

Informe sobre el deber de fidelidad a la Constitución¹

DER-DIAJ

Contenido:

1. Introducción
2. Antecedentes históricos
3. El deber de fidelidad a la Constitución
4. El deber de fidelidad de los funcionarios públicos
 - 4.1. La aplicación sin distinción del cargo
 - 4.2. Excepciones
 - 4.3. Elevado deber de fidelidad de los funcionarios
5. Aspirantes al servicio público
 - 5.2. Fidelidad a la Constitución de empleados al servicio del Estado
 - 5.3. La relación con la naturaleza de las tareas del cargo
 - 5.4. La conducta fuera del servicio
 - 5.5. El nivel básico de fidelidad a la Constitución
6. El nivel de afectación para repeler el peligro
 - 6.1. Infracción por imprudencia del deber de fidelidad
 - 6.2. La ponderación
7. Los efectos recíprocos

1. Introducción

La democracia es un sistema que requiere mecanismos de defensa. Entre ellos se ubica una Administración Pública profesional, que permanezca es-

¹ Basado en: Espinoza, Alexander: El efecto irradiante del derecho de reunión. Alemania, España y Venezuela. Caracas, 2015

table frente a los cambios de gobierno, protegida frente al sistema del botín en el Estado de partidos. Un funcionario que permanece fiel a la Constitución y a la ley constituye un factor de equilibrio entre las entre las fuerzas políticas que dan forma al Estado.

El Tribunal Federal Constitucional alemán ha señalado que, cuando ya no sea posible confiar en la institucionalidad de la función pública, tanto la sociedad como el Estado se encontrarán perdidos en situaciones críticas.²

En España, el deber de fidelidad es entendido en su formulación negativa, relativa a la obligación del funcionario de no actuar en contra de los fines y valores constitucionales.³ El deber de fidelidad a la Constitución se debe a la recepción en España, de la doctrina alemana, en la cual se exige al funcionario una adhesión activa y en todo momento a los principios constitucionales.⁴ El Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, establece en su art. 6a, como una falta muy grave, el incumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución en el ejercicio de la Función Pública.

2. Antecedentes históricos

En la monarquía absoluta el deber de fidelidad del funcionario se presentaba frente a la persona del monarca. En la República, el servidor público de-

² Sentencia BVerfGE 39, 334

³ Jalvo, El Régimen disciplinario de los funcionarios públicos, pág. 328. Castillo, Los deberes de los funcionarios públicos, pág. 371

⁴ Jalvo, El Régimen disciplinario de los funcionarios públicos, pág. 328. Sobre el desarrollo en Alemania: Espinoza, La competencia del Gobierno para emitir declaraciones públicas y la libertad de expresión de los funcionarios públicos, pág. 285

be fidelidad a la Constitución. Una expresión visible de ello se encuentra en el juramento de fidelidad.

La historia de Venezuela ha demostrado la relación que existe entre la protección jurídica del funcionario público y su imparcialidad y objetividad. En la obra de *Wolf* queda claro que, la prerrogativa del Presidente de la República de nombrar y remover libremente a los empleados contribuye a que las filas burocráticas se mantengan estrechamente unidas y adictas a su permanencia en el poder.⁵ Por su parte, *Gil Fortul* nos recuerda que, la pérdida del derecho a la estabilidad de los empleados públicos, ha permitido remplazar a todo funcionario independiente con personas adictas a la política personal del caudillo.⁶

La Constitución de 1811 disponía en su artículo 206, el deber de todo funcionario público (el Presidente y miembros del Ejecutivo, los Senadores, los Representantes, los militares y demás empleados civiles), de prestar juramento de fidelidad al Estado, de sostener y defender la Constitución, de cumplir bien y fielmente los deberes de sus oficios y de proteger y conservar pura e ilesa, en estos pueblos, la Religión católica, apostólica, romana, que aquéllos profesan, antes de entrar en el ejercicio de sus funciones.

Por ley del 9 de mayo de 1842, la Oligarquía Conservadora reglamentó el derecho a la jubilación de los empleados públicos, con el objeto de asegurar la competencia y estabilidad de la administración.⁷ Los empleados de hacienda, los del ramo judicial y los demás funcionarios civiles con renta

⁵ Wolf, Ernesto: Tratado de Derecho Constitucional Venezolano, Tomo II, 1945, pág. 392

⁶ Fortul, Gil: Historia Constitucional de Venezuela, Tomo Segundo, pág. 70; Tomo Tercero, pág. 34

⁷ Gil Fortul, Historia Constitucional de Venezuela, Tomo Segundo, pág. 70

fija tendrían derecho a una pensión vitalicia. El 14 de febrero de 1849 fue derogada la ley del año 42 sobre jubilación de empleados, en base a un principio diametralmente contrario.⁸ Según sus considerandos, *“en un Gobierno popular y alternativo no pueden los empleados ser diuturnos, sin que se mine por una parte la base del sistema, y por otra se cierren las puertas al mérito y derechos de los demás ciudadanos con grave perjuicio de la igualdad, de la justicia y de la moral política y civil.”* En criterio de Gil Fortul, *“la alternabilidad que buscaba el Congreso se reducía a reemplazar todo funcionario independiente con personas adictas a la política personal de Monagas, como sucedió en seguida ...Que los empleados puramente políticos, los miembros del Poder Legislativo, los Ministros del Despacho, se cambien con frecuencia, exígelo sin duda el deber en que se encentra el Gobierno de seguir paso a paso las corrientes de la opinión pública; ...mas ¿qué administración de justicia sería eficaz allí donde los jueces no tuviesen ninguna preparación científica, y cuyos empleos dependiesen de las fluctuaciones de la política diaria? Ni judicatura, ni diplomacia, ni carrera militar, ni administración de hacienda, ni instrucción pública son posibles cuando los empleados con cuentan con una suficiente preparación técnica, con la seguridad de la duración o aliciente de la reelección, con el ascenso y por último con la pensión de retiro.”*⁹

Otra ley de 7 de abril de 1849, dispuso que, *“todos los empleados públicos, sea cual fuere su naturaleza, deben permanecer afectos al sistema de gobierno republicano que ha proclamado Venezuela, y acreditar con su fide-*

⁸ Gil Fortul, Historia Constitucional de Venezuela, Tomo Tercero, pág. 34

⁹ Gil Fortul, Historia Constitucional de Venezuela, Tomo Tercero, pág. 34

lidad su constante adhesión al Gobierno”. En criterio de Gil Fortul, con el pretexto de mantener a los empleados públicos en la esfera de sus especiales funciones y de evitar toda propensión o veleidad revolucionaria, en realidad se establece un sistema que procura la lealtad, no a la Constitución, sino al partido imperante:¹⁰ “No se determina quién ha de calificar la fidelidad de los empleados, ni de qué modo; y además, el hecho de complicación en ramas revolucionarias envuelve la pérdida del destino, sin juicio previo, de suerte que la simple sospecha por parte de las autoridades políticas será motivo bastante para la suspensión, y consiguientemente para la persecución.”¹¹

3. El deber de fidelidad a la Constitución

Del deber de fidelidad a la Constitución deriva la obligación del funcionario, de identificarse con el orden del Estado social, liberal, democrático y de derecho. Es imprescindible, que el funcionario afirme la vigencia del orden constitucional, lo reconozca como digno de protección y procure activamente su defensa. El deber de fidelidad a la Constitución exige del funcionario, especialmente, que se distancie de movimientos y agrupaciones, que tienen por objeto atacar, combatir y difamar a los órganos constitucionales y al orden constitucional vigente. El deber de fidelidad a la Constitución reviste especial importancia en tiempos de crisis y en situaciones de serios

¹⁰ Gil Fortul, Historia Constitucional de Venezuela, Tomo Tercero, pág. 36

¹¹ Gil Fortul, Historia Constitucional de Venezuela, Tomo Tercero, pág. 36

conflictos, en los cuales el Estado necesita que el funcionario tome posición en su defensa.¹²

4. El deber de fidelidad de los funcionarios públicos

4.1. La aplicación sin distinción del cargo

En la sentencia sobre los extremistas en ejercicio de la función pública, el Tribunal Federal Constitucional determinó que el deber de fidelidad no admite distinciones, de acuerdo con las funciones del cargo. El deber de fidelidad es aplicable para toda forma de relación jurídica del funcionario, esto es, para los funcionarios a tiempo determinado; en período de prueba; de libre remoción, así como para funcionarios de carrera. Como fundamento señaló el tribunal, que el peligro que se pretende enfrentar con la figura del deber de fidelidad, no sólo reside en la forma como se asumen las tareas del cargo, sino también en la posibilidad cercana de la influencia del entorno de los funcionarios y de la institución en favor de su convicción política de rechazo a la Constitución.¹³

Tal jurisprudencia ha generado dudas, en razón de que el deber de fidelidad encuentra su fundamento en el interés en preservar el funcionamiento del servicio público; de tal forma que debería existir una diferenciación funcional, de acuerdo con el cargo concreto.¹⁴ Una posición distinta afirma que, el deber de fidelidad no se fundamenta en el efecto externo del peligro, sino

¹² BVerfGE 39, 334/348 – Extremistas en la función pública

¹³ BVerfGE 39, 334/355 – Extremistas en la función pública

¹⁴ Una postura crítica es asumida por Kunig, *Das Recht des öffentlichen Dienstes*, párr. 86; EuGH 26 de septiembre de 1995, EuGRZ 1995, 590 Vogt ./.. Deutschland. Una posición distinta: Hailbronner, *ZaöRV* 69 (2009), pág. 272; Zängl, § 33 párr. 92 *BeamtStG*

en la calidad del funcionario: No es admisible justificar que el ejercicio de funciones menos importantes admitan que el funcionario sea sólo “un poco inconstitucional”.¹⁵

4.2. Excepciones

El deber de fidelidad es válido, en principio, para todo tipo de relaciones funcionariales. Sin embargo podrían admitirse excepciones, en los casos de las prácticas profesionales, que establece la ley para el acceso a la profesión, en virtud de la menor carga de funciones públicas y de la menor autonomía en su ejercicio.¹⁶

El ejercicio de una pasantía en período de prueba o de entrenamiento para la función docente no es exceptuado del deber de fidelidad.¹⁷ En las relaciones contractuales de trabajo en el servicio público, el parámetro del deber de fidelidad encuentra condiciones especiales.¹⁸

El Tribunal Superior Contencioso-Administrativo de Baden-Württemberg ha admitido en el proceso de evaluación realizada por la institución de ingreso, posibilidades de distinción, en el sentido de una relación de correspondencia entre el grado de necesidad de fidelidad a la Constitución de determinado cargo, con respecto a la demostración de la correspondiente capacidad y disposición del aspirante. El principio de distinción así entendido, debe ser tomado en consideración por la Institución, en el marco de la revi-

¹⁵ Schick, Zwischenbilanz in Sachen “Verfassungstreue” der Beamten, NVwZ 1982, 163

¹⁶ BVerwGE 47, 330 Resumen oficial 2

¹⁷ BVerwGE 47, 330 Resumen oficial 2

¹⁸ Siems, Der Umgang mit Extremismus im Öffentlichen Dienst, DÖV 2014, pág. 339

sión de proporcionalidad en la decisión acerca de la admisión del aspirante en la función pública.¹⁹

4.3. Elevado deber de fidelidad de los funcionarios

La infracción del deber de fidelidad por parte de un funcionario constituye una falta de los deberes del cargo.²⁰ Los funcionarios se encuentran sujetos a un elevado deber de fidelidad, el cual exige la disposición de identificarse con la idea del Estado, es decir, de su orden liberal, democrático, social y de derecho, y asumir activamente su defensa. El deber de fidelidad a la Constitución exige del funcionario, especialmente, que se distancie de movimientos y agrupaciones, que tienen por objeto atacar, combatir y difamar a los órganos constitucionales y al orden constitucional vigente.²¹

4.3.1. *Jueces profesionales*

Se justifica materialmente que los jueces profesionales no se encuentren sujetos a condiciones menos estrictas que las aplicables a los funcionarios de la Administración Pública con respecto a su deber de fidelidad. Precisamente, los jueces profesionales no se encuentran sometidos a órdenes o directrices de otro funcionario, sino que constituyen órganos independientes que ejercen el poder del Estado, por lo que deben encontrarse en especial medida en una posición de defensa de la Constitución. Por otra parte, la Constitución establece requisitos especiales para la destitución de los jue-

¹⁹ VGH de Baden-Württemberg, 13 de marzo de 2007 • Exp. 4 S 1805/06, párr. 53

²⁰ BVerfGE 39, 334/349 – Extremistas en la función pública

²¹ BAG 12.5.2011, 2 AZR 479/09

ces, precisamente para garantizar su independencia y excluir cualquier posibilidad de influencia política en el trabajo de los jueces.²²

4.3.2. *Jueces escabinos*

No sólo los jueces profesionales, sino también los jueces escabinos se encuentran sujetos a al deber de fidelidad. Ello deriva de la función de los jueces escabinos como órganos de igual jerarquía que los jueces profesionales, en el cumplimiento de sus tareas.²³ El deber de fidelidad de los jueces escabinos adquiere una importancia específica, en razón de que la Constitución no es un orden de valores neutral, sino que resolvió proteger valores fundamentales, y le impone al Estado la tarea de garantizarlos.²⁴ La afectación que deriva de la destitución del juez escabino no puede ser considerada leve, pero en todo caso es menos gravosa que la destitución de un juez profesional.²⁵

4.3.3. *Funcionarios pensionados*

Los funcionarios pasados a situación de retiro por antigüedad también pueden incurrir en una situación similar a la infracción disciplinaria, cuando hubieran actuado en contra del orden constitucional de la democracia liberal o cuando hubieran tomado parte en movimientos que tienen por finalidad afectar la existencia o la seguridad de la República.²⁶

²² BVerfG, 2 BvR 337/08 del 6.5.2008, párr. 18

²³ BVerfG, 2 BvR 337/08 del 6.5.2008, párr. 19

²⁴ BVerfG, 2 BvR 337/08 del 6.5.2008, párr. 22

²⁵ BVerfG, 2 BvR 337/08 del 6.5.2008, párr. 38

²⁶ BVerfGE 39, 334/351 – Extremistas en la función pública

4.3.4. *Otras clases de funcionarios*

El deber de fidelidad a la Constitución también es válido para los funcionarios designados por un tiempo determinado, así como para los funcionarios en período de prueba y los de libre remoción.²⁷ En el caso de los funcionarios en período de prueba y los de libre remoción, la infracción da lugar generalmente a la remoción del cargo, mientras que en el caso de los funcionarios de carrera, se produce la destitución, luego de la instrucción del procedimiento disciplinario.²⁸

5. **Aspirantes al servicio público**

El contenido del deber de fidelidad a la Constitución de los aspirantes a la condición de funcionario no es idéntico al contenido de la falta administrativa. La „falta de garantía” del aspirante, de que en todo momento tomará posición en defensa del orden liberal democrático, es suficiente justificación para rechazar la solicitud de ingreso de un aspirante. La negativa puede estar fundada en una conducta, que en el caso del funcionario sería causal de destitución; pero el pronóstico del deber de fidelidad a la Constitución de un aspirante puede basarse en conductas que serían inocuas en el caso de un funcionario, por ejemplo, en el caso de situaciones ocurridas en el pasado, pero que permitan establecer proyecciones hacia la conducta futura.²⁹

²⁷ BVerfGE 39, 334/355 – Extremistas en la función pública

²⁸ BVerfGE 39, 334/349 – Extremistas en la función pública

²⁹ BVerwG, 28.11.1980, Exp. BVerwG, 2 C 37/79, párr. 24

5.1.1. *El pronóstico de la fidelidad a la Constitución*

Corresponde a la institución evaluar en base a los hechos establecidos, si el aspirante ofrece la suficiente garantía de cumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución. La decisión se basa en la personalidad del aspirante, lo cual constituye al mismo tiempo un pronóstico. El objeto del análisis no lo constituyen hechos específicos, sino la valoración de la personalidad que se expresa en tales situaciones.³⁰

El Tribunal Federal Administrativo ha establecido en su sentencia del 22 de mayo de 1975, que en la decisión sobre el ingreso de un aspirante a la función pública, no existe carga de la prueba, ni para el solicitante, en el sentido de que ofrece la suficiente garantía de fidelidad, ni para la Institución, en el sentido contrario.³¹

En el marco de la decisión sobre el ingreso de un aspirante, debe la institución realizar la interpretación del concepto indeterminado de “garantizar” el cumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución. Se trata en realidad de un “acto valorativo”, basado una serie de elementos de juicio que varían de caso a caso.³²

5.1.2. *Dudas sobre el deber de fidelidad a la Constitución*

“Garantizar” significa que no deben presentarse situaciones que, en criterio de la institución ponga en duda el cumplimiento del deber de fidelidad. La duda el cumplimiento del deber de fidelidad se produce cuando el órgano

³⁰ BVerwG, 28.11.1980, Exp. BVerwG, 2 C 37/79, párr. 29; VGH de Baden-Württemberg, • 13 de marzo de 2007 Exp. 4 S 1805/06, párr. 49

³¹ BVerwG, 14.11.1979, Exp. BVerwG, 2 B 94.78, párr. 12

³² Schick, Zwischenbilanz in Sachen “Verfassungstreue” der Beamten, NVwZ 1982, 164

competente para asumir la decisión del ingreso no considera convincente que el aspirante garantiza el cumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución. No se requiere la constatación que el aspirante constituye un “enemigo” de la Constitución. Tal prueba sería imposible, en razón de que la conducta humana no puede ser predeterminada con seguridad.³³

Por regla general, resulta suficiente que la duda en el cumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución se encuentre basada en conductas externas determinadas, cuya valoración permita asumir una posición subjetiva interna contraria al orden fundamental de la democracia liberal.³⁴ En todo caso, se encuentra obligada la Administración a examinar los elementos, en los que se basa la duda y analizarlos cuidadosamente. Para ello debe tomarse en consideración el principio constitucional de proporcionalidad.³⁵

5.1.3. *Funcionarios en período de prueba*

El funcionario en período de prueba sólo puede pasar a la relación de función pública, cuando su conducta dentro y fuera del servicio no deje lugar a dudas acerca de su fidelidad a la Constitución. Para la determinación de la fidelidad a la Constitución de funcionarios en período de prueba son aplicables las mismas consideraciones que en el caso de los aspirantes a la función pública.³⁶

³³ BVerwG, 28.11.1980, Exp. BVerwG, 2 C 37/79, párr. 25; VGH de Baden-Württemberg, 13 de marzo de 2007 Exp. 4 S 1805/06, párr. 49

³⁴ BVerwG, 28.11.1980, Exp. BVerwG, 2 C 37/79, párr. 26

³⁵ BVerwG, 28.11.1980, Exp. BVerwG, 2 C 37/79, párr. 28

³⁶ BVerwG, 31.05.1978, Exp. BVerwG, 2 B 30.77, párr. 3

5.2. Fidelidad a la Constitución de empleados al servicio del Estado

En el derecho alemán, no resulta del todo inadmisibles, que no sólo los funcionarios, sino también los empleados, ejecuten funciones públicas. Además de los funcionarios, las administraciones públicas también se sirven de empleados, a los cuales se confían cada vez mayores tareas públicas. Ello supone que los deberes que son propios de la relación de fidelidad y de servicio público, también sean exigibles a los empleados.³⁷

Los empleados en el servicio público también tienen el deber de lealtad frente a la Administración Pública y la obligación de cumplir responsablemente con las funciones del cargo. El deber de no agredir al Estado y su orden constitucional es exigible también al Estado, por lo que pueden ser objeto de despido por la infracción grave de tales deberes, o bien, el rechazo de su solicitud de ingreso, cuando sea previsible que no tienen la idoneidad o la intención de cumplir con los mismos.³⁸

5.3. La relación con la naturaleza de las tareas del cargo

De acuerdo con la Teoría Funcional, el deber de fidelidad a la Constitución es exigible a los empleados, en la medida en que, en base a su posición y su concreto ámbito de funciones, pueda presuponerse determinada medida de fidelidad a la Constitución. El empleado sólo se encuentra obligado a garantizar el grado de fidelidad que es indispensable para el cumplimiento adecuado del cargo.³⁹ En caso contrario, se produciría una limitación inne-

³⁷ BVerfGE 28, 191/198 - Caso Pätsch

³⁸ BVerfGE 39, 334/355 – Extremistas en la función pública

³⁹ Siems, Der Umgang mit Extremismus im Öffentlichen Dienst DÖV 2014, pág. 341; Polzer, Rechtsextremismus

cesaria y desproporcionada de los derechos políticos del funcionario, especialmente, el de libertad de expresión y actividad política.⁴⁰

El demandante no asume responsabilidad alguna en el contenido de las resoluciones de impuestos que se elaboran en el centro de copiado. Su tarea consiste principalmente en la planificación, dirección y supervisión del proceso de impresión y envío. Se trata en esencia de garantizar que el proceso técnico de la elaboración física de las resoluciones se produzca sin contratiempos. La circunstancia de que el demandante hubiera tenido acceso a los datos personales de los contribuyentes, no resulta suficiente para afirmar el deber de fidelidad elevado del empleado.⁴¹

5.4. La conducta fuera del servicio

Las actividades políticas del empleado pueden ser valoradas, dependiendo de la medida en que influyan en la actividad del servicio público; en las funciones de la institución o en las tareas concretas que desempeñe.⁴² Tal criterio es válido, tanto para las actividades realizadas dentro del servicio como fuera de él. También fuera del horario de trabajo se encuentran obligados los empleados, a observar la debida fidelidad con su empleador y tomar en consideración sus intereses legítimos, en una forma razonable.⁴³

5.5. El nivel básico de fidelidad a la Constitución

El llamado nivel básico de fidelidad a la Constitución exige simplemente la garantía de que el empleado no perseguirá activamente fines contrarios a la

als Kündigungsgrund?, NZA 2000, pág. 974; BAG 12.5.2011, 2 AZR 479/09; BAG 6.9.2012, 2 AZR 372/11

⁴⁰ BAG 12.5.2011, 2 AZR 479/09

⁴¹ BAG 12.5.2011, 2 AZR 479/09

⁴² Siems, Der Umgang mit Extremismus im Öffentlichen Dienst DÖV 2014, pág. 341

⁴³ BAG 6.9.2012, 2 AZR 372/11

Constitución, ni procurará la eliminación del Estado, de la Constitución o de sus órganos, ni tampoco los difamará o despreciará de alguna forma.⁴⁴

6. El nivel de afectación para repeler el peligro

La separación del cargo de un funcionario o un juez de carrera, por el incumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución, sólo es posible en base a una infracción disciplinaria concreta.⁴⁵ Las dudas acerca de la fidelidad a la Constitución del aspirante a la función pública, deben encontrarse fundadas en situaciones de cierto peso, que analizadas desde un punto de vista objetivo, sean idóneas de generar una seria preocupación sobre el futuro cumplimiento de su deber de fidelidad.⁴⁶

La simple convicción o la exteriorización de tales convicciones, no es generalmente suficiente para considerar infringido el deber de fidelidad del funcionario público;⁴⁷ tampoco forma parte de las circunstancias en que puede encontrarse fundada la duda acerca del futuro cumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución de un aspirante a la función pública.⁴⁸

El contenido de la infracción disciplinaria del deber de fidelidad exige cierto grado de gravedad y de evidencia del incumplimiento del deber. Tales elementos se encuentran dados, cuando la convicción política del funcionario, contraria a la Constitución, genera consecuencias frente a su posición

⁴⁴ BAG 12.5.2011, 2 AZR 479/09; BAG 6.9.2012, 2 AZR 372/11

⁴⁵ BVerfG, 2 BvR 337/08 del 6.5.2008, párr. 31

⁴⁶ BVerwG, 28.11.1980, Exp. BVerwG, 2 C 37/79, párr. 27; VGH de Baden-Württemberg, • 13 de marzo de 2007 • Exp. 4 S 1805/06, párr. 50

⁴⁷ BVerfG, 2 BvR 337/08 del 6.5.2008, párr. 31

⁴⁸ BVerwG, 28.11.1980, Exp. BVerwG, 2 C 37/79, párr. 27; VGH de Baden-Württemberg, • 13 de marzo de 2007 • Exp. 4 S 1805/06, párr. 50

con respecto al orden constitucional del Estado, la forma de cumplimiento de sus funciones, su relación con sus compañeros de trabajo o sus actividades políticas.⁴⁹

La membresía de un partido político, que persiga fines incompatibles con el orden liberal democrático, no constituye necesariamente una conducta que excluya la fidelidad a la Constitución. Pero, según las circunstancias del caso, puede ofrecer indicios acerca de la falta de fidelidad, en los casos en que la participación en el partido político se ha producido por libre voluntad y se encuentra comprometido a la realización de actividades para alcanzar los fines del partido.⁵⁰

El demandante es desde hace varios años, miembro del Partido Comunista Alemán; un partido, que representa el Marxismo-Leninismo, en su interpretación soviética y cuyos miembros se comprometen a luchar por los fines del partido, los cuales no son compatibles con el orden liberal democrático. El demandante se encontraba convencido del programa del partido y con el fin político de la transferencia del poder a la clase trabajadora. Participó en forma activa e intensiva en las actividades políticas del partido, especialmente en su candidatura a las elecciones regionales. En este contexto, no es determinante si las actividades son lícitas, sino exclusivamente la relación del aspirante a la función pública, con el orden liberal democrático.⁵¹

Dado que el deber de fidelidad a la Constitución de los miembros de la fuerza armada presuponen una posición activa en favor del orden liberal democrático, constituye una infracción a tal deber, que el soldado hubiera participado en un partido político, que no reconoce los elementos esenciales de tal orden y que pretende reemplazarlos por un orden distinto. La determinación del grado mínimo de gravedad y evidencia de la infracción al deber queda constatada, en el caso del funcionario que mantuvo posiciones dirigentes durante varios años y fue candidato a las elecciones del parlamento regional, así como a través de discursos y publicaciones del partido.⁵²

La infracción objetiva en contra del deber de fidelidad de un militar constituye una falta disciplinaria, sólo cuando la conducta ha sido culpable. No estaba demostrado si el soldado conocía en su totalidad la posición contraria a la Constitución del Partido Nacionalista Alemán. Sin embargo, tales fines eran en su mayoría del conocimiento del funcionario, quien se ha expresado en el mismo sentido, aún cuando en forma

⁴⁹ BVerwG, 28.11.1980, Exp. BVerwG, 2 C 37/79, párr. 27; VGH de Baden-Württemberg, • 13 de marzo de 2007 • Exp. 4 S 1805/06, párr. 50; BAG 12.5.2011, 2 AZR 479/09; BAG 6.9.2012, 2 AZR 372/11; BAG 6.9.2012, 2 AZR 372/11 Polzer, *Rechtsextremismus als Kündigungsgrund?*, NZA 2000, pág. 975

⁵⁰ VGH de Baden-Württemberg, • 13 de marzo de 2007 • Exp. 4 S 1805/06, párr. 50; BVerwG, 11.10.1979, Exp. 2 B 92.78, párr. 9; BVerwG, 07.01.1980 - BVerwG, 2 B 75.79

⁵¹ BVerwG, 14.11.1979, Exp. BVerwG, 2 B 94.78, párr. 13

⁵² BVerwG, 20.05.1983, Exp. 2 WD 11/82, párr. 263

moderada. Las expresiones del soldado son suficientes para que tuviera la posibilidad de realizar un juicio de valor sobre los fines del partido.⁵³

En el caso de los empleados, a los que, debido a sus funciones, tales como docentes o trabajadores sociales, sean exigibles las mismas condiciones que a los funcionarios, también es aplicable el criterio, según el cual, la simple participación en una organización política con fines contrarios a la Constitución o su activismo, constituyen indicios de la falta de disposición a la fidelidad a la Constitución, pero no alcanzan el nivel de falta de idoneidad para el ejercicio del cargo. Distinta es la situación del nombramiento, en cuyo caso, son suficientes las dudas sobre la fidelidad a la Constitución.⁵⁴

El recurrente asume una posición de extrema izquierda y se ha catalogado a sí mismo como revolucionario. Independientemente de la definición de revolucionario, puede asumirse que con ello se procura una modificación estructural, con o sin medios violentos, lo cual no resulta conforme a la Constitución, dado que no se plantea como una simple reforma político-social, en el marco del actual orden de democracia liberal. Ello puede advertirse de las consignas de lucha de clases, que ha empleado el recurrente y, sobre todo, de su concepción del orden jurídico vigente como un “instrumento de opresión”.⁵⁵

6.1. Infracción por imprudencia del deber de fidelidad

El deber de fidelidad a la Constitución exige, que el funcionario se distancie de grupos y movimientos, que asumen una lucha en contra del Estado, de sus órganos constitucionales y del orden jurídico constitucional, y que en tiempos de crisis y en situaciones de serios conflictos, dentro y fuera del servicio se coloque en una posición de defensa del Estado. Un funcionario que no cumple con tales condiciones, sin importar los motivos, infringe su

⁵³ BVerwG, 20.05.1983, Exp. 2 WD 11/82, párr. 264

⁵⁴ BAG 12.5.2011, 2 AZR 479/09

⁵⁵ BGH 11.12.1978, Exp. NotZ 2/78, párr. 24

deber de fidelidad. No es relevante si el funcionario se coloca activamente en favor de pretensiones contrarias al orden liberal democrático, o se deja manipular, por motivos de indiferencia, credulidad o inexperiencia.⁵⁶

El funcionario que apoya activamente un partido político, en desconocimiento de sus fines inconstitucionales, no infringe su deber de fidelidad y no da lugar a su separación del servicio. A diferencia del funcionario que actúa intencionalmente, no se coloca conscientemente en contra del orden constitucional, sino que actúa con la convicción de prestar un servicio a su país, con la militancia en un partido político que considera conforme a la Constitución. En tales casos, no puede afirmarse que se hubiera producido una actividad política contraria a la Constitución. El desconocimiento de los fines contrarios a la Constitución de un partido político, incluso cuando sea producto de la imprudencia, no puede ser considerado como la identificación con sus fines.⁵⁷

Por otra parte, la infracción del deber de fidelidad a la Constitución tiene tanto peso, como deber fundamental del funcionario, que incluso una infracción por imprudencia, puede dar lugar a una sanción, ya no de separación del cargo, pero sí de degradación en la jerarquía militar.⁵⁸

6.2. La ponderación

La importancia de la infracción del deber de fidelidad merece la sanción de mayor gravedad. La infracción del deber de fidelidad a la Constitución es insostenible para el Estado, que debe poder confiar en sus funcionarios. La infracción es de mayor gravedad, cuando el funcionario pretende continuar-

⁵⁶ BVerwG, 28.11.1980, Exp. BVerwG, 2 C 37/79, párr. 23

⁵⁷ BVerwG, 20.05.1983, Exp. 2 WD 11/82, párr. 310

⁵⁸ BVerwG, 20.05.1983, Exp. 2 WD 11/82, párr. 311

la, sin atender a la calificación de su falta. En tales casos, el efecto disuasivo de las sanciones menos graves no tiene posibilidades de éxito.⁵⁹

La separación del cargo de un juez escabino es una sanción de menor gravedad que la destitución de un juez de carrera, en razón de que no produce una afectación del sustento económico, lo cual en el caso del juez de carrera adquiere mayor peso, en razón de la garantía de la independencia del juez.⁶⁰

Si bien la conducta del recurrente no constituye la categoría de las infracciones del principio de fidelidad a la Constitución de mayor gravedad, sobre todo en razón de que su conducta no produjo efectos en su función judicial; sin embargo, se trata de una infracción que no es del todo irrelevante. Por otra parte, si bien la afectación del recurrente por la separación del cargo no es leve, en todo caso, es de menor gravedad que el caso de un juez de carrera.⁶¹

7. Los efectos recíprocos

La teoría de los efectos recíprocos es aplicable en el caso de la limitación de los derechos fundamentales de los funcionarios públicos. Si bien la protección de la libertad del funcionario es garantizada en la medida en que resulte compatible con los deberes derivados del cargo, sin embargo, las limitaciones que se impongan al derecho a la libertad de expresión deben ser interpretadas a la luz del derecho fundamental.⁶²

A partir del significado fundamental de la libertad de expresión para un Estado de democracia liberal deriva, que el efecto limitante de las leyes generales debe ser a su vez interpretadas a la luz de la importancia del derecho

⁵⁹ BVerwG, 10.05.1984 - BVerwG, 1 D 7.83 = BVerwGE 76, 157

⁶⁰ BVerfG, 2 BvR 337/08 del 6.5.2008, párr. 25

⁶¹ BVerfG, 2 BvR 337/08 del 6.5.2008, párr. 38

⁶² BVerwG, 29.10.1987, Exp. BVerwG, 2 C 73.86, párr. 12

fundamental, de forma tal que siempre permanezca garantizado el valor especial de ese derecho, que debe conducir hacia una presunción general de la libertad de expresión en todo ámbito.⁶³

⁶³ BVerfGE 7, 198/208 – Lüth; BVerwG, 06.08.1981, Exp. 1 WB 89/80 párr. 26

