

Sentencia 9704/82

CASO KOSIEK

Sentencia de 28 de agosto de 1986

El artículo 10 del Convenio y los funcionarios públicos

COMENTARIO

I

1. El caso a que se refiere la sentencia que se comenta se sometió al Tribunal por la Comisión Europea de Derechos Humanos el 16 de julio de 1984. Tuvo sus orígenes en una demanda contra la República Federal de Alemania, formulada por un ciudadano de la misma, el señor Rolf Kosiek, y sometida a la Comisión el 20 de febrero de 1982.

2. La Comisión pretende que se resuelva si el Estado demandado incumplió las obligaciones que impone el artículo 10 del Convenio.

3. El 28 de septiembre de 1984, la Sala correspondiente del Tribunal, considerando que los casos G. y Kosiek suscitaban cuestiones importantes que afectaban a la interpretación del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales, acordó, por unanimidad, declinar su competencia en favor del Tribunal en pleno.

Tras la tramitación correspondiente, la Vista pública se celebró el 22 de octubre de 1985, en el Palacio de Derechos Humanos, en Estrasburgo. La sentencia del Pleno del Tribunal es de fecha 28 de agosto de 1986.

II

1. El hoy demandante, súbdito alemán nacido en 1934, reside en Nürtingen. Estudió física durante varios años y obtuvo su título de Doctor en la Universidad de Heidelberg. Desde el 1 de septiembre de 1962 hasta el 31 de octubre de 1968 trabajó en el primer Instituto de física de dicha Universidad, primero como empleado y después como auxiliar de investigación, con la condición de funcionario interino. Su tarea terminó, con su conformidad, por no ser posible la concesión de una nueva prórroga.

Poco después de su toma de posesión, el señor Kosiek había firmado, el 26 de octubre de 1962, una declaración dándose por enterado de la resolución del Gobierno Federal de 19 de diciembre de 1950 sobre las actividades antidemocráticas de los funcionarios públicos y del Decreto del Gobierno del Land de Baden-Wurtemberg, de 12 de septiembre de 1955, que exigía dicha declaración y daba por supuesto que los aspirantes a funcionarios no pertenecían a ninguna organización que pretendiera derribar el régimen liberal y democrático ni apoyaban tales tendencias.

En 1965, el señor Kosiek se había afiliado al Partido Nacional-Democrático de Alemania en el que ocupó diversos cargos, según se detalla en la exposición de hechos de la Sentencia. Abandonó el partido el 9 de diciembre de 1980. Fue diputado del mismo en el «Landtag» de Baden-Wurtemberg desde el 1 de junio de 1968 hasta el 31 de mayo de 1972, se presentó en sus listas en las elecciones federales de otoño de 1972, pero el NPD no consiguió representación en el «Bundestag»; y expuso sus opiniones políticas en dos libros.

En 1970 solicitó una plaza de profesor auxiliar en la Escuela Pública de Ingenieros de Coblenza, superó las pruebas y se propuso al Ministerio de Educación de Renania-Palatinado el nombramiento a su favor. El 15 de diciembre de dicho año, el Ministerio le notificó que había conseguido la plaza otro concursante. Enterado por la prensa, un año después, de que su petición había fracasado por sus actividades políticas en el NPD, acudió a la vía judicial en la que, tanto en primera instancia como en la apelación, los tribunales administrativos competentes desestimaron su pretensión de admisión, sin permitirle recurrir en casación.

En 1972, el demandante solicitó una plaza de profesor auxiliar en el Instituto Técnico de Nürtingen, superando una prueba y siendo nombrado por el Ministerio, con la condición de funcionario público interino o a prueba, con efectos desde el 1 de septiembre de dicho año. El 9 de noviembre prestó juramento ante el Rector y se comprometió a respetar y defender la Ley Fundamental y la Constitución del Land.

Cuando el Rector solicitó, con fecha 17 de octubre de 1973, que el nombramiento del señor Kosiek fuera definitivo, el Ministerio le contestó que existían dudas sobre su lealtad a la Constitución por su actitud y sus actividades políticas y que, incluso, se consideraba su posible cese.

Después de interrogar al hoy demandante, el Ministerio, con fecha 28 de febrero de 1974, le notificó su cese con efectos desde el 30 de junio, entendiendo que no reunía las condiciones necesarias, teniendo en cuenta sus actividades políticas en el NPD, que se exponían con algún detalle.

El interesado reclamó el 8 de marzo de 1974 contra su cese. Rechazada su reclamación por el Ministerio, recurrió ante el Tribunal Administrativo de Stuttgart el 10 de junio.

El 8 de abril de 1975, el Ministerio anuló su resolución de 28 de febrero de 1974 por no haberse oído al Comité de personal del Instituto. Como este defecto se había subsanado en el intervalo, a la vez, y por el mismo motivo que en la ocasión anterior, se dio de baja al interesado a partir del 30 de junio de 1975. En consecuencia, el Tribunal Administrativo de Stuttgart sobreseyó el procedimiento pendiente, considerándolo resuelto en cuanto al fondo.

El señor Kosiek volvió a reclamar -esta vez el 2 de mayo de 1975- contra su nuevo cese en el servicio. El Ministerio rechazó el recurso el 7 del mismo mes, y el interesado impugnó su resolución ante el Tribunal Administrativo de Stuttgart, alegando que no se había demostrado que se hubiese opuesto a la Constitución. El Tribunal, con fecha 26 de enero de 1977, anuló las resoluciones del 8 de abril y 7 de mayo de 1975, entendiendo que la ley y los principios generales no permitían fundarse, para separar del servicio a un funcionario, en datos ya conocidos y que debían haberse tenido en cuenta en la fecha del nombramiento.

El Ministerio apeló contra este fallo el 23 de junio de 1977, alegando, entre otros motivos, que podía corregir un posible error cometido en el momento del nombramiento. El 28 de febrero de 1978, el Tribunal Administrativo del Land de Baden-Wurtemberg estimó el recurso y rechazó la pretensión del demandante, a la vista, especialmente, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal y, sobre todo, de su sentencia de 22 de mayo de 1975 .

El señor Kosiek, haciendo uso de la autorización del Tribunal de apelación, recurrió en casación, pero el Tribunal Administrativo Federal desestimó el recurso el 28 de noviembre de 1980, considerando que las dudas del Ministerio sobre la lealtad del demandante hacia la Constitución estaban justificadas.

El 16 de marzo de 1981, el señor Kosiek acudió al Tribunal Constitucional Federal, pidiendo

que se revocasen las sentencias del Tribunal de apelación y del Tribunal Administrativo Federal por su oposición a varios artículos de la Ley Fundamental. Las sentencias -en su opinión- habían violado su derecho, garantizado por el artículo 3 de la Ley Fundamental, de no ser discriminado por sus opiniones.

El Tribunal Constitucional Federal resolvió, con fecha 31 de julio de 1981, no admitir el recurso por considerarlo sin posibilidades de éxito. El Tribunal, con cita de su jurisprudencia, recordó que la obligación de lealtad a la Constitución era uno de los principios tradicionales de la función pública.

Como el recurso contra su cese tenía efectos suspensivos, el señor Kosiek continuó enseñando en el Instituto Técnico; pero la separación se convirtió en definitiva al dictar sentencia el Tribunal Administrativo Federal el 28 de noviembre de 1980. En consecuencia, el 15 de diciembre siguiente se le notificó que cesaba en su puesto.

2. El señor Kosiek compareció ante la Comisión el 20 de febrero de 1982, impugnado su cese por considerarlo opuesto al artículo 10 del Convenio.

La Comisión admitió a trámite la demanda el 16 de diciembre de 1982, y en su informe de 11 de mayo de 1984 entendió que no se había violado el Convenio.

3. El Gobierno, en sus alegaciones escritas y en la Vista, pidió al Tribunal que no conociera del fondo del caso por ser incompatible la demanda con los preceptos del Convenio; y, alternativamente, que declarase que la República Federal no habría violado el Convenio.

Por su parte, el Delegado de la Comisión pidió al Tribunal, al terminar la Vista, que resolviera si había existido una injerencia en el derecho reconocido al demandante por el artículo 10.1 del Convenio y, en caso afirmativo, si estaba justificada.

III

1. Plantea el Gobierno una excepción previa a la que se refiere, en primer lugar, como es lógico, la sentencia que se resume y comenta. Entiende el Gobierno que la demanda es incompatible con la regulación del Convenio al invocar un derecho que no garantiza. Según esta interpretación, el pleito se refiere al ingreso en la función pública, no al derecho a la libertad de expresión, como pretende el reclamante.

Por su parte, el señor Kosiek sostiene que, para resolver si la demanda es admisible, hay que tener en cuenta lo que reclama.

El Delegado de la Comisión considera ambigua la argumentación del Gobierno. Como el problema de la incompatibilidad ya fue resuelto por la Comisión al estudiar la admisibilidad de la demanda, el de la aplicación del artículo 10 del Convenio depende de la cuestión de fondo planteada.

El Tribunal entiende que el agravio que se denuncia -el cese de un profesor y funcionario por sus actividades políticas y publicaciones- no es ajeno al Convenio, de acuerdo con su propia jurisprudencia. Para dictar sentencia, habrá que investigar si el cese fue una «injerencia» en el ejercicio de la libertad de expresión protegida por el artículo 10 antes citado.

Para el Tribunal, se trata de una cuestión de fondo que no se puede resolver mediante el examen de la excepción. (Se cita, a este respecto, una reiterada jurisprudencia.)

2. El segundo fundamento de Derecho trata de la alegada violación del artículo 10 del Convenio, tantas veces citado.

El Convenio de Derechos Humanos, a diferencia de otros pactos y declaraciones internacionales, no establece ni reconoce expresamente el derecho de la persona al ingreso, en igualdad de condiciones, en la Administración Pública de su patria. Guardan también silencio, a este respecto, sus Protocolos adicionales; y advierte la sentencia que la omisión fue intencionada, como está claramente demostrado.

Ahora bien, en opinión del Tribunal, esto no significa que los funcionarios, en otros aspectos, queden al margen del ámbito en que se aplica el Convenio, como ya se puso de manifiesto en las sentencias que cita con suficiente detalle. Por consiguiente - siempre según el Tribunal-, la condición de funcionario interino que disfrutaba el señor Kosiek por su nombramiento de profesor, no le privó de la protección del artículo 10. Para determinar si fue violado, hay que averiguar si la medida impugnada fue una injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión o si debe incluir en el ámbito del derecho al ingreso en la función pública que, como ya se ha dicho, el Convenio no garantiza.

La sentencia, para determinar el alcance de dicha medida, la sitúa en las circunstancias del caso, teniendo además en cuenta la legislación pertinente. Recuerda que el Ministerio de Educación basó el cese del reclamante en sus actividades políticas y en los dos libros publicados; que, en el momento en que se propuso su nombramiento definitivo, había completado aproximadamente un año del necesario período de prueba; que, sin embargo, el Ministerio no lo consideró cumplido por no reunir la condición -exigida por los preceptos legales que se citan- de apoyar al régimen; que la exigencia se refiere al ingreso en la función pública y no se opone al Convenio; y que, como consecuencia, se denegó el nombramiento y se decretó el cese. A lo que añade la sentencia que los tribunales alemanes, ante los que el interesado reclamó, con una única excepción, resolvieron en el mismo sentido.

El Tribunal deduce del examen de las circunstancias y de los hechos que el problema que ha de resolverse se centra en el ingreso en la Administración Pública. El Ministerio competente, al denegárselo al hoy demandante, sólo tuvo en cuenta sus opiniones y actividades políticas para determinar si había cumplido el período de prueba y si reunía una de las condiciones necesarias para el desempeño del puesto.

3. Después de plantear y considerar de esta manera la cuestión, el Tribunal llega a la conclusión de que no hubo injerencia en el ejercicio del derecho protegido por el apartado 1 del artículo 10, y falla que no se violó este precepto.

IV

1. Se comprende perfectamente que la misma Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos conociera, en principio, de los asuntos Glasenapp y Kosiek y que luego, considerando que los dos suscitaban cuestiones importantes sobre la interpretación del Convenio, acordara declinar su competencia en favor del pleno del Tribunal. En uno y otro caso, con hechos parecidos - aunque la ideología de los dos funcionarios afectados fuera radicalmente opuesta- y con el común factor de dudarse de su lealtad al régimen constitucional, se plantearon los mismos problemas jurídicos, como se ha visto y se verá.

2. Por lo pronto, y en el ámbito procesal de una excepción previa formulada por el Gobierno demandado, se ha discutido si el litigio se refería simplemente al ingreso de un funcionario público -cuya condición tenía el profesor afectado- o bien al derecho a la libertad de expresión. Es de advertir que el Gobierno, en la vista pública, incluso manifestó que habría podido dar a

su objeción la forma de una cuestión de competencia, como lo hizo, en su día, ante la Comisión.

El Tribunal considera que el agravio que denuncia el demandante -víctima, según dice, de la violación del artículo 10- no es ajeno a las disposiciones del Convenio; y la apreciación tiene un fuerte apoyo jurisprudencial. Por ello, llega a la conclusión de que se trata de una cuestión de fondo que no se puede resolver en la forma previa que pretende el Gobierno demandado.

La postura que toma el Tribunal es lógica y prudente. Las cuestiones previas, dudosas o relacionadas con las de fondo, deben dejar expedita la vía procesal para evitar el riesgo de no hacer justicia.

3. Por lo demás, la Sentencia dice, expresa e inequívocamente, que el problema que resuelve «se centra en el ingreso en la función pública». Cuando la Administración se lo denegó al hoy demandante sólo tuvo en cuenta -como puntualiza certeramente el fallo- sus opiniones y sus actividades políticas para determinar si reunía una condición legal necesaria para ocupar el puesto. (Ya en su día, el señor Sperduti, en su voto particular de conformidad al informe de la Comisión, en este mismo caso, advertía que lo realmente decisivo, en una medida denegando el ingreso de un funcionario público y dejando sin efecto el nombramiento, es que se considera que la persona afectada no ofrece las garantías de lealtad hacia la Constitución que se exigen al funcionario como tal.) La consecuencia lógica de este planteamiento es que -dice la Sentencia- no hubo injerencia en el ejercicio del derecho protegido por el apartado 1 del artículo 10 .

4. Se entra al servicio de la Administración voluntariamente, y las limitaciones que impone esta función son públicas y especialmente conocidas de los que sirven o aspiran a servir en ella. (Aunque en el caso concreto objeto de la Sentencia se trataba de un cargo docente, era indiscutible la condición de funcionario público del que lo desempeñaba, precisamente con arreglo a la legislación interna.)

Sin duda puede discutirse la legitimidad y el alcance de tales limitaciones, incluso con relación al Convenio; pero no sería razonable, ni estaría justificado, negar al Estado la posibilidad de exigir lealtad hacia la Constitución vigente. Las opiniones y actividades políticas del interesado, en este caso, sólo fueron valoradas como pruebas de si podía entenderse cumplido ese deber. Sin perjuicio de las consecuencias que sufrió como funcionario, como ciudadano podía reiterarlas libremente cuando quisiera.

5. Es claro que -como reconoce la Sentencia-, no correspondía al Tribunal Europeo resolver si acertaron los tribunales internos al valorar en la forma en que lo hicieron las ideas y actividades del funcionario. Con mayor motivo, el comentario se ha limitado (como en el caso Glasenapp) a la cuestión jurídica suscitada, en la forma expuesta, absteniéndose, como es lógico, de referirse a cuanto el Tribunal dejó fuera de su ámbito y competencia.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

28 de septiembre de 1984

CASO KOSIEK

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

Visto el artículo 50 de Reglamento del Tribunal ,

Vistas las demandas que han promovido las actuaciones y también los informes de la Comisión;

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

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

Firmado: Gérard Wiarda, PRESIDENTE

Firmado: Marc-André Eissen, SECRETARIO

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

28 de agosto de 1986

CASO KOSIEK

SENTENCIA

En el caso Kosiek,

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fallando en pleno, en aplicación del artículo 50 de su Reglamento, y compuesto por los Jueces siguientes:

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 el 26 y 27 de junio de 1986,

Dicta 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 concedido 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. 9704/82), deducida contra la República Federal de Alemania, y sometida a la Comisión el 20 de febrero de 1982 por un ciudadano de dicho Estado, el señor Rolf Kosiek.

El demandante, designado al principio por la inicial K, dio después su consentimiento para que se conociera su identidad.

La demanda 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). Pretende que se resuelva si los hechos de autos ponen de manifiesto el incumplimiento por el Estado demandado de las obligaciones que resultan del artículo 10.

2. El señor Kosiek, en contestación al ofrecimiento previsto por el artículo 33.3.d) del Reglamento, hizo constar que sería parte en el procedimiento pendiente en el Tribunal y nombró su Abogado (art. 30).

3. El Presidente del Tribunal acordó el 20 de julio de 1984 que, en aras de la buena administración de justicia, la misma sala conociera en este caso y del Glaserapp (art. 21.6).

La sala, que debía 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, a la sazón Presidente del Tribunal [art. 21.3.b) del Reglamento]. El 2 de agosto de 1984, el

Presidente designó, por sorteo, ante el Secretario, 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 el Abogado del demandante sobre la necesidad del procedimiento escrito. El 24 de agosto de 1984 concedió al Agente y al Abogado un plazo hasta el 31 de enero de 1985 para presentar sus Memorias o alegaciones, a las que el Delegado podría contestar por escrito dentro de los dos meses siguientes a partir del día en que el Secretario le trasladase el último de los escritos recibidos (art. 37.1). El 23 de enero de 1985, prorrogó hasta el 21 de marzo el primer plazo mencionado.

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

6. Una organización privada británica, la Prison Officers' Association, mediante carta recibida el 19 de diciembre de 1984, pidió, con invocación del artículo 37.2 del Reglamento, que se le permitiera presentar observaciones por escrito. El 25 de enero de 1985, el Presidente acordó denegar lo solicitado.

7. La Memoria del Gobierno entró en la Secretaría el 21 de marzo y la del demandante -redactada en alemán, en virtud de la autorización del Presidente (art. 27.3)-, el día 25. El Secretario de la Comisión comunicó al del Tribunal, el 4 de junio, que el Delegado formularía sus alegaciones en la Vista del caso.

8. El 12 de junio, el señor Ryssdal, Presidente del Tribunal desde el 30 de mayo de 1985, previa consulta por medio del Secretario Adjunto (art. 38 del Reglamento), al Agente del Gobierno, al Delegado de la Comisión y al Abogado del demandante, dispuso que el procedimiento oral comenzase el 21 o el 22 de octubre de dicho año, inmediatamente después de que terminaran las audiencias públicas del caso Glasenapp. El 5 de julio autorizó a los miembros de la delegación del Gobierno el uso del alemán en este procedimiento (art. 27.2).

9. La Vista se celebró públicamente el 22 de octubre, en el Palacio de Derechos Humanos, en Estrasburgo. El Tribunal celebró con anterioridad una reunión preparatoria.

Han comparecido:

- Por el Gobierno:

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

el señor H. Golsong, asesor jurídico, Letrado;

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

el señor H. Kreuzberg, Magistrado del Tribunal Administrativo, Ministerio Federal de Justicia;

el señor Schlotz, «Ministerialrat», Ministerio de Educación y de Cultura del Land de Baden-Wurtemberg, Asesores.

- Por la Comisión:

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

- Por el demandante:

el señor N. Wingerter, Abogado, Asesor;

el señor V. Hohbach, Abogado;

el señor R. Gebauer, «Referendar», Asesores.

El Tribunal oyó, en sus alegatos y declaraciones y en sus contestaciones a sus preguntas, a la señora Maier y al señor Golsong, por el Gobierno, al señor Norgaard, por la Comisión, y a los Letrados señores Wingerter y Hohbach, por el demandante.

En diversas fechas, entre el 28 de junio y el 22 de octubre de 1985, la Comisión, el Gobierno y el demandante aportaron a los autos varios documentos, bien a petición del Tribunal, bien por propia iniciativa.

El 25 de octubre, el Tribunal acordó denegar la petición del demandante de que se tomara declaración al ex Ministro de Educación y de Cultura («Kulturminister») del Land de Baden-Wurtemberg.

HECHOS

11. El señor Rolf Kosiek, súbdito alemán nacido en 1934, reside en Nürtingen. Después de varios años de estudios de Física, aprobó en noviembre de 1960 sus exámenes («Diplomhauptprüfungen») en la Universidad de Heidelberg, en la que obtuvo, tres años después, su título de doctor en Física. Desde el 1 de septiembre de 1962 hasta el 31 de octubre de 1968, trabajó en el Primer Instituto de Física de dicha Universidad, primero como empleado («Angestellter») y después, a partir del 1 de abril de 1963, como auxiliar de investigación («wissenschaftlicher Assistent»), con la condición de funcionario interino («Beamter auf Widerruf»).

Su nombramiento, limitado al principio a cuatro años y luego prorrogado, terminó, con su conformidad, después de que su director le comunicara que no era posible la concesión de una nueva prórroga. Según el Gobierno, estas plazas de auxiliar permiten la formación de científicos y dan a sus titulares la posibilidad de prepararse para la carrera universitaria. Por esta razón, se conceden en forma de contratos temporales cuya total duración no puede pasar de seis años.

12. Poco después de tomar posesión, el señor Kosiek firmó el 26 de octubre de 1962 una declaración en la que reconocía que se le había informado de la resolución del Gobierno Federal, de 19 de diciembre de 1950, sobre las actividades antidemocráticas de los funcionarios públicos y del Decreto del Gobierno del Land de Baden-Wurtemberg, del 12 de septiembre de 1955. El Decreto, que exigía dicha declaración, decía, en su primer apartado, lo siguiente:

«Se da por supuesto que los aspirantes a una plaza en la función pública, no pertenecen a ninguna organización que pretenda suprimir el régimen liberal y democrático ("freiheitliche, demokratische Grundordnung") ni apoyan estas tendencias, directa o indirectamente. El nombramiento o el contrato se considerarán, llegado el caso, como consecuencia de un

engaño intencionado ("arglistige Täuschung").)

Según el apartado 3, corresponde a las autoridades competentes tomar «las medidas necesarias (procedimiento disciplinario, destitución) contra los funcionarios ("Bedienstete") que incumplen su deber de lealtad».

13. En 1965, el señor Kosiek se afilió al Partido Nacional-Democrático de Alemania («Nationaldemokratische Partei Deutschlands», NDP) y presidió la sección del Rin-Neckar desde 1965 hasta mayo de 1974. En 1968 fue nombrado miembro del Comité Ejecutivo de la sección de Baden-Wurtemberg -se mantuvo en este punto hasta 1978- y, en 1971, fue su delegado por el distrito de Badén del Norte. Fue también uno de los tres vicepresidentes del partido en el Land, siendo reelegido como tal en junio de 1974. A partir del otoño de 1971, formó parte del Comité Ejecutivo Federal del NPD, ocupándose especialmente de las cuestiones universitarias, dimitiendo en 1979. Abandonó el NPD el 9 de diciembre de 1980; según él, desde enero de 1974 había comunicado al Ministro de Educación y Cultura que se proponía retirarse del partido tan pronto como tomara posesión.

El demandante, diputado del NPD en el Parlamento («Landtag») de Baden-Wurtemberg desde el 1 de junio de 1968 hasta el 31 de mayo de 1972, se presentó en las listas de su partido a las elecciones federales de otoño de 1972, pero el NPD no consiguió representación en el «Bundestag».

El señor Kosiek expuso sus opiniones políticas en dos libros. El primero, publicado en septiembre de 1972 y reeditado varias veces, se titula Marxismus? Ein Aberglaube! Naturwissenschaft widerlegt die geistigen Grundlagen von Marx und Lenin (¿El marxismo? ¡Una superstición! Las ciencias naturales desmienten los fundamentos doctrinales de Marx y Lenin); el segundo, publicado en 1975, se titula Das Volk in seiner Wirklichkeit. Naturwissenschaften un Lebend bestätigen den Volksbegriff (El pueblo en su realidad. Las ciencias naturales y la vida confirman el concepto de pueblo).

14. En 1970, el interesado solicitó una plaza de profesor auxiliar («Dozen») en la Escuela Pública de Ingenieros («Staatliche Ingenieurschule») de Coblenza. En el mes de marzo superó un examen y la Escuela pidió al Ministerio de Educación y Cultura («Ministerium für Unterricht und Kultur») del Land de Renania-Palatinado el correspondiente nombramiento, con efectos desde el 1 de marzo de 1971.

El 15 de diciembre de 1970, el Ministerio le comunicó que otro solicitante había conseguido la plaza de que se trataba. El señor Kosiek, un año después, tras enterarse por la prensa de que el fracaso de su petición se debió, especialmente, a sus actividades políticas en el NPD, acudió a la vía judicial para que obligara al Land a admitirle. El 24 de octubre de 1972, el Tribunal Administrativo («Verwaltungsgericht») de Neustadt and der Weinstrasse desestimó su pretensión, y el 2 de marzo de 1977, el Tribunal Administrativo de Apelación («Oberverwaltungsgericht») del Land falló en el mismo sentido, sin permitirle recurrir en casación.

El Tribunal de Apelación entendió que el recurrente no proporcionó la garantía, exigida por el artículo 9.1, número 2, de la Ley de funcionarios del Land (en su texto de 14 de julio de 1970), de defender siempre el régimen liberal y democrático, tal como lo concibe la Constitución. Sus conclusiones se fundaron principalmente en el libro Das Volk in seiner Wirklichkeit (apartado 13, precedente).

15. En 1972, el demandante solicitó una plaza de profesor auxiliar («Dozen»), que estaba vacante en el Instituto Técnico («Fachhochschule») de Nürtingen. Junto con dos de los siete

aspirantes, superó una prueba y participó en una entrevista. El 14 de julio de 1972, el Consejo de profesores («Dozentenrat») propuso al Ministerio de Educación y Cultura su nombramiento. El mismo día, se le interrogó en el Ministerio sobre sus pasadas actividades como diputado y sus propósitos políticos para el futuro; tras lo cual, escribió al Rector del Instituto de Nürtingen asegurándole que, si se le nombraba, separaría claramente sus funciones profesionales de sus compromisos políticos profesionales y no abusaría en su puesto docente para finalidades políticas. Añadía que no se presentaría en público en Nürtingen o en sus alrededores como perteneciente a un partido, especialmente con ocasión de la campaña electoral para el «Bundestag».

El Ministerio le nombró profesor auxiliar («Dozent zur Anstellung») en el Instituto Técnico de Nürtingen, con la condición de funcionario público interino o a prueba («Beamter auf Probe»), con efectos desde el 1 de septiembre de 1972. La resolución era del propio Ministro, el cual, según el Gobierno, había conocido al demandante como parlamentario y no dudaba en absoluto de su lealtad a la Constitución. La Ley de funcionarios del Land, en su texto de 27 de mayo de 1971, exige, en efecto, que cualquier aspirante a una plaza de funcionario público -interino o titular- ofrezca «la seguridad de defender siempre el régimen liberal y democrático a tenor de la Ley Fundamental» (arts. 6.1, núms. 2 y 8). Según el artículo 64.2 de la Ley, el funcionario se compromete a profesar («bekennen») dicho régimen en toda su conducta y a defender su conservación.

El señor Kosiek no tuvo que firmar la declaración de lealtad: el Decreto de 12 de septiembre de 1955 (apartado 12, anterior) fue derogado el 4 de febrero de 1969 y el Ministerio de Interior del Land no publicó hasta el 15 de octubre de 1973 las instrucciones para la aplicación del Decreto sobre los nombramientos de extremistas en la Administración Pública, aprobado por el Canciller Federal y los Ministros-Presidentes de los Lander el 28 de enero de 1972 («Ministerpräsidenten-Beschluss», apartado 17, precedente).

El 9 de noviembre de 1972, el demandante prestó juramento ante el Rector del Instituto de Nürtingen, y se obligó, especialmente, a respetar y defender la Ley Fundamental y la Constitución del Land).

16. El Rector del Instituto, en aplicación del artículo 24.1 y 2 de la Ley de funcionarios del Land, que permite acortar el período de prueba normal de tres años, pidió el 17 de octubre de 1973 el nombramiento definitivo o en propiedad («Ernennung auf Lebenszeit») del señor Kosiek.

El Ministerio, después de examinar si se cumplían los requisitos legales a este respecto (arts. 6 y 8 de la Ley de funcionarios del Land, apartado 15 anterior), contestó que existían dudas sobre la lealtad del interesado hacia la Constitución por su actitud y sus actividades políticas; y que, incluso, se consideraba la posibilidad de su cese.

17. El 13 de febrero de 1974, se interrogó al hoy demandante sobre su posición en cuanto a la Constitución. El 28 de mismo mes, el Ministerio le notificó su cese con efectos desde el 30 de junio. El Ministerio, fundándose especialmente en el artículo 38, número 2 , de la Ley de funcionarios del Land -que permite el cese de un funcionario interino si no ha superado el período probatorio- y con invocación del Decreto ya citado de 28 de enero de 1972 (apartado 15), entendía que el interesado no reunía las condiciones necesarias («mangelnde Eignung»): cargo importante del NPD, había aprobado sus finalidades contrarias a la Constitución («verfassungsfeindlich»); demostrando así que no apoyaba, con toda su conducta, el régimen liberal y democrático y que no estaba dispuesto a defenderlo (art. 64 de dicha Ley). Según el Ministerio , la actuación del NPD se oponía a la Constitución, al rechazar, entre otras cosas, la idea de la armonía de las naciones, los derechos humanos y el orden democrático existente,

propugnando, especialmente, un nacionalismo extremado y una ideología racista, y queriendo suprimir el régimen parlamentario y la pluralidad de los partidos.

El Decreto de 28 de enero de 1972 sobre el trabajo de extremistas en la función pública, tiene la finalidad de asegurar la uniformidad de la actuación administrativa en la materia; recuerda el deber legal de lealtad de los funcionarios hacia el régimen liberal y democrático y dispone, en su apartado 2, lo siguiente (Gaceta Oficial -«*Gemeinsames Amtsblatt*»- de determinados Ministerios del Latid, 1973, núm. 34, pág. 850):

«2. Se examinará y resolverá cada caso según sus propias circunstancias. Al hacerlo, se tendrán en cuenta los siguientes principios:

2.1. Aspirantes.

2.1.1. No podrán ingresar en la función pública los aspirantes que promuevan actividades opuestas a la Constitución.

2.1.2. El hecho de que un aspirante forme parte de una organización que realice actividades contrarias a la Constitución, suscitará la duda de si está dispuesto a defender en todo momento el régimen liberal y democrático. Por lo general, la duda justificará el rechazo de la candidatura.

2.2. Funcionarios.

Cuando un funcionario falte a su deber de lealtad hacia la Constitución, la autoridad que lo nombró deducirá las correspondientes consecuencias de los hechos concretos probados, y considerará si procede la separación del servicio del interesado ("Entfernung aus dem Dienst").»

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

18. El (ahora) demandante reclamó («*Widerspruch*») el 8 de marzo de 1974 contra su destitución. Rechazada la reclamación por el Ministerio el 3 de mayo, recurrió ante el Tribunal Administrativo de Stuttgart el 10 de junio.

El 8 de abril de 1975, el Ministerio anuló su resolución de 28 de febrero de 1974 por no haberse consultado previamente al Comité de personal («*Personalrat*») del Instituto Técnico. A la vez, y por el mismo motivo que en febrero de 1974, dio de baja al interesado -se le había oído, lo mismo que al Comité de personal en el intervalo- a partir del 30 de junio de 1975. En consecuencia, el Tribunal Administrativo de Stuttgart, con fecha 9 de mayo, sobreseyó («*einstellen*») el procedimiento pendiente, considerándolo resuelto en cuanto al fondo.

19. El señor Kosiek reclamó el 2 de mayo de 1975 contra su nuevo cese en el servicio. Sostuvo, entre otros argumentos, que las imputaciones formuladas contra él no tenían fundamento. Era notorio que había defendido, personal y activamente, el régimen liberal y democrático. Desde que ingresó en el profesorado, dimitió de varios puestos en el NPD, como los de Presidente de la sección del Rin-Neckar, delegado del distrito de Badén del Norte y consejero del Comité Ejecutivo Federal, encargado de los asuntos universitarios. Además, había limitado voluntariamente sus intervenciones políticas en la región de Nürtingen-Esslingen y no se había presentado en público. Su pertenencia a un partido

considerado opuesto a la Constitución no era motivo para separarlo del servicio. El Instituto Técnico y el Comité de personal habían informado favorablemente y reconocido sus cualidades personales y profesionales. Por último, el período de pruebas ya había vencido: a sus dos años y siete meses de servicios como funcionario interino se debía añadir el tiempo en que los prestó como funcionario temporal o a prueba.

El Ministerio de Educación y de Cultura del Land rechazó el recurso el 7 de mayo, debido, especialmente, a la importante participación del interesado en las actividades del NPD. Ponía también de manifiesto que, según una sentencia del Tribunal Administrativo Federal, la mera afiliación a un partido contrario a la Constitución podía justificar el cese de un funcionario; por tanto, no era necesario averiguar si el demandante limitó sus declaraciones políticas ni tener en cuenta sus cualidades profesionales. Por último, el Derecho de la función pública no establecía el final automático del período probatorio; el señor Kosiek, aunque no fuera funcionario titular, continuaba siendo funcionario interino y podía ser separado del servicio en virtud del artículo 38 de la Ley de los funcionarios del Land.

20. El 9 de junio de 1975, el interesado impugnó la resolución del Ministerio ante el Tribunal Administrativo de Stuttgart, alegando que no se demostraba que se hubiese opuesto a la Constitución. Ahora bien, según la jurisprudencia alemana, la pertenencia a una organización considerada contraria a la Constitución sólo podía justificar las dudas sobre la lealtad de un funcionario, pero había que examinar cada caso individual detalladamente. El fallo genérico del Ministerio no cumplía esta exigencia. El demandante había apoyado siempre el régimen liberal y democrático, por ejemplo en 1968, cuando la ocupación de la Universidad en Heidelberg; en 1970, en Ulm, donde recuperó y envió al Ministerio Fiscal la bandera de la República democrática; y en el Parlamento del Land, en su condición de diputado. Lo mismo podía decirse de sus escritos. No se le podían imputar declaraciones o actos del NPD que pudieran considerarse contrarios a la Constitución. Por otra parte, este partido aprobaba el régimen liberal y democrático de la Ley Fundamental. El Ministro del Land conocía, cuando nombró al interesado funcionario interino, que había sido miembro del Comité Ejecutivo Federal del NPD (desde 1971) y del Comité Ejecutivo de la sección para el Land (desde 1968), delegado del Comité Ejecutivo del Land para el distrito de Badén del Norte (desde 1971), y Presidente de la sección del Rin-Neckar del partido (desde 1965). Era incomprensible considerar tales compromisos con el NPD como una carencia de requisitos personales que justificara el cese. Estas contradicciones se manifestaban también en las declaraciones públicas anteriores del Ministro: en diciembre de 1972, dijo reiteradamente ante el Parlamento del Land, en la televisión y en entrevistas con la prensa, que el señor Kosiek no era contrario a la Constitución y que así lo demostraba su actuación parlamentaria durante cuatro años.

21. El 26 de enero de 1977, el Tribunal Administrativo de Stuttgart anuló las resoluciones del 8 de abril y 7 de mayo de 1975.

Entendió el Tribunal que la ley y los principios generales no permitían fundarse, para separar del servicio a un funcionario público, en datos ya conocidos y que debían haberse tenido en cuenta en la fecha del nombramiento.

Ahora bien, el Ministerio había apoyado su resolución en hechos ya comprobados en 1972 y que, según su parecer de entonces, no demostraban la falta de las condiciones personales. Conocía que, a tenor de las comprobaciones de la Conferencia de los Ministros del Interior de los Länder (25 de febrero de 1972), citadas en la resolución controvertida de mayo de 1974, se consideraba que el NPD pretendía finalidades contrarias a la Constitución. Conocía también que el interesado, miembro importante del partido, formaba parte, como diputado del NPD, del Parlamento del Land.

Si, no obstante, lo dicho, el señor Kosiek había conseguido su nombramiento, había que suponer que, para el Ministerio, su conducta personal, pese a sus compromisos con el NPD, proporcionaba la garantía exigida de lealtad hacia la Constitución. Así se deducía de la contestación del Ministro a una pregunta que se le formuló en el Parlamento del Land, en diciembre de 1972. En consecuencia, para apreciar si el (ahora) demandante había hecho sus pruebas durante el correspondiente período, sólo se podía tener en cuenta su conducta política en la medida en que fuera distinta de la anterior. Ahora bien, a continuación de la relación del interesado con su partido tenía que valorarse como lo fue antes, puesto que el NPD no había modificado sus propósitos políticos entretanto. En cuanto al libro *Marxismus? Ein Aberglaube!*, desconocido por el Ministerio en su día, no demostraba suficientemente una actitud opuesta a la Constitución.

Previamente, el Tribunal oyó las explicaciones del autor sobre algunos aspectos de la obra. Se le pidieron para saber, especialmente, si su teoría sobre la desigualdad genética y biológica de los hombres se apoyaba en una consideración racista y si el señor Kosiek deducía de ella conclusiones incompatibles con los principios de igualdad y de respeto de los derechos humanos reconocidos por la Ley Fundamental.

22. El Ministro apeló contra este fallo el 23 de junio de 1977. Alegó que podía corregir un posible error cometido en el momento del nombramiento; no cabía exigirle que nombrase definitivamente a un funcionario interino que careciese de alguna de las condiciones necesarias. A mayor abundamiento, se había averiguado, entretanto, que el NPD no aceptaba la Ley Fundamental y que luchaba contra ella y las instituciones vigentes. El demandante, en su nuevo libro *Das Volk in seiner Wirklichkeit* había confirmado su actitud personal hacia la Constitución, y el Tribunal Administrativo de Apelación de Coblenza (apartado 14, precedente), con razón había deducido de ello que no reconocía la República Federal y su Constitución como valores positivos, sino que glorificaba al nacional-socialismo.

El señor Kosiek alegó que un libro publicado en 1975 no se podía tener en cuenta en este caso. Por otra parte, no permitía dudar de su lealtad hacia la Constitución: el Tribunal de Apelación de Coblenza lo había resumido equivocadamente, deformando el verdadero sentido de las opiniones expresadas en su texto (apartado 14, anterior). En cuanto a lo demás, reiteró en lo fundamental lo alegado en la primera instancia.

23. El 28 de febrero de 1978, el Tribunal Administrativo de Apelación del Land de Baden-Wurtemberg estimó el recurso y rechazó la pretensión del demandante. El Tribunal, a la vista, especialmente, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal y, sobre todo, de su sentencia de 22 de mayo de 1975 (apartado 17, anterior), consideró conformes a Derecho las resoluciones impugnadas.

Después de examinar detalladamente los argumentos y los medios de prueba del Ministerio, entendió que no se había probado que el NPD persiguiera objetivos contrarios a la Constitución, es decir, que intentara sistemáticamente («planvoll») socavar el régimen liberal y democrático, abolirlo o poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania (art. 21 de la Ley Fundamental). Por tanto, no se podía considerar la mera afiliación a este partido como un indicio de una lealtad dudosa. Sin embargo, muchas declaraciones del NPD ponían de manifiesto una tendencia preocupante; y, por este motivo, se debía comprobar la situación personal de un funcionario frente a la actitud, discutible desde el punto de vista del Derecho Constitucional («verfassungsrechtlich bedenklich»), de su propio partido. En estas circunstancias, se podía exigir a un funcionario, obligado a defender activamente el régimen liberal y democrático, apartarse expresamente de su partido en cuanto a las facetas criticables.

El señor Kosiek no dispuso la sospecha de que aprobaba la orientación de su partido. Por el contrario, se identificó con ella en sus numerosas actividades como militante. Tanto éstas como las opiniones personales expresadas en su libro *Das Volk in seiner Wirklichkeit*, suscitaban serias dudas sobre su lealtad a la Constitución. En su obra, que podía legítimamente tenerse en cuenta, había disculpado, hasta elogiado, sin la menor reserva o crítica, circunstancias y acontecimientos que caracterizaron al III Reich. A este respecto, el Tribunal Administrativo de Apelación del Land compartía el parecer del de Coblenza, que había estudiado el libro detalladamente (apartado 14, anterior). Ciertamente, el interesado sostenía que su opinión favorable sólo se refería a la primera fase del III Reich, pero esto demostraba que, por lo menos, aprobaba el nacional-socialismo en algunos extremos y no que lo desautorizase. Desde 1933, los derechos fundamentales más importantes fueron suspendidos, la división de poderes abolida, los partidos políticos disueltos, los sindicatos suprimidos y los funcionarios públicos «no arios» separados del servicio, lo cual señaló el comienzo de la persecución de los judíos. El demandante, sin salvedad o crítica alguna, consideraba preferibles las circunstancias, acontecimientos e ideas del III Reich a la situación actual. Por consiguiente, no se podía creer que, a la vez, aprobase los valores y los principios fundamentales de la Constitución como un bien inapreciable que había que proteger.

El Ministerio había llegado a la conclusión, conforme a Derecho, de que el señor Kosiek no daba ninguna seguridad de defender, en todo momento, el régimen liberal y democrático en el sentido de la Ley Fundamental y que, por tanto, no había efectuado las pruebas durante el período correspondiente. Carecía de importancia que el interesado reuniera las condiciones profesionales necesarias y que no hubiera hecho declaraciones sobre cuestiones políticas en el Instituto técnico. Sin duda, el Ministro conocía, antes del nombramiento, que se trataba de un dirigente del NPD, pero esto no convertía en ilegal la destitución controvertida. Los servicios prestados como funcionario interino son muy importantes para conocer si el interesado reúne o no reúne las garantías de lealtad hacia la Constitución. El demandante tenía que esperar que el Ministerio, al terminar el período de prueba, examinase una vez más, detallada y definitivamente, los datos ya conocidos sobre su personalidad.

24. El señor Kosiek, haciendo uso de la autorización del Tribunal de Apelación, recurrió en casación, pero el Tribunal Administrativo Federal («Bundesverwaltungsgericht») desestimó el recurso el 28 de noviembre de 1980.

Las dudas del Ministerio sobre la lealtad del demandante hacia la Constitución, suscitadas por su condición de miembro activo del NPD, estaban justificadas. A este respecto, el Tribunal de Apelación se equivocó al entender que sólo ha de tenerse en cuenta la afiliación a un partido si actúa intencionadamente para atacar o destruir el régimen liberal y democrático; en otras palabras, si corre el peligro de que el Tribunal Constitucional lo prohíba en virtud del artículo 21 de la Ley Fundamental. De hecho, bastaba que el partido persiguiera finalidades incompatibles con dicho régimen. Pues bien: éste era el caso del NPD, cuyos objetivos había aprobado el interesado en lugar de rechazarlos. En consecuencia, las dudas del Ministerio no se debieron, como entendió el Tribunal de Apelación, a las afirmaciones hechas en el libro *Das Volk in seiner Wirklichkeit*, aunque sí las corroboraran y robustecieran.

El artículo 5.3 de la Ley Fundamental, invocado por el demandante, que confirma la libertad artística, científica, investigadora y docente, lleva a la misma conclusión. La amplia independencia de que disfrutaban los profesores universitarios en el ejercicio de su misión no les desligaba de su deber de lealtad a la Constitución. A pesar de la primera fase del artículo 5.3, seguían siendo funcionarios, y un profesor universitario que reuniera la condición de funcionario interino o a prueba, podía ser separado del servicio por incapacidad.

El Ministerio pudo fundar su resolución en los compromisos del señor Kosiek con el NPD,

aunque los conociera con anterioridad, y en el contenido del libro ya citado, no publicado hasta 1975 e invocado durante la apelación.

Por último, el Tribunal Administrativo Federal desestimó varias reclamaciones de naturaleza procesal suscitadas ante él.

25. El 16 de marzo de 1981, el señor Kosiek acudió al Tribunal Constitucional Federal, pidiendo que se revocasen las sentencias del Tribunal de Apelación y del Tribunal Administrativo Federal por oponerse -según él- a varios artículos de la Ley Fundamental.

En especial, discutía la objetividad y la pertinencia de los medios de prueba aceptados, y calificaba como arbitrarias las resoluciones impugnadas. Censuraba a los tribunales que habían dictado los fallos por no haber intentado determinar si las declaraciones del NPD y del propio recurrente atacaban los principios de la Ley Fundamental. En realidad, ni el partido ni el interesado perseguían finalidades incompatibles con dicha norma. Las opiniones formuladas en su libro estaban amparadas por la libertad de expresión, y ninguna se refería a ningún principio con la tesis actual de la mayoría de los historiadores. Las sentencias en cuestión habían violado, por tanto, su derecho, garantizado por el artículo 3 de la Ley Fundamental, de no ser discriminado por sus opiniones. Al sancionar a un adversario político por sostener criterios que no se dirigían directamente contra el régimen democrático, se había infringido su derecho a la libertad de conciencia y de opinión, protegido por el artículo 4. Su separación del servicio y las críticas de su libro implicaban un ataque ilegal -opuesto al artículo 5.1 y 3- a su libertad de expresión. Además, se le imponía una prohibición profesional («Berufsverbot») opuesta al artículo 12, por cuanto a su edad no tenía ya la posibilidad de conseguir una plaza de profesor universitario. El Land, al separarle del servicio, prescindiendo del artículo 33.1, le había privado de derechos que todos los restantes Länder-salvo Baviera- concedían, sin molestar a los pertenecientes al NPD. A pesar de la aptitud, de sus condiciones profesionales y de su eficacia, se le impedía arbitrariamente conseguir un puesto como funcionario público o continuar en él, lo cual no armonizaba con lo dispuesto en el artículo 33.2 y 3. Por último, su cese, fundado en hechos que eran, al mismo tiempo, lícitos y conocidos cuando tomó posesión, se oponía al artículo 103.

26. El Tribunal Constitucional Federal -conociendo del caso en la sección de tres Magistrados- resolvió el 31 de julio de 1981 no admitir el recurso por considerarlo sin posibilidades de éxito.

El Tribunal, citando su jurisprudencia (sentencia de 22 de mayo de 1975), recordó, primero, que la obligación de lealtad hacia el Estado y la Constitución se incluía entre los principios tradicionales de la función pública (art. 33.5 de la Ley Fundamental). Por consiguiente, para que un funcionario pudiera desempeñar un puesto como tal se requería que estuviera dispuesto, en todo momento, a defender el régimen liberal y democrático. En consecuencia, había que separar del servicio, por incapacidad personal, al funcionario interino que no garantizase una conducta adecuada al caso. A este respecto, se podía tener en cuenta la condición de militante de un partido que persiguiera finalidades contrarias al régimen liberal y democrático.

En el caso de autos, el examen de las sentencias impugnadas no ponía de manifiesto ninguna infracción del Derecho Constitucional. Las comprobaciones de hecho y las conclusiones del Tribunal de Apelación y del Tribunal Administrativo Federal no podían considerarse injustas. El cese del demandante no violó ninguno de los derechos invocados.

27. Como su recurso contra la resolución de cese tenía efectos suspensivos, el señor Kosiek continuó enseñando en el Instituto Técnico de Nürtingen, pero la separación se convirtió en definitiva al dictar sentencia el Tribunal Administrativo Federal el 28 de noviembre de 1980. En

consecuencia, el 15 de diciembre siguiente se le notificó que cesaba en sus funciones.

EL PROCEDIMIENTO ANTE LA COMISIÓN

28. El señor Kosiek compareció ante la Comisión el 20 de febrero de 1982, impugnando su cese, que consideraba opuesto al artículo 10 del Convenio.

La Comisión admitió la demanda (núm. 9704/82) el 16 de diciembre de 1982. En su informe de 11 de mayo de 1984 (art. 31), llegó a la conclusión, por diez votos contra siete, de que no se había violado el Convenio.

El texto íntegro de esta opinión y de los votos particulares que la acompañan se incluye en un anexo a esta sentencia.

CONCLUSIONES PRESENTADAS ANTE EL TRIBUNAL POR LOS COMPARECIENTES

29. El Gobierno, en su Memoria y durante la Vista del 22 de octubre de 1985, pidió al Tribunal:

«i. Que declarara que no podía conocer del fondo del asunto porque la demanda era incompatible por los preceptos del Convenio; alternatively:

ii. Que declarara que la República Federal de Alemania no había violado el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.»

30. Por su parte, el Delegado de la Comisión pidió al Tribunal, al terminar la Vista del caso:

«Que resolviera si había existido una injerencia en el derecho reconocido al demandante por el artículo 10.1 del Convenio y, en el supuesto afirmativo, si estaba justificada.»

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. SOBRE LA EXCEPCIÓN PREVIA DEL GOBIERNO

31. El Gobierno considera que la demanda del señor Kosiek es incompatible con lo establecido en el Convenio, puesto que se reclama un derecho que no garantiza. El litigio se refiere a cuestiones suscitadas por el ingreso en la función pública -en este caso, un puesto docente- y no al derecho a la libertad de expresión que invoca el demandante. Durante la Vista, el Gobierno puntualizó que podía haber formulado su objeción en forma de cuestión de competencia, como lo hizo ante la Comisión, pero que, debido a «la aparente dificultad del asunto», estaba dispuesto a que se afrontara el problema con una visión más amplia, entrando en las cuestiones de fondo. El Gobierno llegaba a la conclusión de que el artículo 10 no era aplicable al caso de autos.

El señor Kosiek entiende que, para resolver si la demanda es admisible, habrá que tener en cuenta sus reclamaciones. Ahora bien, en ningún momento reclamó ante los órganos del Convenio un derecho a su ingreso como funcionario público; denunció exclusivamente el perjuicio sufrido por haber propagado sus opiniones en sus libros.

El Delegado de la Comisión considera que la argumentación del Gobierno es ambigua: alega que la demanda es incompatible con las disposiciones del Convenio y reconoce que la cuestión que se plantea ante el Tribunal consiste en si es aplicable el artículo 10. En tanto que el

problema de la incompatibilidad fue resuelto por la Comisión al pronunciarse sobre la admisibilidad, el de la posible aplicación del artículo 10 dependerá del examen de la cuestión de fondo.

32. El señor Kosiek reclama contra su cese como profesor auxiliar -puesto para que el se le nombró en 1972, con la condición de funcionario interino o en período de prueba- debido a sus actividades políticas en el NPD y al contenido de dos libros de los que es autor (apartados 13 y 17 a 24, anteriores), y se considera víctima de la violación del artículo 10 del Convenio.

Este agravio no es, «evidentemente, ajeno a las disposiciones del Convenio» (sentencia de 9 de febrero de 1967, dictada en el caso «lingüístico belga», serie A, núm. 5, pág. 18); se refiere a su interpretación y a su aplicación (art. 43), y el Tribunal, para fallar, tendrá que averiguar si la destitución discutida fue una «injerencia» en el ejercicio de la libertad de expresión protegida por el artículo 10. Para el Tribunal, se trata aquí de una cuestión de fondo que no se puede resolver por

una mera consideración previa (véanse, mutatis mutandis, la citada sentencia de 9 de febrero de 1967, página 18-19, la sentencia en el caso Airey de 9 de octubre de 1969, 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).

II. SOBRE LA VIOLACIÓN QUE SE ALEGA DEL ARTICULO 10

33. El señor Kosiek alega que su separación del servicio violó 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 o ideas sin injerencia de 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 entraña 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.»

Según el Gobierno, este precepto no es aplicable al caso que se refiere al derecho, no protegido por el Convenio, de ingresar en la Administración. La Comisión no comparte esta opinión.

34. 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 1968, reconocen respectivamente a «toda persona (el) derecho al ingreso, en iguales condiciones, en la función pública de su país» (art. 21.2) y a «todo ciudadano (...) el derecho y la posibilidad (...) de ingresar, en iguales condiciones, en la función pública de su país » (art. 25). En cambio, ni el Convenio Europeo ni ninguno de sus Protocolos adicionales establecen este derecho. Más aún: Los Estados firmantes no lo incluyeron intencionadamente, tal como lo subraya acertadamente el Gobierno y como los trabajos preparatorios de los Protocolos núms. 4 y 7 lo demuestran inequívocamente. En especial, este último en sus primeras redacciones,

contenía un precepto, análogo a los artículos 21.2 de la Declaración y 25 del Convenio, que se suprimió después. Por tanto, no se trata de una omisión casual de los instrumentos europeos, que, como dice el Preámbulo del Convenio, pretenden asegurar la garantía colectiva de «algunos» de los derechos enunciados en la Declaración Universal.

35. Aunque lo dicho pone de manifiesto que los Estados Contratantes no quisieron obligarse a reconocer en el Convenio o en sus Protocolos el derecho al ingreso en la Administración 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, el Convenio establece que «toda persona dependiente de (la) jurisdicción» de los Estados Contratantes debe gozar «sin distinción alguna» de los derechos y libertades enumerados en el título I (véase, *mutatis mutandis*, la sentencia en el caso Engel y otros de 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 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*, las sentencias dictadas en los casos Sindicato sueco de maquinistas de locomotoras, de 6 de febrero de 1976, serie A, núm. 20, pág. 14, apartado 37; Schmidt y Dahlström, de la misma fecha, serie A, núm. 21, pág. 15, apartado 33; y Engel y otros, ya citada antes).

36. Por consiguiente, la condición de funcionario interino, que obtuvo el señor Kosiek por su nombramiento de Profesor auxiliar, no le privó de la protección del artículo 10. Ciertamente, este precepto entra en juego en el caso de autos, pero para determinar si fue infringido hay que averiguar, ante todo, si la medida impugnada fue una injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión -como, por ejemplo, una «formalidad, condición, restricción o sanción»- o si hay que incluirla en el ámbito del derecho al ingreso en la función pública, que el Convenio no garantiza.

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

37. El Ministerio de Educación y de Cultura fundó el cese del señor Kosiek en sus actividades en pro del NPD (apartados 17-19 y 21-24, precedentes); y, durante el desarrollo del procedimiento, tuvo en cuenta, también, los dos libros publicados por el interesado (apartados 21-24). Su resolución se debió, por tanto, a las posiciones políticas del demandante.

38. En el momento en que la autoridad competente propuso al Ministerio el nombramiento definitivo, el señor Kosiek había completado aproximadamente un año del período de prueba que tenía que cumplir para poder ser nombrado (apartado 16, precedente). El Ministerio consideró, sin embargo, que no había cumplido dicho período por no reunir la condición -exigida por los artículos 6 y 8 de la Ley de funcionarios de Land- (apartados 15 y 16) de apoyar en todo momento al régimen liberal y democrático según la Ley Fundamental. Esta condición es una de las personales que se exigen al que pretenda conseguir una plaza de funcionario público -interino o en propiedad- en la República Federal de Alemania. La exigencia se refiere al ingreso en la función pública, materia que, intencionadamente, se dejó fuera del Convenio, y no se puede considerar opuesta al mismo. Al principio, el Ministro consideró cumplido el requisito, puesto que nombró al demandante profesor auxiliar con la condición legal de funcionario interino (apartado 15). Sin embargo, el Ministro, después de volver a examinar las actividades políticas y las publicaciones del señor Kosiek, llegó a la conclusión de que, como «importante dirigente del NPD, cuyos objetivos, contrarios a la Constitución,

aprobaba» (apartado 17), no cumplía una de las exigencias establecidas por la ley para ocupar el puesto de que se trataba, y, en consecuencia, denegó el nombramiento definitivo y acordó su cese como funcionario interino (art. 38, núms. 2, 6 y 8, de la Ley de Funcionarios del Land ; apartados 17-18, anteriores). Los tribunales internos, ante los que reclamó, salvo el administrativo de Stuttgart (apartado 21), se mantuvieron en la misma línea (apartados 23, 24 y 26, precedentes). No corresponde a este Tribunal revisar si fueron conformes a Derecho sus fallos.

39. Resulta de todo lo dicho que el problema sometido al Tribunal se centra en el ingreso en la función pública. El Ministerio competente del Land, al denegárselo al señor Kosiek -por tardía que fuera la resolución- sólo tuvo en cuenta sus opiniones y actividades para determinar si había cumplido el período de interinidad y si reunía una de las cualidades personales necesarias para ocupar la plaza de que se trataba.

Planteada así la cuestión, no hubo 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 adjuntan con esta sentencia:

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

- Una declaración del señor Pettiti.

Rubricado: R. R.

Rubricado: M.-A. E.

VOTO PARTICULAR DE CONFORMIDAD DEL JUEZ SEÑOR CREMONA

Estoy de acuerdo con la declaración de que no hubo violación que formula la sentencia, pero no comparto los argumentos en que se apoya.

El demandante fue separado de la plaza que ocupaba como funcionario público interino. No se trata del problema jurídico de la anulación del nombramiento con efectos retroactivos: la cuestión consiste en conocer los motivos del cese. Es evidente que perdió su puesto como

consecuencia de las opiniones políticas expresadas. Por tanto, sufrió un grave perjuicio por sus opiniones.

Lo dicho demuestra, a mi entender, una injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión. No obstante, la mayoría considerando que el litigio se centra en el ingreso en la Administración Pública, no se da cuenta de esta injerencia. Según ella, el Ministro competente del Land, al separar del servicio al demandante, sólo consideró sus opiniones y actividades para determinar si había cumplido el período probatorio y si reunía una de las condiciones necesarias para el desempeño del puesto de que se trataba.

Pero lo cierto es que esta resolución, que implicó el cese del señor Kosiek, se fundaba indudablemente en la expresión de determinadas opiniones. Se falta a la verdad si se dice, como lo dice la sentencia, que la Administración, al destituir al demandante, se limitó a tener en cuenta sus opiniones, cuando, en realidad, toda la resolución se apoya en ellas.

Por consiguiente, en el caso de autos, como si fuera un cuadro, el Estatuto de la Función Pública sólo es el fondo del lienzo, y el perjuicio sufrido por determinadas opiniones ocupa el primer plano.

En consecuencia, a mi entender, el caso cae claramente dentro del ámbito del artículo 10.1 del Convenio.

Dicho esto, añadiré brevemente que, en mi opinión, la injerencia de que se trata estaba justificada en relación al apartado 2 del mismo artículo y que, al cumplir sus exigencias, no se violó dicho artículo 10.

VOTO PARTICULAR CONJUNTO Y 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, a nuestro entender, el precepto no era aplicable al caso de autos.

Como se dice en la sentencia, ni en el Convenio ni en ninguno de sus Protocolos adicionales se reconoce expresamente un derecho al ingreso en la Administración 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 de que los Estados Contratantes no garantizaran en el Convenio o en sus Protocolos adicionales el derecho de ingreso en la función pública (y no fue una omisión fortuita sino intencionada), fue la gran dificultad que habría supuesto la sumisión a un tribunal internacional del problema de la selección, con sus modalidades de ingreso, que presenta, por su propia naturaleza, diferencias considerables según las tradiciones y los regímenes que regulan la Administración Pública de los Estados miembros del Consejo de Europa.

Lo dicho no excluye que se pueda aplicar el artículo 10, incluso a la Función Pública, si se prohibiera totalmente la libertad de expresión, de hecho o de Derecho, en el ordenamiento jurídico interno.

VOTO PARTICULAR, EN PARTE DISIDENTE, DEL JUEZ SEÑOR SPIELMANN

1. Mi voto particular se divide en cuatro partes, a saber:

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

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

2. Estoy de acuerdo con la mayoría del Tribunal cuando dice en el apartado 35 de su sentencia:

-... «no se deduce de ello 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 más claramente el principio de que el artículo 10 del Convenio puede, evidentemente, ser aplicable incluso cuando se trata del ingreso en la Función Pública.

4. De esta manera, el Tribunal habría aclarado su interpretación.

5. Se habría recordado así que, para el Tribunal, el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura son las garantías mejores de supervivencia de un verdadero Estado democrático que sólo es fuerte cuando es democrático.

6. El Tribunal lo recordó así cuando dijo en la Sentencia dictada en el caso Handyside:

«Su misión revisora obliga al Tribunal a dedicar la máxima atención a los principios propios de una sociedad democrática. La libertad de expresión es uno de los fundamentos principales 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, se aplica no sólo a las informaciones o ideas bien acogidas o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también a las que hieren, ofenden o molestan al Estado o a cualquier parte del pueblo. Así lo exigen el pluralismo, la tolerancia y el espíritu abierto, sin los cuales no hay sociedad democrática. De lo dicho se deduce, especialmente, que cualquier formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en esta materia deberá ser proporcionada a la legítima finalidad perseguida.» (Sentencia de 7 de diciembre de 1976, serie A, núm. 24, pág. 23, apartado 49).

II. VOTO DISCREPANTE SOBRE LA APLICACIÓN DEL ARTICULO 10 EN EL CASO DE AUTOS

7. En el apartado 36 de su sentencia, afirma el Tribunal que «la condición de funcionario interino, que obtuvo el señor Kosiek por su nombramiento de Profesor auxiliar, no le privó de la protección del artículo 10».

8. Comparto esta opinión, tanto más cuanto que la sentencia pone de manifiesto en el mismo apartado que «ciertamente este precepto entra en juego en el caso de autos, pero para determinar si fue infringido hay que averiguar, ante todo, si la medida impugnada 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 39 que no hubo 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 tenía que quedar fuera del ámbito del artículo 10, habría sido inútil examinar si había existido la injerencia en el caso de autos.

9. Sin embargo, preferiría que el Tribunal hubiese sido más explícito a este respecto, puesto que entiendo que la cuestión planteada por el señor Kosiek es muy importante para una sociedad democrática.

10. También habría preferido un estudio separado sobre el problema de que la resolución sobre el ingreso en la función pública dependía de la apreciación sobre la libertad de expresión del señor Kosiek, y que, por tanto, el Tribunal tenía que considerar, en relación, al apartado 2 del artículo 10, si la injerencia fue legítima.

III. VOTO DISIDENTE

11. Mi voto particular disidente se refiere a los siguientes puntos:

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

A. El ingreso en la función pública

12. No comparto la opinión de la mayoría del Tribunal, que, en el apartado 36 in fine de la sentencia, afirma que el derecho de ingreso en la función pública no está garantizado por el Convenio, opinión que me parece demasiado rotunda.

13. Aunque es cierto que los Estados Contratantes no quisieron reconocer en el Convenio o en sus Protocolos un derecho al 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 por el Convenio.

De lo dicho se deduce que el ingreso en la Función Pública no debe dificultarse en virtud de principios protegidos por el Convenio (como, por ejemplo, la libertad de opinión, la libertad de expresión, etc.).

14. En efecto, el razonamiento de la mayoría del Tribunal, llevado al extremo, permitiría a un Estado denegar el ingreso en la Función Pública a aspirantes que, pese a reunir todos los requisitos de nacionalidad, edad, salud y aptitud profesional, no atendieran determinados criterios de raza, color o religión.

Es inconcebible, evidentemente, una situación así en todos los Estados miembros del Consejo de Europa.

B. La violación del artículo 10 del Convenio

15. La mayoría del Tribunal ha llegado a la conclusión de que no se violó el artículo 10 (apartado 39).

16. A este respecto, se expresó en los términos siguientes:

« Resulta de todo lo dicho que el problema sometido al Tribunal se centra en el ingreso en la función pública. El Ministerio competente del Land, al denegárselo al señor Kosiek -por tardía que fuera la resolución- sólo tuvo en cuenta sus opiniones y actividades para determinar si había cumplido el período de interinidad y si reunía una de la cualidades personales necesarias para ocupar la plaza de que se trataba.

Planteada así la cuestión, no hubo injerencia en el ejercicio del derecho protegido por el apartado 1 del artículo 10.»

17. Ante todo, quiero señalar que, a mi entender, el problema sometido al Tribunal no se centraba en absoluto en el ingreso en la Función Pública.

Por el contrario, el meollo del problema eran las libertades de expresión y de opinión de que el señor Kosiek disfrutaba, con arreglo a los preceptos del Convenio.

18. Por eso, entiendo que los puntos fundamentales del caso son los siguientes:

- ¿Existió injerencia por parte del Estado?

- ¿Fue necesaria esta injerencia en un Estado democrático? (Cuestión de la proporcionalidad).

a) La injerencia

19. La sentencia, en su apartado 37, comprueba lo siguiente:

«El Ministerio de Educación y de Cultura fundó el cese del señor Kosiek en sus actividades en pro del NPD (...), y durante el desarrollo del procedimiento, tuvo en cuenta también los dos libros publicados por el interesado. Su resolución se debió, por tanto, a las posiciones políticas del demandante».

20. Como se ha dicho antes (apartado 16), la mayoría del Tribunal, después de examinar en el apartado 38 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.

21. Opino, con la mayoría de la Comisión, que se debe considerar la reacción del Ministerio competente del Land como una manifiesta injerencia en el ejercicio de los derechos que el artículo 10.1 garantiza a todos los ciudadanos que dependen de la jurisdicción de los Estados miembros del Consejo de Europa y, por tanto, al señor Kosiek.

b) Necesaria en una sociedad democrática

22. Si se acepta que en el caso del señor Kosiek existió una injerencia, el punto fundamental -que el Tribunal no examinó, pero cuyo principio creo que excede ampliamente del caso concreto que se le sometió- es si dicha injerencia era necesaria en una sociedad democrática como, por ejemplo, la República Federal de Alemania.

23. Conviene recordar que el apartado 2 del artículo 10 dice así:

«El ejercicio de estas libertades, que entraña 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.»

24. Según este texto, son muchas las causas que justifican la injerencia del Estado en el derecho a la libertad de expresión.

25. A este respecto, es interesante recordar la posición mantenida por el Gobierno de la República Federal de Alemania en la vista del 21 de octubre de 1985, en el caso Gíasenapp.

En especial, el Agente del Gobierno dijo lo siguiente (traducido del alemán):

«La caída de la República de Weimar se debió, entre otras cosas, a que el Estado se mantuvo, con un equivocado liberalismo, en una actitud pasiva e indiferente ante las posturas políticas de sus funcionarios, de sus jueces y de sus militares. En la Administración de la República de Weimar figuraban personas que simpatizaban preferentemente con la anterior Monarquía o con los 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 suscitados a la sazón, no defendieron a la Constitución democrática ni al Estado de Derecho. Estas circunstancias contribuyeron decisivamente a la derogación de la Constitución de Weimar -que había establecido un Estado de Derecho fundado en la democracia- y al proceso que desembocó en la dictadura nacional-socialista. La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania dedujo las lógicas consecuencias de la experiencia anterior y estableció una serie de preceptos especiales, regulando, entre otras materias, la organización -amparada constitucionalmente- de la Función Pública. Por esta razón, en la República Federal de Alemania se exige para poder ser funcionario público, que se garantice la constante lealtad al orden constitucional.»

26. No puedo compartir este punto de vista por considerarlo demasiado genérico. La Historia nos demuestra, sin que quepa ninguna duda, que la República de Weimar no se hundió debido a algunos funcionarios «que simpatizaban preferentemente con la anterior Monarquía o con los movimientos de la extrema derecha o de la extrema izquierda», sino por causas muchísimo más profundas y complejas.

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

27. El Agente del Gobierno expuso un segundo argumento para justificar la legislación vigente en la República Federal de Alemania, diciendo lo siguiente:

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

28. Sin querer entrar en polémicas sobre este argumento, entiendo, no obstante, que la República Federal de Alemania no es el único país que tiene una situación geográfica así.

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

29. En cualquier caso, opino que, en el sometido al Tribunal, los argumentos tanto históricos como geográficos que se han adelantado demuestran suficientemente, con arreglo a Derecho,

que la medida que se tomó en cuanto al señor Kosiek fue claramente desproporcionada con la finalidad perseguida.

30. Se llega, a mi entender, a la misma conclusión si se examinan, como lo hizo la Comisión, los factores que tienen importancia para la cuestión de la justificación, a saber:

- i. La naturaleza del puesto ocupado por el demandante;
- ii. La conducta del demandante en el puesto y sus aspiraciones a otros;
- iii. Las circunstancias en que se expresó la opinión controvertida, y
- iv. La naturaleza de las opiniones atribuidas al demandante.

31. En contra de la opinión de la mayoría de la Comisión, entiendo que la medida controvertida no era necesaria, en una sociedad democrática, para ninguna de las finalidades enumeradas en el artículo 10.2 del Convenio.

A este respecto, me adhiero por completo a la opinión del señor Fawcett cuando dice lo siguiente en su voto particular disidente:

«Sin embargo, entiendo que no se ha probado que la imposición de la sanción de separación al demandante fuese, en las circunstancias del caso, necesaria en una sociedad democrática, como lo exige el artículo 10.2 (...) no se puede decir que un funcionario público es, en relación al artículo 10.2, un peligro para la seguridad nacional, la salud o el mantenimiento del orden y, a la vez, permitirle conservar su puesto durante más de seis años después de dicha comprobación (el subrayado es mío).

32. De acuerdo con lo dicho, opino que, en el caso Kosiek, se violó el artículo 10 del Convenio, aunque hago constar que, por supuesto, no comparto las ideas del demandante que me recuerdan un pasado todavía reciente que esperamos definitivamente concluido en la Comunidad de los Estados que forman parte del Consejo de Europa.

IV. OBSERVACIONES FINALES

33. En términos generales, me pregunto si en 1986, es decir, casi sesenta años después de la República de Weimar y más de cuarenta años desde que terminó la Segunda guerra Mundial, es realmente necesaria la práctica impugnada de la República Federal de Alemania para proteger la democracia.

Me planteo esta cuestión tanto más cuanto que considero a dicha República como una verdadera democracia. ¿No fue, acaso, el primer país de Europa de la posguerra que suprimió en su Constitución la pena de muerte? ¿No es cierto, también, que en el Land del Sarre se ha abolido la práctica impugnada?

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

34. En especial, y aunque sé que no corresponde al Tribunal intentar acuerdos amistosos, entiendo que convendría a todas las partes que se pudiera resolver satisfactoriamente el caso del señor Kosiek en el ámbito nacional.

Esta solución concuerda 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)

Los puntos litigiosos

59. Los principales puntos litigiosos en este caso son los siguientes:

A. Si el cese del demandante, según los hechos de autos, fue una «condición, restricción o sanción del ejercicio de la libertad de expresión garantizada por el artículo 10.1 del Convenio»; y, en el supuesto afirmativo,

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

A. La injerencia en los derechos garantizados por el artículo 10

60. El demandante fue separado del servicio por sus opiniones políticas manifestadas en sus actividades en el NPD y en los libros publicados. Estas expresiones de opinión suscitaron dudas en la Administración sobre la fidelidad del interesado a la Ley Fundamental, fidelidad que era un requisito para el desempeño del puesto.

61. La Comisión señaló ya, en su resolución sobre la Admisibilidad de la demanda, por qué debe considerarse la reacción del Ministerio como una injerencia en los derechos que el artículo 10.1 garantiza al demandante.

62. El demandante fue nombrado funcionario público interino. Según la legislación de la función pública vigente en Baden- Wurtemberg, estaba sujeto, como todos los funcionarios públicos, al deber de lealtad y de fidelidad a la Ley fundamental. Esta obligación era una condición necesaria para su nombramiento y para continuar desempeñando su puesto como funcionario público. Como consecuencia, se sujetaba su libertad de opinión y de expresión a una condición, puesto que sólo podía evitar el resultado de la valoración de su lealtad expresando opiniones compatibles con la obligación a que se había comprometido. Por tanto, su trabajo como funcionario dependía de las opiniones que tuviera o expresara.

63. El hecho de que esta condición o restricción, impuesta por el Derecho alemán, sea consecuencia del nombramiento del demandante como funcionario público es comparable a las restricciones que impone el trabajo en determinadas profesiones, por ejemplo, el deber de guardar secreto. Estas condiciones tienen su causa en el estatuto o en las circunstancias de una persona y tienen que examinarse en relación al artículo 10.2, porque son un límite y un obstáculo para el ejercicio del derecho garantizado por el artículo 10.1 del Convenio. En el caso de que se trata, las condiciones implicaban restricciones a la libertad de expresión del demandante como funcionario público.

64. Según el gobierno demandado, el objeto de la demanda es el ingreso en la función pública y no una restricción de la libertad de expresión o de opinión. Considera que el Tribunal Constitucional Federal, en su primera sentencia de 22 de mayo de 1975 y en su jurisprudencia

posterior, ha declarado que el artículo 5 de la Ley fundamental no se refiere a una restricción general que resulte de la obligación legal de lealtad hacia la Constitución . Sin embargo, si se lee atentamente la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional Federal el 22 de mayo de 1975 (BVerfGE, 39, 334, 360) no se confirma la posición del gobierno demandado en este punto.

65. El Tribunal Constitucional Federal comienza su extensa argumentación sobre el artículo 5 de la Ley fundamental, que protege la libertad de opinión, en los términos siguientes:

«La situación legal en la actualidad no está en contradicción con los derechos fundamentales garantizados por la Constitución:

1. El derecho a la libertad de opinión es primordial (art. 5.1 y 2 GG). A) La relación entre la libertad de opinión y el deber de lealtad de un funcionario público pone de manifiesto que...».

66. Lo dicho demuestra claramente que el Tribunal Constitucional Federal ha considerado si el artículo 5 de la Ley fundamental se refería o no a las restricciones de la libertad de opinión o de expresión que se derivan del deber de lealtad. Parece, por tanto, que el propio Tribunal Constitucional Federal admite que de la obligación de lealtad resulta una determinada restricción de la libertad de opinión y de expresión. Esto se ve, evidentemente, al leer uno de los últimos fragmentos sobre el artículo 5 GG (pág. 367):

«La conducta que pueda considerarse como manifestación de una opinión política sólo quedará protegida constitucionalmente por el artículo 5 GG si no se opone al deber de lealtad política de los funcionarios públicos establecido en el artículo 33.5 GG.»

67. Este fragmento demuestra de nuevo que el propio Tribunal Constitucional Federal considera que el artículo 33.5 de la Ley fundamental es una restricción al artículo 5. El mismo Tribunal, también expresamente, califica a la normativa de los funcionarios públicos como una ley general, en el sentido del artículo 5.2 de la Constitución , que limita la libertad de expresión.

68. Sin embargo, mientras que el Tribunal Constitucional federal tiene que apreciar esta restricción de la libertad de expresión frente al deber de lealtad a la Constitución establecido también por la Ley fundamental, la Comisión ha de examinar las condiciones y restricciones en la libertad de opinión y de expresión del demandante, según el criterio del artículo 10 del Convenio.

69. La Comisión, al comprobar que las condiciones y restricciones, surgidas del deber de lealtad, son una injerencia en el derecho de libertad de expresión y de opinión, reconoce su naturaleza especial que se refiere al estatuto de funcionario público del demandante. No se aplican a los demás ciudadanos. Nacen, sin embargo, de la elección de una determinada clase de trabajo, y forman parte de los requisitos inherentes al mismo sobre los cuales la persona individual no puede influir, limitándose a aceptar o rechazar el trabajo sujeto a la limitación. Tiene ésta una especial importancia en la República Federal de Alemania puesto que, en el régimen alemán, el número de funcionarios públicos es relativamente elevado, sobre todo en el profesorado en el que una gran parte de los profesores de Institutos y Universidades son funcionarios (apartado 22, anterior).

70. La Comisión tiene, por consiguiente, que examinar la conformidad de estas condiciones y restricciones, impuestas al demandante por el deber de lealtad, con las exigencias del artículo 10.2 del Convenio. Al hacer esto, no le corresponde estudiar la totalidad del régimen de fiscalización de la lealtad ni su aplicación en la República Federal de Alemania y su conformidad

con el Convenio. A tenor del artículo 19 del Convenio, su tarea se limita a examinar las reclamaciones concretas, especialmente las que formulan las personas individuales en virtud del artículo 25.1, también del Convenio, y a resolver si los hechos de estas demandas ponen de manifiesto una violación de lo dispuesto en el mismo.

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

71. La Comisión ha de considerar, por consiguiente, en primer lugar si las condiciones y restricciones que se aplicaron al demandante cumplían los requisitos del artículo 10.2 del Convenio. Esto requiere examinar si dichas condiciones y restricciones estaban «previstas por la ley» y si perseguían una finalidad legítima, reconocida por el segundo apartado del precepto. A la vista de este examen, la Comisión resolverá a continuación si las condiciones y restricciones podían considerarse necesarias en una sociedad democrática, refiriéndose, en su examen, «tanto a la ley pertinente como a la resolución que la aplique, incluso cuando ésta proceda de un tribunal independiente» (Caso «Sunday Times», serie A, núm. 30, apartado 59). Tendrá que estudiar, por tanto, la proporcionalidad de las medidas concretas aplicadas al demandante para poder llegar a la conclusión de su posible justificación respecto al artículo 10.2 del Convenio.

1. Si las restricciones estaban previstas por la ley

72. La Comisión examinará, ante todo, en qué medida las condiciones controvertidas estaban «previstas por la ley», en el sentido del artículo 10.2 del Convenio. Este precepto se remite, en primer lugar, al Derecho interno, pero, como lo han reconocido la Comisión y el Tribunal en su jurisprudencia, la ley tiene que ser lo suficientemente asequible y estar redactada con la necesaria precisión para permitir al ciudadano regular su conducta de acuerdo con los términos legales (ibidem, apartado 49).

73. En el caso de autos, la condición de lealtad a la Constitución estaba impuesta por el artículo 64 de la Ley de Funcionarios públicos del Land de Baden-Wurtemberg. A mayor abundamiento, el cese del demandante por «aptitud, competencia o actuación profesional» insuficiente estaba prevista por el artículo 38.1, número 2 (en relación con el artículo 41.1), de la Ley de Funcionarios de Baden-Wurtemberg .

74. Es indudable que el texto de estos preceptos era fácilmente asequible al demandante y podía consultarse por todos. Sin embargo, la Comisión debe también considerar si la norma de fidelidad a la Constitución estaba redactada con la suficiente precisión que permitiera al demandante ajustar su conducta a los términos legales, y prever, si fuera necesario con asesoramiento, las posibles consecuencias de un determinado acto. Al hacerlo así, examinará si la ley y las circunstancias que concurrían en el caso permitieron también al demandante darse cuenta de la importancia de su obligación de fidelidad para su libertad de opinión y de expresión.

75. El demandante entró en relación inmediata con la condición de que se trata mediante la declaración que se entrega a los funcionarios, en Alemania, con ocasión de su primer nombramiento, en la que declaran expresamente que reconocen los principios del régimen constitucional, liberal y democrático.

76. Los términos de este compromiso son generales y requieren, por tanto, alguna interpretación, pero el hecho de que el demandante haya tenido que firmar una declaración expresa señala el alcance de la obligación contraída como condición de su nombramiento. Más aún: se acompaña con la declaración un texto explicativo con referencia a los principios

fundamentales del régimen liberal y democrático, según los ha expuesto el Tribunal Constitucional Federal.

77. La explicación no se limita a informar claramente a quienes, como el demandante, ingresan en la función pública que quedan sujetos a una obligación de lealtad, sino que les informa expresamente que las actividades, actitudes u opiniones opuestas a la Constitución son incompatibles con esta obligación. El demandante conocía, pues, cómo este deber de lealtad repercutía en su libertad de opinión y de expresión; y, en estas circunstancias, entiende la Comisión que las condiciones y restricciones de que se trata fueron lo suficientemente asequibles, previsibles y determinadas para que se puedan calificar como «previstas por la ley», a tenor del artículo 10.2.

2. La finalidad de las restricciones

78. Según el artículo 10.2, las restricciones aplicables deben perseguir alguna de las finalidades mencionadas expresamente en el propio precepto. El requisito discutido en estos autos -a saber, que el funcionario público tiene que ser leal al concepto de democracia pluralista consagrado por la Ley fundamental-, se funda en la idea de que la función pública refleja, en cierto modo, el régimen constitucional. Reconoce también el peligro inherente a la función pública, tan poderosa que es capaz de socavar la Constitución si sus miembros se oponen a ella activamente.

79. El gobierno demandado ha sostenido que esta legislación pretende proteger la seguridad nacional, a tenor del artículo 10.2. Además, es cierto que el Tribunal ha reconocido que la defensa de la democracia es una de las principales justificaciones de las restricciones «en interés de la seguridad nacional», cuando amenazan a las sociedades democráticas formas muy complejas de espionaje y de terrorismo (caso Klass y otros, serie A, núm. 28, págs. 22-23).

80. La Comisión recuerda que este caso no se refiere directamente a consideraciones de seguridad, en su significado corriente, sino a las restricciones de la libertad de opinión y de expresión de un profesor y funcionario público. La exigencia de lealtad que impone estas restricciones pretende asegurar la protección de la contextura democrática de la sociedad y es una de las murallas levantadas, a la vista de la experiencia del Estado nacional-socialista en Alemania, para institucionalizar las estructuras democráticas y hacer imposible la resurrección del régimen totalitario en la República Federal de Alemania. Por tanto, en este sentido, está en juego la seguridad del régimen constitucional y democrático.

81. La Comisión recuerda los términos del preámbulo del Convenio, según los cuales un régimen político realmente democrático está estrechamente ligado con la protección de las libertades fundamentales. En los Estados miembros del Consejo de Europa, en que la protección de los derechos individuales garantizados por el Convenio depende de la existencia de un régimen político efectivamente democrático, se debe considerar también la protección de dicho régimen como la protección de los derechos ajenos, en el sentido del artículo 10.2 del Convenio.

82. Los términos del Convenio exigen también esta interpretación: el artículo 17 prohíbe expresamente a cualquier grupo o persona individual fundarse en el Convenio para dedicarse a una actividad o realizar un acto para la destrucción de los derechos y libertades reconocidos en el mismo. Este precepto confirma que las actividades que pretenden destruir el régimen de democracia pluralista no se pueden apoyar en el Convenio. Por tanto, se deduce de lo dicho que el requisito de la lealtad, que implicó una condición y una restricción de la libertad de opinión del demandante y de su expresión, perseguía una finalidad que el artículo 10.2 del

Convenio reconoce como legítima.

3. La necesidad de estas restricciones en una sociedad democrática

83. El artículo 10.2 del Convenio exige, además, que las condiciones y restricciones de que se trata fueran «necesarias en una sociedad democrática». El Tribunal ha entendido que este precepto exige que la injerencia corresponda a «una necesidad social imperiosa»; el nivel de esta exigencia no llega al de una medida «indispensable», pero supera al de la meramente «útil», «razonable» o «conveniente» (sentencia en el caso «Sunday Times», de 27 de octubre de 1978, serie A, núm. 30, apartado 59). Además, el requisito de necesidad implica la revisión de la proporcionalidad de la medida en el caso concreto.

84. El Tribunal sentó, en el mismo asunto, la doctrina de que corresponde, en principio, a las autoridades nacionales considerar la necesidad de una determinada injerencia y que disfrutan, a este respecto, de un «margen de apreciación». No obstante, la revisión de la necesidad por los órganos del Convenio se extiende «tanto a la Ley básica cuanto a la resolución que la aplica, incluso cuando procede de un tribunal independiente» (ibidem). El alcance del «margen-nacional- de apreciación» varía según la finalidad protegida por el artículo 10.2 del Convenio. Aunque los Estados contratantes están en mejor situación que el Tribunal para resolver sobre cuestiones como las morales (ibidem), en lo que se refiere a las finalidades más objetivas expresadas en el artículo 10.2, el margen discrecional nacional es pequeño y el alcance de la revisión establecida por el Convenio aumenta.

85. El estudio de Derecho comparado de los demás miembros del Consejo de Europa puede facilitar también la revisión de la necesidad. Varias regulaciones de la función pública exigen a los funcionarios un cierto grado de lealtad constitucional, bien por un precepto de naturaleza estatutaria, bien por una cláusula contractual del trabajo. Aunque en otros países no existe un requisito general de la lealtad, se sujeta a determinadas clases de funcionarios a restricciones de su libertad de expresión, y en algunos casos de su opinión, que, con frecuencia, dependen de la naturaleza de sus funciones. El deber del secreto profesional, rasgo característico de la normativa de la función pública de los Estados miembros del Consejo de Europa, se deriva de las obligaciones y responsabilidades de los funcionarios como agentes o representantes del Estado. La restricción que supone el deber de guardar reserva se manifiesta también en el estatuto de quienes sirven en el Consejo de Europa y en otras organizaciones internacionales.

86. La Comisión tiene, pues, que examinar las restricciones aplicables al demandante en virtud de la Ley que regula a los funcionarios públicos en la República Federal de Alemania. Es claro, en primer lugar, que el requisito de lealtad, que se convierte en una limitación de la libertad de opinión, se aplica a todos los funcionarios de la República Federal de Alemania y que esto, aunque raro, no es único. Más aún: la regulación legal de la función pública alemana es muy detallada, y un tanto compleja, pero se compensa con la posibilidad de interponer un recurso judicial para resolver las controversias que suscite la aplicación a cada uno de la legislación de funcionarios.

87. La última frase del artículo 11.2 supone que el funcionario público está en una situación especial en lo que respecta al ejercicio de determinadas libertades políticas. El artículo permite que se impongan algunas restricciones al 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 regla análoga, se puede argüir que los redactores del Convenio no pretendieron imponer restricciones especiales de dicha clase a la libertad de opinión. Sin embargo, esta interpretación no es del todo convincente, puesto que la consecuencia de lo dispuesto en el artículo 11.2 puede ser limitar algunas formas de expresión de opinión, como la participación de algunas clases de funcionarios públicos en las

organizaciones políticas.

88. La Comisión entiende que esta limitación se manifiesta en la referencia que hace el artículo 10.2 del Convenio a los «deberes y responsabilidades». Por tanto, esta referencia implica que las condiciones admisibles que afecten a la libertad de expresión y de opinión solamente caben si son necesarias, en una sociedad democrática, a la vista de los deberes y responsabilidades que supone el ejercicio de la libertad de expresión y de opinión por una persona determinada. La necesidad de estas condiciones o restricciones debe derivarse, por consiguiente, de la situación del demandante.

89. La Comisión tiene también que tener en cuenta, a este respecto, la reciente historia de Alemania que ha suscitado un conjunto especial de circunstancias que son importantes para la protección de la democracia en la República Federal de Alemania. Una de las causas de la sustitución de la República de Weimar por una dictadura nacional-socialista fue que los funcionarios públicos no se mantuvieron fieles al régimen constitucional democrático. No aceptaron el nuevo ordenamiento constitucional después de 1918 y estaban dispuestos a apoyar cualquier cambio que se apartara de la democracia pluralista. Mientras que el Gobierno de Prusia había resuelto en 1930 que la afiliación al partido nacional-socialista y al partido comunista se oponía a la lealtad a la Constitución, los tribunales estaban dispuestos a admitir esta pertinencia, sin perjuicio de que algunas actividades en estos partidos pudieran implicar una infracción disciplinaria (confróntese BVerfGE 39, págs. 362-364). Después de la proclamación de la República Federal de Alemania con arreglo a la Ley Fundamental, la legislación reguladora de la función pública quiso dejar bien claro que la lealtad activa de los funcionarios era muy importante para el régimen constitucional.

90. La Comisión tampoco puede desconocer la especial situación, geográfica y política, de la República Federal de Alemania como 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 dicho Estado se conciben y se limitan por un régimen político completamente distinto. En consecuencia, el concepto de «fidelidad a la nación» podría ocultar cierta ambigüedad; y, en estas especiales circunstancias, la República Federal de Alemania impone un requisito positivo de lealtad hacia los principios democráticos de la Ley fundamental.

91. Parece, pues, que el uso de restricciones y condiciones en la libertad de expresión y de opinión de los funcionarios públicos es un rasgo característico de muchas legislaciones de los Estados miembros del Consejo de Europa y pone de manifiesto la determinación de una finalidad, reconocida por el artículo 10, en las circunstancias especiales que concurren en la República Federal de Alemania. Sin embargo, la Comisión no está obligada a examinar en abstracto la conformidad con el Convenio del procedimiento de apreciación de la lealtad de los funcionarios públicos en la República Federal de Alemania, pero tiene que resolver si las restricciones y condiciones expresamente aplicadas al demandante reunían los requisitos del artículo 10.

92. Los tribunales de la República Federal de Alemania, al examinar la conformidad de los actos y opiniones del demandante con el deber de lealtad que impone la Ley de la función pública nacional, tenían que apreciar si el interesado había confirmado su fidelidad positiva a la Constitución. Según la legislación alemana, este deber de lealtad es el mismo para todos los funcionarios públicos, cualesquiera que sean sus funciones. No obstante, la Comisión, al conocer de esta demanda en relación al artículo 10 del Convenio, cumple una misión distinta de la de los tribunales nacionales. No le corresponde resolver si el demandante ha demostrado su fidelidad a la Constitución, sino si la actitud de las Autoridades, incluidos los tribunales, al

examinar esta cuestión, se ajustó al artículo 10 del Convenio. Para estudiar la conformidad de dicha actitud con el artículo 10.2 que se refiere a los deberes y responsabilidades, la Comisión debe, por tanto, tener en cuenta las responsabilidades efectivas que asumió el demandante en su trabajo, sus opiniones y las circunstancias en que las expuso, a pesar de que no se hayan examinado estas cuestiones en el ámbito interno.

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

93. La condición impuesta a la libertad de expresión del demandante por el requisito de la fidelidad debe examinarse, por consiguiente, en el contexto de sus funciones como profesor y de su aplicación a los hechos de autos. La característica previsible de la amplitud de la injerencia alegada en el ejercicio de la libertad de expresión del demandante, impuesta por la condición de que se trata, no se puede separar del examen de la necesidad de dicha condición en una sociedad democrática.

a) Factores aplicables para la cuestión de la justificación.

94. La Comisión, para examinar este aspecto de la cuestión de la justificación, considera importantes los siguientes factores:

- i. La naturaleza del puesto desempeñado por el demandante;
- ii. La conducta del demandante en este puesto y su aspiración a ocupar otros;
- iii. Las circunstancias en que se expresó la opinión controvertida;
- iv. La naturaleza de las opiniones atribuidas al demandante.

i. El puesto desempeñado por el demandante

95. El demandante fue nombrado profesor auxiliar en el Instituto Técnico de Nürtlingen. Enseñaba física y matemáticas, para lo cual estaba capacitado por sus estudios y por su anterior destino en el primer Instituto de Física en la Universidad de Heidelberg. Por tanto, el demandante cumplía su tarea en la enseñanza superior. Cabe suponer que sus alumnos estaban en una edad en que los conocimientos políticos están relativamente desarrollados y en que algunos quizá habrían actuado en política, aunque las materias explicadas por el demandante sólo tuvieran una limitada relación con aquélla.

96. Tiene especial importancia que el destino del demandante pertenecía a la función pública. Las restricciones impuestas a su nombramiento y a su trabajo deben distinguirse de las más generales aplicadas al público o de las contenidas en los preceptos penales. El estatuto del demandante, como profesor auxiliar y como funcionario público, era importante en ambas funciones para los deberes y responsabilidades inherentes al ejercicio de su libertad de opinión y de expresión. La Comisión tiene, por tanto, que examinar si, en las circunstancias en que se encontró el demandante, la aplicación de restricciones y condiciones a su libertad de opinión y de expresión, estuvo o no estuvo justificada a la vista del artículo 10.2 del Convenio.

ii. La conducta del demandante en este puesto y su aspiración a ocupar otros

97. No se ha censurado en nada la conducta del demandante en su puesto, ni se ha alegado que sus actividades políticas repercutieran en algo en su función docente. Lo dicho adquiere especial importancia si se recuerda que el demandante, aunque separado por primera vez del servicio a partir del 30 de junio de 1974, puso de manifiesto al recurrir un vicio de forma en el

cese y, como consecuencia, tuvo que repetirse éste, con efectos esta vez desde el 30 de junio de 1975. Además, como los efectos del recurso eran suspensivos, el demandante continuó en su puesto y siguió enseñando durante el procedimiento de apelación, hasta que el Tribunal Administrativo Federal dictó sentencia el día 28 de noviembre de 1980. En consecuencia, el 15 de diciembre de 1980 se le notificó que cesaba en el desempeño de sus funciones, después de haber prestado servicio en su puesto durante algo más de ocho años (del 1 de septiembre de 1972 al 15 de diciembre de 1980).

98. La Comisión observa, sin embargo, que el demandante aspiró en 1970 a una plaza en la Escuela Estatal de Ingenieros de Renania-Palatinado. Aunque la Facultad, después de la valoración profesional, dio la conformidad al nombramiento, se dice que no fue nombrado por sus inclinaciones políticas. En octubre de 1972, el procedimiento promovido por el demandante para que el Juez decretara su nombramiento no tuvo éxito y el Tribunal de apelación de Renania-Palatinado rechazó su recurso el 2 de marzo de 1977, considerando que no estaba suficientemente justificada su fidelidad al orden constitucional para ser nombrado funcionario público.

iii. Las circunstancias en que se expresó la opinión controvertida

99. Como lo ha reconocido ya la Comisión (apartado 87, anterior), la libertad de opinión y la libertad de expresión se manifiestan en la adhesión a los partidos y organizaciones políticas y en la publicación o emisión de ideas y opiniones. Las actividades políticas del demandante en el NPD y en su favor pertenecían a esta clase y eran de naturaleza pública. El NPD no es un partido clandestino o ilegal, aunque se le considere situado en un extremo del espectro político. Entre los puestos que ocupó el demandante en el partido, se incluía especialmente un acta de diputado electo para el Parlamento del Land. Desempeñó además varios puestos importantes en la organización regional o nacional del partido.

100. Sostiene el demandante que redujo mucho sus actividades políticas después de su nombramiento en Nürtlingen, y la Comisión señala que esto es evidente puesto que renunció a su acta en el Parlamento del Land. A mayor abundamiento, el demandante se remite a este respecto a las actas de las discusiones parlamentarias que demuestran que durante su mandato defendió sinceramente la democracia. La Comisión no considera necesario examinar estas actas teniendo en cuenta las informaciones de que ya dispone sobre las opiniones del demandante.

101. En cuanto a las obras escritas por el demandante, que sirvieron de fundamento a los tribunales administrativos para considerar dudosa la fidelidad de su autor al régimen constitucional, la Comisión observa que se publicaron legalmente y que, al parecer, las autoridades no intentaron nada para impedir su distribución.

iv. Las opiniones del demandante

102. Las obras del demandante, sus actividades políticas y sus ideas ponen de manifiesto que cae del lado de la derecha. Más aún: algunos trozos de uno de sus libros, especialmente, llaman la atención, sin matizarlos, sobre los aspectos considerados positivos del período nacional-socialista en Alemania. El autor se refiere, sobre todo, a 1945 como el final de un período esperanzador, en su conjunto, para Alemania, y a la falta desde entonces de ideales poderosos y deseables.

103. Hay una idea, a la que el demandante se refiere constantemente en sus escritos, y que aparece también en los programas políticos del NPD: el concepto fundamental de «Pueblo» (Volk), y la Comisión no puede desconocer el olor al período nacional-socialista que esta

palabra suscita inevitablemente en Alemania. El demandante no se aparta de estas ideas y pone de manifiesto su evidente entusiasmo por aspectos del régimen totalitario de la Alemania nacional-socialista. Su actitud ante la doctrina política de dicho período debe considerarse, por lo menos, bifronte y equívoca.

104. Además, el demandante se refiere extensamente a la «ingenuidad» del concepto de igualdad de razas y a las «diferencias intrínsecas» entre las razas. Propugna deducir, en el ámbito de la enseñanza, las pretendidas consecuencias de los efectos «indeseables» y «perjudiciales» de los matrimonios entre personas de distintas razas y de la «realidad» biológica de la inferior inteligencia de los negros en comparación con la de los blancos. De la misma manera, considera que la idea de una sociedad pluralista se funda en una equivocada concepción de la naturaleza humana y de la de los pueblos (apartado 29, anterior).

105. El demandante se solidarizó también con las finalidades y actividades del NPD. Fue miembro de este partido desde 1965, ocupó varios cargos importantes y fue elegido diputado, en representación del partido, del Parlamento del Land en 1968. El NPD no es un partido prohibido en la República Federal de Alemania, pero su programa lo sitúa en la extrema derecha del espectro político y, como lo comprobaron los tribunales nacionales en el caso de autos, su política se traduce constantemente en ataques amargos y cáusticos contra el régimen «podrido» y «corrompido» de la democracia parlamentaria en la República Federal de Alemania y los partidos que actúan en ella. Sin embargo, no corresponde a la Comisión el examen de la constitucionalidad del NPD puesto que, en relación al Convenio, su misión es resolver si el cese del demandante fue una restricción a su libertad de opinión y de expresión justificada como necesaria, en una sociedad democrática, para la protección de los derechos ajenos y en interés de la seguridad nacional, y si la medida fue proporcionada a las consecuencias de tener y expresar tales opiniones.

106. Cuando un gobierno pretende proteger fundamentalmente el Derecho y el régimen democrático, el propio Convenio reconoce en su artículo 17 la primacía de esta finalidad, incluso sobre la protección de los derechos singulares que, por otra parte, el Convenio garantiza. No obstante, precisamente por la importancia fundamental atribuida a la protección del Derecho y del régimen democrático, el Convenio exige que se demuestre claramente la necesidad de cualquier injerencia en el ejercicio de los derechos que ampara antes, incluso, de que se pueda justificar, como se ha dicho, la mencionada injerencia.

107. En el caso de autos, la Comisión tiene que resolver si la separación del servicio del demandante respondió a una necesidad social imperiosa en este sentido. Precisamente en estas circunstancias, se corre el peligro de que un celo excesivo en busca de la certeza, al aplicar una amplia prueba de conformidad con el deber de fidelidad al orden democrático que tiene el funcionario, pueda desalentar la libre expresión de las distintas opiniones que el Convenio garantiza expresamente. El interesado puede temer los riesgos que correrá personalmente al expresarse cuando la aplicación de restricciones a la libertad de opinión y de expresión produzca consecuencias graves que se justifiquen por referencias a criterios un tanto imprecisos.

108. La Comisión se da cuenta de la importancia que hay que atribuir a la opinión y a la influencia de los profesores, quienes, en una sociedad libre, tienen un papel fundamental en la evolución y difusión de las ideas. En el caso de que se trata, el demandante era un profesor cuyos alumnos -por lo menos, algunos- estaban en una fase de su desarrollo intelectual propicia a sufrir influencias doctrinales. En unas circunstancias así, el demandante tenía especiales deberes y responsabilidades en cuanto a sus opiniones personales y a su expresión, directamente en el Instituto y, en menor grado, en otras ocasiones, por su autoridad sobre los alumnos y los demás miembros del personal. Esta responsabilidad se incrementaba por la

considerable experiencia política del demandante y la inevitable fama que tuvo que suscitar. El ambiente en que actuaba imponía, pues, al demandante deberes especiales, pero su trabajo de profesor implicaba también responsabilidades de la misma naturaleza para quien lo nombraba, con la finalidad de asegurar el libre intercambio y desarrollo de las ideas en el ámbito de la libertad de expresión dentro del Instituto, puesto que la exagerada protección contra una orientación doctrinal puede suponer una propaganda de otra naturaleza.

b) La valoración, a la vista de estos factores, de las medidas aplicadas al demandante.

109. La Comisión, para apreciar la proporcionalidad de las medidas que se aplicaron al demandante, tiene, ante todo, una misión fiscalizadora, especialmente para valorar el peligro que un determinado ejercicio de la libertad amparada por el artículo 10.1 podría producir a los intereses enumerados en el apartado 2 del mismo precepto, y para revisar la elección de las medidas con que se procure evitar el indicado riesgo. No obstante, esta fiscalización se refiere tanto a la legislación de fondo como a la resolución que la aplique, incluso cuando la dicte un tribunal independiente (caso Handyside, serie A, núm. 24, pág. 23, apartado 49). En el caso de que se trata, los tribunales de la República Federal de Alemania examinaron la conformidad del cese del demandante con el Derecho interno. No corresponde a la Comisión sustituir a los tribunales nacionales, sino fiscalizar sus resoluciones en relación al artículo 10 del Convenio.

110. La Comisión tiene que considerar, por tanto, la manera en que se aplicó la restricción de los hechos de autos. Es conveniente señalar, en primer lugar, que el demandante buscó voluntariamente un empleo como profesor auxiliar -por tanto, como funcionario público- y que, en consecuencia, se sometió al deber de fidelidad y al régimen de fiscalización de su lealtad. Al estudiar la proporcionalidad del funcionamiento de este régimen, la alusión que hace el artículo 10.2 a los «deberes y responsabilidades» supone que las restricciones y condiciones de la libertad de opinión y de expresión del demandante tienen que examinarse con referencia a las opiniones expresadas y a las circunstancias que concurrieron entonces.

111. La Comisión ha reconocido que las opiniones del demandante eran extremistas y demostraban escasa simpatía por los principios de pluralismo y de igualdad fundamental contenidos en el Convenio. Como lo señalaron claramente los tribunales nacionales en sus resoluciones, estas opiniones que el demandante reiteró con su pertenencia al NPD, las funciones desempeñadas en el partido y sus publicaciones, daban motivo para dudar de su fidelidad a la Constitución. La Comisión no tiene por qué resolver esta cuestión, pero debe apreciar si la reacción de las autoridades y el procedimiento seguido fueron proporcionados a los hechos.

112. La reacción fue el cese del demandante. El procedimiento que llevó a esta conclusión no fue el disciplinario, aunque las normas vigentes a la sazón permitían incoarlo contra un funcionario público.

113. El demandante había sido nombrado funcionario interino. Este régimen permitía a quien lo empleaba apreciar su cumplimiento y daba al demandante el beneficio de la posible duda sobre su fidelidad a la Constitución, a la vista de sus anteriores actividades políticas. Después, se sometió a una investigación la cuestión de la fidelidad del demandante. Se le interrogó y se dedujeron las correspondientes conclusiones de las diversas publicaciones y actividades políticas, libremente emprendidas, con la concreta finalidad de expresar sus opiniones y de convencer a los demás para que las compartieran.

114. Las autoridades internas, en virtud de dicho examen, llegaron a la conclusión de que el demandante se había manifestado, expresa y voluntariamente, en actitudes opuestas al régimen constitucional democrático y que su posición, en relación a la Constitución, era más

que equívoca. El examen por las autoridades nacionales se apoyaba en una abundante documentación. Las actividades políticas del demandante eran públicas y mostraban hasta qué punto compartía, estrecha y personalmente, las ideas extremistas del NPD, partido del que era una de las principales figuras. Además, la naturaleza extremista de las ideas del demandante se deduce ampliamente de sus dos libros, en los que se exponen, bastante a fondo, sus opiniones fundamentales y se citan, en algunos fragmentos, las de otros autores que el demandante, evidentemente, hace suyas.

115. Más aún: la Comisión debe tener en cuenta totalmente las opiniones del demandante ya expuestas antes en el apartado 104. Puede muy bien considerarse esta clase de ideas como una amenaza para los supuestos fundamentales de los Estados democráticos en que se basan también los principios del Convenio. Tales ideas extremistas justificaban que se dudase de la fidelidad del demandante al orden constitucional. No obstante, en el interrogatorio del 13 de febrero de 1974, tuvo ocasión de aclarar sus ideas y de explicarse sobre sus consecuencias para su fidelidad a la Constitución. En el procedimiento posterior se examinó a fondo la transcendencia de las opiniones del demandante con referencia a sus ideas, voluntariamente expresadas, y a sus actitudes en público que pretendían convencer a los demás para que compartieran las opiniones en que se fundaban. Las conclusiones de los tribunales de que las opiniones del demandante le hacían incapaz para ser funcionario público, puesto que demostraban que no estaba suficientemente comprometido a defender los principios de la Constitución, se apoyaban, por tanto, en una razonable apreciación de los documentos públicos comprobados y habida cuenta de que el demandante tuvo por completo la ocasión de explicarse sobre su interpretación y sobre sus opiniones. Según los tribunales, la actitud del demandante era tal que exigía su separación del servicio, como funcionario, y sólo se ejecutó después de resolverse el último recurso interpuesto en la jurisdicción administrativa. En estas circunstancias, entiende la Comisión que las restricciones y condiciones de la libertad de expresión del demandante y su ejecución fueron proporcionadas, y que la injerencia que suponían en dicha libertad estuvo justificada como necesaria en una sociedad democrática para la protección de los derechos ajenos y en interés de la seguridad nacional.

Conclusión

116. La Comisión, por consiguiente, llega a la conclusión, por diez votos contra siete, de que no se violó el Convenio.

Firmado: H. C. Krüger, SECRETARIO

Firmado: C. A. Norgaard, PRESIDENTE

VOTO PARTICULAR DE CONFORMIDAD DEL SEÑOR SPERDUTI

Aunque entiendo con la mayoría que no hubo violación del Convenio en este caso, debo aclarar a grandes rasgos los motivos que me llevan a esta conclusión.

El problema que se plantea se refiere fundamentalmente a las condiciones para el ingreso, desempeño del puesto y cese de los funcionarios públicos en la República Federal de Alemania, teniendo en cuenta especialmente la protección del régimen democrático establecido por su Constitución.

Entre estas condiciones, hay que referirse, especialmente, al deber que tienen los funcionarios públicos de mantener una estricta lealtad hacia la Constitución, deber que aceptan voluntariamente. La exigencia de dicha estricta lealtad, cuyo cumplimiento incumbe a los funcionarios en virtud de su situación estatutaria, se debe apreciar a la vista del desarrollo

histórico de la República Federal y de su aspecto geopolítico, como se describe en el informe de la Comisión.

Hay que distinguir, a mi entender, en cuanto a las manifestaciones de opinión y, más en general, a la conducta de los funcionarios públicos, entre el deber de guardar secreto que se les exige, y cuyas violaciones pueden sancionarse disciplinariamente con medidas proporcionales a la gravedad de las acciones imputadas, y la cuestión de la lealtad que debe considerarse, en su alcance y en sus consecuencias, según el ordenamiento jurídico afectado.

Considérese el supuesto de que las autoridades competentes califiquen la conducta de un funcionario, de manera objetiva y sin ninguna arbitrariedad, como incompatible con la finalidad de protección del orden constitucional. Supóngase, en otras palabras, que dichas autoridades actúen con la prudencia y el cuidado exigibles para garantizar que los valores e ideales constitucionales queden debidamente protegidos contra los ataques que, en las especiales circunstancias del Estado de que se trata, puedan amenazarlo.

Me parece que el Estado, al tomar en los casos en que proceda las medidas antes mencionadas, se limita a utilizar su propia libertad para regular las condiciones de ingreso y de destitución de sus funcionarios como lo considera necesario y conveniente.

Cuando el cese de un funcionario o la denegación de su ingreso en la función pública se acuerda después de una valoración objetiva y razonable, no cabe plantear la cuestión de la violación de un precepto del Convenio.

A mi entender, tales medidas no afectan a la libertad de manifestar opiniones, incluso políticas, por dos razones: primera, porque no se trata de una sanción punitiva sino preventiva para evitar un peligro que puede amenazar al orden constitucional vigente; segunda, el funcionario cesante puede reiterar libremente, después de su cese, la opinión o las opiniones que expresó antes. Hay que señalar también que no puede plantearse aquí ningún problema de proporcionalidad entre el comportamiento del funcionario y la medida tomada. Realmente, lo decisivo en una medida denegando el ingreso en la función pública y dejando sin efecto el nombramiento es que se considera que la persona afectada no reúne las garantías de lealtad hacia la Constitución que se exigen al funcionario público.

Añado a lo ya dicho, lo siguiente: podrá suscitarse un problema de violación del Convenio en el caso de que se tomen las medidas en cuestiones por conductas o manifestaciones de opinión que no puedan considerarse, objetivamente, como muestras de deslealtad hacia el orden constitucional del Estado; dicho de otra manera, si no puede entenderse que se tomaron dichas medidas para proteger el orden constitucional.

Se deduce del propio hecho de que las normas y los principios que regulan el ingreso y el cese en la función pública quedan fuera del ámbito del litigio, que las manifestaciones de opinión de que se trata tendrán que examinarse, jurídicamente, en relación a los derechos garantizados por el artículo 10 del Convenio. En consecuencia, cuando las medidas tomadas contra la persona afectada no estén justificadas por lo previsto en el apartado 2 del precepto, se considerarán como violaciones del tantas veces citado artículo 10.

Sin embargo, llego a la conclusión de que, en el caso de autos, no se violó el Convenio.

VOTO PARTICULAR DISIDENTE DEL SEÑOR FAWCETT

1. En mi opinión, la demanda pone de manifiesto una violación del artículo 10 del Convenio. La obligación de lealtad a la Constitución que se declaró era una condición reconocida para el

ingreso en la función pública del demandante, nombrado interinamente profesor auxiliar del Instituto Técnico de Nürtlingen. Esta condición limitaba su libertad de opinión y de expresión en relación al artículo 10.1 en la medida en que sus opiniones pusieran, por lo menos, en duda la lealtad declarada si se las consideraba «inconstitucionales». El artículo 10.2 permite «las condiciones, restricciones y sanciones» del ejercicio de la libertad de expresión cuando son «necesarias en una sociedad democrática» para cumplir determinadas finalidades de interés general. La condición de lealtad declarada a la Constitución añade una restricción más a las ya descritas y, también una sanción.

La posibilidad del cese del funcionario público que utilice la libertad de expresión prescindiendo de la primera restricción es una limitación complementaria de su libertad y el cese implica una sanción que se le impone cuando la desconoce. Hay que puntualizar, sin embargo, que en el caso de que se trata las restricciones y la sanción que, posteriormente, se impuso al demandante no se referían a sus opiniones y a su expresión como tales; no se puso ningún obstáculo a su libertad de opinión y de expresión fuera del servicio público. Las restricciones y la sanción se referían solamente a la expresión y a la posible influencia de sus opiniones en el ambiente del servicio público; no obstante, se trataba de limitaciones a su libertad de expresión que debían justificarse en relación al artículo 10.2.

La Comisión ha demostrado que las restricciones impuestas al demandante y su separación del servicio estaban previstas por la ley y perseguían finalidades legítimas a tenor del artículo.

2. Sin embargo, entiendo que no se ha probado que la imposición de la sanción de separación al demandante fuese, en las circunstancias del caso, «necesaria en una sociedad democrática», como lo exige el artículo 10.2. Mis razones son, en primer lugar, que no está claro que las opiniones y actividades del demandante fueran «inconstitucionales» en el ámbito de la función pública; y, en segundo lugar, y en todo caso, que no puede decirse que un funcionario público es un peligro para la seguridad nacional, la salud pública o el mantenimiento del orden, en relación al citado precepto, y, a la vez, permitirle conservar su puesto durante más de seis años después de dicha comprobación.

Muchas de las opiniones del demandante, puestas de manifiesto por su afiliación al NPD, y sus actividades en el mismo y por los escritos que ha publicado, eran evidentemente inadmisibles en sí mismas; pero el problema que se plantea, a la vista del artículo 10.2, es hasta qué punto fue necesario en el servicio público restringir o impedir su expresión. Afirma el demandante que, desde su nombramiento de profesor auxiliar de física, «redujo sus actividades políticas, incluso sus discursos, y que rechazó el desempeño de cargos en el partido»; y no se ha aportado ninguna prueba concreta a la Comisión ni, al parecer, a los tribunales de que utilizara su puesto docente para finalidades políticas o «inconstitucionales». Además, el Tribunal regional administrativo y el Tribunal federal administrativo no estuvieron de acuerdo en si la continua afiliación del demandante al NPD ponía de manifiesto la deslealtad a la Constitución, al señalar aquél que el partido en sí no había sido declarado inconstitucional. Por tanto, no se puede considerar claramente probada la necesidad de destituir al demandante por incumplimiento de la obligación de lealtad a la Constitución objeto de su declaración.

Más importante, quizá, es el retraso con que cesó en sus funciones docentes. El Gobierno ha dicho que «no se podía producir la separación del servicio del demandante hasta que tuviera la posibilidad de impugnar la apreciación de su aptitud agotando todos los procedimientos judiciales» véase el apartado 43 del informe. Esto es posible, aunque no se aplique el artículo 6 del Convenio a tales procedimientos. Sin embargo, no se puede considerar «necesario» el cese para cualquiera de las finalidades enumeradas en el artículo 10.2 cuando no solamente se le suspende por un procedimiento judicial, sino que el propio procedimiento se prolonga indebidamente. Entre la resolución inicial de cese y la del primer Tribunal Administrativo sobre

el segundo cese transcurrieron dos años y medio, y aun tuvieron que pasar casi tres años más para que terminara el procedimiento judicial y el cese se convirtiera en «res judicata». Es evidente que se pudieron evitar estas dilaciones si hubiera sido necesaria la separación del servicio a la vista del artículo 10.2.

VOTO PARTICULAR DE CONFORMIDAD DEL SEÑOR TENEKIDES

Comparto la opinión de la Comisión de que, en el caso de autos, no se violó el artículo 10 del Convenio.

Entiendo, sin embargo, que, de acuerdo con nuestra jurisprudencia -que con frecuencia aplica las reglas generales o pactadas del Derecho internacional-, se debieron añadir a los argumentos que justificaban, en el ámbito del Convenio, las medidas tomadas por las autoridades competentes de la República Federal respecto al demandante, otras consideraciones sobre normas indudablemente aplicables en el caso de autos.

Me refiero al artículo 4 del Convenio internacional sobre la supresión de todas las formas de discriminación racial, que entró en vigor el 4 de enero de 1969. El precepto dice lo siguiente:

«Los Estados que son parte en el Convenio condenan toda propaganda y todas las organizaciones que se fundan en ideas o teorías sobre la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretenden justificar o promover cualquier forma de odio y de discriminación racial; y se comprometen a tomar inmediatamente medidas positivas para suprimir cualquier incitación a dicha discriminación o a los actos discriminatorios; y, con esta finalidad, teniendo en cuenta los principios que informan la Declaración Universal de Derechos Humanos y los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de este Convenio, se obligan, especialmente:

a) A definir como delito penado por la Ley toda difusión de ideas fundadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial...

c) A no permitir a las autoridades o instituciones públicas, nacionales o locales, promover o estimular la discriminación racial.»

Ahora bien, se ha probado claramente en el apartado 104 del informe que el demandante propagó, por medio de sus publicaciones, ideas racistas, totalmente opuestas al espíritu y a la letra de la Ley fundamental de la República Federal de Alemania. En especial, el artículo 3.3 de dicha Ley, dispone lo siguiente:

«Nadie podrá ser perjudicado ni privilegiado en consideración a su sexo, ascendencia, idioma, patria u origen...»

La redacción de este principio concuerda por completo con el precepto antes citado del Convenio internacional sobre la supresión de todas las formas de discriminación racial, ejemplo de *jus cogens* y, por tanto, al obligar a los Estados firmantes, obliga también a la República Federal por una razón complementaria, a saber, el artículo 25 de su Ley fundamental, que dispone lo siguiente:

«Las normas generales del Derecho internacional constituyen parte integrante del Derecho federal, tienen primacía sobre las leyes y crean derechos y deberes, de modo inmediato, para los habitantes del territorio federal.»

De lo dicho se deduce la siguiente conclusión:

Teniendo en cuenta que el apartado 2 del artículo 10 del Convenio permite las restricciones de la libertad de expresión cuando la medida es necesaria para la protección de los derechos ajenos «en una sociedad democrática», es decir, en una sociedad que prohíbe cualquier discriminación, las autoridades competentes del Estado demandado tenían perfecto derecho a sancionar al demandante por su deslealtad hacia el régimen constitucional de su patria. Tanto más es así cuanto que se planteaba en este caso el cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por la República Federal de Alemania.

VOTO PARTICULAR DE CONFORMIDAD DEL SEÑOR TRECHSEL

Estoy de acuerdo con la conclusión de la mayoría de la Comisión de que, en este caso, no se violó el Convenio. Sin embargo, por las razones que expuse en mi voto particular de conformidad sobre la demanda número 9228/80, G. contra la República Federal de Alemania, entiendo que deberían examinarse las cuestiones ahora controvertidas más bien desde el punto de vista del artículo 14 en relación con el artículo 10 o, mejor aún, con el artículo 9 del Convenio.

(Comentario y traducción: José María Tejera Victory)