
JURISPRUDENCIA

LIBERTAD DE CONCIENCIA FRENTE AL DEBER DE OBE- DIENCIA A LAS ÓRDENES RECIBIDAS EN EL EJÉRCITO, O LA GUERRA DE IRAK BAJO EL CONTROL DE LOS TRIBUNALES CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS*

Markus Kotzur**

Traducido del alemán por Ignacio Gutiérrez Gutiérrez

SUMARIO

- 1.- *Introducción*
- 2.- *El caso*
- 3.- *Las cuestiones jurídicas fundamentales*
- 4.- *Consideración final sobre el estilo de la sentencia.*

1. INTRODUCCIÓN

En el verano de 2005 pronunció el Tribunal Constitucional alemán algunas sentencias relevantes, que suscitaron no sólo la atención de los políticos y de los prácticos del Derecho, sino también comentarios por parte de

* El texto fue publicado originalmente en *Juristen Zeitung* 1/2006, pp. 25-30, como comentario a la Sentencia de la Segunda Sala de lo Militar del Tribunal Contencioso-Administrativo federal alemán de 21 de Junio de 2005 (BVerwG 2 WD 12.04), bajo el título "Gewissensfreiheit contra Gehorsampflicht oder: der Irak-Krieg auf verwaltungsgerichtlichem Prüfstand". En el mismo número (*JZ* 2006, pp. 41-42) se recogen las formulaciones generales que orientan la resolución (Leitsätze), que la propia Sala antepone a su sentencia; ésta se puede consultar íntegra en la página web del Tribunal (<http://www.bverwg.de/media/archive/3059.pdf>, que ofrece, tras los Leitsätze, un resumen más extenso de los fundamentos de la sentencia).

** Catedrático de Derecho público, europeo e internacional. Universidad de Leipzig

la literatura científica¹. Con tanta competencia desde Karlsruhe, corre el riesgo de caer en el olvido, pese al abundante espacio que inicialmente le dedicó la prensa, una interesante resolución de la Segunda Sala de lo Militar del Tribunal Contencioso-Administrativo Federal (2. Wehrdienstsenat des Bundesverwaltungsgerichts). Y sería una pena, especialmente porque la sentencia vincula la disputa sobre los límites de la libertad de conciencia de los militares con cuestiones de Derecho internacional y constitucional acerca de la conformidad a Derecho de la guerra de Irak; o, hablando con más cautela, «contextualiza» estos problemas. Una vez más se muestra aquí la interdependencia entre Derecho constitucional y Derecho internacional público. Cuando el Estado constitucional abierto y cooperativo² no puede evitar el salto hacia la dimensión internacional, y al mismo tiempo incorpora «standards» internacionales en el Derecho nacional y los impone mediante sus tribunales nacionales, el Derecho internacional y el Derecho constitucional aparecen como los dos lados de una única moneda. Entre los responsables de ello, y no en último lugar, está el tercer poder de los Estados nacionales³, que tutela las garantías ofrecidas por el Derecho internacional, colabora en el proceso de constitucionalización de este Derecho⁴ y, de este modo, está en condiciones de trazar los necesarios límites

¹ Por ejemplo BVerfGE 113, 273; sobre ella J. VOGEL, “Europäischer Haftbefehl und deutsches Verfassungsrecht”, *JZ* 2005, pp. 801 ss.; K. M. BÖHM, “Das Europäische Haftbefehlsgesetz und seine rechtsstaatlichen Mängel”, *NJW* 2005, pp. 2588 ss.

² P. HÄBERLE, “Der kooperative Verfassungsstaat” (1978), en P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 3.ª ed. 1998, pp. 407 ss.; del mismo autor *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2.ª ed. 1998, pp. 177 ss.; más tarde S. HOBE, *Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz*, 1998, y “Der kooperationsoffene Verfassungsstaat” en *Der Staat* 37 (1998), pp. 521 ss.; aún más amplio alcance tiene la obra hoy ya clásica de K. VOGEL, *Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit*, 1964; más recientemente, y atendiendo a la globalización, U. DI FABIO, *Das Recht offener Staaten*, 1998.

³ La “relación de cooperación” entre instancias nacionales e internacionales resulta hoy intensamente debatida en el plano europeo por lo que se refiere a la “protección cooperativa de los derechos humanos”: J. LIMBACH, “Die Kooperation der Gerichte in der künftigen europäischen Grundrechtsarchitektur – Ein Beitrag zur Neubestimmung des Verhältnisses von BVerfG, EuGH und EGMR”, *EuGRZ* 2000, pp. 417 ss.; H. C. KRÜGER/J. POLAKIEWICZ “Vorschläge für ein kohärentes System des Menschenrechtsschutzes in Europa. Europäische Menschenrechtskonvention und EU-Grundrechte-Charta”, *EuGRZ* 2001, pp. 92 ss.; W. HOFFMANN-RIEM, “Kohärenz der Anwendung nationaler und europäischer Grundrechte”, *EuGRZ* 2002, pp. 473 ss.; R. JAEGER, “Menschenrechtsschutz im Herzen Europas. Zur Kooperation des Bundesverfassungsgerichts mit dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte und dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften”, *EuGRZ* 2005, pp. 193 ss.

⁴ Abriendo camino A. VERDROSS, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, 1926; también C. W. JENKS, *The Common Law of Mankind*, 1958, p. 169 y *passim*; desde una

a una línea de pensamiento que, tomando como punto de partida la teoría del estado de excepción⁵, vuelve a resultar popular en tiempos de amenaza terrorista global. De aquí, en cualquier caso, surgen tanto posibilidades como riesgos: las posibilidades de una consecuente imposición efectiva del Derecho internacional sobre la base de unas Constituciones nacionales que le ofrecen colaboración; los peligros de un “judicial activism” con plena conciencia misionera en ámbitos en los que procedería un discreto “judicial self-restraint”. La Segunda Sala de lo Militar del Tribunal Contencioso-Administrativo Federal, en una espectacular sentencia que comprende nada menos que 126 folios, con un despliegue argumentativo digno de una tesis, hizo uso decidido de las posibilidades de actuar como “tribunal nacional de Derecho internacional”. Con no menor decisión se puso la Sala a merced de (algunos de) los riesgos que ello conlleva.

2. EL CASO

Reduzcamos el muy complejo caso a su problema central, aunque hayamos de asumir los riesgos asociados a tales podas. Deliberadamente prescindimos de todas las cuestiones procesales. Al recurrente, un Comandante (Major) del Ejército, militar profesional por tanto, en activo como “Oficial de Estado Mayor de planificación, organización y procesamiento de datos”, le correspondía el nivel salarial A13. En marzo de 2003 rechazó la orden, impartida primero verbalmente y luego por escrito, de proseguir su tarea en el proyecto “SASPF” de software de uso militar^{***}. Como motivo adujo que

perspectiva actual W. HERTEL, *Supranationalität als Verfassungsprinzip*, 1998, pp. 87 ss. y también en otros pasajes; P. M. DUPUY, “The Constitutional Dimensions of the Charter of the United Nations Revisited”, *Max Planck Yearbook of International Law* 1 (1997), pp. 1 ss.; B. FASSBENDER, *UN Security Council Reform and the Right to Veto. A Constitutional Perspective*, 1998, pp. 19 ss. (entre otras); del mismo autor “The United Nations Charter as Constitution of the International Community”, *Columbia Journal of Transnational Law* 36 (1998), pp. 529 ss.; D. THÜRER, “Modernes Völkerrecht: Ein System von Wandel und Wachstum – Gerechtigkeitsgedanke als Kraft der Veränderung”, *ZaöRV* 60 (2000), pp. 557 ss.

⁵ SARCEVIC, “Notstand und völkerrechtliches Verfassungsexperiment – Völkervertragsrechtliche Verfassungsgebung auf dem Prüfstand”, en *Gedächtnisschrift für J. Burmeister*, 2005, pp. 359 ss.; M. KOTZUR, “Die Weltgemeinschaft im Ausnahmezustand”, *AVR* 42 (2004), pp. 353 ss.

^{***} N. del T.: Standard-Anwendungs-Software-Produkt-Familien: La traducción podría ser “familias de productos de software de utilización estandarizada”. Se trata de sustituir la multiplicidad de programas informáticos utilizados por los diferentes servicios del ejército federal por una única plataforma que facilite el intercambio de datos y permita un funcionamiento en red más eficiente y rápido. Alguna información sobre este proyecto puede obtenerse en la página web del Ministerio de Defensa alemán (<http://www.bmvg.de/portal/a/bmvg>).

no cabía excluir que los resultados de los desarrollos de software dirigidos por él pudieran servir como apoyo para una “participación ilegal de la República Federal en el ataque ilegal contra Irak”. En febrero de 2004, el Tribunal Militar competente le consideró culpable de una falta en el servicio y le rebajó al grado de capitán con nivel salarial A11. El tribunal valoró la conducta del militar como infracción dolosa de los deberes de cumplimiento leal del servicio conforme al art. 7 de la Ley sobre el estatuto jurídico de los militares (SG, Soldatengesetz), de vigilancia en el servicio conforme al art.10.2 de la SG, de obediencia conforme a la primera frase del art. 11.1 de la SG y de preservación de la consideración y de la confianza que corresponde a un militar conforme a la primera frase del art. 17.2 de la SG. En una consideración de conjunto, se trata de una falta en el servicio conforme al art. 23.1 de la SG y al art. 18.2 del Reglamento de disciplina militar (WDO, Wehrdisziplinarordnung).

En los fundamentos de la sentencia se lee, entre otras cosas, que la orden impartida estaba justificada, al margen de que el uso de la fuerza armada por parte de los Estados Unidos de América en Irak merezca o no la calificación de guerra de agresión y de que la República Federal de Alemania haya prestado colaboración o no. Su trabajo en el desarrollo de software en ningún momento habría facilitado apoyo directo o indirecto a la intervención armada de los Estados Unidos en Irak. El recurrente, un militar con años de profesión a sus espaldas y experiencia como oficial de Estado Mayor, habría podido apreciarlo sin dificultad, y habría debido hacerlo. Frente a la Sentencia del Tribunal Militar apeló el recurrente en marzo de 2004 ante el Tribunal Contencioso-Administrativo Federal. Alega que el Tribunal Militar había omitido considerar los motivos de su decisión: a su juicio, la intervención militar de los Estados Unidos contra Irak era una guerra de agresión, y consideraba como participación en tal guerra de agresión el apoyo dado por ejemplo mediante el uso de aviones dotados de dispositivos AWACS (Airborne Warning and Control System) y la vigilancia por el ejército alemán de los cuarteles americanos, supliendo a los soldados americanos desplazados a la guerra. Por eso había considerado que obedecer sin rechistar la orden recibida era incompatible tanto con su conciencia como con la situación jurídica. Su conducta estaría amparada por el art. 26 de la Ley Fundamental, el art. 80 del Código Penal, el art. 5 del Código Penal Militar y el art. 11.2 de la SG. La apelación del militar ante el Tribunal Contencioso-Administrativo Federal resultó acogida en todos sus extremos.

3. LAS CUESTIONES JURÍDICAS FUNDAMENTALES

La sala que conoció del caso buscaba con su decisión, intensamente sustentada en citas doctrinales, ante todo dos objetivos: en primer lugar quiere proteger la libertad de conciencia (Art. 4.1 de la Ley Fundamental) de los soldados del ejército alemán en la mayor medida posible, sin sacrificarla a precipitadas consideraciones de funcionalidad del servicio. Así dice literalmente (pág. 112)⁶, con evidente referencia crítica a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁷: “La Ley Fundamental regula (...) una vinculación de las fuerzas armadas a los derechos fundamentales, y no por cierto una vinculación de los derechos fundamentales a las decisiones y a las necesidades de las fuerzas armadas”. La segunda finalidad conduce mucho más allá de los derechos fundamentales. El Tribunal utiliza las normas correspondientes de la Ley Fundamental, del Derecho militar y del Derecho penal militar para el control incidental, conscientemente planteado en términos fundamentales, de una doble cuestión altamente explosiva: ¿fue la guerra de Irak conforme al Derecho internacional? En caso contrario, ¿infringieron el Derecho internacional y el Derecho constitucional (en especial los arts. 25 y 26 de la Ley Fundamental) los apoyos que prestó Alemania a los Estados Unidos de América y al Reino Unido (garantía del derecho a sobrevolar territorio alemán, utilización de las instalaciones situadas en Alemania, protección de dichas instalaciones, vigilancia del espacio aéreo turco por soldados alemanes a bordo de aviones AWACS)? Veámoslo en detalle.

3.1. *El poder de mando militar y sus límites (jurídico-constitucionales)*

De manera convincente constata la sala que la obligación de obediencia que se deriva de la segunda frase del art. 11.1 de la SG es ciertamente un deber central del servicio de todo soldado, pero no impone una obediencia ciega e incondicionada. Hace tiempo que el ciudadano que viste de uniforme ha dejado de estar sujeto a vinculaciones como las derivadas del art. 64.1 de la Constitución del Reich de 1871 o del juramento al servicio de la Wehrmacht de 20 de agosto de 1934 (RGBl. I, pág. 785)⁸. En diametral

⁶ La sentencia se cita siguiendo su publicación oficiosa en la página web del Tribunal Contencioso-Administrativo Federal.

⁷ BVerfGE 59, 1 ss. Existe una remisión expresa a los votos particulares de los Magistrados Mahrenholz y Böckenförde (pp. 57 ss.).

⁸ H. HERBELL, *Staatsbürger in Uniform*, 1969; U. SIMON, *Die Integration der Bundeswehr in die Gesellschaft*, 1980; K. KISTER/U. A. HUNDT (ed.), *Staatsbürger in Uniform – Wunschbild*

oposición con ello estarían, en particular, los arts. 1.1, 1.3 y 20.3 de la Ley Fundamental. Los límites jurídicos de la competencia militar de mando pueden ser clasificados, para mayor claridad, en siete grupos. Hay que partir del art. 11 de la SG, en concreto de la primera parte de la frase tercera del apartado 1 y de la frase primera del apartado 2, pero no son las únicas normas relevantes. No necesitan o incluso no «deben» ser obedecidas (1) las órdenes que atentan contra la dignidad humana. Lo mismo sirve para (2) las órdenes que no se orientan a los fines del servicio. Cuáles sean estos resulta de un lado de los fines y tareas que la Constitución atribuye al ejército federal (art. 87a.1, art. 115a de la Ley Fundamental)⁹, de otro de los criterios que formula el Derecho internacional vigente – ante todo atendiendo a los fundamentos que justifican la autodefensa individual y colectiva conforme al art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas como quiebra estrechamente delimitada de la prohibición general del uso de la fuerza¹⁰. El Tribunal deja deliberadamente abierta la cuestión de si la orden impartida era o no conforme a los fines del servicio a la vista de la guerra de Irak. Del deber de obediencia quedan también excluidas las órdenes con cuyo seguimiento se cometería un delito, comprendiendo no sólo los delitos definidos por el Derecho penal nacional, sino también los delitos configurados por el Derecho penal internacional¹¹. La falta de mecanismos en el plano internacional que aseguren la imposición efectiva del Derecho internacional puede ser así compensada a través de los tres poderes de un Estado constitucional comprometido con él.

Un nuevo grupo de órdenes no vinculantes son las que resultan objetivamente imposibles de cumplir o las que han perdido su sentido (4). Evidentemente no pueden ser vinculantes tampoco las órdenes que conducen a vulnerar la primera frase del art. 26.1 de la Ley Fundamental (5). Esta norma enlaza con el concepto de “guerra de agresión” determinado por el

oder gelebte Realität, 1989; U. ULRICH, *Beteiligung in der Bundeswehr*, 2002; E. WIESENDAHL (ed.), *Neue Bundeswehr – neue Innere Führung*, 2005; más en general W. MARTENS, *Grundgesetz und Wehrverfassung*, 1961; D. RAUSCHNIG, en I. v. MÜNCH (ed.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 8.ª ed., 1988, pp. 919 ss.

⁹ C. ARNDT, “Bundeswehreinsatz für die UNO”, *DÖV* 1992, pp. 618 ss., 619; W. GRAF VITZTHUM, “Der Spannungs- und der Verteidigungsfall”, en ISENSEE/KIRCHLOF, *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VII, 1992, parágrafo 170.

¹⁰ ALEXANDROV, *Self-Defense against the Use of Force in International Law*, 1996; Gardam, *Proportionality, Necessity and the Use of Force by States*, 2004; más referencias en M. BOTHE, “Friedenssicherung und Kriegsrecht”, en W. GRAF VITZTHUM (ed.), *Völkerrecht*, 3.ª ed. 2004, 8.ª Sección, número marginal 19, nota a pie de página 63.

¹¹ Véase entre otros D. KHAN, en K. AMBOS et alii (ed.), *Der Irak-Krieg und das Völkerrecht*, 2004; G. Werle, *Völkerstrafrecht*, 2003.

Derecho internacional¹². Conforme a su tenor literal, se trata ciertamente sólo de las acciones preparatorias; utilizando el argumento «a minore ad maius» quedan sin embargo igualmente prohibidas cualesquiera medidas de apoyo. El Tribunal deja de nuevo aquí deliberadamente abierta la cuestión de la participación de la República Federal en una guerra de agresión contra Irak, que infringiría tanto el Derecho internacional como el Derecho constitucional. Como argumentación señala que en cualquier caso quedaría afectada la libertad de conciencia del militar. Por el mismo motivo tampoco precisa de aclaración terminante la cuestión de si el cumplimiento de la orden impartida contradiría las normas generales del Derecho internacional¹³ en el sentido del art. 25 de la Ley Fundamental (6). Finalmente, carecen igualmente de vinculatoriedad las órdenes “inadmisibles”. Tal inadmisibilidad se produce cuando se inmiscuyen de modo particularmente profundo y amplio en la esfera de la personalidad¹⁴. Con ello queda tendido el puente que conduce al art. 4.1 de la Ley Fundamental, porque la libertad de conciencia y de la decisión en conciencia están vinculadas de modo inescindible a la imagen de la personalidad moral autónoma en la que se apoya la propia Constitución¹⁵.

¹² R. STREINZ, en M. SACHS (ed.), *GG-Kommentar*, 3.ª ed. 2003, Art. 26, número marginal 18, con más referencias.

¹³ Del que forma parte en cualquier caso (pero de ningún modo puede entenderse que sólo él) el “ius cogens”, que por su parte es reconocido en el art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; véanse por ejemplo S. KADELBACH, *Zwingendes Völkerrecht*, 1992; A. VERDROSS/B. SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, 3.ª ed. 1984, parágrafo 1263; W. GRAF VITZTHUM, “Begriff, Geschichte und Quellen des Völkerrechts”, en la obra editada por él mismo *Völkerrecht*, 3.ª ed. 2004, 1.ª Sección, número marginal 13. Sobre la prohibición del uso de la fuerza detalladamente M. BOTHE, “Friedenssicherung und Kriegsrecht”, en la misma obra, 8.ª Sección, números marginales 3 ss. Entre tales normas generales se incluye también el Derecho internacional consuetudinario en virtud del art. 38.1 letra b del Estatuto del Tribunal de Justicia Internacional y los principios generales del Derecho conforme a la letra c del mismo precepto. El art. 59.2 de la Ley Fundamental es *lex specialis* para la vigencia interna del Derecho internacional convencional, cfr. R. STREINZ en M. SACHS, *GG-Kommentar*, Art. 25, números marginales 29 y ss.

¹⁴ Sobre este extremo se extiende la sentencia en pp. 38 y ss.

¹⁵ BVerwGE 12, 45 (54); R. BÄUMLIN y E.-W. BÖCKENFÖRDE, “Das Grundrecht der Gewissensfreiheit”, VVDStRL 28 (1970), pp. 3 ss. y 33 ss. respectivamente; H. BETHGE, “Gewissensfreiheit”, en ISENSEE/KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VI, 2.ª ed. 2001, parágrafo 137; M. MORLOK en H. DREIER (ed.), *GG-Kommentar*, Bd. I, 2.ª ed. 2004, Art. 4, números marginales y 81 ss.; sobre la imagen de la personalidad moral autónoma P. HÄBERLE, *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*, 3.ª ed. 2005; U. BECKER, *Das “Menschenbild des Grundgesetzes” in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, 1996.

3.2. La vigencia de la libertad de conciencia del art. 4.1 de la Ley Fundamental para los soldados del ejército federal

Que los derechos fundamentales extienden su vigencia también a las llamadas relaciones especiales de sujeción recibe hoy un reconocimiento consolidado¹⁶, y resulta especialmente adecuado para la libertad de conciencia. Tal “derecho fundamental originario” no sólo afecta al núcleo de la formación de la personalidad y la identidad de las personas, sino que, como derecho fundamental, resulta además una piedra de toque para la situación del Estado y de la sociedad¹⁷ – también para la autoidentificación del ejército, radicado en la sociedad y que actúa desde su interior¹⁸. Como parte del poder ejecutivo, el ejército federal está vinculado a los derechos fundamentales, a la ley y al Derecho, de conformidad con los arts. 1.3 y 20.3 de la Ley Fundamental. Además, sus fundamentos éticos¹⁹ y la libertad de conciencia de sus miembros, que actúan y deciden bajo su propia responsabilidad ética, resultan inseparables. Con convincente naturalidad, la Sala refiere la libertad de conciencia al ámbito de máxima sensibilidad ética del servicio a las armas²⁰. No queda impedido de apelar a su libertad de conciencia, por ejemplo, quien no haya objetado al servicio militar conforme al art. 4.3 de la Ley Fundamental²¹. Justamente quien se ha obligado al servicio al ejército, sea como soldado de reemplazo, sea como militar profesional, debe someter su acción cotidiana al juicio constante de su conciencia y, conforme a la segunda frase del art. 11.1 de la SG. está expresamente constreñido a actuar “en conciencia”. La imagen de la obediencia “reflexiva”

¹⁶ H. BETHGE, “Gewissensfreiheit”, op. cit. en n. 15, número marginal 17, con referencias adicionales; de la literatura anterior véase A. PODLECH, *Das Grundrecht der Gewissensfreiheit und die besonderen Gewaltverhältnisse*, 1969.

¹⁷ U. STEINER, “Das Grundrecht der Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 4 I, II GG)”, *JuS* 1982, p. 156.

¹⁸ U. SIMON, *Die Integration der Bundeswehr in die Gesellschaft*, 1980.

¹⁹ K. EBELING/A. SEIFFERT/R. SENGER, *Ethische Fundamente der inneren Führung*, 2002.

²⁰ Véanse también BVerwG 1 WDB 1/70; BVerwGE 83, 358 (360); BVerwGE 93, 323 (329); BVerwGE 103, 361 (371 s.).

²¹ Cfr. la exposición de las pp. 61 ss. de la sentencia. El proceder metódico de la Sala resulta modélico. Concretiza las expresiones de la Ley Fundamental atendiendo a las reglas de las Constituciones de los Länder, reflexiona sobre la historia de su desarrollo y genera consecuentemente un comparatismo jurídico en el interior de la Federación. Sobre el art. 4.3 de la Ley Fundamental cfr. A. ARNDT, “Das Grundrecht der Kriegsdienstverweigerung”, en E.-W. BÖCKENFÖRDE/W. LEWALD (ed.), *Gesammelte juristische Schriften von A. Arndt*, 1976, pp. 171 ss.; W. BERG, “Das Grundrecht der Kriegsdienstverweigerung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, *AöR* 107 (1982), pp. 585 ss.

o “pensante” resulta muy ilustrativa. Pero de tal obligación de “pensar” y enjuiciar crítica y autocríticamente se sigue aún otra consecuencia. Quien libremente ha asumido una relación obligatoria debe prever las consecuencias ligadas a ella y también los conflictos éticos potenciales²². Su concreta decisión en conciencia ha de encontrar su parámetro en las decisiones fundamentales que se tomaron inicialmente. El militar ciertamente no tiene que contar con su participación, ni siquiera indirecta, en medidas contrarias a la Constitución o al Derecho internacional. Pero por supuesto que sí ha de contar con verse implicado en decisiones fundamentales de amplio calado ético sobre cuestiones muy discutidas en Derecho internacional, como por ejemplo la participación en una intervención humanitaria.

3.3. Los criterios determinantes de la decisión en conciencia en el caso concreto

3.3. a) Los fundamentos de la formación de la decisión

La conciencia resulta ser un fenómeno espiritual, en último extremo metajurídico²³, y por ello las decisiones en conciencia son realmente difíciles de medir con criterios objetivos o al menos susceptibles de ser compartidos intersubjetivamente. La concepción que de sí mismo tiene el titular del derecho fundamental desempeña un importante papel, porque lo que realmente pretende el derecho fundamental también se decide en lo esencial en la acción de ese mismo sujeto²⁴. A la vista de la “multiplicidad de formaciones personalísimas de criterio ético”²⁵ el Tribunal Constitucional ha optado por un principio formal de definición. Decisión en conciencia es “aquella decisión seriamente moral (esto es, orientada conforme a las categorías de lo bueno y lo malo) que el individuo en una situación determinada experimenta como vinculante para sí e incondicionalmente obligatoria en su interior, de modo que no podría actuar en contra de ella sin forzar seriamente su conciencia”²⁶. Del mismo modo, el Tribunal contencioso-administrativo coloca en este caso la seriedad, profundidad e imperatividad de la decisión en conciencia del militar en el centro de su argumentación y se remite a su cuidadoso proceso de decisión, al asesoramiento jurídico que buscó en

²² H. BETHGE, cit. en n. 15, número marginal 17.

²³ Ibidem, número marginal 3.

²⁴ P. HÄBERLE, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 3.^a ed. 1983, p. 362.

²⁵ M. MORLOK, cit. en n. 15, número marginal 82.

²⁶ BVerfGE 12, 45 (55) y jurisprudencia constante.

vano, al consejo que pidió al capellán militar. Igualmente subraya el Tribunal que nada depende de la “verdad” y “justicia” de la decisión.

3.3. b) La relevancia de la conformidad a Derecho internacional de la guerra de Irak para la decisión en conciencia

En sorprendente contradicción con las premisas desarrolladas hasta ahora aparece a continuación un monumental «obiter dictum» que analiza con toda amplitud la conformidad de la guerra de Irak con el Derecho internacional. No habría hecho falta para comprobar la seriedad de la decisión en conciencia. Más bien, hubiera sido suficiente con hacer referencia a las severas reservas que el proceder de los Estados Unidos y de sus aliados planteaba desde el punto de vista del Derecho internacional, que se debatían incluso en los medios de comunicación. Tales reservas habrían causado inseguridad en el recurrente y le habrían conducido a una situación extrema de conciencia. Las exhaustivas apreciaciones de la sala, de naturaleza muy específicamente jurídica, no tuvieron influencia alguna en el proceso por el que formó su decisión el recurrente, un lego en Derecho que, como explícitamente señala la sentencia, no tuvo un asesoramiento jurídico satisfactorio. Que la guerra de Irak fuera o no realmente contraria al Derecho internacional carece además de relevancia para la decisión en conciencia. Lo decisivo es sólo que el sujeto que obra en conciencia pudiera considerarla con suficiente verosimilitud como cuestionable desde los puntos de vista ético y jurídico.

¿Por qué, pues, todo el dispendio argumentativo? La sala utiliza el caso concreto como foro público para una toma de posición en términos de principio en el tema de la guerra de Irak. No repetiremos aquí las consideraciones particulares de Derecho internacional que se formulan especialmente contra la doctrina del ataque preventivo²⁷. Reflejan el estado de la discusión actual en la doctrina del Derecho internacional y merecen apoyo en muchos aspectos, además de resultar completamente convincentes desde

²⁷ Véase al respecto, entre la abundante bibliografía, D. BLUMENWITZ, “Die völkerrechtlichen Aspekte des Irak-Konflikts”, *ZfP* 50 (2003), pp. 301 ss.; M. BOTHE, “Der Irak-Krieg und das Völkerrechtliche Gewaltverbot”, *AVR* 41 (2003), pp. 255 ss.; R. FALK, “What Future for the UN Charter System of War Prevention”, *AJIL* 97 (2003), pp. 590 ss.; T. FRANCK, “What Happens Now”, *AJIL* 97 (2003), pp. 607 ss.; D. MURSWIEK, “Die amerikanische Präventivkriegsstrategie und das Völkerrecht”, *NJW* 2003, pp. 1014 ss.; G. SEIDEL, “Quo vadis Völkerrecht?”, *AVR* 41 (2003), pp. 449 ss.; R. STREINZ, “Wo steht das Gewaltverbot heute?”, *JöR* 52 (2004), pp. 291 ss.; M. KOTZUR, “Die Weltgemeinschaft im Ausnahmezustand?”, *AVR* 42 (2004), pp. 353 ss., 374 ss.; Th. BREITWIESER, “Vorweggenommene Selbstverteidigung und das Völkerrecht”, *NZWehrr* (47) 2005, pp. 45 ss.

el punto de vista del resultado alcanzado. Sin embargo, el Tribunal habría tenido buenos motivos para eludir la pregunta sobre la obligatoriedad de la orden en función de su calificación como infracción de las normas del Derecho internacional (por ejemplo del cuarto principio recogido en el art. 2 de la Carta de las Naciones Unidas), del art. 25 de la Ley Fundamental o incluso del 26. Sin una completa recopilación de pruebas y una valoración del material obtenido la sala nunca habría podido llegar a una sentencia de tal alcance. Además, pese a la exhaustividad de las consideraciones contenidas en la sentencia, no son tenidas suficientemente en cuenta algunas justificaciones que al menos han sido propuestas por prestigiosos internacionalistas (por ejemplo sobre la “intervención democrática” o sobre una concepción completamente nueva de la prohibición del uso de la fuerza y del concepto de soberanía)²⁸. En especial la literatura extranjera, por ejemplo la norteamericana, habría debido ser valorada con detalle en una cuestión de Derecho internacional tan discutida como ésta²⁹. Aunque este superfluo juicio incidental no puede ser considerado, ni lo pretende, como una expresión vinculante del aforismo “Leipzig locuta”, los déficits constatados, tanto metodológicos como de contenido, arrojan algunas sombras sobre la decisión.

3.3. c) La disconformidad a Derecho (internacional o constitucional) de la participación de la República Federal en la guerra de Irak en el contexto de la concreta decisión en conciencia

Después de haber asumido incidentalmente que la guerra de Irak infringe el Derecho internacional, la sala deriva del Derecho internacional y del Derecho constitucional graves reparos contra las medidas de apoyo pres-tadas por la República Federal (garantía del derecho a sobrevolar territorio alemán, utilización de las instalaciones situadas en Alemania, protección de dichas instalaciones, vigilancia del espacio aéreo turco por soldados alemanes a bordo de aviones AWACS). La valoración jurídica a partir en especial de los arts. 25 y 26 de la Ley Fundamental es de nuevo incidental, resulta por los motivos ya antes indicados tan poco necesaria como las explicaciones anteriores sobre cuestiones jurídico-internacionales, y su orientación no está exenta de objeciones. Qué obligaciones resultan para Alemania del

²⁸ Cfr. por ejemplo R. STREINZ, cit. en n. 27; J. KOKOTT, “Souveräne Gleichheit und Demokratie im Völkerrecht”, *ZaöRV* 64 (2004), pp. 517 ss.; sobre la prohibición del uso de la fuerza también M. HERDEGEN, *Völkerrecht*, 4.ª ed. 2005.

²⁹ Una primera referencia a ella por ejemplo en M. BOTHE, “Friedenssicherung und Kriegsrecht”, en W. GRAF VITZTHUM (ed.), *Völkerrecht*, 3.ª ed. 2004, 8.ª Sección, número marginal 19, notas a pie de página 63 y ss.

Tratado de la OTAN, del Estatuto de las tropas de la OTAN, etc., exigiría un análisis más diferenciado. Ciertamente no pueden derivarse de tratados internacionales obligaciones de apoyar acciones contrarias al Derecho internacional. Pero, aún asumiendo que la guerra de Irak infringe el Derecho internacional, deberían comprobarse con mayor precisión de un lado la relación de causalidad de las medidas de apoyo, de otro las singulares obligaciones jurídicas de apoyo. Cadenas de causalidad trazadas de modo completamente irreflexivo sin haberse ocupado intensamente de las muy específicas obligaciones jurídico-internacionales y jurídicos-constitucionales que concurren en el caso concreto puede conducir a resultados irracionales. Sirva como ilustración un ejemplo extremo: aceptemos que una base militar de los Estados Unidos en Alemania se usa para volar hacia el territorio de la guerra o para fines parecidos. Si esa base está amenazada por una manifestación violenta, ¿qué medidas estaría autorizada a tomar Alemania para garantizar la seguridad de la instalación sin que le fuera imputada la participación en la guerra de agresión? ¿No estaría igualmente obligada (atendiendo a la dimensión de deber de protección de los derechos fundamentales y de los derechos humanos protegidos por el derecho internacional) a proteger efectivamente a los soldados americanos estacionados en Alemania?

Aún más reparos suscita que la Sala sobreentienda que podríamos estar ante una guerra de agresión contraria al Derecho internacional. Un veredicto de tanto alcance, único hasta ahora en la historia de la República Federal, no debe emitirse sin un completo análisis de todos los argumentos aportados por la doctrina del Derecho internacional – ni siquiera como “simple” «obiter dictum». Acertadamente se remite el Tribunal a la definición de agresión dada por la Asamblea General de la ONU el 14 de Diciembre de 1974 (Res. 3314 IX), entiende que el término “guerra de agresión” está acuñado por el Derecho internacional y reconoce en la prohibición universal del uso de la fuerza enunciado en el principio n.º 4 del art. 2 de la Carta de las Naciones Unidas el punto de apoyo adecuado para el análisis³⁰. Pero resulta muy discutido, justamente a la vista de los últimos desarrollos, que toda agresión contraria al Derecho internacional, que infrinja el art. 2 n.º 4 de la Carta de las Naciones Unidas, deba calificarse como guerra de agresión. Cabe aludir por ejemplo a la intervención humanitaria sin acuerdo del

³⁰ Sobre este ámbito de problemas F. MÜLLER, *Die Pönalisierung des Angriffskrieges im Grundgesetz und dem Strafgesetzbuch der Bundesrepublik Deutschland*, Dissertation en Heidelberg 1970; K. DOEHRING, “Das Friedensgebot des Grundgesetzes”, en ISENSEE/KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VII, 1992, parágrafo 178; para una definición de la guerra de agresión cfr. I. PERNICE en H. DREIER (ed.), *GG-Kommentar*, Bd. II, 1998, Art. 26 número marginal 17; K.-A. HERNEKAMP en I. v. MÜNCH/Ph. KUNIG (ed.), *Grundgesetz*, Bd. II, 5.ª ed. 2001, Art. 26 número marginal 23.

Consejo de Seguridad, que algunos valoran como inequívoca infracción de la prohibición del uso de la fuerza, otros como impuesta por los derechos humanos³¹. Merecen aquí consideración argumentos que, en conexión con los delitos de agresión, proceden del art. 5.1, letra d), del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Para que se dé el supuesto de hecho de una guerra de agresión no sería suficiente una simple infracción del n.º 4 del art. 2 de la Carta de las Naciones Unidas, además debería concurrir un elemento agresivo adicional, por ejemplo la intención de someter duraderamente al Estado atacado o de disponer sobre su territorio³². Si la sala hubiera tenido que tomar posición sobre la cuestión de la guerra de agresión, habría necesitado confrontarse de modo mucho más intenso con esta cuestión. Pero ni tal toma de posición era necesaria, ni se asume la carga de argumentar sobre ello con el detalle exigible.

3.3. d) La cuestión de la causalidad

Con razón subraya la Sala³³ que para la decisión en conciencia resulta irrelevante que el proyecto SASPF supusiera, en realidad, una colaboración causalmente verificable con el apoyo a la guerra de Irak; es suficiente con que exista una posibilidad digna de ser tomada en cuenta. Mas para que tal posibilidad sea en efecto digna de ser tomada en cuenta no puede bastar con que se trate de cualquier contribución más o menos accidental, más bien dependerá de su cualidad y su trascendencia. En caso contrario cabría pensar en ejemplos extremos. Dado que el ejército federal se financia con impuestos, y sin duda también las concretas medidas de apoyo a los Estados Unidos de América y sus aliados son financiadas mediante impuestos, ¿no habrían podido alegar cualquier ciudadana o cualquier ciudadano el derecho a negarse a pagar parte de sus impuestos amparándose en su conciencia? Pues bien, sigue siendo dudoso que el proyecto SASPF posibilite un crecimiento de cualidad y trascendencia suficientemente significativas de la “interoperabilidad” del ejército federal con los Estados Unidos de América, la OTAN y la Unión Europea.

3.4. Límites de la libertad de conciencia

La decisión merece acogida favorable cuando reconoce al recurrente el derecho a la libertad de conciencia y valora su decisión en conciencia como

³¹ Sobre los criterios doctrinales tras la guerra de Kosovo véase por ejemplo M. WELLHAUSEN, *Humanitäre Intervention*, 2002.

³² Cfr. M. E. KURTH, “Der Angriffskrieg und seine völkerrechtliche Bewertung”, *NZWehr* 2005, pp. 59 ss.; G. WERLE, *Völkerstrafrecht*, 2003, número marginal 1159, con referencias adicionales.

³³ P. 71 de la sentencia.

digna de ser tomada en serio. Como se ha expuesto, no habrían hecho falta para ello tan amplias consideraciones incidentales. A cambio, hubieran debido merecer aún más atención los límites de la libertad de conciencia. Porque ésta está garantizada sin reservas, pero no sin límites³⁴. La Sala contempla críticamente la decisión del Tribunal Constitucional conforme a la cual la capacidad funcional del ejército federal tendría rango constitucional (cfr. arts. 12a, 65a, 73 n.º. 1, 87a y 115a y siguientes de la Ley Fundamental)³⁵. Pero esta capacidad funcional del ejército federal no es un fin en sí mismo, sino que a su vez sirve al fin estatal de la procura de la seguridad³⁶ y, con ello, a un bien de rango constitucional, que encuentra eco por ejemplo, y no en último extremo, en el deber de protección que se deriva como nueva dimensión de los derechos fundamentales (entre otros, de los arts. 1.1 o 2.2 de la Ley Fundamental). Todo ello debe ser valorado en un amplio proceso de ponderación, debe lograrse la “concordancia práctica” (K. Hesse) de los bienes constitucionales en conflicto. Aquí subraya el Tribunal Contencioso-Administrativo federal, de un lado, que al militar debiera habersele ofrecido una alternativa capaz de satisfacer a su conciencia³⁷, pero también señala que los motivos de conciencia no deben plantearse de modo intempestivo, puesto que la alternativa depende en gran medida de las posibilidades que estén abiertas en las circunstancias concretas. Resultan por ello infundados los temores de algunos críticos de la sentencia, para los que una objeción de conciencia repentinamente planteada durante una acción armada podría afectar de modo inadmisiblemente a la capacidad de acción de la fuerza militar. De momento, la caja de Pandora permanece cerrada.

4. CONSIDERACIÓN FINAL SOBRE EL ESTILO DE LA SENTENCIA

El estilo de una sentencia puede ofrecer una rica información sobre sus intenciones³⁸. La Sala aquí oscila, de manera ciertamente atípica para el

³⁴ Así lo expresa el Tribunal Constitucional con referencia a la libertad religiosa en BVerfGE 30, 173 (pp. 191 y 193)

³⁵ BVerfGE 69, 1 (p. 57 y ss.) en términos generales Ch. GRAMM, “Die Aufgaben der Bundeswehr in den Grenzen der Verfassung”, *NZWehr* 47 (2005), pp. 133 ss.

³⁶ Sobre los fines básicos del Estado como límites de la libertad de conciencia E.-W. BÖCKENFÖRDE, cit. en n. 15; la procura de la seguridad como fin del Estado es considerada por K.-P. SOMMERMANN, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, 1997.

³⁷ En favor de ello aboga también el deber de velar por los subordinados que deriva del art 10. 3 SG, véase además p. 115 de la sentencia.

³⁸ H. KÖTZ, *Über den Stil höchstrichterlicher Entscheidungen*, 1973; P. KIRCHHOF, *Die Bestimmtheit und Offenheit der Rechtssprache*, 1987; en fechas muy recientes cfr. las intervenciones del Primer Coloquio Investigador de la “Fundación Peter Häberle de la Universidad

Tribunal Contencioso-Administrativo federal, entre la sobriedad objetiva y el pathos inflamado del apóstol. Quiere despertar emociones, por ejemplo con el muy desarrollado y extraordinariamente positivo retrato de la personalidad del militar recurrente³⁹:

“El militar tiene una personalidad profundamente marcada por su entorno cristiano-católico, no se decide fácilmente a dar pasos capaces de tener graves consecuencias (...). Como repetidamente se dice también en las valoraciones oficiales que en el pasado se han emitido sobre él, se caracteriza tanto por un fuerte sentido de la justicia como por un extraordinario sentido del deber y de la responsabilidad, sin por ello caer en el peligro de la hipermoralización, menos aún del fanatismo. Por ello resulta, cuando a su juicio es necesario y exigido, incómodo y perseverante incluso frente a las más fuertes exigencias y los mayores obstáculos. Sorprende su tenaz y a todas luces exitoso empeño en mantener una conducta veraz y recta. Rechaza abiertamente el oportunismo y la adulación”.

También entrelíneas puede escucharse un eco más o menos sublime, incluso desde el punto de vista político, cuando por ejemplo se dice sobre el militar⁴⁰: “de este modo se enfrenta explícitamente, entre otras cosas, a la pretensión del Presidente de los Estados Unidos, de que Dios personalmente le había encargado a él, el Presidente de los Estados Unidos, emprender la guerra contra Irak. Profundamente irritado por esta arrogancia —el militar lo percibía así—, insistía en que su Dios, el del soldado, era otro distinto”. Los fundamentos jurídicos de la sentencia recogen incluso el texto de una oración por la paz a la que el recurrente hace referencia⁴¹ para cimentar la seriedad de su conflicto de conciencia. La fundamentación de la sentencia desborda así completamente sus límites naturales. No queda libre de la sospecha de haber mezclado la voluntad política con el deber ser jurídico, la ratio de la decisión con la emotio de quienes decidían. Ello debilita su fuerza de convicción incluso en los aspectos que merecen aprobación. Ciertamente debe tributarse respeto a la claridad con la que la Sala ha hecho público su prejuicio («Vorverständnis») y ha tomado posición sobre

de St. Gallen” sobre los temas “Recht – Urteil – Sprache: Aus kulturwissenschaftlicher Sicht” (U. LANDFESTER), “Recht – Urteil – Sprache: Neue Erkenntnisse und Entwicklungen aus sprach- und rechtswissenschaftlicher Sicht” (M. MORLOK), “Begründungen höchstrichterlicher Grundsatzentscheidungen aus rechtsvergleichender Perspektive” (Lord L. HOFFMANN de la Cámara de los Lores, W. WALTER por parte del Tribunal Federal Suizo, L. WILDHABER desde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos). La publicación de las actas de las jornadas está prevista para 2006.

³⁹ Pp. 103 y s.

⁴⁰ Pp. 102 y ss

⁴¹ P. 103.

la guerra de Irak. La virtud del “judicial self-restraint”, sin embargo, ha quedado olvidada entre tanto fervor.

RESUMEN

Una resolución del Tribunal Contencioso-Administrativo Federal alemán vincula la libertad de conciencia de los militares con la conformidad a Derecho de la guerra de Irak. La Sala, de un lado, protege la libertad de conciencia de los militares en la mayor medida posible, sin sacrificarla a superficiales consideraciones de funcionalidad del servicio. Pero incidentalmente se plantea tanto la disconformidad de la guerra de Irak al Derecho internacional como la infracción del Derecho internacional y del Derecho constitucional que supone la colaboración prestada por Alemania al referido ataque armado. Markus Kotzur, que comparte los resultados de la argumentación, critica sin embargo el planteamiento incidental de tan relevante cuestión, cuando el hecho de que la guerra de Irak fuera o no contraria al Derecho internacional carece de relevancia para la decisión en conciencia: sólo importa que el afectado pueda considerarla, con suficiente verosimilitud, como cuestionable desde los puntos de vista ético y jurídico.

PALABRAS CLAVE: Jurisprudencia, libertad de conciencia, deber de obediencia, Derecho internacional.

ABSTRACT

A decision of the German Federal Administrative Court links soldier’s conscience freedom with Irak’s war legality. The Courtroom, on the one hand, protects the soldier’s conscience freedom as much as possible without sacrificing it to superficial considerations of service’s functionality. But incidentally this decision reflects on both the disagreement with Irak’s war regarding International private law as well as the infringement of International law and Constitutional law which meant the support that Germany gave to the armed conflict mentioned above. Markus Kotzur, who shares the results of the previous argumentation, however criticizes the incidental reasoning for such relevant matter, when the fact that Irak’s war was or was not against international law it lacks of importance for the decision taken under the own conscious: it only matters that can be considered with enough likeliness for the person who has been affected, as well as questionable from the ethical and legal point of view.

KEY WORDS: Case-law, conscience freedom, duty to obey, International law.