

EL SERVICIO JURÍDICO DE LA DEFENSA EN LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA

Antonio Pau Echave-Sustaeta
Teniente Auditor

SUMARIO:

I. El asesor jurídico del ejército (Rechtsberater in der Bundeswehr). II. Los tribunales militares (Wehrdienstgerichte). III. El fiscal de la disciplina militar (Wehrdisziplinaranwalt). IV. La cuestión del estatuto profesional (die Statusfrage)

I. EL ASESOR JURÍDICO DEL EJÉRCITO (RECHTSBERATER DER BUNDESWEHR)

El Servicio Jurídico del Ejército alemán (*Rechtspflege in der Bundeswehr*) es uno de los cinco ámbitos a los que se extiende la Defensa —o, en términos administrativos, la competencia del Ministerio Federal de Defensa (*Bundesministeriums der Verteidigung*)—, junto a las fuerzas de combate (*Streitkräften*), la intendencia (*Rüstungsbereich*), las instalaciones militares (*Territorialen Wehrverwaltung*) y la atención espiritual (*Militärseelsorge*). Esta sistematización no deriva del Derecho positivo, sino de la doctrina, que unánimemente sostiene la llamada *Funf-Säulen-Theorie*, que literalmente significa «la teoría de las cinco columnas».

Una visión panorámica del ámbito que abarca el Servicio Jurídico el Ejército aparece en una publicación oficial del Ministerio alemán de Defensa titulada *Análisis crítico. El Ejército en el umbral del siglo XXI* (*Bes-*

tandsaufnahme. Die Bundeswehr an der Schwelle zum 21. Jahrhundert¹). En ella se dice² que «el Ejército está sometido, tanto en el cumplimiento de sus funciones de defensa como en su organización interna, a las normas jurídicas. Los preceptos y las reglas del Estado de Derecho han de ser cumplidos en las operaciones militares y en el ejercicio de los principios de autoridad y de obediencia. Las legítimas pretensiones de los militares relativas a sus derechos cívicos han de ser tenidos en cuenta. Todo ello exige el sometimiento al Derecho de los procedimientos militares de decisión. Enseñanza, asesoría y sancionamiento disciplinario (*Lehre, Beratung und dienstrechtliche Sanktionierung*) son las tareas del Servicio Jurídico el Ejército (*Rechtspflege in der Bundeswehr*)».

Como puso de relieve el ministro de Defensa en las palabras inaugurales de la conmemoración del 50 aniversario de la creación del Cuerpo de Asesores Jurídicos del Ejército, «las Fuerzas Armadas alemanas están firmemente integradas en el Ordenamiento jurídico derivado de la Ley Fundamental. Las decisiones militares deben adoptarse en concordancia con los principios jurídicos nacionales e internacionales. La Ley Fundamental y el Derecho internacional constituyen el marco inviolable de todas las operaciones de nuestras Fuerzas Armadas, tanto en el interior como en el exterior». Y añadió: «Los conocimientos jurídicos, la conciencia jurídica y la fidelidad al Derecho constituyen hoy una base esencial del cumplimiento de las tareas que corresponden al Ejército Federal. Nuestros militares, hombres y mujeres, tiene que distinguir, en sus tareas cotidianas, qué es lo que está ajustado al Derecho y qué es lo que no lo está». Y concluía: «El asesoramiento jurídico del Ejército es hoy más necesario que nunca»³.

El ejercicio del Servicio Jurídico el Ejército corresponde a unos funcionarios públicos, dependientes del Ministerio de Defensa, denominados asesores jurídicos del Ejército (*Rechtsberater der Bundeswehr*). Para el acceso a la condición profesional de asesores jurídicos del Ejército, los aspirantes han de haber cursado la carrera con nota media de notable (*vollbefriedigend*), al menos, y superar dos exámenes estatales (*Staatsexamen*), y realizar un curso en el Centro de Formación de Asesores Jurídicos del Ejér-

¹ Edit. Por el Ministerio Federal de Defensa. Oficina de Prensa e Información del Gobierno Federal (*Bundesministerium der Verteidigung Presse- und Informationsamt der Bundesregierung*), Bonn 2000.

² P. 114.

³ Dr. Franz Josef Jung, ministro de Defensa, en *Derecho y Ejército. 50 años del Servicio Jurídico del Ejército (Recht und Militär. 50 Jahre Rechtspflege der Bundeswehr*, Berlín, 2006), p. 7.

cito (*Rechtsberaterausbildungszentrum*)⁴, con sede en Coblenza. Para que los asesores jurídicos pueden actuar como jueces, han de haber aprobado las pruebas que habilitan para el ejercicio de la judicatura (*Befähigung zum Richteramt*, literalmente «aptitud para el ejercicio de la función judicial»⁵).

Los asesores jurídicos del Ejército tienen una naturaleza peculiar: se les considera civiles que ocupan un puesto militar (*STAN-Dienstpost*)⁶. Únicamente en el caso de que participen en misiones en el exterior adquieren la condición plena de militar, con el empleo de *Major* o comandante, de *Oberstleutnant* o teniente coronel, o de *Oberst* o coronel. El traslado del rango civil al rango militar se hace conforme a los criterios de la Ley Federal de Retribuciones (*Bundesbesoldungsgesetz*), que distingue entre «grupos de la escala salarial» (*Besoldungsgruppe*). Tratándose de asesores jurídicos del Ejército, estos pueden pertenecer a uno de los tres grupos — que carecen de equivalencia entre los funcionarios públicos españoles⁷— de *Regierungsrat*, *Oberregierungsrat* y *Regierungsdirektor*⁸.

Por tratarse de civiles, la participación de los asesores jurídicos del Ejército en misiones que se desarrollan en el exterior es voluntaria. El respeto a este principio de libertad (*Freiwilligkeitsprinzip*) —y de la correlativa facultad de negarse a formar parte del ejército (*Wehrdienstverweigerung*)— plantea un grave problema práctico, porque es menor el número de los asesores jurídicos que manifiestan su voluntad de participar en esas operaciones, que el número de los asesores que son necesarios en ellas. Este es uno de los argumentos que hoy día se aducen para preconizar un cambio de estatuto de los asesores jurídicos del Ejército (a que se hará re-

⁴ El conjunto de Centros de Formación forman el *Zentrum Innere Führung*, con sede en Coblenza y dirigido hoy día por el *Generalmajor* (general de División) Jürgen Weigt.

⁵ Esas pruebas (reguladas en el § 5 de la Ley Judicial Alemana —*Deutsche Richtergesetz*—, que lleva como epígrafe *Befähigung zum Richteramt*), habilitan igualmente para ejercer como fiscal y como notario.

⁶ Distinto es el caso de los oficiales de Sanidad (*Sanitätsoffiziere*), que tienen carácter militar: empiezan recibiendo una formación militar básica (*allgemein-militärische Grundausbildung*), le sigue un curso de sanidad militar (*Sanitätsoffizierewärterlehrgänge*), y a continuación cursan la carrera (medicina, ortodoncia, farmacia o veterinaria) en una universidad, para reincorporarse inmediatamente después al Ejército. Y distinto es también el caso de los capellanes del Ejército, que son sacerdotes católicos y pastores protestantes que no adquieren en ningún caso la condición de militares. Cuando participan en misiones del exterior tienen obligación de vestir uniforme, sin distintivo de empleo.

⁷ La organización de los funcionarios públicos en *categorías* estuvo vigente en España entre el R.D. de 18 de junio de 1852 y la Ley de Funcionarios Civiles de 1964. Las categorías (jefe superior de la Administración, jefe de la Administración —de primera y de segunda clase—, oficial y aspirante a oficial) eran personales, independientes del puesto que se ocupaba, y determinaba la retribución, los honores, el tratamiento y el uniforme.

⁸ Traducidas estas expresiones literalmente sería «asesor gubernativo», «alto asesor gubernativo» y «director gubernativo».

ferencia luego, en el ap. IV de este trabajo), que los convierta en militares desde el momento de su acceso a la función.

El citado principio de libertad no se aplica cuando el Parlamento Federal (*Bundestag*) ha declarado el estado de guerra o el estado de sitio (*Verteidigungs und Spannungsfall*). En estos casos el asesor jurídico adquiere *ex lege* la condición de militar.

Las funciones del asesor jurídico del Ejército son básicamente dos: la de asesorar a las autoridades militares y la de intervenir en los procedimientos disciplinarios.

En el ejercicio de la primera función, solo pueden estar destinados a una división (*Division*) o a un cuerpo de ejército (*Korps*), y por tanto solo pueden ser asesores de un general de División o de un teniente general.

En el ejercicio de la segunda función reciben el nombre de fiscales de la Disciplina Militar (*Wehrdisziplinaranwälte*). Su función de asesores jurídicos se considera, legalmente, el *Hauptamt*, es decir la función principal, y su ejercicio como fiscales militares se considera el *Nebenamt*, es decir, la función complementaria o secundaria.

En cuanto a su número, un centenar de asesores jurídicos del Ejército ejerce las funciones de asesoramiento y disciplina, 50 ejercen funciones docentes en Academias y Centros militares, y 20 son jueces de los Tribunales Militares (*Wehrdienstgerichte*)⁹. En el ejercicio profesional ante los Tribunales militares —tanto si ejercen como fiscales o como jueces— han de vestir toga y birrete (*Amtsrobe und Barett*)¹⁰, de color negro si ejercen su función en los *Truppendienstgericht* (Tribunales de la Función Militar) y de color rojo —concretamente carmesí, *karmesinrot*— si la ejercen en el *Bundesverwaltungsgericht* (Tribunal Contencioso-administrativo Federal). Existen diferencias en la indumentaria según ejerzan como jueces o como fiscales¹¹.

Desde el año 1991, en que entró en vigor en Alemania el Protocolo Adicional Primero a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949

⁹ Al tiempo de escribir estas páginas, el número de mujeres que ejercen la función de asesor jurídico del Ejército es de 19. En noviembre de 1998 se abrió a la mujer el acceso a la función de asesor jurídico del Ejército. La modificación del art. 12 a de la Ley Fundamental, llevada a cabo el 19 de diciembre de 2000, permitió a la mujer formar parte de las tropas, como asesora jurídica —también en funciones de fiscal y de juez—, en misiones en el exterior.

¹⁰ *Anordnung des Bundespräsidenten über die Amtstracht bei den Wehrdienstgerichten*, de 19.06.1957.

¹¹ La toga y el birrete son de terciopelo en el primer caso y de seda en el segundo; y por otro lado, el ribete o cinta que rodea el cuello de la toga es ancha y blanca en el caso de los jueces (*breite weiße Halsbinde*), y simple y blanca en el caso de los fiscales (*einfache weiße Halsbinde*).

relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, de 8 de junio de 1977, a los asesores jurídicos del Ejército se les ha encomendado una nueva función: la de exponer y explicar al personal militar las normas jurídicas contenidas en los Convenios y en el citado Protocolo, y asesorarle en su cumplimiento, todo ello en ejecución de lo dispuesto en el art. 83 del Protocolo Adicional, según el cual, «las Altas Partes contratantes se comprometen a difundir lo más ampliamente posible, tanto en tiempo de paz como en tiempo de conflicto armado, los Convenios y el presente Protocolo en sus países respectivos y, especialmente, a incorporar su estudio en los programas de instrucción militar [...], de forma que esos instrumentos puedan ser conocidos por las Fuerzas Armadas».

Se ha discutido en la doctrina si el asesor jurídico que participa en misiones que se desarrollan en el exterior está obligado al asesoramiento que los militares requieran de él sobre cuestiones privadas, o, lo que es lo mismo, sobre problemas personales de Derecho privado. Los autores llegan a la conclusión de que, más allá de lo que resulta de una interpretación estricta de las normas, los asesores están obligados a lo que llaman «primeros auxilios jurídicos» (*juristische Erste Hilfe*), es decir, al asesoramiento en cuestiones «agudas» o «graves» de carácter personal (*in akuten privaten Rechtsangelegenheiten*)¹².

La figura del asesor jurídico del Ejército carece en Alemania de una regulación propia de carácter legal. La única regulación general sobre ella está contenida en la *Instrucción Provisional sobre el servicio del Asesor Jurídico del Ejército (Vorläufige Dienstanweisung für die Rechtsberater bei der Truppe)*, dictada el 9 de noviembre de 1956, y aún vigente.

Los asesores jurídicos del Ejército están subordinados, no solo a la autoridad militar a cuyo asesoramiento están destinados, sino también a determinados superiores de su propio Cuerpo que reciben el nombre de asesores jurídicos-inspectores del Servicio (*Dienstaufsichtsführenden Rechtsberater*).

II. LOS TRIBUNALES MILITARES (WEHRDIENSTGERICHTE)

La existencia y la constitución de Tribunales Militares no proceden directamente de la Constitución alemana¹³. La responsabilidad civil y militar

¹² Niels Bunzen, *El Asesor Jurídico del Ejército Federal en misiones en el exterior, (Der Rechtsberater in der Bundeswehr im Auslandseinsatz)*, Berlín 2005, pp. 100 a 103.

¹³ A diferencia de lo que establece el art. 117, ap. 5 de la Constitución española, que impone la creación de los Tribunales Militares, al expresarse en términos imperativos: «La

de los militares, derivada del incumplimiento del Derecho disciplinario, ha de dirimirse, en principio, por los Tribunales Civiles. Es una ley ordinaria la que ha decidido su constitución, ley que podía no haberse dictado, al no venir impuesta por la Constitución. La creación de los Tribunales Militares (*Wehrdienstgerichte*) la realizó la Ley de Disciplina Militar (*Wehrdisziplinarordnung*) de 15 de marzo de 1957, que tenía su base en el art. 96, ap. 2 de la Ley Fundamental (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*), que dispone que «la Federación podrá crear tribunales penales militares como tribunales federales, para las Fuerzas Armadas. Estos no podrán ejercer la jurisdicción penal más que en el caso de defensa, así como sobre miembros de las Fuerzas Armadas que hubieren sido enviados al extranjero o que estuvieren embarcados en navíos de guerra. La regulación se hará por una ley federal». (*Der Bund kann Wehrstrafgerichte für die Streitkräfte als Bundesgerichte errichten. Sie können die Strafgerichtsbarkeit nur im Verteidigungsfalle sowie über Angehörige der Streitkräfte ausüben, die in das Ausland entsandt oder an Bord von Kriegsschiffen eingeschifft sind. Das Nähere regelt ein Bundesgesetz*).

Los Tribunales Militares se articulan en dos Tribunales de la Función Militar (*Truppendienstgericht*) y dos Salas de lo Militar (*Wehrdienstsenate*) del Tribunal Contencioso-administrativo Federal (*Bundesverwaltungsgericht*).

Existen únicamente dos *Truppendienstgerichte*: el del Norte, con sede en Münster, y el del Sur, situado en Múnich. Hasta el año 1992 existía un tercer tribunal, con sede en Coblenza, que fue suprimido. El *Truppendienstgericht Nord* tiene competencia sobre el personal militar que ejerce su función en los Länder del norte (Berlín, Brandemburgo, Bremen, Hamburgo, Mecklemburgo-Pomerania Occidental, Baja Sajonia y Westfalia), y el *Truppendienstgericht Süd* tiene competencia sobre el personal militar que ejerce su función en los Länder del sur (Baden-Wurtemberg, Baviera, Hessen, Renania-Palatinado, el Sarre, Sajonia, Turingia y la Región de Colonia¹⁴), así como sobre los militares que se encuentren en misión en el extranjero.

Desde que se dictó la *Orden de creación de Tribunales de la Función Militar (Verordnung über die Errichtung von Truppendienstgerichten)*, el 16 de mayo de 2006, y fue complementada por la *Orden que regula la competencia de los Tribunales de la Función Militar y la creación de salas*

ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense [...].».

¹⁴ *Regierungsbezirk Köln*. El *Regierungsbezirk* es la unidad administrativo-territorial en que se dividen algunos Länder alemanes. Los *Regierungsbezirke* están, a su vez, divididos en distritos (*Kreise*).

en los mismos (*Verordnung zur Regelung der Dienstbereiche der Truppendienstgerichte und zur Bildung von Truppendienstkammern*), de 15 de agosto de 2012, el Tribunal del Norte está integrado por siete salas (*Kammern*), situadas, dos en Münster (primera y segunda), dos en Hamburgo (tercera y cuarta), dos en Potsdam (quinta y sexta) y una en Coblenza (séptima), y el Tribunal del Sur está formado por otras siete salas, que radican, dos en Múnich (primera y segunda), dos en Coblenza (tercera y cuarta), dos en Erfurt (quinta y sexta) y una en Potsdam (séptima). Como puede advertirse, en Coblenza y en Potsdam coincide la sede de salas de ambos tribunales.

Cada una de las salas de un *Truppendienstgericht* está formada por un juez civil (*ziviler Berufsrichter*) y dos jueces militares (*ehrenamtlicher Richter*¹⁵).

El Tribunal Contencioso-administrativo Federal (*Bundesverwaltungsgericht*) tiene dos Salas de lo Militar (*Wehrdienstsenate*), presididas por un juez civil¹⁶, e integradas por un número variable de jueces civiles y jueces militares. Este tribunal tiene su sede en Leipzig.

La competencia de los Tribunales Militares se centra en los procedimientos sancionadores (*Strafverfahren*) y en los procedimientos de queja (*Beschwerdeverfahren*). Respecto de los procedimientos sancionadores, los Tribunales de la Función Militar actúan en primera instancia, y las Salas de lo Militar del Tribunal Contencioso-administrativo Federal deciden en segunda y última instancia. En cuanto a los procedimientos de queja, los Tribunales de la Función Militar actúan en única instancia; contra sus decisiones no cabe ulterior recurso. Por su parte, las Salas de lo Militar del Tribunal Contencioso-administrativo Federal actúan en única instancia cuando se trata de recursos contra de decisiones o disposiciones adoptadas o dictadas por el ministro de Defensa (*Verteidigungsminister*) o el jefe del Alto Estado Mayor de la Defensa (*Generalinspekteur der Bundeswehr*).

¹⁵ Aunque los jueces militares son llamados *ehrenamtlicher Richter* —lo que literalmente significa «jueces honorarios»—, solo se quiere decir con esta expresión que no ejercen como jueces civiles, sino que están ocupando un puesto como asesores jurídicos del Ejército (*Rechtsberater in der Bundeswehr*).

¹⁶ En la fecha en que se escriben estas páginas, ambas salas están presididas por la misma persona, la jueza Dr^a Sibylle von Heimburg.

III. EL FISCAL DE LA DISCIPLINA MILITAR (WEHRDISZIPLINARANWALT)

Los fiscales militares intervienen tanto el procedimiento sancionador (*Strafverfahren*) como en el procedimiento de queja (*Beschwerdeverfahren*). El primero está regulado en la Ley de disciplina militar (*Wehrdisziplinarordnung* [WDO], de 2001, cuya última reforma es de 28 de agosto de 2013) y el segundo en la Ley del recuso militar de queja (*Wehrbeschwerdeordnung* [WBO], de 1956, cuya última reforma es de 21 de julio de 2012).

Los fiscales militares están subordinados al fiscal Federal de la Disciplina Militar (*Bundeswehrdisziplinaranwalt*)¹⁷, que tiene la consideración de «alto cargo federal» (*Bundesoberbehörde*), lo que supone la dependencia directa del ministro de Defensa. Dado que los asesores jurídicos del Ejército (*Rechtsberater der Bundeswehr*) son a la vez fiscales militares (*Wehrdisziplinaranwalt*) —ejerzan o no esta última función—, el fiscal Federal de la Disciplina Militar es la autoridad máxima de todos los asesores jurídicos, el jefe del Cuerpo.

En el desarrollo del procedimiento sancionador tiene el fiscal militar las siguientes funciones:

- a) Asesorar a la autoridad con facultad de incoar expediente disciplinario (*Einleitungsbehörde*) en todas las cuestiones que se planteen durante su tramitación del expediente.
- b) Tramitar la información previa para el esclarecimiento de los hechos (*Vorermittlung*).
- c) Redactar el proyecto de decisión de no apertura del procedimiento sancionador (*Entwurf eines Absehensverfügung*).
- d) Redactar el proyecto de decisión de apertura del procedimiento sancionador (*Entwurf der Einleitungsverfügung*).
- e) Dirigir la investigación para la clarificación de los hechos (*Ermittlungen zur Aufklärung des Sachverhaltes*), llevar a cabo el interrogatorio del expedientado y de los testigos (*Vernehmung des Beschuldigten und der Zeugen*), reclamar la intervención de peritos (*Bestellen eines Sachverständigen*), solicitar la expedición de

¹⁷ En el año 2009 fue nombrado para el cargo Holger Zetzsche, que continúa ejerciéndolo al tiempo de redactarse estas páginas, y ha sido coordinador de la obra *Derecho y Ejército. 50 años del Servicio Jurídico del Ejército (Recht und Militär. 50 Jahre Rechtspflege der Bundeswehr*, ed. Nomos, Berlín 2006).

- documentos (*Beiziehen von Urkunden*) y practicar la inspección ocular (*Augenscheinseinnahme*).
- f) Redactar el pliego de cargos (*Anschuldigungsschrift*).
 - g) Redactar el borrador de la decisión de sobreseimiento (*Entwurfser Einstellungsverfügung*).
 - h) Formulación de las conclusiones definitivas (*Schlussvortrag*).
 - i) Informar sobre si el proyecto de resolución sancionadora ha de ser sometido a informe del fiscal Federal de la Disciplina Militar (*Bundeswehrdisziplinaranwalt*).
 - j) Proponer la interposición del recurso contra la sentencia del Tribunal (*Truppendienstgericht*) ante la Sala de lo Militar del Tribunal de lo Contencioso-administrativo (*Bundesverwaltungsgericht*).
 - k) Cuando la resolución ha adquirido firmeza, dirigir su ejecución (*die Vollstreckung leiten*).

En el procedimiento de queja (*Beschwerdeverfahren*) tienen los fiscales militares únicamente una función asesora. No participan directamente en la tramitación del procedimiento.

Según el § 1 de la Ley del recuso militar de queja (*Wehrbeschwerdeordnung*), que lleva como epígrafe la frase «derecho de queja» (*Beschwerderecht*), «el militar puede interponer una queja cuando considera que un superior o cualquier miembro de otra unidad del Ejército le ha tratado incorrectamente, o cuando se considere lesionado por la conducta inadecuada de un compañero» (*Der Soldat kann sich beschweren, wenn er glaubt, von Vorgesetzten oder von Dienststellen der Bundeswehr unrichtig behandelt oder durch pflichtwidriges Verhalten von Kameraden verletzt zu sein*). La queja puede basarse también, según el mismo parágrafo, en que una solicitud presentada no ha sido decidida o resuelta en el plazo de un mes.

Se prohíben rigurosamente las quejas colectivas (*Gemeinschaftliche Beschwerden sind unzulässig*, dice el apartado 4 del parágrafo primero de la Ley). Se basa esta norma en que, si bien el artículo 17 de la Ley Fundamental establece que «toda persona tiene el derecho de presentar individual o colectivamente, por escrito, peticiones o reclamaciones a las autoridades competentes y a los órganos de representación del pueblo», el artículo 17 *a* del mismo texto constitucional establece que «las leyes relativas a la función militar podrán determinar que para los integrantes de las Fuerzas Armadas se restrinja [...] el derecho de petición [artículo 17] en cuanto confiere el derecho de presentar peticiones o reclamaciones en forma colectiva».

Consideran los autores que este derecho de queja se basa en la concepción legal del militar como «ciudadano de uniforme». La idea del militar como *Staatsbürger in Uniform* fue formulada por primera vez en el año 1952 por el político alemán Friedrich Beermann, e inspiró la *Soldatengesetz* (literalmente: Ley de los Militares), de 1956, que ha sido objeto de numerosas reformas, la última de ellas el 6 de marzo de 2015. Como indica su Exposición de Motivos de esa Ley, los militares tienen que ser ante todo buenos ciudadanos y hombres libres (*gute Staatsbürger und freie Menschen zugleich*). Se trataba con ello de alejar la figura, propia de la *Wehrmacht* de la época del nazismo, del militar sometido a la «obediencia ciega» (*blinden Befehlsempfänger*). Como ha explicado Wolf Graf Baudissin (en su obra *Soldat für den Frieden*, Múnich 1969), interpretando el espíritu de esa ley, «el concepto de ciudadano es un concepto más alto y más amplio que los de “civil” y “militar”; podría decirse que “civil” y “militar” son dos distintas circunstancias añadidas a la misma condición de ciudadano» (*Der Staatsbürger ist also der übergeordnete Begriff über Nichtsoldat und Soldat; vielleicht können wir sagen: Soldat und Nichtsoldat sind zwei verschiedene Aggregatzustände desselben Staatsbürgers*).

Consecuencia de esa concepción del militar es el reconocimiento legal del derecho de queja (*Beschwerderecht*), el principio de mínima reducción de los derechos civiles del militar (*minimale Einschränkung der Grundrechte des Soldaten*), el reconocimiento de un limitado derecho de sindicación (*BundeswehrVerband*) y **la regulación detallada del deber de obediencia** (*Pflicht zum Gehorsam*), que abarca las exigencias de legalidad y vinculatoriedad (*Rechtmäßigkeit und Verbindlichkeit*) **de las órdenes. Además, según el § 10 de la Ley de los Militares (Soldatengesetz), el superior debe dar órdenes «sólo para fines del servicio» (nur zu dienstlichen Zwecken)**, «y atendiendo a las reglas del Derecho internacional, y a las leyes y las normas del servicio» (*unter Beachtung der Regeln des Völkerrechts, der Gesetze und der Dienstvorschriften*). **Para designar las órdenes que no reúnen esos requisitos se ha acuñado la expresión, de carácter jurídico, de Nichtbefehl** (literalmente, no-orden), que no se considera de obligado cumplimiento. La contraposición entre obediencia y libertad de conciencia (*Gehorsam und Gewissensfreiheit*) es algo que incide muy directamente en la labor cotidiana de los asesores jurídicos del Ejército¹⁸.

¹⁸ Puede verse, en este sentido, Hans Georg Bachmann, «Obediencia militar y libertad de conciencia» (*Militärisches Gehorsam und Gewissensfreiheit*) en *Derecho y Ejército*, cit., p. 156.

Aunque los asesores jurídicos, ni como tales ni como fiscales militares, tienen intervención en el procedimiento de queja, su máximo superior jerárquico, el fiscal Federal Militar (*Bundeswehrdisziplinaranwalt*) sí interviene en él. Concretamente, en los casos en que, antes de dictar sentencia, el Tribunal de la función militar (*Truppendienstgericht*) plantee una cuestión prejudicial al Tribunal Contencioso-administrativo Federal (*Bundesverwaltungsgericht*), por considerar que lo hace necesario, o bien la evolución del Derecho (*die Fortbildungs des Rechts*), o bien la existencia de una jurisprudencia homogénea (*einheitliche Rechtsprechung*) de la que pretenda apartarse. El Tribunal militar ha de solicitar también, en esos casos, la opinión del fiscal Federal Militar, según el § 18, apartado 4 de la Ley del recuso militar de queja (*Wehrbeschwerdeordnung*). Finalmente, en el caso de que se trate de un recurso de queja contra una disposición o una orden del ministro Federal de Defensa, que ha de ser resuelto por el Tribunal Contencioso-administrativo Federal, la ley encomienda la representación procesal del ministro al fiscal Federal Militar (§ 21, apartado 3).

Al regular el procedimiento de queja, el legislador se limita a establecer que el superior que ha de decidir la imposición de la sanción puede encomendar el esclarecimiento de los hechos a un oficial, y en casos de escasa significación (*geringe Bedeutung*), a un sargento u otro suboficial, que podrán solicitar el testimonio de testigos (§ 10, apartado 1). En caso de recurso contra la decisión sancionadora (*Beschwerdebescheid*) ante el Tribunal militar, este realizará de oficio (*von Amts wegen*) el esclarecimiento de los hechos (§ 18, apartado 2).

IV. LA CUESTIÓN DEL ESTATUTO (DIE STATUSFRAGE)

En tiempos recientes —puede decirse que desde la conmemoración del 50 aniversario de la creación del Cuerpo de asesores jurídicos del Ejército, en el año 2006— se ha venido planteando en Alemania, como un tema que requiere un cambio meditado pero ineludible, la cuestión del estatuto profesional del asesor jurídico del Ejército.

La primera participación de asesores jurídicos alemanes en el exterior tuvo lugar en la operación UNOSOM II —la segunda intervención en Somalia—, en el año 1993, y desde esa fecha se puso de relieve el cambio radical que se estaba operando en las funciones de los asesores jurídicos. Ese

cambio ha supuesto, según Klaus Dau¹⁹, por un lado, el asesoramiento en situaciones que exigen la aplicación de normas que van más allá del Derecho militar interno y del Ordenamiento nacional en general, y se adentran en el Derecho Internacional público y privado, el Derecho humanitario, el régimen jurídico de las Naciones Unidas y la OTAN, e incluso las normas del Ordenamiento propio del Estado en que se desarrolla la misión; y por otro lado, en la necesidad de trabajar conjuntamente con otros asesores jurídicos militares, que no solo hablan otro idioma, sino que tienen concepciones jurídicas diferentes, lo que obliga, según el citado autor, a un especial esfuerzo de comprensión.

La intervención de los asesores jurídicos del Ejército en las misiones desarrolladas en el exterior ha dado lugar a un cambio en el estatuto profesional, que adquiere un carácter no solo mixto, sino incluso reversible: porque el asesor jurídico, considerado funcionario civil por la ley, adquiere condición de oficial del ejército desde el momento en que toma parte en una misión en el exterior; y recupera luego su condición de civil cuando regresa a territorio alemán.

Por otra parte, los autores que se han ocupado del tema ponen de relieve dos hechos históricos: el primero es el carácter militar que tuvieron los asesores jurídicos del Ejército imperial (*die Armee des Kaiserreiches*), del ejército de la República de Weimar (*der Reichsheer der Weimarer Republik*) e incluso del ejército nazi (*die Wehrmacht*). Y el segundo hecho histórico es que la configuración de los asesores jurídicos del Ejército como funcionarios civiles tuvo lugar en un momento en que —tras la experiencia del nazismo— hacía necesario acentuar lo más posible la subordinación del Ejército a los principios democráticos de la Ley Fundamental de Bonn.

Pero la situación ha cambiado hoy radicalmente. Como pone de relieve Klaus Dau en el artículo citado, «el envío de altos funcionarios civiles como asesores de mandos militares es algo que no es aceptado con facilidad. Más bien se interpreta la figura del Asesor Jurídico como la expresión de una desconfianza del poder civil hacia el poder militar, y como una voluntad del primero de controlar al segundo». Una alta autoridad militar llegó a afirmar por escrito, que los asesores jurídicos tenían la exclusiva misión de controlar, bien es verdad que desde un punto de vista estrictamente jurídico, la actuación de los generales²⁰.

¹⁹ Klaus Dau, «El Asesor Jurídico. Una profesión en cambio» (*Der Rechtsberater der Bundeswehr. Ein Berufsbild im Wandel*), en *Neue Zeitschrift für Wehrrecht*, 2005, pp. 221 a 234.

²⁰ Ecke Demandt, «Asesores Jurídicos y Oficiales jurídicos en las Fuerzas Armadas Federales. Función e importancia» (*Rechtsberater und Rechtsoffizier in den Streitkräften der*

La cuestión del estatuto del asesor jurídico del Ejército está planteada hoy entre tres alternativas: a) el asesor jurídico conserva su estatuto civil también cuando participa en misiones en el exterior; b) el asesor jurídico va cambiando indefinidamente el estatuto civil por el estatuto militar, y viceversa, según vaya participando o regresando de misiones en el exterior; c) el asesor jurídico adquiere el estatuto militar.

La que vienen llamando «cuestión del estatuto» (*die Statusfrage*) se traduce pues, como indican los autores, en un problema de «ubicación» (*Standort*).

La posición doctrinal dominante se viene inclinando por la ubicación en el ámbito militar²¹. Por un lado, no se considera razonable que en el caso de operaciones conjuntas en el exterior, los asesores jurídicos militares alemanes sean civiles transitoriamente vestidos de uniforme, y sin embargo la generalidad de sus colegas, con los que en muchas ocasiones deben colaborar estrechamente, sean en la inmensa mayoría de los casos, militares. Niels Bunzen²² cita los supuestos de los jurídicos militares de Inglaterra, Francia, Austria, Estados Unidos, Canadá, Suiza e Israel —y olvida citar, entre otros, el caso de España—. Añade el mencionado autor que, desde la entrada en vigor del Convenio de Ámsterdam de 1999, que modificó los artículos 11 a 28 del Tratado de la Unión Europea y dio nueva regulación a la política exterior y de seguridad (PESC), se ha venido estudiando por las instituciones de Bruselas la conveniencia de una ordenación europea —es decir, común— de las Fuerzas Armadas (*Europäische Wehrrechtsordnung*); en esa línea estaría el propósito de generalizar el carácter militar de los asesores jurídicos.

Por otro lado, no se considera tampoco razonable que el lugar donde el asesor jurídico desarrolle su función —en el interior de Alemania o en

Bundeswehr . Funktion und Bedeutung), en *Neue Zeitschrift für Wehrrecht*, 1990, p. 201.

²¹ La integridad de los libros de Niels Bunzen, *El Asesor Jurídico del Ejército Federal en misiones en el exterior*, (*Der Rechtsberater in der Bundeswehr im Auslandseinsatz*), Berlín 2005, y de Jens Eugen Baganz, *El Asesor Jurídico del Ejército Federal (Der Rechtsberater in der Bundeswehr)*, Berlín 1995, está destinado a argumentar la conveniencia de otorgar carácter estricta y exclusivamente militar a los asesores jurídicos. Y en la misma línea se sitúan los artículos de Ecke Demandt, «Asesores Jurídicos y Oficiales jurídicos en la Fuerzas Armadas Federales. Función e importancia» (*Rechtsberater und Rechtsoffizier in den Streitkräften der Bundeswehr . Funktion und Bedeutung*), en *Neue Zeitschrift für Wehrrecht*, 1990; y Nicole Krisam y Andreas Gronimus, «Fuerzas de Combate en el Ejército Alemán, en la Ley Fundamental y en el Tratado del Atlántico Norte. El caso del asesoramiento jurídico del Ejército alemán en misiones en el exterior» (*Streitkräfte und Bundeswehrverwaltung im Grundgesetz und im NATO-Vergleich. Ein Beispiel Rechtsberatung für die Bundeswehr bei militärischen Einsätzen*), en *Neue Zeitschrift für Wehrrecht*.

²² Niels Bunzen, *Der Rechtsberater in der Bundeswehr im Auslandseinsatz*, Berlín 2005, p. 67.

el exterior— determine un cambio de estatuto, cuando las funciones que ejercen, con independencia del lugar, son en todo caso las mismas.

Un importante documento oficial, titulado *Seguridad común y futuro del Ejército (Gemeinsame Sicherheit und Zukunft der Bundeswehr*²³) pone relieve la conveniencia de avanzar hacia un modelo de Asesor Jurídico como “militar con formación jurídica” (*Soldaten mit entsprechender juristischer Ausbildung*²⁴). Los autores del citado documento han puesto de relieve que no existe ningún obstáculo constitucional para este cambio de estatuto profesional, pues el carácter de funcionario civil del asesor jurídico del Ejército deriva de un precepto contenido en una ley ordinaria: concretamente el § 81 de la Ley de Disciplina Militar (*Wehrdisziplinarordnung*), que utiliza la palabra funcionario (*Beamte*) cuando establece que «el Ministro de Defensa destinará a *funcionarios* a formar parte de los Tribunales de la Función Militar, con la cualidad de Fiscales militares, en tanto estén en activo en el ejercicio de su función principal (*Hauptamt*)», es decir, en tanto ostenten la condición de asesores jurídicos del Ejército. El artículo 33, apartado 4 de la Ley Fundamental, al decir que «el ejercicio de facultades públicas [o “derivadas de la soberanía”, *hoheitsrechtlicher Befugnisse*] será confiado, como regla general y con carácter permanente, a *funcionarios* [...]», no deja de ser, como propio precepto dice, una regla general, regla que una ley ordinaria puede exceptuar.

²³ Este documento fue elaborado por una comisión oficial, la llamada *Weizsäcker-Kommission*, nombrada por el Gobierno. El documento fue elevado al Gobierno el 23 de mayo de 2000. Lo publicó el Ministerio federal de defensa «Bundesministerium der Verteidigung» en el mismo año.

²⁴ La necesidad de una profunda formación militar del asesor jurídico la expone y justifica Knut Ipsen, miembro de la *Weizsäcker-Kommission*, cit. en la nota anterior, en «El asesoramiento jurídico del Ejército Federal ante los nuevos retos» (*Die Rechtspflege der Bundeswehr vor neuen Herausforderungen*), en *Derecho y Ejército*, cit., p. 82.