tanto que los tribunales competentes vieron en la conducta de la demandante un «engaño intencionado», sus apreciaciones y conclusiones no fueron injustas. La norma que exigía que, en casos así, se anulara el nombramiento de un funcionario, no se oponía a la igualdad para el ingreso en la función pública ( art. 33.2 de la Constitución ). Tampoco se habían violado los demás derechos que la interesada reclamaba. Ciertamente, el artículo 3.3 de la Ley Fundamental prohibía que se perjudicara a alguien por sus ideas políticas; pero la conducta, intencionadamente engañosa, que inducía a que la autoridad competente se equivocase, no podía disfrutar de la protección de la Constitución. En cuanto al derecho garantizado por el

artículo 12.1 de la Ley Fundamenta , no aseguraba que se mantuvieran los derechos adquiridos de esta manera.

#### EL PROCEDIMIENTO ANTE LA COMISIÓN

36. La señora Glasenapp acudió a la Comisión el 7 de noviembre de 1980. Reclamaba contra la anulación de su nombramiento provisional como profesora de Instituto de Segunda Enseñanza, con invocación del artículo 10 del Convenio en relación con el artículo 14.

La Comisión admitió a trámite la demanda el 16 de diciembre de 1982, y en su informe de 11 de mayo de 1984 (art. 31), opinó por nueve votos contra ocho que se había violado el artículo 10.

El texto completo de su opinión y de los votos particulares formulados a este respecto se inserta en un anexo a esta sentencia.

#### CONCLUSIONES PRESENTADAS POR LOS COMPARECIENTES

37. En la vista del 22 de octubre de 1985, el Gobierno pidió al Tribunal:

«Que declarara

i) que no puede conocer del fondo del caso porque la demanda es incompatible con las cláusulas del Convenio;

alternativamente,

ii) que no puede conocer del fondo del caso por no haberse agotado la vía de los recursos internos;

también alternativamente,

iii) que la República Federal de Alemania no ha violado el Convenio Europeo de Derechos Humanos.»

El Gobierno, en su Memoria de 22 de marzo de 1985, había presentado las mismas conclusiones, aunque en diferente orden.

38. Por su parte, el Delegado de la Comisión pidió al Tribunal, al terminar su informe el 22 de octubre, que

«declarara si existió una injerencia en el derecho reconocido a la demandante por el artículo 10.1 y, en el supuesto afirmativo, si estuvo justificada en relación al artículo 10.2».

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

##### I. SOBRE LAS EXCEPCIONES PREVIAS DEL GOBIERNO

39. El Gobierno suscita dos cuestiones previas: la incompatibilidad de la demanda con los preceptos del Convenio y la falta de agotamiento de los recursos internos.

## 1. La incompatibilidad con los preceptos del Convenio

40. En cuanto al primer punto, se alega que la señora Glasenapp reclama un derecho que el Convenio no garantiza. El litigio se refiere, según esta opinión, a cuestiones sobre el ingreso en la función pública -en este caso, a un puesto docente- y no al derecho de libertad de expresión, invocado por la demandante. En la audiencia pública, el Gobierno puntualizó que habría podido articular su tesis en forma de excepción de incompetencia, como ya lo hizo ante la Comisión, pero que, teniendo en cuenta «la aparente complejidad de los autos», estaba dispuesto a considerar el problema en una visión más amplia que incluyera las cuestiones de fondo. Llegaba a la conclusión de que el artículo 10 no era aplicable al caso.

El Delegado de la Comisión consideró ambiguo este argumento: el Gobierno, aunque alegaba que la demanda era incompatible con las cláusulas del Convenio, de hecho tenía que reconocer que la cuestión que se suscitaba ante el Tribunal era si se aplicaba o no se aplicaba el artículo 10. El problema de la incompatibilidad propiamente dicha había sido resuelto por la Comisión al admitir a trámite la demanda; mientras que el de la posible aplicación del artículo 10 dependía del examen del fondo de la cuestión.

41. La señora Glasenapp, nombrada en 1974 profesora de Instituto de Segunda Enseñanza con la condición de funcionaria interina, reclama porque fue separada del servicio después de publicar el *Rote Fahne*, el 2 de octubre del mismo año, su carta abierta, y de su negativa a apartarse de los objetivos del KPD (apartados 21-24 anteriores), y se considera víctima de una violación del artículo 10 del Convenio.

Estos agravios no son «claramente ajenos a los preceptos del Convenio» (sentencia de 9 de febrero de 1976, dictada en el caso «lingüístico belga», serie A, núm. 5, pág. 18); se refieren a su interpretación y a su aplicación (art. 45) para resolver, el Tribunal tendrá que averiguar si la destitución controvertida implicó una «injerencia» en el ejercicio de la libertad de expresión, tal como la protege el artículo 10. Para el Tribunal, se trata de una cuestión de fondo que no se puede resolver en un mero trámite previo (véanse, *mutatis mutandis*, la citada sentencia de 9 de febrero de 1967, págs. 18-19; la sentencia en el caso Airey de 9 de octubre de 1979, serie A, núm. 32, pág. 10, apartado 18, y la sentencia en el caso Barthold de 25 de marzo de 1985, serie A, núm. 90, pág. 20, apartado 41).

## 2. El previo agotamiento de los recursos internos

42. El Gobierno alega, alternativamente, que la señora Glasenapp no agotó la vía de los correspondientes recursos internos: no alegó que se violó su libertad de expresión, según el artículo 5 de la Constitución, ni ante los tribunales administrativos ni ante el Tribunal Constitucional Federal. Los procedimientos internos se refirieron sólo a su derecho de ocupar un puesto en la función pública. El ataque a la libertad de expresión se denunció, por primera vez, ante la Comisión.

43. Como el Gobierno opuso esta excepción ante la Comisión, desde el examen previo de la admisibilidad, y de nuevo después, puede plantearla ante el Tribunal sin incurrir en preclusión (véase la reciente sentencia en el caso Jong, Baljet y van den Brink, de 22 de mayo de 1984, serie A, núm. 77, pág. 18, apartado 34).

44. Es cierto que la señora Glasenapp no invocó, en el ordenamiento jurídico interno, ni el artículo 5 de la Constitución ni el artículo 10 del Convenio, aunque este último es directamente aplicable en la República Federal Alemana. Además, como puntualiza con razón el Gobierno, todo el procedimiento ha girado en torno al «engaño intencionado», imputado a la interesada (apartados 22-24 anteriores).

Aunque la señora Glasenapp tenía que intentar demostrar, necesariamente, la injusticia de semejante motivo, puesto que la anulación de su nombramiento se fundaba en él, insistió constantemente en su derecho a publicar la carta abierta y a negarse a cualquier declaración relativa, especialmente, a su opinión sobre la política del KPD (véanse, por ejemplo, el acta de la entrevista del 4 de noviembre de 1974, apartado 22 precedente; las alegaciones del 15 de octubre y del 1 de diciembre de 1975, apartado 28, y el recurso de 19 de junio de 1978, apartado 32). Ante el Tribunal Constitucional Federal, invocó el artículo 3.3 de la Ley Fundamental, que prohíbe, entre otras cosas, cualquier discriminación por razón de las opiniones políticas (apartado 34 anterior).

La señora Glasenapp formuló así, en definitiva, ante los jueces de su patria la misma reclamación que sometió primero a la Comisión y después al Tribunal. De esta manera proporcionó a las autoridades nacionales la ocasión que la regla del agotamiento de los recursos internos del artículo 26 pretende dar a los Estados Contratantes para corregir las infracciones denunciadas (véase, especialmente, la sentencia en el caso Guzzardi de 6 de noviembre de 1980, serie A, núm. 39, págs. 26- 27, apartado 72).

45. Es cierto que el artículo 92 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal exige que el reclamante señale en su recurso el derecho que considera violado, pero esta regla no tiene el alcance absoluto que le atribuye el Gobierno. Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no es necesario designar el artículo pertinente de la Ley Fundamental; basta que, en la exposición del interesado, aparezcan los derechos que se consideran infringidos (véanse, por ejemplo, las sentencias de 13 de junio de 1952, 12 de abril de 1956, 3 de octubre de 1957, 15 de febrero de 1967 y 10 de noviembre de 1981, «Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts», vols. 1, pág. 343; 5, pág. 1; 7, pág. 115; 21, pág. 194, y 59, pág. 101). El Tribunal Constitucional, ratificando su reiterada doctrina, puntualizó incluso el 4 de junio de 1985 que, en un recurso admisible, no se limita necesariamente a averiguar si ha existido la violación alegada: puede también fiscalizar la compatibilidad de las resoluciones impugnadas con la Constitución en su conjunto ( sentencias del 30 de abril de 1952, 17 de diciembre de 1953, 26 de febrero de 1954, 5 de octubre de 1955, 7 de mayo de 1957, 25 de febrero de 1964, 27 de julio de 1971, 21 de septiembre de 1976, 25 de marzo de 1980, 17 de febrero de 1981 y 4 de junio de 1985, «Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts», vols. 1, pág. 271; 3, págs. 73-74, 136 y 333; 4, pág. 295; 5, pág. 385; 17, pág. 258; 31, página 333; 42, págs. 325-326; 53, pág. 390, 57, pág. 241, y 70, pág. 162).

Puede explicarse que, a pesar de lo dicho, los tribunales alemanes no examinaran el caso desde la perspectiva de la libertad de expresión a la vista de la Sentencia del Tribunal Constitucional -punto de partida en esta cuestión- de 22 de mayo de 1975 se deduce de ella que, en materia de funcionarios públicos, el artículo 5 de la Constitución protege la expresión de opiniones políticas solamente en la medida que concuerde con el deber de fidelidad a la norma fundamental («Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts», vol. 39, pág. 367). El Gobierno mismo ve, por otra parte, en esta exigencia constitucional de lealtad una *lex specialis* en relación a la libertad de expresión.

46. En consecuencia, no se considera fundada la excepción de que no se agotaron los recursos internos.

## II. SOBRE LA VIOLACIÓN ALEGADA DEL ARTICULO 10

47. La señora Glasenapp sostiene que su destitución infringió el artículo 10 del Convenio, redactado en los términos siguientes:

«1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones e ideas sin que puedan injerirse las autoridades públicas y sin consideración de fronteras. Este artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que implica deberes y responsabilidades, podrá someterse a determinadas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que sean medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones reservadas o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del Poder Judicial.»

Para el Gobierno, este precepto no entra en juego: el caso presente se refiere al derecho, no protegido por el Convenio, de conseguir un puesto en la función pública. La Comisión no comparte esta opinión.

48. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 y el Convenio Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, reconocen respectivamente a «toda persona (el) derecho de ingresar, en condiciones de igualdad, en la función pública de su país» ( art. 21.2) y a «todo ciudadano (...) el derecho y la posibilidad (...) de ingresar, en condiciones generales de igualdad, en la función pública de su país » ( art. 25). Por el contrario, un derecho así no figura ni en el Convenio Europeo ni en ninguno de sus Protocolos adicionales. Más aún: los Estados firmantes, como advierte el Gobierno, con razón, no lo incluyeron intencionadamente, y los trabajos preparatorios del Protocolo núm. 4 y del Protocolo núm. 7 lo ponen de manifiesto inequívocamente. Este último, en especial en sus primeras versiones, comprendía una cláusula parecida a los artículos 21.2 de la Declaración y 25 del Pacto, que se suprimió después. No se trata, pues, de una omisión casual de los instrumentos europeos; según los propios términos del Preámbulo del Convenio, se pretende asegurar la garantía colectiva de «algunos» de los derechos expresados en la Declaración Universal.

49. Si lo que se ha expuesto demuestra que los Estados Contratantes no han querido comprometerse a reconocer en el Convenio, o en sus Protocolos, un derecho al ingreso en la función pública, no se deduce de ello que, en otros aspectos, los funcionarios públicos queden fuera del ámbito de aplicación del Convenio (véase, mutatis mutandis, la sentencia en el caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali, de 28 de mayo de 1985, serie A, núm. 94, págs. 31-32, apartado 60). En sus artículos 1 y 14, establece el Convenio que «toda persona dependiente de (la) jurisdicción» de los Estados Contratantes debe disfrutar «sin distinción alguna», de los derechos y libertades enumerados en el título I (véase, mutatis mutandis, la sentencia dictada en el caso Engel y otros el 8 de junio de 1976, serie A, núm. 22, pág. 23, apartado 54). El artículo 11.2 in fine, que permite a los Estados imponer restricciones especiales al ejercicio de las libertades de reunión y de asociación de los «miembros de las Fuerzas Armadas, de la policía o de la Administración del Estado», confirma, por otra parte, que, por regla general, las garantías del Convenio se extienden a los funcionarios públicos (véanse, mutatis mutandis, la sentencia en el caso del Sindicato sueco de los conductores de locomotoras de 6 de febrero de 1976, serie A, núm. 20, pág. 14, apartado 37; la sentencia en el caso Schmidt y Dahlström, de la misma fecha, serie A, núm. 21, pág. 15, apartado 33, y la sentencia, ya citada, en el caso Engel y otros).

50. Por tanto, la condición de funcionario interino que obtuvo la señora Glasenapp por su

nombramiento de profesora de Instituto de Segunda Enseñanza no le privó de la protección del artículo 10. Sin duda, ha de tenerse en cuenta este precepto, aunque para determinar si se violó hay que averiguar, ante todo, si la medida controvertida fue una injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión -como, por ejemplo, una «formalidad, condición, restricción o sanción»- o si se incluía en el ámbito del derecho de ingreso en la función pública que el Convenio no garantiza.

Para contestar a esta pregunta, hay que determinar el alcance de la medida en cuestión, situándola en el contexto de los hechos de autos y de la legislación aplicable.

51. La acumulación del nombramiento de la señora Glasenapp se debió a su negativa a separarse de la política del KPD después de la publicación en Rote Fahne, el 2 de octubre de 1974, de su carta a Westfälische Rundschau (apartados 21-24). La intervención de la autoridad competente del Land fue provocada de esta manera por dos actuaciones de la interesada: la expresión de determinada opinión en su carta y la negativa a expresar otra durante la entrevista celebrada.

52. Según el artículo 6.1, núm. 2, de la Ley de Funcionarios Públicos del Land (apartado 15 anterior), para que la (ahora) demandante se convirtiera en profesora de Instituto de Segunda Enseñanza, con la condición de funcionario interino, se requería su compromiso de defender constantemente el régimen liberal y democrático a tenor de la Constitución (apartado 14 anterior). Esta es una de las condiciones que debe reunir quienquiera que solicite un puesto como funcionario público -interino o en propiedad- en la República Federal de Alemania. La exigencia afecta al ingreso en la función pública, materia que intencionadamente se dejó fuera del Convenio, y, en sí, no se puede considerar opuesta a éste. Al principio, la autoridad competente entendió que se había cumplido la exigencia, puesto que resolvió, el 23 de septiembre de 1974, nombrar a la demandante profesora de Instituto (apartado 19). No obstante, consideró después la carta y la negativa antes citadas como indicios de que, en realidad, la interesada no cumplía, cuando fue nombrada, una de las exigencias legales para conseguir el puesto solicitado. La autoridad, corrigiendo el error de su primera apreciación -que atribuía a una falsedad de la demandante- anuló, en consecuencia, el nombramiento con efectos retroactivos ( art. 14.1 de la Ley de Funcionarios del Land ; apartado 24 precedente), y los tribunales que conocieron del caso siguieron, en definitiva, el mismo criterio (apartados 29 y 31). No corresponde al Tribunal Europeo revisar el acuerdo de las conclusiones.

53. Se deduce de cuanto se ha dicho que el ingreso en la función pública es el centro del problema que se ha sometido al Tribunal. La autoridad competente del Land, al rechazar a la señora Glasenapp, sólo tuvo en cuenta sus opiniones y su actitud para apreciar si reunía una de las condiciones personales necesarias para desempeñar su función.

Por consiguiente, no existió la injerencia en el ejercicio del derecho protegido por el apartado 1 del artículo 10.

EN VIRTUD DE ESTOS FUNDAMENTOS, EL TRIBUNAL

Falla, por dieciséis votos contra uno, que no se violó el artículo 10.

Hecho en francés y en inglés y pronunciada en audiencia pública, en el Palacio de Derechos Humanos, en Estrasburgo, el 28 de agosto de 1986.

Firmado: Rolv Ryssdal, PRESIDENTE

Firmado: Marc-André Eissen, SECRETARIO

Se adjunta con esta sentencia:

- con arreglo a los artículos 51.2 del Convenio y 52.2 del Reglamento, el voto particular de conformidad del señor Cremona, el voto particular de conformidad de la señora Bindschedler-Robert y de los señores Pinheiro Farinha, Pettiti, Walsh, Russo y Bernhardt, y el voto particular, discrepante en parte, del señor Spielmann, y

- una declaración del señor Pettiti.

Rubricado: R. R.

Rubricado: M.-A. E.

#### VOTO PARTICULAR DE CONFORMIDAD DEL JUEZ SEÑOR CREMONA

Comparto la declaración de que no existió violación de la que se hace referencia en la sentencia; no así el razonamiento en que se apoya.

La demandante fue separada del servicio que desempeñaba con carácter interino en la función pública. La ficción jurídica de la anulación, con efectos retroactivos, de su nombramiento, no altera lo dicho. Por tanto, la cuestión fundamental es por qué se destituyó a la señora Glasenapp. En esto, estoy de acuerdo con lo que se dice en el apartado 51 de los fundamentos de derecho: la intervención de la autoridad competente del Land fue, realmente, suscitada por dos actos de la (ahora) demandante, a saber, la expresión de determinada opinión y la posterior negativa a sustituirla por otra. Fundamentalmente, la cuestión gira en torno a la carta publicada en Rote Fahne. El resultado fue que la interesada perdió su empleo por sus opiniones políticas, con el consiguiente y grave perjuicio.

Todo esto pone de manifiesto, a mi entender, una injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión. Sin embargo, la mayoría, considerando que el litigio se centra en el ingreso en la función pública, no se da cuenta de esta injerencia: según ella, la autoridad del Land, al destituir a la demandante, sólo consideró sus opiniones y su actitud para comprobar si reunía uno de los requisitos necesarios para desempeñar el puesto en cuestión.

No es menos cierto que esta resolución, cuya consecuencia fue la destitución de la señora Glasenapp, se fundaba indudablemente en la circunstancia de tener y de expresar determinadas opiniones. Decir, como se dice en el fallo, que la autoridad competente, al destituir a la demandante, se limitó a tener en cuenta sus opiniones no se ajusta a la realidad: todo el fallo se funda en ellas.

En el caso de autos, como si se tratara de un cuadro, el régimen de la función pública es simplemente la tela de fondo; en el primer plano está el perjuicio sufrido por sustentar y expresar determinadas opiniones.

Por consiguiente, me parece que el asunto encaja exactamente en el artículo 10.1 del Convenio.

Dicho esto, añadiré brevemente que, en mi opinión, la injerencia de que se trata estaba

justificada a la vista del apartado 2 del mismo artículo: en las circunstancias del caso cumplía los requisitos legales, y por esta razón no se violó el citado precepto.

#### VOTO PARTICULAR DE CONFORMIDAD DE LOS JUECES SEÑORA BINDSCHEDLER-ROBERT Y SEÑORES PINHEIRO FARINHA, PETTITI, WALSH, RUSSO Y BERNHARDT

Hemos votado con la mayoría que no se violó el artículo 10 porque entendemos que no es aplicable en el caso de autos.

Como dice esta sentencia, ni el Convenio ni ninguno de sus Protocolos adicionales reconocen expresamente el derecho de ingreso en la función pública, a diferencia de lo previsto en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (art. 21.2 ) y en el Convenio internacional de 1966 sobre los derechos civiles y políticos [art. 25, letra c)].

La razón por la que los Estados Contratantes no han querido que el Convenio o sus Protocolos adicionales garanticen el derecho de ingreso en la función pública (y hay que subrayar que la omisión no fue casual, sino intencionada) es la gran dificultad que supondría la sumisión a un tribunal internacional del problema de la selección, con sus modalidades de ingreso, que, por su propia naturaleza, son muy distintas según las tradiciones nacionales y los regímenes que regulan la Administración Pública de los Estados miembros del Consejo de Europa.

Todo esto no excluye la posible aplicación del artículo 10, incluso a la función pública, cuando se prohíbe de hecho o de derecho toda libertad de expresión en el Derecho interno.

#### VOTO PARTICULAR, DISIDENTE EN PARTE, DEL JUEZ SEÑOR SPIELMANN

1. Mi voto particular se divide en las cuatro partes siguientes:

- voto de conformidad,
- voto discrepante,
- voto disidente,
- observaciones finales.

#### I. VOTO DE CONFORMIDAD SOBRE LA POSIBLE APLICACIÓN DEL ARTICULO 10

2. Me uno a la mayoría del Tribunal en los siguientes párrafos del apartado 49 de su sentencia:

- «no se deduce de ello (de lo antes expuesto) que en otros aspectos los funcionarios públicos queden fuera del ámbito de aplicación del Convenio»;
- «el artículo 11.2 in fine, que permite a los Estados imponer restricciones especiales al ejercicio de las libertades de reunión y de asociación de los miembros de las Fuerzas Armadas, de la Policía o de la Administración del Estado, confirma, por otra parte, que, por regla general, las garantías del Convenio se extienden a los funcionarios públicos».

3. Sin embargo, la sentencia debía haber resaltado que incluso en el ingreso en la función pública es posible, «evidentemente», la aplicación del artículo 10.

4. De esta manera, la interpretación del Tribunal sería más clara.

5. Sería, además, un recordatorio de que para nuestro Tribunal el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura son las mejores garantías para la supervivencia de un verdadero Estado democrático, que sólo será fuerte si es democrático.

6. El Tribunal lo puntualizó así en su sentencia en el caso Handyside:

«La función revisora del Tribunal le obliga a dedicar especial atención a los principios propios de una sociedad democrática. La libertad de expresión es uno de los fundamentos más importantes de dicha sociedad, una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de sus miembros. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 10, no sólo es aplicable a las informaciones e ideas bien recibidas o consideradas inocuas o indiferentes, sino también a las que irritan, escandalizan o molestan al Estado o a una parte cualquiera del pueblo. Así lo exigen el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no hay sociedad democrática. De lo dicho se deduce especialmente que cualquier formalidad, condición, restricción o sanción que se imponga en esta materia tiene que ser proporcionada a la legítima finalidad que se pretenda» (sentencia de 7 de diciembre de 1976, serie A, núm. 24, pág. 23, apartado 49).

## II. VOTO PARTICULAR DISCREPANTE

### A. En general

7. El caso Glansenapp recuerda un caso sucedido en Luxemburgo en 1934.

Quizá sorprenda que se evoque en 1986 una resolución de 1934.

La sorpresa no estaría justificada; incluso el Gobierno de la República Federal de Alemania se refiere, para justificar, en parte por lo menos, su «Radikalenerlass», a la República de Weimar; por tanto, a fechas anteriores a 1934.

8. Vale la pena citar la resolución del Gobierno de Luxemburgo, que data de 1934, es decir, de un año en el que la «estrella amarilla» había aparecido ya en Alemania y ya se había establecido en Dachau el primer campo de concentración para silenciar a los que se acogían a los derechos que hoy se formulan en los artículos 9 y 10 del Convenio.

9. Tanto más merece citarse esta resolución cuanto que son claras las coincidencias entre el caso entonces resuelto y el caso Glansenapp, como si la historia se repitiera.

El caso fue así:

10. El diario Luxemburger Wort informó el 2 de julio de 1934 a sus lectores que con efectos desde ese mismo día se había separado del servicio a los profesores J. Kill y D. Urbany por ser los dos miembros del Partido Comunista de Luxemburgo (partido no prohibido).

11. El diario antes citado, en su edición de 7 de julio de 1934, comentó la resolución en los términos siguientes:

«Con motivo de dos destituciones

(...)

Son bien conocidos los argumentos del Gobierno. Basta con recordarlos en resumen: la Ley

de Educación exige que el profesor de Primera Enseñanza enseñe a los niños las virtudes cristianas, cívicas y sociales.

Le obliga, además, a evitar, incluso fuera del desempeño de sus funciones, cualquier cosa que haga desmerecer o que hiera las conveniencias sociales. Como los términos de los artículos 22 y 43 de la Ley de Educación son tajantes, el Gobierno ha entendido que es imposible que un profesor comunista los cumpla.

Hay que hacer una aclaración: para dar una educación cristiana -en la plena acepción de la palabra-, cívica y social a los niños no basta que no se enseñe en la escuela exactamente lo contrario, es decir, el comunismo, sino que hay que presentar a los niños como ideal el orden cristiano y cívico. Con esto no se quiere decir que el régimen actual sea el mejor posible; pero para respetar lo dispuesto en la Ley de Educación, es decir, para que el maestro cumpla con su deber, es fundamental que enseñe a los niños los valores cristianos y cívicos. El que no lo hace, no lo educa con arreglo al espíritu de la Ley.

(...)

En virtud de lo dicho, esta destitución no tiene nada que ver con la Constitución. El revuelo suscitado por su supuesta violación no tiene en absoluto fundamento. La cuestión no puede ser más clara. La Constitución se limita a establecer las normas generales de la legislación que regula los distintos ámbitos de la vida y que, por esta circunstancia, es necesariamente más concreta y restrictiva. Dicho en otras palabras, la ley define, y con frecuencia interpreta, el sentido general de la Constitución. Sucede lo mismo con la Ley de Educación. El artículo 24 de la Constitución puede garantizar, y garantiza, la libertad de opinión, pero la Ley de Educación determina su aplicación en materia docente y dispone que el maestro imparta a los niños una educación positiva cristiana y cívica, y no que simplemente respete este orden. La propia Federación de Maestros ha interpretado así recientemente la Ley. Se trata de la misma Federación que ha atacado ya la instrucción disciplinaria y cuyo apoyo esperaban de nuevo los comunistas.

Por tanto, si existiera la menor violación de la Constitución se debería a la Ley de Educación y no a lo resuelto por el Gobierno. Ahora bien, no es éste el caso: hasta la fecha se ha presentado la Ley de Educación como el ideal en la materia pedagógica y docente, por lo menos según los mismos que hoy se quejan de su aplicación en sus propios términos.

Se comprendería su protesta si la Ley no se refiriese a las virtudes cristianas y cívicas. Es molesto para ellos y grato para nosotros que todavía la situación legal sea la expuesta. La cuestión es, por tanto, si nuestra Ley de Educación respeta lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución y no si se ha aplicado debidamente, porque esto es indiscutible.

(...)

Nos quedamos tranquilamente a la expectativa. Simplemente nos preguntamos si el Gobierno tiene que soportar esta insensata campaña contra su resolución. Ante todo: ¿Ha de permitir que incluso se incite en octavillas a los alumnos a rebelarse contra él? Lamentamos que los socialistas se hayan unido a esta actitud, pero no nos extraña al comprobar, con Tageblatt y Arbeiterstimme, que se ha dado ya el primer paso hacia un frente común. Pero nos revolvemos contra la arrogancia de estos periódicos, que, una vez más, protestan en nombre de todo el pueblo y que hablan de la indignación de todo el país, mientras que para el 80 por 100 de los ciudadanos la destitución ha tenido el efecto de una acción liberadora, aplaudida en todas partes. Los padres católicos no son los únicos que se niegan a confiar sus niños a los comunistas.

(...)»

12. Como se ha destacado antes (apartado 9), hay muchos puntos comunes entre el caso citado y el Glaserapp.

Sobre todo, hay uno que debe subrayarse.

En los dos casos, el criterio fundamental en que se apoyan las autoridades competentes es el de «una obligación de hacer», difícil de cumplir por los interesados, o por lo menos difícil de probar.

En efecto, no se concibe cómo puede probar un maestro de una escuela primaria, cuya misión es enseñar a los niños a leer y escribir, que siempre «ha presentado el orden cristiano y cívico como ideal». (Hay que advertir que, a la sazón, la instrucción religiosa ya dependía de la competencia eclesiástica.)

¿Cómo puede probar un profesor de dibujo -la señora Glaserapp-, cuya tarea principal es enseñar a dibujar a sus jóvenes alumnos, que ha «defendido constantemente el régimen liberal y democrático»?

B. Sobre la aplicación del artículo 10 al caso de autos

13. El Tribunal dice en el apartado 50 de su sentencia que «la condición de funcionaria interina que obtuvo la señora Glaserapp por su nombramiento de profesora de Instituto de Segunda Enseñanza no le privó de la protección del artículo 10».

14. Comparto esta opinión, tanto más cuanto que la sentencia señala en el mismo apartado que, «sin duda, ha de tenerse en cuenta este precepto, pero para determinar si se violó hay que averiguar ante todo si la medida controvertida fue una injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión, como, por ejemplo, una formalidad, condición, restricción o sanción». No obstante, el Tribunal, al resolver en su apartado 53 que no existió la injerencia en el ejercicio del derecho protegido por el apartado 1 del artículo 10, ¿no ha resuelto implícitamente que este precepto del Convenio era aplicable al caso? En efecto, si el ingreso en la función pública quedase fuera del ámbito de aplicación del artículo 10, ¿no sería inútil el examen de si en este caso había existido la injerencia?

15. Sin embargo, habría preferido que el Tribunal se hubiese pronunciado más explícitamente a este respecto, ya que entiendo que la cuestión suscitada por la señora Glaserapp es muy importante para una sociedad democrática.

16. Por esto suscribo por completo la siguiente opinión de la Comisión sobre la admisibilidad de la demanda:

«La Comisión entiende que el hecho de exigir a la demandante que diera su opinión sobre el KPD, como consecuencia de la investigación motivada por la publicación de su carta abierta al diario Rote Fahne, supone la inclusión de la presente demanda en el ámbito de aplicación del artículo 10 del Convenio. La mera circunstancia de que la demandante fuera, a la sazón, funcionaria pública interina no impide a la Comisión examinar sus agravios. Según el artículo 1 del Convenio, las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades que el Convenio garantiza. Además, el hecho de que el derecho de ingreso en la función pública y de permanecer en ella no sea uno de aquéllos no limita el ámbito de aplicación y de protección del Convenio en cuanto a los derechos que,

efectivamente, garantiza.»

17. Por eso, habría preferido que se estudiara separadamente la cuestión pertinente, a saber, que la resolución sobre el ingreso en la función pública dependía de la apreciación acerca de la libertad de expresión de la señora Glasenapp y que, por consiguiente, el Tribunal podía examinar, en virtud del apartado 2 del artículo 10, si había existido una injerencia «justificada».

### III. VOTO DISIDENTE

18. Mi voto se refiere a los siguientes puntos:

- el problema del ingreso en la función pública,
- la violación del artículo 10 en el caso concreto.

#### A. El ingreso en la función pública

19. No comparto la opinión de la mayoría del Tribunal, que declara en el apartado 50 in fine de la sentencia que el Convenio no garantiza el derecho de ingreso en la función pública. Esta opinión me parece demasiado categórica.

20. Aunque es cierto que los Estados Contratantes no se comprometieron a reconocer en el Convenio o en sus Protocolos el derecho de ingreso en la función pública, no lo es menos que por el artículo 1 del Convenio las Altas Partes Contratantes se obligaron a reconocer a «toda persona dependiente de su jurisdicción» los derechos y libertades garantizados en el Convenio.

Se deduce de lo dicho que no se puede impedir o dificultar el ingreso en la función pública por lo que el Convenio protege (por ejemplo, libertad de opinión, libertad de expresión, etc.).

21. Así, extremando el razonamiento de la mayoría del Tribunal, podría un Estado denegar el ingreso en la función pública a aspirantes que, reuniendo todos los requisitos de nacionalidad, edad, salud y cualidades profesionales, no respondieran a determinados criterios de raza, color o religión.

Sería inconcebible una situación así para todos los miembros del Consejo de Europa.

#### B. La violación del artículo 10 del Convenio

22. La mayoría del Tribunal llega a la conclusión de que no se violó el artículo 10 (apartado 53).

23. Dice lo siguiente:

«Se deduce de cuanto se ha dicho que el ingreso en la función pública es el centro del problema que se ha sometido al Tribunal. La autoridad competente del Land, al rechazar a la señora Glasenapp, sólo tuvo en cuenta sus opiniones y su actitud para apreciar si reunía una de las condiciones personales necesarias para desempeñar su función.

Por consiguiente, no existió la injerencia en el ejercicio del derecho protegido por el apartado 1 del artículo 10.»

24. Ante todo, quisiera señalar que, en mi opinión, la cuestión sometida al Tribunal no se

centraba en el ingreso en la función pública.

Por el contrario, el centro del problema estaba en las libertades de expresión y de opinión a que tenía derecho la señora Glasenapp, con arreglo a las cláusulas del Convenio.

25. De acuerdo con lo dicho, entiendo que los puntos cruciales del caso son los siguientes:

- Si existió «injerencia» por parte del Estado.
- Si esta «injerencia» era necesaria en un Estado democrático (cuestión de proporcionalidad).

a) La «injerencia»

26. La sentencia, en su apartado 51, comprueba:

«La anulación del nombramiento de la señora Glasenapp se debió a su negativa a separarse de la política del KPD después de la publicación en Rote Fahne, el 2 de octubre de 1974, de su carta a Westfälische Rundschau (...). La intervención de la autoridad competente del Land fue provocada de esta manera por dos actuaciones de la interesada: la expresión de determinada opinión en su carta y la negativa a expresar otra durante la entrevista celebrada.»

27. Como se ha dicho antes (apartado 23), la mayoría del Tribunal, después de examinar en el apartado 52 de la sentencia la legislación nacional de funcionarios públicos, llegó a la conclusión de que no existió en el caso de autos ninguna injerencia en el ejercicio del derecho protegido por el apartado 1 del artículo 10.

28. Opino, de acuerdo con la mayoría de la Comisión (apartados 66 a 99 del informe), que la anulación del nombramiento de la demandante se debió a dos incidentes concretos relacionados directamente con la expresión de sus opiniones políticas o con su silencio a este respecto.

29. Por consiguiente, hay que entender que la reacción de las autoridades fue una injerencia manifiesta en el ejercicio de los derechos que el artículo 10 garantiza a todos los ciudadanos dependientes de la jurisdicción de los Estados miembros del Consejo de Europa, y, en consecuencia, a la señora Glasenapp.

30. Comparten también esta opinión cuatro miembros de la minoría de la Comisión (véase voto particular del señor Frowein, al que se unieron los señores Ermacora, Carrillo y Soyer; informe, página 35, apartado 1).

b) «Necesaria en una sociedad democrática»

31. Si se admite que en el caso de la señora Glasenapp hubo «injerencia», el punto crucial -que el Tribunal no ha examinado y que, me parece, rebasa ampliamente los hechos que se le han sometido- es si una injerencia así era «necesaria» en una sociedad democrática como, por ejemplo, la República Federal de Alemania.

32. Conviene recordar que el apartado 2 del artículo 10 dice lo siguiente:

«El ejercicio de estas libertades, que implica deberes y responsabilidades, podrá someterse a determinadas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que sean medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la

protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones reservadas o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del Poder Judicial.»

33. Se deduce del texto transcrito que son muchas las causas que justifican la injerencia del Estado en el derecho de libertad de expresión.

34. Es interesante recordar, en relación con lo dicho, la posición del gobierno de la República Federal de Alemania en la vista del caso, celebrada el 21 de octubre de 1985.

El Agente del Gobierno dijo lo siguiente:

«La caída de la República de Weimar se debió, entre otras cosas, a que el Estado, por una errónea interpretación del liberalismo, se preocupó escasamente de las concepciones políticas de sus funcionarios, Jueces y militares. Se incluyeron así en las filas de los funcionarios públicos personas que más bien simpatizaban con la antigua Monarquía o con movimientos de la extrema derecha o de la extrema izquierda; personas que en la crisis económica de los años veinte y en los numerosos conflictos políticos que se produjeron a la sazón no defendieron a la Constitución democrática ni al Estado de Derecho. Esta circunstancia contribuyó decisivamente a la derogación de la democrática Constitución de Weimar, artífice de un Estado de Derecho, y al proceso que llevó a la instauración de la dictadura nacional-socialista. La Ley Fundamental de la República Federal Alemana tuvo muy en cuenta esta experiencia histórica y estableció, a este respecto, preceptos especiales, entre los que figura la organización -garantizada por la Constitución- de la función pública. Por estas razones, sólo puede ser funcionario de la República Federal el que garantiza su constante lealtad hacia el orden constitucional.»

35. No comparto esta visión que me parece demasiado generalizada. La Historia nos enseña, indiscutiblemente, que la República de Weimar no se hundió por causa de algunos funcionarios que «más bien simpatizaban con la antigua Monarquía o con movimientos de la extrema derecha o de la extrema izquierda», sino por razones infinitamente más complejas y más profundas.

No se puede comparar, a este respecto, la República Federal con la República de Weimar.

36. El Agente del Gobierno desarrolló un segundo argumento para justificar el contenido de la legislación vigente en la República Federal, en los términos siguientes:

«(...) Alemania es una nación dividida, con frontera común con los Estados comunistas del Pacto de Varsovia, lo cual la expone a especiales peligros. Esta situación nos obliga a tomar más precauciones para proteger a nuestra democracia liberal y nos diferencia de otros Estados miembros del Consejo de Europa.»

37. Sin pretender discutir dicho argumento, creo, no obstante, que la República Federal de Alemania no es el único país que tiene una situación geográfica así.

Y, sin embargo, sí es el único con una legislación como la controvertida.

38. Cualquiera que sea la opinión a este respecto, entiendo que en el caso concreto sometido al Tribunal los argumentos históricos y geográficos aducidos demuestran en Derecho que la medida que se aplicó a la señora Glasenapp fue claramente desproporcionada en relación a la finalidad perseguida.

39. Se llega a la misma conclusión si se examinan, a semejanza de la Comisión, los factores que hay que tener en cuenta para la cuestión de la justificación, a saber:

- i. La «naturaleza del puesto» ocupado por la demandante.
- ii. La «conducta» de la demandante en dicho puesto.
- iii. Las «circunstancias» en que se expresó la opinión controvertida.
- iv. La «naturaleza de las opiniones» atribuidas a la demandante.

40. A este respecto, me uno por completo al examen que hace la Comisión (apartados 102 a 127 de su informe) y llego a la conclusión, con la mayoría de la Comisión, de que la medida objeto del litigio no era «necesaria en una sociedad democrática para ninguno de los objetivos enumerados en el artículo 10.2 del Convenio» (apartado 128 in fine del informe).

41. De lo dicho se deduce que, en mi opinión, en el caso Glasenapp se violó el artículo 10 del Convenio.

42. «En términos generales», me pregunto si en 1986 -por tanto, sesenta años después de la República de Weimar, y más de cuarenta desde el final de la segunda guerra mundial- la práctica de la República Federal de Alemania, objeto de la reclamación, es realmente necesaria para proteger a la democracia.

Me planteo esta cuestión precisamente porque entiendo que dicha República es una verdadera democracia. ¿No ha sido acaso el primer país de Europa de la posguerra que ha abolido en su Constitución la pena de muerte?

¿No es cierto que en el Land del Sarre se ha derogado ya esta práctica?

Es deseable que los demás Länder y la Federación sigan este ejemplo.

43. En especial, y sin desconocer que no corresponde al Tribunal intentar compromisos o conciliaciones, entiendo que convendría a todas las partes que se encontrara al caso de la señora Glasenapp una solución satisfactoria en el ámbito nacional.

Lo dicho está de acuerdo también con el espíritu del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

#### DECLARACIÓN DEL JUEZ SEÑOR PETTITI

Suscribo los apartados 2 a 6 del anterior voto particular del señor Spielmann.

#### ANEXO

Opinión de la Comisión Europea de Derechos Humanos

[Formulada en el informe de la Comisión de 11 de mayo de 1984]

Puntos litigiosos

66. Los principales puntos que se discuten en este caso son los siguientes:

A) Si la anulación del nombramiento de la demandante en las circunstancias en que se efectuó era una «condición, restricción o sanción» del ejercicio de la libertad de expresión que garantiza el artículo 10.1 del Convenio, y en tal supuesto,

B) Si estaba justificada esta condición, restricción o sanción en relación al artículo 10.2 del Convenio.

A. La injerencia en el ejercicio de los derechos que garantiza el artículo 10

67. Se anuló el nombramiento de la demandante como consecuencia de los incidentes producidos por la expresión de sus opiniones políticas o el silencio guardado a este respecto. Las opiniones se expresaron en una carta dirigida a la redacción de un periódico, después de una conferencia de prensa. A continuación, la demandante se negó a aclarar su actitud al pedirselo el Consejo de Educación para asegurarse de su lealtad hacia la Constitución.

68. La Comisión explica ya en su resolución sobre la admisión de la demanda por qué debía entenderse que la reacción del Consejo de Educación supuso una injerencia en el ejercicio de los derechos que el artículo 10.1 garantiza a la demandante.

69. La demandante fue nombrada para ocupar una plaza de funcionaria pública con carácter interino. Según la legislación que regula la función pública en Renania del Norte-Westfalia, tenía la obligación, como todos los funcionarios, de ser leal y fiel a la Ley Fundamental. Esta obligación era un requisito necesario para su nombramiento y para continuar siendo funcionaria pública. Como consecuencia, se limitaba su libertad de opinión y de expresión, puesto que sólo podía expresar opiniones que fueran compatibles con la obligación de lealtad que había contraído. Su condición de funcionaria pública dependía, por tanto, de sus opiniones o de lo que dijera a este respecto.

70. Se puede comparar el hecho de que el Derecho alemán imponga esta condición o restricción, como resultado del nombramiento como funcionaria de la demandante, a las limitaciones que se derivan del trabajo en algunas profesiones; por ejemplo, la del sector profesional. Estas condiciones nacen como consecuencia del estatuto o de las circunstancias de una persona y deben examinarse en relación al artículo 10.2, puesto que son un límite y un obstáculo para el ejercicio del derecho que garantiza el artículo 10.1 del Convenio. En el caso de que se trata implicaban restricciones a la libertad de expresión de la demandante como funcionaria pública.

71. Según el Gobierno demandado, la demanda tiene por objeto el ingreso en la función pública y no una restricción o condición impuesta a la libertad de expresión o de opinión. Entiende que el Tribunal Constitucional Federal, en su sentencia de 22 de mayo de 1975 y en las que reiteran la doctrina que sentó, declaró que el artículo 5 de la Constitución no se refiere a una restricción general que resulte de la obligación de lealtad hacia dicha Ley Fundamental. Sin embargo, la lectura reposada de la sentencia que dictó el citado Tribunal el 22 de mayo de 1975 (BverfGE, 39, págs. 334 y 360) no confirma la opinión del Gobierno demandado en este punto.

72. El Tribunal Constitucional Federal empieza su extensa argumentación sobre el artículo 5 de la Constitución («CG»), que protege la libertad de opinión, en los términos siguientes:

«La regulación legal vigente no está en contradicción con los derechos fundamentales que garantiza la Constitución.

1. El derecho a la libertad de opinión es primordial en este caso (art. 5, apartados 1 y 2, CG).

A) El desarrollo de las relaciones entre la libertad de opinión y la obligación de lealtad de los funcionarios demuestra que (...).»

73. Este argumento demuestra claramente que el Tribunal Constitucional Federal ha considerado si el artículo 5 de la Constitución se refería a las restricciones de la libertad de opinión o de expresión que se derivan de la obligación de lealtad. Resulta, por tanto, que, según el propio Tribunal, esta obligación produce alguna restricción en la libertad de opinión y de expresión. Esto es evidente a la vista de una de las últimas frases sobre el artículo 5 CG (pág. 367):

«Una conducta que se pueda considerar como expresión de una opinión política sólo podrá ampararse constitucionalmente en el artículo 5 CG si no se opone a la obligación de lealtad política a la que está sujeto un funcionario, a tenor del artículo 33.5 CG.»

74. Lo dicho reitera la demostración de que el propio Tribunal Constitucional Federal aprecia en el artículo 33.5 de la Ley Fundamental una restricción en relación al artículo 5. El Tribunal califica expresamente a la norma reguladora de la función pública de ley general, en el sentido del artículo 5.2 de la Constitución , que limita la libertad de expresión.

75. Sin embargo, mientras que el Tribunal Constitucional Federal ha de apreciar esta restricción de la libertad de expresión frente a la obligación de fidelidad a la Constitución que establece también la Ley Fundamental, la Comisión debe examinar, en función de los criterios formulados por el artículo 10 del Convenio, las condiciones y restricciones impuestas a la libertad de opinión y de expresión de la demandante.

76. Cuando comprueba que las condiciones y restricciones producidas por el deber de lealtad son una injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión y de opinión, reconoce que son condiciones y restricciones de naturaleza especial, que afectan al estatuto de funcionario público de la demandante, y que no son aplicables a los demás ciudadanos. Nacen, sin embargo, de la elección de una determinada clase de empleo y son parte de sus condiciones, que la persona no puede fiscalizar en absoluto, salvo en la elección limitada a aceptar o rechazar el empleo así condicionado. La condición o limitación es especialmente importante en la República Federal de Alemania, puesto que en ella el número de funcionarios es relativamente elevado, sobre todo en la enseñanza, en que una gran parte de los profesores de Instituto y de Universidad son, en realidad, funcionarios públicos (véase supra el apartado 19).

77. La Comisión tiene, por tanto, que examinar la conformidad de estas condiciones y restricciones impuestas a la demandante por el deber de lealtad, con las exigencias del artículo 10.2 del Convenio. Al hacerlo así no le corresponde estudiar el conjunto del sistema de fiscalización de la lealtad ni su aplicación en la República Federal y su conformidad con el Convenio. A tenor del artículo 19 del Convenio, su trabajo se limita a considerar las específicas reclamaciones, especialmente las que formulan las personas individuales en virtud del artículo 25.1 del Convenio, y a decidir si los hechos a que se refieren las demandas ponen de manifiesto que se han violado los preceptos del Convenio.

B. Si las condiciones y restricciones de que se trata estaban justificadas según el artículo 10.2 del Convenio

78. Por consiguiente, la Comisión tiene que examinar, en primer lugar, si las condiciones y restricciones aplicadas a la demandante cumplían las exigencias del artículo 10.2 del Convenio. Esto supone examinar si las mencionadas condiciones y restricciones estaban «previstas por la ley» y si pretendían una finalidad legítima, reconocida en el apartado 2 del citado precepto. A la vista de este examen, la Comisión determinará a continuación si podían

considerarse necesarias en una sociedad democrática, y lo hará estudiando «tanto la ley básica como la resolución que la aplica, incluso cuando procede de un tribunal independiente» (caso Sunday Times, serie A, núm. 30, apartado 59). La Comisión examinará, por tanto, la proporcionalidad de las medidas aplicadas a la demandante para resolver si estuvieron justificadas en relación al artículo 10.2 del Convenio.

1. Si las restricciones estaban «previstas por la ley»

79. La Comisión estudiará, en primer lugar, en qué medida las limitaciones controvertidas estaban «previstas por la ley», en el sentido del artículo 10.2 del Convenio. Este precepto se remite, ante todo, al Derecho interno, pero, como lo han reconocido la Comisión y el Tribunal en su jurisprudencia, la ley tiene que ser suficientemente asequible y expresarse con la precisión que permita al ciudadano conducirse con arreglo a lo que dispone (ibid., apartado 49).

80. En el caso de que se trata, los artículos 6.2 y 55.2 de la Ley de Funcionarios Públicos del Land de Renania del Norte- Westfalia (en el texto publicado el 6 de mayo de 1970, GVNM, pág. 344) establecían el requisito de lealtad hacia la Constitución. A mayor abundamiento, la anulación del nombramiento de la demandante por engaño intencionado estaba prevista en el artículo 12.1, núm. 1, de la citada Ley .

81. Es indudable que estos preceptos eran asequibles a la demandante y podían consultarse por todos. No obstante, la Comisión ha de examinar también si la regla de sumisión a la Constitución se formulaba con la suficiente precisión que permitiera a la demandante ajustar a ella su conducta y prever, recabando, en su caso, el correspondiente asesoramiento, las consecuencias que podía producir un determinado acto. Al hacer esto, considerará si la ley y las circunstancias que concurrieron permitieron a la demandante darse cuenta de que el deber de lealtad afectaba a su libertad de opinión y de expresión.

82. La relación inmediata de la demandante con la condición o requisito de que se trata se produjo por los términos de la declaración que suscribió en el momento de su nombramiento, en la que reconocía expresamente los principios del régimen liberal y democrático «en todo momento» y «en todos sus actos».

83. Los términos de este compromiso son muy amplios y requieren, por tanto, una determinada interpretación, pero el hecho de que la demandante tuviera que firmar una declaración expresa define, hasta cierto punto, el alcance de la obligación contraída. A mayor abundamiento, acompañaba a la declaración un texto explicativo que aludía a los principios fundamentales del régimen liberal y democrático tal como los entiende el Tribunal Constitucional Federal. En la declaración, la demandante decía expresamente que «no apoyaba ni pertenecía a ninguna organización ni a ningún movimiento que se opusiera al régimen básico liberal y democrático», cuyos principios se explicaban en el texto mencionado. Los términos expresos de la declaración suscrita por la demandante se referían al apoyo y a la pertenencia a organizaciones políticas opuestas al régimen liberal y democrático, cuyas características conocía de esta manera la demandante.

84. El texto explicativo, además de advertir claramente a la demandante que quedaba sujeta al deber de lealtad, le informaba expresamente que cualquier actividad, actitud u opinión contrarias a la Ley Fundamental eran incompatibles con este deber. Por consiguiente, la demandante conocía la manera en que esta obligación de lealtad afectaba a su libertad de opinión y de expresión, y, por ello, entiende la Comisión que las condiciones y restricciones en cuestión eran lo suficientemente asequibles, previsibles y determinadas para poder calificarse como «previstas por la ley», en el sentido del artículo 10.2.

## 2. La finalidad de las restricciones

85. Según dispone el artículo 10.2, las restricciones deben pretender alguno de los objetivos que el texto señala expresamente. La condición que se discute en este caso, de que el funcionario público ha de ser leal al concepto de democracia pluralista consagrado por la Ley Fundamental, se funda en la idea de que la función pública es, en cierto modo, el reflejo del régimen constitucional. Reconoce también el peligro que supone la función pública, que puede socavar la Constitución, si sus miembros se oponen a ella activamente.

86. El Gobierno demandado sostiene que esta legislación pretende proteger la seguridad nacional, a tenor del artículo 10.2. Por otra parte, el Tribunal ha reconocido que la defensa de la democracia es una de las principales causas justificativas de las restricciones impuestas «en interés de la seguridad nacional», cuando las sociedades democráticas están amenazadas por formas muy complejas de espionaje y de terrorismo (sentencia en el caso Klass y otros, serie A, núm. 28, págs. 22-23).

87. La Comisión recuerda que el caso de que ahora se trata no se refiere directamente a aspectos de la seguridad en el sentido habitual, sino a las restricciones de las libertades de opinión y de expresión de una persona que era, al mismo tiempo, profesor y funcionario. La obligación de lealtad, que impone estas restricciones, pretende asegurar la protección de la contextura democrática de la sociedad y es una de las murallas levantadas, después de la experiencia del Estado nacional-socialista en Alemania, para afianzar las instituciones democrática e impedir el totalitarismo en la República Federal. Por tanto, en este sentido está en juego la seguridad del régimen constitucional democrático.

88. Recuerda la Comisión que el preámbulo del Convenio afirma que un régimen político verdaderamente democrático está estrechamente relacionado con la protección de las libertades fundamentales. En los Estados miembros del Consejo de Europa, en que la protección de los derechos individuales que el Convenio garantiza depende de la existencia de un régimen político verdaderamente democrático, debe considerarse también la protección de dicho régimen como la protección de los derechos ajenos, en el sentido del artículo 10.2 del Convenio.

89. El propio Convenio exige también esta interpretación; en efecto, el artículo 17 prohíbe expresamente a cualquier grupo o persona invocar el Convenio para dedicarse a una actividad o realizar un acto que pretenda la destrucción de los derechos y libertades que reconoce. El precepto confirma que las actividades cuya finalidad es la desaparición del régimen de democracia pluralista no puede encontrar ningún apoyo en el Convenio. Se deduce, por consiguiente, de lo dicho que la obligación de lealtad, que se tradujo en una condición y una restricción a la libertad de opinión y de expresión de la demandante, perseguía una finalidad que el artículo 10.2 del Convenio reconoce como legítima.

## 3. La necesidad de estas restricciones en una sociedad democrática

90. El artículo 10.2 del Convenio dispone, además, que las condiciones y restricciones en cuestión deben ser «necesaria(s) en una sociedad democrática». Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el artículo exige que la injerencia corresponda a «una necesidad social imperiosa»; la importancia de esta exigencia no llega a ser de medida «indispensable», pero supera lo meramente «útil», «razonable» u «oportuno» (sentencia en el caso Sunday Times, de 27 de octubre de 1978, serie A, núm. 30, apartado 59). Además, la condición de necesidad implica la revisión de la proporcionalidad de la medida en cada caso.

91. En el mismo asunto, el Tribunal declaró también que corresponde, en primer lugar, a las autoridades internas apreciar la necesidad de una determinada injerencia, y que para ello el Estado afectado disfrutaba de algún «margen de apreciación». La revisión de la necesidad por los órganos del Convenio se extiende, por consiguiente, «tanto a la ley de fondo como a la resolución que la aplica, incluso cuando procede de un tribunal independiente» (ibid.). La facultad de apreciación del Estado varía según la finalidad protegida por el artículo 10.2 del Convenio. Mientras que los Estados contratantes están en mejores condiciones que el Tribunal para opinar sobre cuestiones como la moral (ibid.), en cambio, en lo que se refiere a las finalidades de naturaleza más objetiva enumeradas en el artículo 10.2, el margen discrecional del Estado es escaso y aumenta el alcance de la fiscalización que establece el Convenio.

92. La revisión de la necesidad de una restricción puede facilitarse también mediante el estudio del Derecho comparado de los demás miembros del Consejo de Europa. Las distintas regulaciones de la función pública en cada nación exigen a los funcionarios determinada fidelidad a la Constitución, bien por un precepto incluido en una norma de naturaleza estatutaria, bien por una cláusula del contrato de trabajo. Aunque en otros países no existe ninguna obligación general de lealtad, algunas clases de funcionarios están sometidos, en su libertad de expresión, a restricciones que con frecuencia dependen de la naturaleza de sus funciones. El deber de reserva, rasgo característico de la función pública en los Estados miembros del Consejo de Europa, se deriva de las obligaciones y responsabilidades que corresponden a los funcionarios como representantes del Estado. La restricción que implica el deber de reserva se encuentra también en el estatuto de los funcionarios del Consejo de Europa y de otras organizaciones internacionales.

93. La Comisión tiene que considerar, por tanto, las restricciones aplicables a la demandante a la vista de la Ley de la Función Pública vigente en la República Federal de Alemania. Es claro, ante todo, que la exigencia de lealtad, que se traduce en una condición o requisito de la libertad de opinión, se aplica a todos los funcionarios públicos de la República Federal, y que, si bien es poco frecuente, no es única en su género. Más aún: la regulación legal de la función pública en Alemania es más detallada y, a veces, más compleja, pero, en compensación, proporciona un recurso judicial para la resolución de los litigios que suscita la aplicación en cada caso de esta normativa.

94. El último párrafo del artículo 11.2 implica que el funcionario público está en una situación especial en el ejercicio de determinadas libertades políticas. Dicho texto permite, en efecto, algunas restricciones del ejercicio de la libertad de reunión y de asociación de los miembros de las Fuerzas Armadas, de la Policía o de la Administración del Estado. Como el artículo 10.2 no contiene expresamente ninguna norma análoga, se puede defender que los redactores del Convenio no pretendieron imponer esta clase de restricciones a la libertad de opinión. Sin embargo, esta interpretación no es del todo convincente, puesto que el efecto de lo dispuesto en el artículo 11.2 puede ser limitar algunas formas de expresión de opinión, como, por ejemplo, la afiliación de determinadas clases de funcionarios públicos a las organizaciones políticas.

95. La Comisión entiende que esta limitación se refleja en la referencia que hace el artículo 10.2 del Convenio a los «deberes y responsabilidades». Esta referencia implica, por tanto, que las condiciones o requisitos admisibles que afectan a la libertad de expresión y de opinión solamente pueden aparecer si son necesarias en una sociedad democrática, teniendo en cuenta los deberes y responsabilidades que supone efectivamente el ejercicio de dichas libertades por una persona determinada. La necesidad de estos requisitos o restricciones procederá, por consiguiente, de la situación de la demandante.

96. La Comisión debe también tener en cuenta, a este respecto, la historia reciente de

Alemania, en la que aparece una serie de circunstancias muy importantes para la protección de la democracia en la República Federal. Una de las causas de que la República de Weimar fuera sustituida por la dictadura nacional-socialista consistió en que los funcionarios públicos no permanecieron fieles al régimen democrático establecido por la Constitución. No aceptaron el nuevo régimen constitucional después de 1918, y estaban dispuestos a apoyar cualquier cambio distinto de una democracia pluralista. Mientras que el Gobierno de Prusia resolvió en 1930 que la afiliación al partido nacional-socialista y al partido comunista era incompatible con la lealtad a la Constitución democrática prusiana, los tribunales estaban dispuestos a admitir dicha afiliación, aunque algunas actividades en estos partidos pudieran implicar una falta disciplinaria (compárese BvertGE, 39, págs. 362-364). Después de la creación de la República Federal de Alemania, con arreglo a su Ley Fundamental, la legislación de la función pública ha querido dejar bien claro que la lealtad activa de los funcionarios de la Administración era muy importante para el régimen constitucional.

97. La Comisión no ignora tampoco la especial situación geográfica y política de la República Federal, uno de los Estados de una nación dividida. En el otro Estado, que no es parte en el Convenio, las garantías de la libertad política y la protección de la libertad de expresión y de opinión no están aseguradas como lo están por el artículo 10 del Convenio y por su efectiva aplicación. En este otro Estado las referidas garantías están concebidas y limitadas por un régimen político completamente distinto. Como consecuencia, el concepto de «fidelidad a la nación» podría disimular alguna ambigüedad; en este específico contexto, la República Federal impone una lealtad positiva a los principios democráticos de la Constitución.

98. Parece, pues, que el empleo de restricciones y condiciones en la libertad de expresión y de opinión de los funcionarios públicos es característico de muchas leyes de los Estados miembros del Consejo de Europa, y refleja la instrumentación de una finalidad reconocida por el artículo 10 en la situación especial que predomina en la República Federal de Alemania. Sin embargo, no se trata de que la Comisión examine en abstracto la conformidad con el Convenio del régimen de apreciación de la lealtad de los funcionarios públicos en la República Federal, sino de resolver si las restricciones y requisitos concretamente aplicados a la demandante cumplían las exigencias del artículo 10.

99. Los tribunales de la República Federal de Alemania, al examinar la conformidad de los actos y opiniones de la demandante con el deber de lealtad previsto por la Ley Nacional de la Función Pública, tenían que apreciar si la demandante había confirmado su deber positivamente hacia la Constitución. Según la ley alemana, esta obligación de lealtad es la misma para todos los funcionarios públicos, cualesquiera que sean sus funciones. Sin embargo, la tarea de la Comisión al estudiar la demanda en relación con el artículo 10 del Convenio, es distinta de la de los tribunales nacionales. No tiene por qué resolver si la demandante demostró su suficiente fidelidad a la Constitución : su misión es resolver si las autoridades, especialmente los tribunales, al examinar la cuestión se ajustaron a lo dispuesto en el artículo 10 del Convenio. La Comisión , para estudiar este punto, o sea, la conformidad de la actuación con el artículo 10.2, que se refiere a los deberes y responsabilidades, tendrá en cuenta las efectivas responsabilidades que aceptó la demandante en el desempeño de su función y la naturaleza de sus opiniones y de las circunstancias en que las expresó, aunque éstas cuestiones no tuvieron que considerarse en el ámbito del Derecho alemán.

#### 4. La necesidad y la proporcionalidad de las medidas aplicadas a la demandante

100. El requisito o la limitación que se impuso a la libertad de expresión de la demandante con la obligación de fidelidad tiene que estudiarse, por tanto, en el contexto de su función docente y de su aplicación al caso de que se trata. La naturaleza previsible de la amplitud de la injerencia alegada en el ejercicio de la libertad de expresión de la demandante, que le imponía

el requisito en cuestión, no se puede separar del estudio de la naturaleza necesaria de este último en una sociedad democrática.

a) Los factores aplicables a la cuestión de la justificación

101. La Comisión, para examinar este aspecto de la cuestión de la justificación y para resolver si las restricciones impuestas a la demandante fueron proporcionadas, considera que han de aplicarse los siguientes factores:

- i. La naturaleza del puesto que ocupaba la demandante.
  - ii. La conducta de la demandante en este puesto.
  - iii. Las circunstancias en que se expresó la opinión litigiosa.
  - iv. La naturaleza de las opiniones atribuidas a la demandante.
- i. El puesto ocupado por la demandante

102. Se nombró a la demandante, con carácter interino, profesora de instituto de Segunda Enseñanza. Su misión era enseñar dibujo y artes aplicadas como titulada en estas materias después de cursar los estudios y de superar los exámenes correspondientes. Además, la demandante estuvo desde el 1 de diciembre de 1972 hasta el 31 de julio de 1974 en un instituto de Dortmund para terminar su preparación, requisito fundamental de su idoneidad para el puesto. Se le nombró el 23 de septiembre de 1974 y tomó posesión al día siguiente.

103. También es importante el dato de que el nombramiento se efectuara como funcionaria pública. Las restricciones que se le impusieron condicionaban su nombramiento en el ámbito del estatuto aplicable como tal, y se han de diferenciar de las más generales que se aplican a los demás ciudadanos y de las que se imponen por la legislación penal.

104. Según la demandante, en la organización de la enseñanza en la República Federal de Alemania, el aspirante a la función docente sólo tiene la posibilidad de desempeñarla al servicio del Estado. Ciertamente hay algunos centros docentes privados, pero, según la demandante, su importancia, a los efectos de la colocación de un profesor, es muy escasa. La Comisión no duda de la falta relativa de otras posibilidades de empleo para los dedicados a la enseñanza. Sin embargo, esto no modifica en absoluto los deberes y responsabilidades de la persona en el ejercicio de su libertad de expresión en su doble condición de funcionario y de docente. Era claramente previsible que estas dos facetas del estatuto de la demandante le impondrían deberes y responsabilidades, y que no serían las menores las que afectasen a su libertad de expresión.

105. Según la Comisión, la existencia de condiciones en el empleo de la demandante como funcionaria y como profesora no era un factor completamente extraño que no pudiera esperarse que procediese directamente del puesto que había pedido y para el que fue nombrada. Como el Convenio no garantiza el derecho al empleo, ni en general ni en una específica preparación, la Comisión no tiene por qué examinar el argumento de la demandante de que no tenía otra alternativa docente. La misión de la Comisión es estudiar simplemente si en las circunstancias en que se encontró la demandante la aplicación de determinados requisitos y restricciones a su libertad de opinión y de expresión estaba justificada en relación con el artículo 10.2 del Convenio.

- ii. La conducta de la demandante en este puesto

106. Como la demandante ocupó muy poco tiempo el puesto de que se trata, no se pueden deducir conclusiones en este punto. Resulta, sin embargo, que la interesada, hasta que se reanudó la investigación sobre su lealtad, no expresó ni mostró sus opiniones en el Instituto y no se le acusó de arrastrar a sus alumnos, o de dejarse arrastrar, a la propaganda o al extremismo político. Sin embargo, cuando se le notificó su destitución reaccionó frente a esta resolución y llevó la cuestión del cese al ámbito docente.

iii. Las circunstancias en que se expresó la opinión litigiosa

107. La conferencia de prensa y la carta abierta de la demandante tuvieron naturaleza pública. Aunque ambas se relacionan directamente con las aspiraciones de la demandante al empleo, la conferencia no se celebró en el centro docente ni se refirió directamente a su función como profesora. En cuanto a las aclaraciones que el Consejo de Educación pidió a la demandante, la entrevista se celebró en privado durante la investigación efectuada por dicho órgano.

iv. Las opiniones de la demandante

108. Precedieron a la destitución las dudas que tuvo el Consejo de Educación sobre la real sumisión de la demandante al régimen constitucional vigente y la ambigüedad de su actitud ante el KPD, cuyos objetivos, contrarios a la Constitución, eran indiscutibles para el Consejo, debido a los cuales se acusó a la demandante de engaño deliberado. El Consejo requirió a la demandante para que se apartara inequívocamente de dicho partido, negándose a ello. Como consecuencia, el Consejo rechazó la expresa confirmación que hizo la interesada de su lealtad al régimen constitucional. La propia demandante reconoce que compartía una de las tesis políticas -no así el conjunto de los objetivos- del KPD.

b) Las medidas aplicadas a la demandante

109. La Comisión tiene que resolver, por tanto, de una parte, si la exigencia de que la demandante se apartase expresamente del KPD fue una restricción de su libertad de opinión, justificada como necesaria en una sociedad democrática para la protección de los derechos ajenos y en interés de la seguridad nacional, y, de otra parte, si la medida fue proporcionada a las consecuencias que implicaba profesar esta opinión.

110. Cuando el Gobierno pretende fundamentalmente proteger la supremacía del Derecho y de la democracia, el propio Convenio reconoce en su artículo 17 la preeminencia de esta finalidad, que incluso supera la protección de los derechos específicos que, por otra parte, asegura. No obstante, precisamente por la importancia fundamental atribuida al amparo de la supremacía del Derecho y de la democracia, exige el Convenio que se demuestre claramente la necesidad de cualquier injerencia en el ejercicio de los derechos que protege, antes de que se justifique de la forma que se ha dicho.

Esto es aplicable especialmente a la libertad de expresión, que es la piedra angular de los principios de la democracia y de los derechos humanos protegidos por el Convenio.

111. En el caso de que se trata, la Comisión tiene que resolver si el hecho de exigir a la demandante que se apartase expresamente de un determinado partido político -no se ha alegado su afiliación al mismo, aunque apoyó uno de sus proyectos- correspondía a una necesidad social imperiosa en este sentido. Precisamente en estas circunstancias, un celo excesivo en la busca de la certeza, aplicando una norma de conformidad extendida al deber de fidelidad al régimen democrático que tiene el funcionario, amenaza con desalentar la libre

expresión de las distintas opiniones, que es lo que el Convenio garantiza expresamente. En efecto, el interesado puede tener miedo de los peligros que corre personalmente al expresarse, cuando la aplicación de restricciones a la libertad de opinión implica graves consecuencias, cuya justificación se hace por referencia a criterios sin suficiente precisión.

112. La Comisión se da perfecta cuenta de la importancia que se atribuye a la opinión y a la influencia de los profesores, quienes, en una sociedad libre, juegan un papel fundamental en la evolución y en la difusión de las ideas. Así sucede especialmente en este caso, en que la demandante, profesora en un instituto, estaba en diaria relación con los alumnos de una edad y en una fase de su desarrollo intelectual en que la vulnerabilidad de algunos para sufrir influencias doctrinales es un factor que no puede desconocerse. En estas circunstancias, la demandante, por su ascendiente sobre sus alumnos, tenía deberes y responsabilidades especiales en cuanto a sus opiniones personales y su expresión, tanto durante el curso como -en menor grado- en otras ocasiones. Mientras que el ambiente docente imponía deberes especiales a la demandante, su misión educativa implicaba también una especial responsabilidad para el Consejo de Educación, responsable de su nombramiento, y que tenía que asegurar el libre intercambio y desarrollo de las ideas en el ámbito de la libertad de expresión en el Centro docente, puesto que una excesiva protección frente a determinada doctrina puede convertirse en la difusión de otra.

c) La apreciación de las medidas aplicadas a la demandante, a la vista de los factores mencionados

113. La Comisión, para apreciar la proporcionalidad de las medidas aplicadas a la demandante, tiene, ante todo, una función revisora, especialmente para valorar el peligro que un determinado ejercicio de la libertad, protegida por el apartado 1 del artículo 10, podría suponer para los intereses que se enumeran en el apartado 2 del mismo precepto y para fiscalizar la elección de las medidas con que se pretenda evitar este peligro. No obstante, esta fiscalización se extiende tanto a la legislación de fondo como a la resolución que la aplica, incluso cuando ésta procede de un tribunal independiente (sentencia en el caso Handyside, serie A, núm. 24, págs. 23-49). En el caso de que se trata, los tribunales de la República Federal de Alemania examinaron la conformidad con el Derecho interno de las medidas acordadas por el Consejo de Educación. La misión de la Comisión no es sustituir con su criterio el de los tribunales nacionales, sino revisar sus resoluciones a la vista del artículo 10 del Convenio.

114. Por consiguiente, la Comisión estudiará cómo se aplicó la restricción a las circunstancias del caso. En primer lugar, conviene destacar que la demandante, hablando con propiedad, no tenía legalmente obligación de someterse a esta restricción de su libertad de opinión. Eligió prepararse para la función docente y solicitar después un puesto de profesora. Se deduce de sus propias observaciones sobre el limitado número de puestos docentes fuera de los públicos, que conocía perfectamente que, eligiendo esta carrera, las posibilidades de empleo serían principalmente las del sector público y, sobre todo, las de la función pública, sometida a un estatuto especial.

115. La Comisión, al considerar la proporcionalidad de la aplicación de determinadas condiciones a la libertad de expresión de la demandante, entiende que las palabras «deberes y responsabilidades» que se incluyen en el artículo 10.2 suponen necesariamente que las condiciones se relacionan directamente con las circunstancias en que entra en juego la libertad de expresión. En el caso de que se trata, la aplicación de condiciones a la libertad de expresión de la demandante se hizo con motivo de su participación en la conferencia de prensa y de la consiguiente carta abierta. Por tanto, no se relacionaba directamente con el trabajo de la interesada ni con el Centro en que impartía sus enseñanzas, aunque la conferencia de prensa

se refiriera a las razones de la demora en su nombramiento.

116. La carta abierta de la demandante no se refería tampoco al desempeño de sus funciones docentes, y parece que no se difundió en el Centro en que trabajaba ni fue utilizada de otra manera en el mismo. Si hubiera sucedido así, sin duda el Consejo de Educación se habría enterado mucho antes. La demandante exponía en esta carta abierta su apoyo a una de las pretensiones políticas del KPD, perteneciente en buena parte al ámbito de la enseñanza, puesto que se trataba del proyecto de creación de una «guardería infantil popular internacional».

117. Esta manifestación de apoyo a una concreta finalidad política suscitó dudas sobre la realidad de la fidelidad de la demandante a la Constitución y llevó al Consejo de Educación a investigar sobre esta cuestión. Más aún: la carta abierta era la contestación a un artículo que se refería a la demandante como diciendo claramente que no tenía «tiempo para ocuparse del consumo», cuando ella prefería, evidentemente, calificarse como «anticomunista». La conferencia de prensa y la carta abierta eran, por tanto, claros ejemplos de expresión de las opiniones de la demandante, utilizadas por ella en la investigación posterior y en el procedimiento, arguyendo que se trataba del ejercicio de derechos democráticos garantizados por la Constitución.

118. Las partes no han explicado claramente en qué consistía realmente el proyecto de guardería al que se refería la demandante, pero no se encuentra nada en el expediente que permita suponer que se trataba de algo ilegal. Por otra parte, esta actividad podría, en cierto modo, estar protegida por los artículos 11 del Convenio o 2 del Protocolo núm. 1, cuestión que, por lo demás, no hay que tratar ahora.

119. Lo fundamental de la revisión de la Comisión, en relación al artículo 10 del Convenio, es apreciar cómo funciona el sistema de fiscalización de la lealtad aplicado a la demandante, para determinar la proporcionalidad de la reacción y su necesidad a tenor del apartado 2 de dicho precepto. La Comisión ha reconocido ya que estos sistemas de fiscalización de la lealtad afectan a los funcionarios públicos en varios Estados miembros del Consejo de Europa y que en el caso de que se trata hubo ciertamente una injerencia en la libertad de expresión y de opinión de la demandante.

120. El Consejo de Educación consideró que la demandante no había disipado la ambigüedad suscitada, de una parte, por su declaración de lealtad a la Constitución y, de otra, por su carta abierta. El Tribunal de Apelación puntualizó que la demandante tuvo ocasión de dar explicaciones sobre su carta abierta, pero que las que dio -y más concretamente el ejemplo del proyecto de guardería, único caso en que apoyó las tesis del KPD- no eran verosímiles. La Comisión señala, sin embargo, que desde el principio la demandante se ha opuesto a que se aprecien sus opiniones políticas fundándose en su conferencia de prensa y en su carta abierta, a las que considera como ejercicio de sus derechos democráticos. La demandante ratifica gustosa su declaración de fidelidad a la Constitución. Aunque dijo que estaba dispuesta a contestar a cualquier pregunta sobre las ideas del KPD, se negó a apartarse de este partido, en términos generales, después de haber puntualizado que no pertenecía al mismo.

121. Por consiguiente, la demandante no tenía verdadera obligación de explicarse con más amplitud sobre sus opiniones, y en este sentido sus diversas declaraciones fueron respetadas como lo que eran: el ejercicio de su derecho democrático a la libertad de opinión y de expresión. No obstante, debido a su condición de funcionaria, las declaraciones fueron analizadas cuidadosamente para comprobar si se ajustaban a las exigencias de lealtad. La Comisión tiene, por consiguiente, que examinar también ahora si dicha comprobación y sus consecuencias fueron proporcionadas a la legítima finalidad de fiscalizar la lealtad de los

funcionarios públicos.

122. La carta de la demandante podía interpretarse de distintas maneras. No obstante, el Tribunal de Apelación, en su sentencia, parece considerarla incompatible con el trabajo de la demandante como funcionaria pública. El Tribunal advirtió que la interesada pudo aclarar fácilmente que la carta exageraba mucho sus opiniones y atender así al Consejo de Educación en cuanto a su lealtad al régimen constitucional. Sin embargo, el Tribunal rechazó la explicación que dio la demandante, a saber, que lo único que pretendía en su carta era señalar su adhesión al proyecto de guardería infantil.

123. Esta actitud pone de manifiesto el rigor de la condición que se puso a la libertad de expresión de la demandante. Parece que sólo una retracción de la carta abierta habría satisfecho al Consejo de Educación en la cuestión de la lealtad de la demandante, aunque ésta haya confirmado expresamente su declaración a este respecto. Conviene recordar que existen otros sistemas para fiscalizar esta lealtad, especialmente la posibilidad, prevista por la regulación legal alemana de la función pública, de instruir un expediente disciplinario como consecuencia de actos incompatibles con el desempeño de su puesto como funcionaria. Estos procedimientos disciplinarios, que no se limitan a los funcionarios de la Administración y que se utilizan en los Estados miembros del Consejo de Europa, permiten a la autoridad competente promover unas actuaciones para aclarar los hechos y, en su caso, imponer las correspondientes sanciones cuando el funcionario incumple los deberes de su cargo. En el caso de que ahora se trata no se promovió ningún expediente de esta naturaleza, y la profesora interesada no infringió ninguno de sus deberes ni en el Centro en que enseñaba ni en ninguna parte, por ejemplo, defendiendo o promoviendo un extremismo político. Sin embargo, la aplicación del sistema de fiscalización de la lealtad tuvo consecuencias tan graves para la demandante como las de un procedimiento disciplinario. Estas consecuencias se debieron a la conclusión a que llegó el Consejo de Educación, y que confirmaron las resoluciones judiciales posteriores, de que la demandante no había demostrado decisivamente su lealtad a la Constitución. Para demostrarla, parecer ser que habría sido necesario que renunciase, pública y formalmente, a unas opiniones que, según alega, no conocía por completo.

124. La Comisión ha reconocido que en algunos Estados miembros del Consejo de Europa hay un deber de reserva o limitación de la expresión de opiniones por los funcionarios públicos. No obstante, este deber depende con frecuencia de la naturaleza de las funciones que desempeña el funcionario de que se trate. Por el contrario, en el caso presente la restricción se aplicó a la opinión de la demandante por ser funcionaria, y no parece que se tuviera en cuenta que se trataba de una profesora y no de una alta funcionaria en un Ministerio o de una funcionaria no especializada de la Administración. La naturaleza general de esta restricción refleja las razones históricas que subyacen en la introducción en la República Federal de Alemania de este procedimiento para fiscalizar la lealtad de los funcionarios públicos.

125. Sucede, sin embargo, que el sistema de fiscalización de la lealtad aplicado a la demandante tuvo como consecuencia que se viera obligada a tomar una actitud inequívoca no sólo en la cuestión de la lealtad propiamente dicha, sino también en sus relaciones con determinado partido político. Así, fue requerida para apartarse por completo de un partido al que no pertenecía - sin que se alegara lo contrario -, pero al cual, según declaró expresamente, apoyaba en una de sus actividades políticas. La demandante ha alegado que podía perfectamente -se trata, por otra parte, de un derecho especialmente protegido por el Convenio- hacer suyo uno de los objetivos de un partido del cual no aceptaba ni conocía totalmente el conjunto de su programa político. Entendía que podía compartir una parte solamente de un partido ciertamente extremista, pero reconocido legalmente. Sin embargo, no se le concedió esta posibilidad. La situación en que la colocó la investigación sobre su lealtad no permitía esta combinación de puntos de vista, sino que se traducía en la obligación

de hacer y expresar una distinción, sin matices, entre las opiniones que cumplían el requisito de la lealtad y las que, según el Consejo de Educación, no lo hacían así.

126. A mayor abundamiento, aunque la demandante tomó una actitud ambigua ante las actividades políticas del KPD, no fue interrogada por el Consejo de Educación sobre los aspectos concretos de esta política. El acta de su entrevista con el Consejo de Educación no refleja que éste ahondara en el proyecto de guardería infantil, aunque se tratara de una iniciativa local en un barrio abandonado de la ciudad y de una cuestión cuya relación directa con el problema de la fidelidad a la Constitución no parece clara. En lugar de esto se requirió a la demandante para que condenara en su totalidad a un partido, aunque no se alegaba que fuera miembro del mismo. Ciertamente se podía interpretar su vacilación para contestar como un indicio de que faltaba a la verdad y apoyaba del todo a dicho partido, pero también cabían otras interpretaciones que no se consideraron en la misma forma. Sobre todo, no hay nada en el expediente que contradiga convincentemente la explicación que da la propia demandante de su actitud, a saber, que no pertenecía al KPD, pero que apoyaba el proyecto de guardería infantil.

127. Es posible que este proyecto de guardería afectase a materias docentes, especialmente a la educación de los niños, y que esto suscitara temores de propaganda política. Sin embargo, el Consejo de Educación no se fundó en estas consideraciones y ni siquiera examinó la posibilidad de que la participación de la demandante en el proyecto influyera en sus actividades profesionales. Sólo se preocupó de exigirle que disipara la ambigüedad comprobada en declaraciones que el Consejo consideraba incompatibles con la lealtad a la que estaban obligados los funcionarios públicos.

128. La Comisión recuerda los términos muy amplios del compromiso contraído por la demandante en su declaración de fidelidad a la Constitución. Sin embargo, reconoce el papel de suma importancia que desempeña la protección de la libertad de expresión en la organización democrática de los Estados miembros del Consejo de Europa. No puede admitir que el requerimiento que se hizo a la demandante para que se apartara totalmente de un partido con el que se relacionaba tan poco se considere como una condición y una restricción «necesaria(s)» de su libertad de expresión. Tanto más cuanto que se ha comprobado que no existió en la conducta de la demandante ninguna opinión distinta que hubiera podido o pudiera expresarse en el ámbito de sus tareas docentes. La Comisión entiende, por el contrario, que el Consejo de Educación tenía la obligación de dejar que la demandante ejercitara su libertad de expresión, siempre que lo hiciera fuera del ámbito profesional y que no se demostrara que sus opiniones eran una amenaza para la democracia. La fiscalización de la lealtad no se debió en este caso a una «necesidad social imperiosa» y la reacción del sistema revisor fue desproporcionada. Por consiguiente, no fue necesaria, en una sociedad democrática, para ninguna de las finalidades enumeradas en el artículo 10.2 del Convenio.

## Conclusión

129. En consecuencia, la Comisión es de la opinión, por nueve votos contra ocho, de que en este caso se violó el artículo 10.

Firmado: C. A. Noorgaard, PRESIDENTE

Firmado: H. C. Krüger, SECRETARIO

## VOTO PARTICULAR DISIDENTE DEL SEÑOR SPERDUTI

Me uno a la opinión de la minoría de que se violó el Convenio en el caso de que se trata. Sin

embargo, debo aclarar a grandes rasgos las razones que me llevan a dicha conclusión.

El problema que se plantea se refiere principalmente a los requisitos para el ingreso, desempeño del puesto y cese en la función pública en la República Federal de Alemania, teniendo en cuenta especialmente la protección del régimen democrático establecido por su Constitución.

Entre estos requisitos o condiciones hay que referirse, sobre todo, al deber que tienen los funcionarios públicos de guardar estricta lealtad a la Constitución, deber que aceptan libre y voluntariamente. La exigencia de esta lealtad, cuyo cumplimiento es un deber para los funcionarios públicos como tales, se debe apreciar a la vista del desarrollo histórico de la República Federal y de la situación geográfica y política a que se refiere el informe de la Comisión.

A mi entender, hay que distinguir, en lo que se refiere a las expresiones de opinión y, más en general, a la conducta de los funcionarios, entre el deber de reserva que se impone habitualmente a los funcionarios, y cuyas violaciones pueden sancionarse disciplinariamente según su gravedad, y dicha lealtad, que debe apreciarse en su verdadero alcance y en sus implicaciones a tenor de la normativa jurídica afectada.

Considérese el supuesto de que las autoridades competentes, actuando con total objetividad y sin tacha de arbitrariedad, entiendan que la conducta de un funcionario es incompatible con la protección del régimen constitucional. Considérese, en otras palabras, que la conducta de dichas autoridades responda a las exigencias de prudencia y vigilancia que, según el ordenamiento jurídico interno, deben atenderse para asegurar la debida protección de los valores e ideales constitucionales contra los ataques que, en especial en el Estado de que se trata, pueden amenazarles.

Entiendo que el Estado, al tomar en los casos expresados las medidas en cuestión, se limita a ejercitar su libertad de regular los requisitos para el ingreso y el cese de los funcionarios públicos en la forma que considera conveniente y necesaria.

Por consiguiente, no debe plantearse la cuestión de una violación de un precepto del Convenio cuando se toma una medida rechazando el ingreso en la Administración Pública o destituyendo a un funcionario, después de tener en cuenta, objetiva y razonablemente, las circunstancias que concurren en el caso.

Creo que la libertad de expresión de las opiniones, incluso políticas, no quedará afectada por dichas medidas, y apoyo lo dicho por dos razones: la medida no es una verdadera sanción, sino una medida preventiva para evitar un peligro que puede afectar al régimen constitucional establecido, y, en segundo lugar, las opiniones expresadas por el funcionario destituido se pueden reiterar después por él con toda libertad.

Hay que señalar también que no se plantea realmente un problema de proporcionalidad entre la conducta del funcionario y la medida tomada. En efecto, lo decisivo para una medida denegatoria del ingreso en la función pública o de anulación del nombramiento es que se considere que la persona a la que se refiere no ofrece las garantías de lealtad hacia la Constitución que se exige al funcionario público.

A lo dicho quiero añadir lo siguiente: podrá plantearse un problema de violación del Convenio en el caso de que se tomaran estas medidas por conductas y expresiones de opinión que no se pudieran considerar objetivamente como pruebas de deslealtad hacia el ordenamiento constitucional y democrático del Estado; o sea, si tales medidas no pudieran entenderse

adoptadas para las finalidades de protección de este régimen constitucional.

Precisamente porque no se trata en lo sucesivo de las normas y principios que regulan el ingreso en la función pública y el cese de los funcionarios, las expresiones de opinión en cuestión se examinan en el ámbito jurídico, en relación con los derechos garantizados por el artículo 10 del Convenio. De todo lo cual resulta que las medidas tomadas contra la interesada, al no entenderse justificadas según el apartado 2 de dicho precepto, se consideran como violaciones del tantas veces citado artículo 10.

Llego, sin embargo, a la conclusión de que en las circunstancias que concurren en este caso no se violó el Convenio.

**VOTO PARTICULAR DISIDENTE DEL SEÑOR FORWEIN, APROBADO POR LOS SEÑORES ERMACORA, CARRILLO Y SOLER**

1. Estamos conformes con la opinión en general de la mayoría que se expone en los apartados 66 a 90 del informe, pero no llegamos a la conclusión de que se violó el artículo 10. Entendemos que la sanción que en este caso aplicaron las autoridades alemanas estaba respaldada por el apartado 2 del citado artículo.

2. El régimen alemán, que exige el requisito de la lealtad a los funcionarios públicos, es independiente del puesto concreto que ocupa cada funcionario. Por tanto, parece imposible que se tenga en cuenta si las actividades de la demandante se relacionaban con su plaza de profesora. La cuestión que puede plantearse en cuanto al artículo 10.2 es la de la necesidad de incluir al profesorado entre los funcionarios públicos. La mayoría de la Comisión no parece dudar a este respecto. Tampoco dudamos nosotros de que el Estado tenga la facultad de atribuir la condición de funcionarios a los profesores que desempeñan la importante función de educar a la sociedad del futuro.

3. La cuestión que hay que resolver es si las autoridades podían razonablemente llegar a la conclusión de que la demandante no demostró la obligada lealtad hacia el régimen constitucional.

4. En el caso de la demandante, las autoridades, en su primera investigación, llegaron a la conclusión de que no se podía dudar de su lealtad. Después se publicó la carta dirigida por la demandante al periódico, de la que resultaba con toda claridad su apoyo, hasta cierto punto, a las tesis del KPD. La amplitud de este apoyo quedaba un tanto imprecisa. El KPD era, a la sazón, un partido comunista marginal, extremista y violento, y la demandante tuvo que darse cuenta de que su carta suscitaría inevitablemente dudas sobre su lealtad. Después de la publicación, las autoridades no llegaron inmediatamente a ninguna conclusión, y pidieron a la interesada que diera las correspondientes explicaciones sobre la carta y sobre su situación. Al negarse a aclarar su relación con el KPD, se la requirió por carta para que puntualizara que no apoyaba la política del KPD, a lo que se negó.

5. Todo lo expuesto demuestra que la demandante tuvo por completo la ocasión de aclarar su actitud y de disipar las dudas sobre su lealtad. No es posible conocer por qué se negó a hacerlo, pero nos parece claro que un régimen que exige a sus funcionarios la fidelidad a la Constitución no puede admitir que uno de ellos de la impresión de apoyar, a la vez, a un grupo violento que se esfuerza en derribar dicho régimen constitucional.

6. Si la demandante se hubiera mostrado dispuesta a discutir su actitud hacia el KPD, se habría evitado un posible error por su parte. El Tribunal Administrativo de Apelación se refirió expresamente a la posibilidad que tenía la interesada de aclarar que solamente apoyaba la

iniciativa sobre la guardería infantil. En estas circunstancias, las autoridades se vieron obligadas a llegar a la conclusión de que la demandante quería que todos tuvieran la impresión de que un profesor puede, hasta cierto punto, apoyar la política del KPD sin tropezar con su deber de fidelidad a la Constitución. Si las autoridades están dispuestas a mantener esta regla de lealtad, tendrán que borrar esta impresión.

7. Todo esto demuestra que el caso de que se trata no es uno de aquellos en los que cabe preguntarse si las declaraciones hechas siguen siendo válidas con el transcurso del tiempo. En este caso, la demandante se negó a explicar claramente lo que entendía como lealtad frente a una organización que propugna la destrucción del régimen constitucional. Puesto que la estrategia de estos grupos pretende introducirse en los Cuerpos de funcionarios de la Administración, era necesario que se aclarara la actitud de la (ahora) demandante. La naturaleza proporcionada de la sanción se demuestra con la circunstancia de que las autoridades no actuaron inmediatamente al publicarse la carta, sino tan sólo cuando la demandante se negó a dar explicaciones sobre su actitud. No es posible saber si la interesada optó por conducirse así por apoyar, en realidad, la política del KPD en términos más generales. Como no quiso dar a conocer su actitud, subsiste la duda sobre su lealtad.

8. Para apreciar si una sanción de esta naturaleza fue proporcionada, es importante también comprobar en qué consistió la restricción que se impuso a la libertad de expresión de la demandante. No se trataba en absoluto de limitar su apoyo a la guardería infantil, como lo puntualizó el Tribunal Administrativo de Apelación. Sin embargo, la demandante era funcionaria, y como tal tenía la obligación de no dar la impresión de que apoyaba, en general, la política de un partido que pretendía derribar el régimen constitucional. Ahora bien, después de suscitar esta impresión se negó a dar las necesarias aclaraciones.

9. Demuestra lo dicho que no había ninguna opinión concreta que no pudiera expresarse. Por el contrario, se le pedía que explicara su posición sobre los aspectos fundamentales de la democracia libre y pluralista. Se dejó sin efecto su nombramiento cuando no quiso fijar su actitud.

10. El artículo 10.2 comprende la situación del funcionario sujeto al deber de lealtad al «régimen político (...) democrático», en el sentido del preámbulo y del artículo 17 del Convenio. El hecho de que la demandante no explicara su posición después de haber enviado su carta al periódico no era la expresión de una opinión. Se le pedía que ratificara su compromiso con la democracia pluralista, cuyos principios no reconocía el KPD, antes bien, los rechazaba.

11. En estas circunstancias, entendemos que las autoridades podían considerar la anulación del nombramiento de la demandante, acordada después de su negativa a manifestar su posición, como una medida necesaria y proporcionada y, por tanto, justificada según el artículo 10.2 del Convenio.

#### VOTO PARTICULAR DEL SEÑOR OPSAHL

Los hechos de este litigio demuestran, a mi entender, que no se trata verdaderamente de la libertad de expresión en general, sino más concretamente de la libertad de opinión y de las consecuencias para la demandante de las opiniones que se le atribuyeron. El artículo 10.1 protege expresamente, como uno de los derechos que se «incluyen» en la libertad de expresión, la libertad de opinión, incluso si la opinión no se expresa abiertamente o si se impide hacerlo.

Por tanto, la primera cuestión que se plantea es si el régimen de fiscalización de la lealtad, tal

como se aplicó a la demandante, afectó a su derecho de opinar o de guardar silencio. Con este presupuesto, estoy de acuerdo con la Comisión en que éste fue verdaderamente el caso.

También coincido con la conclusión de que el resultado de esta interferencia en su libertad, después de la investigación sobre sus opiniones, no estaba justificada porque no era necesaria ni proporcionada. A mi entender, lo que más llama la atención en este asunto es lo endeble que eran los hechos (apartados 24-27) que llevaron a la conclusión de que la conducta de la demandante implicaba un «engaño intencionado» en cuanto a su deber de lealtad (apartados 28-46). Como da a entender la Comisión en el apartado 125, quizá la reacción de las autoridades, con la consiguiente y expresada conclusión, fue exagerada. El ambiente de tensión y de temor que imperaba a la sazón puede explicar lo sucedido, pero no es suficiente. Verdaderamente, aunque la actitud de la demandante parecía un desafío, también se podía considerar como una reacción en defensa de los derechos que garantiza la Constitución, especialmente la libertad de opinión. Una vez que declaró expresamente su lealtad a la Constitución y mantuvo esta declaración, el hecho de que al mismo tiempo desafiara en cierta manera el régimen de fiscalización de la lealtad y después participara, al parecer, en una campaña contra el mismo no justifica, a mi entender, las conclusiones establecidas en perjuicio de la demandante y sus consecuencias. Hay que limitar la exigencia de fidelidad a la Constitución para no incurrir en un abuso. No es necesario que abarque la conformidad con todos los aspectos del régimen de fiscalización de esta lealtad, ni especialmente que obligue a apartarse en su totalidad de toda las opiniones de un partido o de todas las facetas de una idea. Se puede considerar perfectamente la actitud de la demandante como una especie de legítima defensa y, a lo sumo, como una desobediencia cívica frente al régimen de revisión de la lealtad. En estas circunstancias, no era necesario y, por consiguiente, no estaba justificado considerar dicha actitud como la prueba de la acusación, mucho más grave, de incumplimiento de su compromiso de lealtad que la demandante había aceptado y ratificado expresamente.

Como consecuencia de todo lo dicho, no me parece necesario examinar u opinar sobre las demás consideraciones de la Comisión, puesto que, como el señor Trechsel, tropezaría con algunas dificultades para compartir determinados argumentos.

#### VOTO PARTICULAR DE CONFORMIDAD DEL SEÑOR TRECHSEL

La mayoría de la Comisión ha abordado en relación al artículo 10 la cuestión planteada por esta demanda, considerando, sobre todo, si cualquier injerencia en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión de la demandante estaba justificada según el apartado 2 del citado precepto. Aunque comparto la opinión expresada, en definitiva, por la Comisión, no estoy de acuerdo con sus argumentos.

A mi entender, se debía examinar el caso en el ámbito del artículo 14 del Convenio, que se refiere a las diferencias comprobadas en el disfrute de los derechos y libertades reconocidos por el Convenio, y que ha de interpretarse como si fuera parte del artículo 10 (véase el caso «lingüístico belga», serie A, núm. 4, pág. 34).

Es cierto que el método seguido por la mayoría de la Comisión y el que yo propongo aquí llevan con frecuencia al mismo resultado, pero quisiera subrayar las diferencias y las razones en que, en mi opinión, se funda la preferencia por la invocación del artículo 14.

El punto de partida es el examen de la diferencia entre las «formalidades, condiciones, restricciones o sanciones», a tenor del artículo 10.2, y las «distinciones», según el artículo 14. Entiendo que el apartado 2 del artículo 10 se refiere a las limitaciones de la libertad de expresión que se aplican a todos. Se trata, pues, de las injerencias en la forma y en el contenido de la opinión expresada. Las distintas finalidades, por ejemplo, la «seguridad

nacional» para los secretos políticos y militares, la «moral» para la pornografía, la «protección de la reputación o de los derechos ajenos» para la difamación, se enumeran con referencia a opiniones o a informaciones concretas. Por el contrario, cuando una restricción afecta fundamentalmente a determinada clase de personas, nos encontraremos con una distinción en el sentido del artículo 14. La distinción se enfoca sobre las características de la clase en cuestión y no sobre el contenido de la opinión expresada. Siempre que una injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión se refiere a un grupo limitado de personas mientras que se permite conducirse de la misma manera a cualesquiera otras, nos encontramos con una distinción en el goce de este derecho, y se plantea la cuestión de si se trata de una discriminación en el sentido del artículo 14.

Ahora bien, en la comparación entre los requisitos para justificar las injerencias, de una parte, y las distinciones, de otra, se aprecian importantes diferencias. Los requisitos de la justificación en relación al artículo 10.2, aplicables a cualquier persona, son, como se comprende perfectamente, más rigurosos que los que se aplican a determinadas clases de personas. Las restricciones han de fundarse en la ley, tienen que perseguir una de las limitadas finalidades enumeradas y deben ser necesarias. Una distinción, en el sentido del artículo 14, será discriminatoria cuando no tenga «justificación objetiva y razonable». La existencia de esta justificación se apreciará en relación a la finalidad y a los efectos de la medida de que se trate, teniendo en cuenta los principios que normalmente imperan en las sociedades democráticas. Un trato distinto en el ejercicio de un derecho reconocido por el Convenio no debe limitarse a perseguir una finalidad legítima: se violaría también el artículo 14 cuando se demuestre claramente la falta de una razonable relación de proporcionalidad entre los medios utilizados y el objetivo pretendido (caso «lingüístico belga», ya citado, página 34).

El Tribunal no se refiere a la legalidad, pero esta omisión puede deberse quizá a la circunstancia de que en dicho caso no se planteaba ningún problema a este respecto. Como sucede lo mismo en el que ahora se trata, la cuestión queda pendiente. Además, en ambos casos tenía y tiene que respetarse el principio de proporcionalidad.

La diferencia fundamental consiste, pues, en las finalidades que legítimamente se persiguen. Mientras que la enumeración que hace el artículo 10.2, aunque acertada, continúa siendo limitada, el artículo 14, según lo ha interpretado el Tribunal, no enumera ningún objetivo concreto, y tan sólo se refiere a los principios dominantes en las sociedades democráticas y a los problemas en litigio.

Aunque los dos criterios pueden llevar, en definitiva, a la misma conclusión sobre si se han violado los derechos que garantiza el Convenio, una de las vías puede ser más fácil que la otra. El caso que se estudia es, a mi entender, un evidente ejemplo de lo que se dice.

La mayoría de la Comisión admite que la injerencia era «de interés para la seguridad nacional». Sin embargo, es difícil relacionar con la seguridad nacional las opiniones políticas de una profesora de instituto de provincias, como hace claramente la mayoría en el apartado 87. Entiendo que no es necesario determinar si es conveniente la argumentación de la mayoría en los apartados 85 a 89. En cambio, me parece importante señalar el peligro que supone este método. En realidad, la «seguridad nacional» es un argumento que puede producir abusos. Pues bien, el método escogido por la mayoría los facilita al atribuir a los «intereses de la seguridad nacional» un sentido muy amplio (véase el informe de la Comisión en el caso Pat Arrowsmith contra Reino Unido, Resoluciones e Informes, núm. 19, pág. 52, cuya interpretación está mucho más cerca del sentido usual de esta expansión). No hay medio de limitar esta interpretación en los casos en que las injerencias en el ejercicio de la libertad de expresión afectan a ciudadanos corrientes que no son o no pretenden ser funcionarios. En efecto, la aplicación del artículo 10.2 al presente caso lleva inútilmente a corromper y

desvalorizar una expresión del Convenio que pretendía limitar las injerencias.

Hay, además, otro obstáculo para ligar la injerencia con la finalidad del «interés de la seguridad ciudadana». La Comisión, que ha examinado la aplicación del artículo 10 (libertad de expresión), podía también considerar el caso como una injerencia en relación con el artículo 9 (libertad de pensamiento). Con una visión así, tengo que basar mi argumentación en una hipótesis que, en el contexto de que se trata, no puedo razonar a fondo. Consiste esta hipótesis en afirmar que la «libertad de opinión» tiene que interpretarse, en oposición a la «libertad de pensamiento», como refiriéndose a la libertad de expresar una opinión, pues si no se hiciera así sería imposible distinguir claramente entre los artículos 10 y 9, ya que no hay ningún criterio para diferenciar «la opinión» y «el pensamiento» en términos claros y aplicables en Derecho.

Mi opinión de que la demandante se queja de la violación del artículo 9 más bien que de la del artículo 10 parece confirmarse por el siguiente hecho: en realidad, no se sancionó a la interesada por la expresión de determinada opinión, sino por negarse a hacerlo. Parece más razonable considerar las opiniones no expresadas como pensamientos. Y de hecho, la cuestión de que se trata, con motivo de las medidas litigiosas, es la actitud, en general, de los funcionarios públicos frente a los valores fundamentales de la «Grundgesetz», lo cual es materia de pensamiento, o incluso de conciencia. Ahora bien, el artículo 9.2 no permite al Estado intervenir en el ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento por razones de seguridad nacional.

En cualquier caso, la argumentación de la mayoría lleva también a una confusión metodológica al confrontar dos problemas que hay que resolver, dos cantidades desconocidas, por así decirlo: si se justificaba la injerencia a la vista del contenido de la opinión expresada y si se justificaba a la vista de la situación especial del funcionario en cuestión. La circunstancia de que se aluda al estatuto del funcionario no sólo en relación a la necesidad, sino también en relación con la fiabilidad de la restricción, supone una especial dificultad para esta combinación de cuestiones.

Si se sigue el método que propongo en este voto particular, se acepta desde el principio que las opiniones expresadas o que los pensamientos sostenidos no pueden, como tales, ser objeto de sanción. El Gobierno demandado no discute esto. Se plantea entonces la cuestión de si está justificado limitar el ejercicio de la libertad de expresión o de pensamiento en cuanto a las personas que disfrutaban del «otro estatuto» de funcionario.

Admito que la distinción en cuestión pretende una finalidad legítima y me remito a la opinión de la mayoría, que, a la vista del artículo 14, es sin duda convincente.

En cuanto a la razonable relación de proporcionalidad, estoy también de acuerdo con la mayoría de la Comisión en que falta en este caso. Si he entendido bien los hechos del litigio, la demandante quería tomar una actitud matizada, no una total sujeción al KPD, sino un apoyo a uno de sus proyectos en un campo que estaba dentro de su competencia profesional. Por el contrario, las autoridades pretendían que la interesada tomase una posición extrema y rechazase del todo las ideas del KPD. A mi entender, no se ha demostrado que pudiese exigirse razonablemente una negativa tan rotunda como requisito para admitir a la demandante como profesora de instituto. Por consiguiente, creo que sufrió una discriminación opuesta al artículo 14 del Convenio, interpretado en relación con el artículo 10, o más bien con el artículo 9 del Convenio.

VOTO PARTICULAR DISIDENTE DEL SEÑOR SCHERMERS

No está en juego en este caso la libertad de «comunicar» informaciones. En efecto, se permitió a la demandante que expresara su opinión sin ninguna restricción.

Es inevitable que la expresión de determinadas opiniones influya en el concepto que tengan los demás de una persona. Al que exprese ideas religiosas se le considerará religioso; al que propague ideas comunistas se le tendrá por comunista, etc. Es una consecuencia normal de la expresión de las ideas.

La cuestión que se suscita en este caso no es si se limitó la expresión de ideas de la demandante, pues no se ha alegado ninguna restricción de tal naturaleza. Tampoco se trata de si la conclusión a que llegaron terceras personas de que la demandante simpatizaba con las ideas del KPD limitó su libertad de expresión, puesto que era la consecuencia normal de la comunicación de sus puntos de vista.

El verdadero problema es si la negativa a nombrar (9) para un puesto a alguien que «tiene» determinadas ideas está o no está amparada por el artículo 10. Por lo general, no será éste el caso. En cualquier procedimiento para cubrir un puesto vacante el empresario tendrá en cuenta las opiniones de los aspirantes para apreciar cuál es el más idóneo para ocuparlo. Normalmente, no se podrá censurar a un empresario por preferir a un candidato que tiene determinadas opiniones a otro que las tiene distintas.

La cuestión es en qué medida la situación puede variar cuando se trata de puestos de funcionarios públicos. Y en este caso tampoco se opondrá al artículo 10 que se prefiera para ocupar un puesto al que tiene o no tiene determinadas opiniones.

Sin embargo, se suscitará un problema en relación al citado artículo cuando un Gobierno impida «sistemáticamente» a personas que tengan determinadas opiniones el ingreso en «cualquier» puesto de la función pública, con independencia de si la opinión tiene importancia para el puesto de que se trate. En tal caso, la prohibición podrá considerarse como una sanción para el que profesa una determinada opinión y no como un criterio que permita escoger a la persona más conveniente para la plaza en cuestión.

Si en el caso presente se tratase de un puesto para cuya provisión no fueran importantes las opiniones políticas de los aspirantes, el veto al que profesara determinadas opiniones se opondría al artículo 14, en relación con el artículo 10, y se plantearía la cuestión de si el apartado 2 del último precepto justificaba una discriminación de esta naturaleza.

No obstante, en el caso de autos hay una indudable relación entre el puesto a que se refiere y las opiniones políticas de los candidatos. No se opone al artículo 10 ni al artículo 14 la consideración de que las personas que tienen determinadas opiniones políticas son menos indicadas que otras para ocupar un puesto en la enseñanza.

La mencionada relación es incluso más clara que en el caso de la demanda núm. 9704/82, K contra República Federal de Alemania, puesto que se podía esperar que los alumnos de la demandante fueran más susceptibles de influencias que los estudiantes más maduros del demandante K. A diferencia del caso de dicha demanda núm. 9704/82, en el presente no se trataba de una recomendación en favor del nombramiento de la interesada.

(Comentario y traducción: José María Tejera Victory)