

BIBLIOGRAFIA

SINTESIS BIBLIOGRAFICA

LA FUNCION PUBLICA DE LA REPUBLICA FEDERAL ALEMANA

Síntesis del libro *La Fonction Publique de la République Fédérale Allemagne*, de Pierre Koenig (Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Economiques de Strasbourg, 1962, 302 pp.

INTRODUCCION

I. Los caracteres generales de la Función pública alemana

A. LA TRADICIÓN PRUSIANA

1. Para comprender lo que ha sido en el pasado la Función pública alemana, y lo que entiende ser en gran medida, hay que remontarse a las fuentes de su creación: la Prusia del siglo XVIII.

La honda huella que la Función pública recibió de la monarquía prusiana

le prestará desde su origen su aspecto definitivo y su espíritu. Este «espíritu» permanecerá siendo la explicación clave, dominante, de un cuerpo forjado de cuerpo entero, tallado a golpes de hacha en unos treinta o cuarenta años. Desde entonces, los rasgos de la Función pública prusiana serán fijados un siglo antes de la unificación alemana, de la cual será un poderoso instrumento. En la hora actual sigue siendo un factor de cohesión en una República federal cuyas estructuras son todavía frágiles.

La Función pública prusiana es el fruto de la voluntad de hierro de esos reyes «que en unos cien años hicieron la Prusia». Federico-Guillermo I y su hijo Federico II—la tenacidad y la inteligencia política—eran monarcas absolutos, y el último se presentaba de buen grado como un déspota ilustrado. Su filosofía política puede resumirse en dos lemas que se aplicarán admirablemente a la Función pública: «Servir» y «Todo para el pueblo, nada por el pueblo».

El Estado prusiano fué la obra del príncipe. El Brandeburgo era una tierra ingrata y hostil habitada por una sociedad fuertemente contrastada de campesinos-soldados y grandes propietarios ennoblecidos (los *Junker*). Su principal ocupación consistía en disputar su derecho a la existencia de la tierra y a los pueblos del Este. Geográfica y sociológicamente aislada de las élites europeas, esa sociedad de tipo colonial estaba destinada naturalmente a ser integrada en un estado de funcionarios regido por un poder absoluto, según una disciplina totalmente militar.

Este breve recuerdo de la historia sitúa la Función pública alemana en el centro de su nacimiento, permitiendo aclarar mejor su excesivo carácter, sus brillantes méritos, al tiempo que las notorias insuficiencias de un cuerpo de servidores del Estado, señalado menos que cualquier otro por la medida y el matiz y más que cualquier otro por sus cualidades excepcionales, mas por ello mismo expuestas a convertirse en otros tantos defectos.

El rey de Prusia era el superior jerárquico efectivo de sus funcionarios. Estos tenían por deber el informarle exactamente y aplicar con puntualidad sus decisiones; en nin-

gún grado la Administración asumirá una responsabilidad o tendrá una iniciativa propia. Su actuación estará guiada por completo por las instrucciones del rey, elaboradas por un Consejo de cuatro secretarios privados. Poco a poco se desarrolló una Función marcada por un espíritu de servicio acusado y una fuerte integración jerárquica.

2. La nobleza, la alta Función pública y el cuerpo de oficiales de reserva serán, hasta el fin del Imperio, la armadura del Estado alemán. La frecuente reunión de la cualidad del lazo nobiliario, al que se añade el de la subordinación jerárquica y la de oficial de reserva en la misma persona condujo a la creación de una élite social, objeto de la solicitud oficial y de la consideración de una opinión pública propicia de buen grado a venerar las instituciones del Estado.

La alta idea que se formaban los funcionarios de su misión procedía del hecho de que a título múltiple «eran» el Estado. Pero el Estado así encarnado se aísla de la sociedad. En una época en que la Prusia debía abrirse a otras influencias regionales, la Función pública se cierra a las corrientes que hubieran podido facilitarle una adaptación indispensable.

La ausencia de una impulsión directriz, de una parte; la falta de interés de los altos funcionarios por las necesidades nuevas de la sociedad liberal, de otra, dejaron a la Administración «flotar en el vacío». Este estado de cosas promovió de una manera decisiva la función del derecho en la marcha intelectual de la Administración alemana. La norma jurídica aportaba, en efecto, un sistema cómodo y preciso de normas que sustituyó—mal—a la concepción desfalleciente.

B. LA INFLUENCIA DEL DERECHO

3. Si, según la tradición prusiana, el mandato del superior jerárquico debía ser la única regla de conducta del funcionario, hacía falta por lo menos organizar en un sistema las múltiples formas que ese mandato era susceptible de adoptar. De este modo nació en Alemania, después de 1880, un Derecho administrativo ple-tórico, cuyo principal mérito consistía en prever con precisión, hasta en los menores detalles, el comportamiento de todo funcionario en cualquier situación. La codificación del mandato en normas que cada día se deseaban más «perfectas» es la verdadera razón de esta extraordinaria hinchazón del Derecho de la Administración. La época guillermina no dejaba de elevar al pináculo esta ciencia de la organización en la que veía el secreto del éxito. En el campo de la administración, esa manía se traducía en una inflación reglamentaria. Al encerrarse la Administración en el mundo abstracto de las normas, perdía todavía más sus facultades de adaptación a la realidad. El que muchos funcionarios se preocupasen más por la regularidad jurídica que por la buena gestión engendró una Administración mediocre. Y ese extraordinario desarrollo de un Derecho reglamentario no fué beneficioso ni para la Administración ni para los funcionarios. Para el administrado, el funcionamiento de los servicios se hizo pronto incomprensible. Dado que el Derecho no era sino el instrumento del poder y no su límite, la jurisprudencia se orientó hacia una interpretación literal de los reglamentos.

La parte excesiva del Derecho en la gestión administrativa no dejó de

tener sus consecuencias sobre la formación y el espíritu de los funcionarios. Sin embargo, el fallo de que no surgiera una Función pública de alta calidad se debió especialmente a que al cuerpo de funcionarios le faltó a la vez apertura a la sociedad y una base sociológica suficientemente amplia, pero, sobre todo, una dirección gubernamental firme.

De ahí que no sea tanto la Función pública la que presente el flanco a la crítica como el estado de sus relaciones con el Gobierno y los administrados. Han podido escribir algunos autores alemanes en 1950 que las fuentes de inspiración del funcionario de la escuela prusiana se resumían en la aplicación de las normas de Derecho o, en los casos jurídica-mente dudosos, en las instrucciones del superior jerárquico o de la razón de Estado.

Esa Función pública, formada y después deformada por Prusia, se impondrá rápidamente en la totalidad de la Alemania posterior a 1870, y no son tanto sus propias cualidades como la política del Canciller de Hierro la que asegura su hegemonía. La tradición y el estilo administrativo prusiano se extienden a los Estados alemanes que hasta entonces habían vivido—sobre todo en Baviera y en Baden— sobre otras experiencias más liberales y de aspecto menos serenos.

Las Leyes de 31 de marzo de 1873 y de 17 de mayo de 1907 sobre el Estatuto de la Función pública imperial garantizan ya a los funcionarios los derechos esenciales de orden pecuniario (sueldo, pensión de retiro). La revolución de 1918, no es necesario decirlo, no lastimó en nada la tradición de la Función pública. A este respecto, también Weimar solo fué

un interregno. La República no pudo mantener la promesa del artículo 128 de la Constitución, según la cual una ley «debía fijar los principios fundamentales de la Función pública».

4. Por el contrario, el advenimiento del III Reich señalará para la Función pública una transformación profunda y duradera. El legislador nacional socialista operó en un mismo texto (la Ley de 26 de enero de 1937 relativa al Estatuto de los funcionarios alemanes) una codificación de un Estatuto más vivido que escrito hasta entonces, y una «politización» del Cuerpo de funcionarios, en contradicción con la tradición más firme. En este doble aspecto, la Ley de 1937 conocerá una posteridad duradera. Conviene subrayar la adopción por la República federal del procedimiento que consiste en ligar el funcionario tanto al régimen político como al Estado. La Ley de 14 de julio de 1953, relativa al Estatuto de la Función pública federal, no define al funcionario como el servidor de un Estado abstracto, vacío de contenido político, sino como el defensor del Estado encarnado, dotado por la Constitución de un sistema de valores políticos. El Estatuto de 1953 hace de «la defensa del orden fundamental, democrático y liberal» el primer deber del funcionario. Incluso uno está tentado a decir que la primera orden de la cual derivan todas las otras. La obligación de defensa del orden constitucional aparece en filigrana en todas las partes del Estatuto, y perpetúa así, ciertamente en un grado atenuado, la revolución introducida por el III Reich en el Derecho de la Función pública.

5. Esa innovación del III Reich, que la República federal se ha apropiado—por supuesto adaptándola—, recibe su sentido verdadero a la luz

de los esfuerzos del legislador federal que se ha esforzado por recrear la Función pública sobre nuevas bases, concediendo una atención particular a la situación de la Alemania de Bonn, tanto en el orden interno como en el orden internacional.

II. La situación del funcionario en el Estado

6. Hasta el fin del III Reich, los términos *Staatsdiener* y *Dienstherr*, heredados del vocabulario prusiano, permitían definir por sí mismos la situación del funcionario en el Estado. Esas dos expresiones (servidor del Estado y señor del Servicio) tuvieron muy mala prensa en la joven República federal, cuyos dirigentes buscaban soluciones nuevas y atrevidas en materia de Función pública. Sin embargo, ninguna de las dos nociones ha sido repudiada. La segunda se ha conservado en el Estatuto federal, tomando un sentido nuevo al designar no al Estado en su poder, sino a la persona pública que dispone de poder jerárquico con respecto al funcionario. La primera conoce una supervivencia más acusada, pues si el término ha desaparecido de los textos, la noción figura en el corazón de las polémicas sobre el papel del funcionario en un régimen democrático y el Estatuto no deja de referirse a él.

En el siglo XVIII, el *Staatsdiener* prusiano era el hombre feudo-ligado del rey, al que estaba personalmente ligado por un juramento de fidelidad y obediencia, todavía prestado hoy por los funcionarios alemanes a la Constitución. A cambio de una entrega en cuerpo y alma a su persona, el monarca aseguraba a su servidor su benevolencia y su protección. El *Staatsdiener* entrega todas sus facul-

tades, su fe, sin restricción alguna —*perinde ac cadaver*— al servicio del príncipe, y, más tarde, cuando la persona del rey se distingue del Estado, al servicio de este último.

Sin embargo, los derechos y obligaciones no son sino la expresión de la fidelidad, o mejor, de la *Treue*, término cuya resonancia afectiva es incomparablemente más rica que su traducción. Los primeros elementos legislativos del Estatuto son los que permitirán separar a la *Treue* como un dato fundamental y permanente del Derecho de la Función pública, e inversamente, hasta 1937, las leyes estatutarias no serán sino una construcción técnica, una aproximación más precisa de la fidelidad. Se comprende así que la doctrina y la jurisprudencia hayan tenido el cuidado de recordar que los derechos no debían ser «subjetivos» y las obligaciones «exhaustivas». El Estado y su servidor, el *Dienstherr* y el *Staatsdiener* no son tanto dos personas jurídicamente comprometidas la una a la otra como dos seres que adoptan cada uno en sus relaciones mutuas una misma actitud de confianza y de disponibilidad.

La situación del funcionario imperial no será aceptada por el régimen pseudo-parlamentario imaginado por Bismarck, sino al contrario. Los funcionarios no conocen más que un solo señor y consolidan su posición privilegiada en el Estado, que habían adquirido desde Federico-Guillermo I. El emperador escoge al canciller y a los ministros entre los altos funcionarios al ser el Gobierno irresponsable ante el Reichstag. El Ejecutivo formaba un bloque monolítico en el que el personal gubernamental y administrativo mal diferenciado sólo dependía del emperador. Hasta el

establecimiento de la República federal, y salvo un breve intermedio, los ministros tendrán la posición jurídica de funcionarios.

Este estado de cosas estaba perfectamente conforme con las estipulaciones de la constitución imperial, que sólo contenía dos disposiciones sobre los funcionarios: el artículo 3, que garantizaba a todo aquel sometido a la jurisdicción de un estado miembro el libre acceso a la función pública imperial, y el artículo 18, que atribuía el poder de nombramiento y revocación al emperador. La caída de la monarquía provocó indudablemente una crisis de conciencia en la Función pública y en el Ejército, cuyos miembros habían jurado fidelidad al emperador. El estado de funcionario (*Beamtenum*), promesa de fidelidad, no se concebía sino con respecto a una persona suficientemente aureolada de mística para recoger el don de servicio. Cuando en 1918 la democracia parlamentaria asume el relevo de las viejas instituciones monárquicas, la Función pública tendrá la tentación de encerrarse en una *splendid isolation*. Los funcionarios recordarán que son los «servidores del Estado» y distinguirán con igual cuidado Estado y régimen político como confundían Estado y monarca bajo el Imperio.

Como en otros muchos campos, la historia de la política de Weimar, con respecto a la Función pública, es rica en empresas generosas que terminaron finalmente en fracasos.

7. La República intentará en primer lugar cercenar las prerrogativas tradicionales de la Función pública. Contrariamente a una costumbre jamás puesta en duda bajo el Imperio, la Constitución no reservaba a la Función pública profesional (*Ferufs-*

beamtentum) el monopolio del ejercicio de las tareas «esenciales» del Estado. Además, la irrevocabilidad del nombramiento no era una consecuencia natural de la *Treue*, sino resultado únicamente del juego de las garantías disciplinarias. En fin, y sobre todo, la Ley de 30 de marzo de 1930 privó a los Ministros del estatuto de funcionarios.

Desde el 21 de julio de 1922, una ley sobre los «deberes de los funcionarios para la protección de la República» autorizaba al Gobierno a colocar en la situación de disponible por oportunidad a todos los funcionarios pertenecientes a los dos grupos de sueldos más elevados. Era una ley de depuración que se consideró como un ataque péfido a la *Treue*.

Al tiempo que intentaba reducir los particularismos de la Función pública tradicional, la República deseaba ganar al funcionario para la democracia, garantizando de una parte sus derechos estatuarios, distinguiendo de otra entre el funcionario público y el ciudadano.

En lo que respecta al primer punto, la Constitución protegía al funcionario nombrado de por vida contra toda revocación o licenciamiento no previsto por la ley. Jurisdiccionalizaba más el procedimiento disciplinario, y abría a todo funcionario un recurso ante los tribunales judiciales para hacer valer sus derechos pecuniarios, sin lograr, sin embargo, someter el poder de nombramiento y de ascenso del Ministro a condiciones limitativas.

La innovación esencial se refería al abandono del estricto apoliticismo impuesto a la Función pública: la Constitución de Weimar garantizaba la libertad de opinión y de actua-

ción política, así como el derecho del funcionario a solicitar un mandato parlamentario sin perder su calidad de funcionario público.

La obra de Weimar no puede llevarse a término, mas la República federal recogerá los principales derechos reconocidos a los funcionarios por la Constitución de 1919. Esa segunda experiencia de liberalización de la Función pública se verá, sin embargo, retardada durante una decena de años por el intermedio trágico del III Reich, que no merecería detenerse en él si no hubiera dejado una traza duradera en el Derecho de la Función pública. El legislador federal no dudó en apropiarse de grandes trozos de la Ley de 26 de enero de 1937, el primer Estatuto general de la Función pública alemana.

8. La revolución nacional-socialista no podía permitirse ignorar el problema de la situación del funcionario en el Estado. El régimen deseaba atraerse estrechamente el Cuerpo de funcionarios, en su conjunto bastante reservado, al nuevo orden. La Ley de 26 de enero de 1937 tuvo la ambición de establecer una definición general del funcionario alemán, que es un modelo de maquiavelismo legislativo: al maridar estrechamente elementos clásicos y revolucionarios, la ley pudo dar la impresión a los funcionarios de que lo esencial de los «principios tradicionales» permanecía intacto. El objeto de la operación era, sin embargo, hacer del funcionario un instrumento del nacionalsocialismo y de su jefe el *Führer*. La definición general del funcionario y la obligación de fidelidad al régimen político no podían dejar de estar estrechamente ligados.

La definición general del funcionario

- La Ley de 30 de julio de 1933 de modificación del Derecho de la Función pública y el Estatuto general de 26 de enero de 1937 dan por primera vez una definición del funcionario que tiene valor de Derecho positivo. El par. 1 del Estatuto declara que el funcionario es el agente público que se encuentra en una «situación (o relación) de servicio y de fidelidad sometida al Derecho público». Conviene analizar separadamente la génesis de las dos ideas de «servicio» y de «fidelidad» contenidas en esa fórmula, a fin de señalar su dislocación histórica así como su complementariedad profunda en el derecho contemporáneo.
- La «relación de servicio sometida a Derecho público» es el fruto de trabajos de la doctrina tendentes a establecer una «definición conceptual» del funcionario. Las Leyes de 1873 y 1907 retenían simplemente ciertos signos indicativos de la calidad de funcionario, tales como el nombramiento pronunciado por el Emperador o el hecho de estar sometido a su autoridad, o, incluso, la prestación del juramento. Pero los criterios mantenidos por la jurisprudencia se hacían cada vez más variados a medida que progresaba el Derecho público. Si bien era posible identificar frecuentemente en la práctica al agente que tenía la cualidad de funcionario, los autores se mostraban unánimes en reconocer que no podía por esta vía llegarse a una definición científica.

Laband atrajo la atención sobre un necesario cambio de método, aplicándose a definir mejor la esencia de la situación analizada: la «relación de servicio sometida al Derecho público» era descrita como el único elemento conceptual subsistente. Jellinek precisó la noción subrayando el carácter de «derecho público» de la situación de funcionario: «la sumisión a los actos administrativos es particular al servicio público». La naturaleza de las tareas ejercidas (por el funcionario) poco importa. Llegamos así a una construcción jurídica análoga a la «situación estatutaria y reglamentaria» del Derecho francés.

La condición de funcionario (*fonctionnariat*) designa así desde finales del siglo XIX una situación jurídica enteramente sometida a la decisión administrativa unilateral, tanto en su creación como en su contenido. El funcionario se distingue en lo sucesivo del empleado público ligado a la Administración por un contrato, de Derecho privado además. Su situación personal está determinada por actos que regulan su comportamiento en el servicio y, en cierta medida, fuera del servicio.

La doctrina contemporánea ha puesto en claro que los resultados de la Escuela de Laband, Jellinek y Meyer-Anschutz han quedado bastante más acá de la intención de sus autores. Más que una definición científica, la fórmula elaborada era una sistematización del Derecho positivo del Estado autoritario. En realidad, no hacía sino dar cuenta de la evolución constitucional que distinguió el Estado de la persona de su jefe.

La obligación de fidelidad al régimen político

- La Ley de 26 de enero de 1937 creó una expresión nueva que señalaba a la vez la subordinación jurídica del funcionario con respecto al Estado y su compromiso total hacia el Führer; el funcionario es definido en lo sucesivo como un «agente ligado al Führer y al Reich por una relación de servicio y fidelidad sometida al Derecho público». No hace falta decir que la fidelidad al Führer era incomparablemente más importante que el servicio debido al Estado. Las relaciones jurídicas un poco frías se transforman en lo sucesivo en lazos apasionados y místicos.

Estamos lejos de la «Treue» del funcionario prusiano. En el plano del Derecho público, el advenimiento del III Reich se iba a caracterizar muy rápidamente por una confusión sistemática de todas las nociones jurídicas y políticas distinguidas por el análisis clásico. El beneficiario de esta aberrante empresa fué el Führer, intérprete único de la voluntad del pueblo alemán y, por consiguiente, fuente de toda legitimidad. Para darse cuenta del rango en que es colocado el funcionario, no hay más que leer los textos:

Ley de 26 de enero de 1937:

Sección I, pár. 1: «El funcionario es el ejecutante de las voluntades del Estado, encarnación del partido nacionalsocialista.»

«El funcionario está ligado al Führer y al Reich por una relación de servicio y fidelidad sometidas al Derecho público.»

Sección II, pár. 3: «Al Führer, que le asegura su protección especial, debe fidelidad hasta la muerte.»

Si tuviéramos que establecer una apreciación de conjunto de la Ley de 26 de enero de 1937 estaríamos tentados por definirla mediante dos tendencias fundamentales. El legislador indudablemente hizo una obra duradera al codificar el Derecho anterior, que en suma no ha experimentado en esta ocasión transformaciones profundas. Logró en particular, con éxito, integrar en un texto homogéneo los elementos esenciales del Derecho consuetudinario y escrito de la Función pública. Esta parte de su obra estaba desde entonces, y no obstante los auspicios bajo los que había nacido, destinada a una posteridad duradera. Pero esa vasta actualización disimulaba mal una operación política que desnaturalizaba por completo el trabajo de codificación. El propósito transparente del legislador de 1933 y 1937 era utilizar la Administración y los funcionarios para la realización del orden nacionalsocialista. Hemos intentado mostrar mediante qué técnicas la Ley de 1937 intentó lograr esta empresa totalitaria. Es notable que esas técnicas se hayan conservado en la Ley de 15 de julio de 1953 (Estatuto general de los funcionarios federales) con unos fines, hay que apresurarse a añadirlo, infinitamente más honorables, puesto que son los del mantenimiento de la democracia. Esta proposición, en un principio sorprendente, debe ser justificada y clarificada por el conjunto de factores políticos y constitucionales que pesaban en 1945 sobre la reconstrucción del Estado alemán.

9. La desaparición de todo orden público a la derrota colocó a los go-

biernos de la posguerra en una aventura grande. La Administración se había congelado poco a poco en un sistema esotérico sin contactos vivos con los administrados. La Función pública había sido corrompida por el nacionalsocialismo. Las dos instituciones debían repensarse en su función en el seno del Estado y en sus relaciones con el orden político. La cuestión era la de saber si Alemania debía ser en el futuro sólo una nación bien administrada, en el seno de la cual toda manifestación de autoridad sería sospechosa *a priori*, o bien un Estado liberal pero fuerte. La elección, a decir verdad, dependía más de las circunstancias que de los hombres.

10. La Alemania de 1945 constituía un vacío político que no se había llenado todavía por completo en nuestros días. Las fuertes instituciones políticas del liberalismo, encuadramiento necesario de una Administración llamada judicial, faltaban totalmente, y del pueblo, amorfo y como alelado por la amplitud de la catástrofe, no podía venir el sostén de una opinión pública tan importante en las democracias anglosajonas. Alemania estaba, además, ocupada por potencias, las cuales era evidente que se opondrían y convertirían el territorio conquistado en apuesta de la guerra fría.

El desarrollo de los espíritus, la ausencia de valores, la informe masa de la sociedad alemana de la posguerra, subrayaban la necesidad de fuertes estructuras estatales y sociales. El Estado alemán tenía que ser fuerte para preservar su existencia internacional y afirmar la democracia. De inmediato no podía descuidar

el apoyo de una Función pública y de una Administración sólidas. Desde 1949, el Consejo parlamentario indica claramente al legislador la vía a seguir al disponer: «El derecho del servicio público debe ser regulado según los principios tradicionales de la función pública profesional» (*Berufsbeamtentum*).

De una manera general, por otra parte, la Función pública era la menos desacreditada de las instituciones del pasado. La observación estricta del Derecho había conducido ciertamente a una Administración aberrante, pero esto —se decía— era porque la Ley expresaba la voluntad más tiránica, lo que es imposible en un régimen parlamentario que someta la reglamentación a la ley democrática. El ciudadano no tendrá sino que felicitarse del rigor con que la Administración aplicará el Derecho. No se veía, pues, más que beneficios y pocos inconvenientes en resucitar el *Berufsbeamtentum* en un régimen democrático.

11. Los partidarios del *Berufsbeamtentum* tenían consciencia de la falta de afinidad de la Función pública por la democracia. Ahí estaba el recuerdo de Bismarck para no olvidarlo; pero se manifestaban reacios a convertir esos defectos en virtudes.

Para comprender el propósito de la Ley de 14 de julio de 1953, por la que se aprueba el Estatuto de la Función pública federal, nos es preciso distinguir, de una parte, la obligación de defensa constitucional impuesta sobre los funcionarios, y de otra, la democratización de la Función pública tradicional.

A. EL FUNDAMENTO DE LA OBLIGACIÓN
DE DEFENSA CONSTITUCIONAL
DEL FUNCIONARIO

Careciendo de dirigentes y de sostén popular, la inversión democrática se presentaba como una de las más pobres, y las promesas de éxito, aleatorias. Esa evidencia pesó ciertamente sobre la organización de los poderes públicos y la política del Gobierno federal. El poder constituyente se preocupó de dar una gran eficacia al ejecutivo, y el futuro ha demostrado ampliamente que democracia y autoridad eran perfectamente compatibles en Alemania.

La autoridad y eficacia de las instituciones públicas debían también —y deben aún— compensar la debilidad de las fuerzas sociales que mantienen en las viejas democracias la vitalidad del régimen. Ese contexto va a dominar la concepción de la Función pública federal. Hacía falta, pues, una Función pública dotada de una fuerte cohesión interna, penetrada del sentido profundo de una misión que sobrepasaba la simple tarea de administrar. Esta sola circunstancia implicaba que se optase por la Función pública tradicional. Pero todavía hay más: el juramento al Monarca o a la Constitución, que reviste una grandísima importancia en la tradición alemana, no impidió a los funcionarios el considerarse desligados de su compromiso cuando el orden constitucional había sido arruinado. Con el fin de preservar la Constitución, la Ley de 14 de julio de 1953 impone a cada funcionario la obligación jurídica de *mantere* y *proteger* «el orden fundamental democrático y liberal» y de oponerse en caso necesario, por la fuerza, a su destrucción.

B. LA DEMOCRATIZACIÓN
DE LA FUNCIÓN PÚBLICA
TRADICIONAL

La idea de poner el *Berufsbeamtentum* al servicio de la democracia descansa en una apuesta: adoptar, en interés de la democracia, una institución que le era totalmente extraña. La empresa era audaz en su concepción, delicada en su ejecución. El *Berufsbeamtentum* había sido una casta por su orígenes, espíritu, reclutamiento, posición social y sus métodos de trabajo. ¿Podría convertirse en un sostén seguro del régimen democrático? ¿No corrompería, por el contrario, al nivel de la ejecución lo que es puro al nivel de la decisión? La Ley de 14 de julio de 1953 ha evidenciado la democracia y la tradición autoritaria, inspirándose en una distinción análoga a la establecida en Derecho francés entre la organización del servicio y la gestión del personal, entendido en un sentido muy amplio.

El Estatuto personal del funcionario federal fué ampliamente liberalizado; los derechos amplios que le reconocía la Ley recibieron garantías jurisdiccionales y administrativas sólidas. Pero es sobre todo la cuestión de la Función pública (es decir, la política de personal y la gestión de las instituciones sociales) la que fué dotada de una Ley especial, distinta de la del Estatuto, de una organización muy democrática, fundada sobre la competencia de órganos elegidos por los funcionarios. Si la Ley de 5 de mayo de 1955 no ha mantenido todas las esperanzas que sus partidarios habían puesto en ella, ha establecido organismos mucho más democráticos que las instituciones similares francesas.

Las Leyes de 14 de julio de 1953 y de 5 de mayo de 1955 forman así un conjunto de disposiciones inseparables si se pretende tener una visión de conjunto de la Función pública federal.

Las soluciones adoptadas en 1953 no hubieran tenido, sin embargo, más que un alcance limitado si sólo se hubieran aplicado a los funcionarios federales. Muy lógicamente, la reforma en profundidad exigía como complemento su extensión a la totalidad de los funcionarios de los *Länder* y de los municipios, que son mucho más numerosos que sus colegas del *Bund*. El artículo 33 de la Ley fundamental declara que el ejercicio del poder público a título de función permanente debe, «como regla general», ser confiado únicamente a funcionarios—se ha hablado de un cuasi-monopolio de funcionarios—, y el párrafo 5 del mismo artículo impone al legislador el regular el derecho del servicio público, según los principios tradicionales del *Berufsbeamtentum*. De esas premisas constitucionales derivan dos reglas de Derecho inmediatamente aplicables: las tareas de poder público de las colectividades territoriales (*Bund*, *Länder* y municipios) y de los establecimientos públicos deben ser administrados por el Cuerpo de funcionarios y no por cualesquiera agentes públicos, y, de otra parte, todas las Funciones públicas deben estar organizadas según ciertos principios establecidos por la Constitución.

En lo que se refiere a los agentes de los *Länder* y de los municipios, la Ley fundamental sólo autoriza a la República federal a promulgar disposiciones tipo.

Cuanto más se afirma el movimiento de unificación de los Estatu-

tos de los funcionarios federales y locales, tanto más la legislación, y sobre todo la doctrina contemporánea, señalan que la Función pública y el Cuerpo de empleados obreros del servicio público asumen tareas totalmente diferentes y que, por tanto, deben estar dotadas cada una de un derecho propio. Más allá de una cierta analogía en el régimen de prestaciones que tienen concedidas, el funcionario de una parte y el agente público de otra responden a dos concepciones muy diferentes. Todos los empleados y obreros están ligados a la Administración por contratos de Derecho privado o más exactamente por una serie de convenios colectivos, cuyo conjunto forma un empujón de Estatuto de los agentes públicos.

Fischbach ha puesto en claro que los funcionarios están sometidos sin excepción al Derecho público, mientras que los empleados y obreros dependen en principio del Derecho privado, y excepcionalmente del Derecho público. De manera general, los empleados y obreros están mucho menos comprometidos con respecto al servicio (sobre todo en lo que se refiere al comportamiento en la vida privada) que el funcionario.

Existen tensiones en el seno de la Función pública, en la que se han introducido reformas que se concilian difícilmente con el *Berufsbeamtentum*. En la lucha entre la tradición y la democracia, el pasado y el futuro, la síntesis está aún mal dibujada. Al menos, permite estudiar los problemas planteados por la inserción del *Berufsbeamtentum* en un régimen político para el que no ha sido concebido.