

EL ESTACIONAMIENTO DE LOS MISILES PERSHING II Y CRUISE EN LA REPUBLICA FEDERAL DE ALEMANIA

(Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional
Federal de 18 de diciembre de 1984) *

GERMAN GOMEZ ORFANEL
JAIME NICOLAS MUÑIZ

SUMARIO: I. PRESENTACIÓN.-II. COMENTARIO A LA SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1984: 1. Un antecedente: la sentencia del 16 de diciembre de 1983. 2. La sentencia de 18 de diciembre de 1984: a) Naturaleza del recurso y alegaciones. b) Comentario a la decisión del Tribunal Constitucional Federal.

I. Presentación

Es una opinión bastante extendida el que el estacionamiento de los misiles Pershing II y Cruise en Europa occidental es reflejo de un cambio en la estrategia militar norteamericana basada ahora en el principio de que los Estados Unidos estarían en condiciones de llevar a cabo una guerra nuclear y de ganarla. Según diferentes expertos militares, tales nuevos misiles serían armas de primer golpe (first strike capacity, Erstschlagwaffen), es decir, al servicio de un ataque por sorpresa dirigido a obtener una ventaja estratégica sobre el enemigo, como lo sería la destrucción de su capacidad de respuesta, o la «decapitación» de su dirección política o militar o la paralización de determinados sectores decisivos para la guerra (aprovisionamiento de energía, comunicaciones...).

Tales orientaciones estratégicas supondrían una modificación de la situación existente hasta el final de los años setenta basada en las concepciones de la paridad estratégica, del principio de igualdad y seguridad igual (Principle of Equality and Equal Security) y también de la disuasión y del

* El texto en castellano de la sentencia se publicará en el número 50 del *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* (Cortes Generales), traducido por Germán Gómez Orfanel.

equilibrio del terror, que se reflejaría gráficamente en la frase de que quien «disparara el primero moriría el segundo» (1).

El 12 de diciembre de 1979, en la reunión de ministros de Asuntos Exteriores y Defensa de los países miembros de la OTAN celebrada en Bruselas, se tomaría el acuerdo de:

- Instalar en Europa occidental 108 misiles Pershing II y 464 Cruise.
- Proponer a la Unión Soviética negociaciones para alcanzar un equilibrio nuclear general más estable.

Ello es lo que se conoce como «doble decisión» de la OTAN y que se concreta en dos formas de actuación «paralelas y complementarias». Por una parte se decidiría incrementar, incluso a través de modificaciones cualitativas muy sustanciales, el potencial nuclear mediante la instalación de los misiles; sin embargo, tal instalación no sería inmediata, sino que se asociaría y condicionaría a la postura de la Unión Soviética respecto a las negociaciones que se le ofrecían (2).

Se justificaba el incremento del armamento nuclear, aludiendo a los avances en tal terreno de la Unión Soviética a través sobre todo de los misiles SS-20, y se proponían a dicho país negociaciones sobre la base de determinados criterios.

El 30 de noviembre de 1981, tras una etapa de conversaciones preparatorias, comenzarían en Ginebra las negociaciones que no tendrían éxito. La instalación efectiva de los misiles se iniciaría a fines de 1983 al considerarse por parte de los miembros de la OTAN que las conversaciones de Ginebra no ofrecían ningún resultado.

La cuestión del estacionamiento de los misiles norteamericanos generaría un intenso debate político en la mayoría de los países afectados. El rechazo a su instalación correría en notable medida a cargo de los movimientos pacifistas, entre los que destacarían por su influencia el holandés y el de la

(1) Véase el trabajo del profesor de la Universidad de Bremen, GERHARD STUBY: «L'accord de decembre 1979 sur le deploiement des missiles americains en Europe viole le principe de l'egalité et de la securité egale», publicado en la obra colectiva *Les consequences juridiques de l'installation eventuelle de missiles cruises et pershing en Europe*, Bruselas, 1984, pp. 100-106.

Por su parte, INGO VON MÜNCH, en *Rechtsfragen der Stationierung*, Neue Juristische Wochenschrift, Heft. 11, 14 märz 1984, pp. 577-582, se muestra contrario a considerar a los misiles aludidos como expresión de la doctrina militar estratégica apuntada.

(2) Resulta significativa la reserva introducida por Holanda al acuerdo sobre la doble decisión:

«El Gobierno holandés ha constatado que si bien aprueba las razones que hacen necesaria la modernización de las armas de alcance corto y medio, ... no se halla en estos momentos en situación de poder tomar una decisión referente a la instalación de armas de crucero (cruise missiles) sobre su territorio, y que tomará tal decisión en diciembre de 1981, teniendo en cuenta a través de una evaluación continuada, el éxito obtenido en la restricción eficaz y equilibrada de las armas de alcance corto y medio en ambos campos.»

República Federal de Alemania. En este último país se revelaría «como la más amplia y profunda movilización de opinión y de iniciativa que la sociedad germano occidental había conocido» (3). Las circunstancias políticas y geográficas de la República Federal determinan una gran sensibilización hacia los problemas de rearme y ante la hipótesis de que Alemania pudiese convertirse en «escenario» para una guerra nuclear «limitada». El movimiento pacifista germano occidental estaría integrado por diversos grupos, entre los que podríamos citar a los verdes y a algunos sectores de la socialdemocracia, habiendo influido en la modificación de posiciones de esta fuerza política sobre el tema de los euromisiles.

Pero la instalación de las citadas armas no sólo ha producido abundantes consecuencias políticas, sino que también ha suscitado un importante debate jurídico (4) que ha de tener presente la problemática que genera el pretender limitar mediante el Derecho el uso de las armas nucleares, manifestación evidente de la soberanía de los «señores de los misiles», en expresión de algún autor italiano, quien se plantea además la difícil posibilidad de conciliar la lógica de la nueva tecnología militar con los principios básicos del ordenamiento, llegando a aludir a la aparición de una nueva constitución material que vacía en la práctica las competencias de las instituciones constitucionales sobre la defensa, la guerra y la paz al transferirlas, en suma, a las decisiones del Jefe de un Estado extranjero (5).

Los países afectados por la instalación de misiles en su territorio han tenido que enfrentarse con mayor o menor intensidad con una serie de problemas jurídicos conectados tanto con ámbitos de Derecho internacional como referentes al Derecho constitucional propio.

Cuestiones como la compatibilidad o no de la instalación y uso de armas nucleares con los principios del Derecho internacional, la cesión de derechos de soberanía y el control sobre la utilización de armamento nuclear, los criterios para la intervención de los poderes ejecutivos y legislativos en el proceso de autorización para la instalación de los misiles, la posible infracción

(3) ALEXANDER LANGER: «Note sul movimento per la pace nella RTF», en *Culture della pace e della guerra*. Problemi del Socialismo 2, 1985, pp. 171-185.

(4) Entre las diversas reuniones celebradas para analizar los problemas jurídicos generados por la instalación de misiles destacan la organizada por la comisión de juristas democráticos celebrada en Frankfurt del 20 al 21 de marzo de 1982.

- Además, en octubre de 1982, la Association Belge des Juristes Democrates celebraría un coloquio en Bruselas cuyas actas serían publicadas en un libro bajo el título de *Les conséquences juridiques de l'installation éventuelle de missiles cruises et pershing en Europe* (op. cit.).

- En Italia, Magistratura democrática organizaría en Comiso (17-18 de diciembre de 1983) una reunión sobre «La costituzione e gli euromissili».

(5) Vid. DOMENICO GALLO: «Gli euromissili e l'ordinamento costituzionale italiano», *Politica del Diritto*, 1984/2, pp. 189-205.

de Derechos fundamentales, la necesidad de realizar reformas constitucionales..., han generado importantes efectos en la opinión pública.

Por lo que hace referencia a la República Federal de Alemania, Ingo von Münch ha señalado entre otros, como núcleos del debate jurídico, los siguientes: La cuestión de la compatibilidad del poder de disposición del presidente de los Estados Unidos sobre el uso de los misiles, con la soberanía de la República Federal, la posible necesidad de que la instalación de misiles se fundamentara en una Ley de autorización del Parlamento, el eventual sometimiento a referéndum de la instalación, el derecho de resistencia y la legitimación de la desobediencia civil, los límites del derecho de manifestación respecto al bloqueo de instalaciones militares, la posibilidad de que autoridades municipales declaren su territorio como zona no nuclear... (6).

II. Comentario a la sentencia de 18 de diciembre de 1984

1. UN ANTECEDENTE: LA SENTENCIA DEL 16 DE DICIEMBRE DE 1983

La oposición a la instalación de los misiles se materializaría en la presentación de diversos recursos de amparo semejantes (*Verfassungsbeschwerden*) ante el Tribunal Constitucional Federal, quien se pronunciaría sobre ellos en la sentencia de 16 de diciembre de 1983, decretando su inadmisibilidad. La evidente conexión que las alegaciones de los recursos y el contenido de la sentencia guardan con el objeto de este comentario justifica el que nos ocupemos, aunque no con la extensión que se precisaría, de ello.

Los recurrentes argumentarían que la autorización del Gobierno Federal para la instalación de los misiles infringiría su derecho a la vida y a la integridad física (art. 2, párrafo 2, inciso 1, de la Ley Fundamental), ya que se acepta de modo general que tal Derecho fundamental se ve afectado también cuando la vida y la integridad físicas son puestas en peligro. Por otra parte, la naturaleza de tales armas nucleares sería desproporcionada con las necesidades de la defensa y generarían un incremento exagerado de riesgos, pues entre otras razones, al tener que confiar la Unión Soviética y Estados Unidos las decisiones en torno a los ataques de réplica a ingenios automáticos susceptibles de fallos, podría llegarse a una guerra nuclear por descuido o por error. Por todo ello las desventajas superarían con mucho a las ventajas y podría suceder que una «defensa» con armas nucleares destruiría lo que debe ser protegido.

Afirmarían además que en todo caso sería precisa para tal autorización una Ley, en virtud del artículo 2, párrafo 2, inciso 3, de la Ley Fundamental («sólo podrá intervenir en tales derechos en base a una Ley»).

(6) INGO VON MÜNCH: *Rechtsfragen...*, op. cit. p. 577.

Los recurrentes basarían su recurso en el artículo 93.1, 4 a, de la Ley fundamental y en el 90.1 de la Ley del Tribunal Constitucional («cualquiera puede presentar un recurso constitucional ante el Tribunal por haber sufrido una infracción de sus Derechos Fundamentales por parte del poder público»). Dado que los recursos se presentaron antes de que se produjera la autorización por parte del Gobierno Federal, ante la inminencia de ésta o de las actuaciones a las que se puede reconocer tal carácter, en el mes de noviembre de 1983 los recurrentes solicitaron, en aplicación del artículo 32 de la Ley del Tribunal, que éste se pronunciara mediante una decisión urgente (7).

El 16 de diciembre del citado año el Tribunal declararía inadmisibles los recursos, señalando que la infracción o puesta en peligro de un Derecho fundamental es preciso que sea producida por el comportamiento de un poder público estatal alemán vinculado a la Ley Fundamental, «y no por una actuación que en su desarrollo esencial ha sido configurada por un Estado extranjero soberano según su propia voluntad, independientemente de la República Federal de Alemania».

2. LA SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1984

a) *Naturaleza del recurso y alegaciones*

Por otro lado, la fracción de los Verdes (Die Grünen) en el Bundestag, representada entre otros por Petra Kelly y Otto Schily y con el asesoramiento del profesor Ulrich K. Preuss, plantearía ante el Tribunal Constitucional un conflicto entre órganos constitucionales (Organstreitigkeit) según lo dispuesto en los artículos 93, 1, 1, de la Ley Fundamental y 63-64 de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal (Gesetz über das Bundesverfassungsgericht).

Según el recurso presentado, la fracción aludida consideraría que el Gobierno Federal habría violado derechos que corresponderían al Bundestag en virtud de los artículos 79, apartado 1, inciso 1, y artículo 20, apartado 3, en relación con el artículo 59, apartado 2, de la Ley Fundamental, por haber omitido el recabar mediante una Ley del Bundestag la habilitación constitucionalmente exigida respecto la autorización para dotar a las fuerzas norteamericanas estacionadas en la República Federal de misiles con carga nuclear, del tipo Pershing II y Cruise.

El Gobierno Federal sería considerado como parte demandada.

(7) Uno de los recursos presentados ha sido publicado en su totalidad; véase CHRISTIAN SAILER: *Verfassungsbeschwerde gegen die Zustimmung der Bundesregierung zur Dislozierung amerikanischer Mittelstreckenraketen in der Bundesrepublik Deutschland*, Múnich, 1984. El texto completo de la sentencia se halla reproducido en *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 11 Jg. Heft 1/2 (31 de enero de 1984), pp. 39-46.

El Tribunal Constitucional acordaría, con el voto en contra de un Magistrado respecto a la fundamentación de la sentencia, desestimar el recurso.

La parte actora alegaría que la autorización en cuestión invadiría los derechos del Bundestag en cuanto legislador e incluso constituyente, pues implicaría, en contra de lo preceptuado en el artículo 24 de la Ley Fundamental, una transmisión de derechos de soberanía a un Jefe de Estado extranjero, posibilitando el empleo de armas nucleares en una medida que resulta incompatible con las exigencias jurídico-internacionales obligatorias también para la República Federal en virtud del artículo 25 de la Ley Fundamental relativas a la admisibilidad de represalias bélicas. Por otro lado, a causa de sus amplias e intensas repercusiones para los ciudadanos de la República Federal de Alemania, la instalación de las nuevas armas representaría una decisión esencial a efectos de la reserva de ley (art. 20, párrafo 3, de la Ley Fundamental).

Además al corresponder al Presidente de los Estados Unidos un exclusivo poder de disposición sobre las nuevas armas, éste tendría la posibilidad de hacer del territorio alemán un punto de partida de una represalia militar contra la Unión Soviética en el caso de que tuviera lugar un ataque soviético contra territorio de los Estados Unidos o una de sus posiciones exteriores fuera de la República Federal de Alemania. De tal manera se privaría de competencias al Gobierno Federal, al Bundestag y al Bundesrat, transfiriéndoselas a un órgano de otro Estado.

Por su parte, el Gobierno Federal consideraría que no se habría producido una intromisión en derechos del Parlamento Federal y que la decisión a favor del estacionamiento de nuevas armas no habría de realizarse por ley, ya que se trataría de un acto de gobierno que según los preceptos de la Ley Fundamental sobre el poder exterior y la defensa nacional caería dentro de la esfera de competencias del Gobierno Federal. Pero además tal acto tendría su base jurídica en tratados internacionales aprobados por el Parlamento (Pacto del Atlántico Norte, Tratado de estacionamiento de fuerzas militares de otros países en territorio alemán). La autorización para instalar misiles no constituiría ningún tratado, sino un acto jurídico internacional unilateral producido en el marco de la relación de estacionamiento de tropas.

Respecto a la sustantación del recurso conviene tener presente que, según el artículo 64.1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, la parte que plantea el conflicto entre órganos ha de hacer valer que ella o el órgano al que representa ha sufrido la infracción o puesta en peligro de modo directo de derechos y deberes atribuidos por la Ley Fundamental a causa de una *medida u omisión* de la parte demandada.

En el presente recurso se considera como *medida atacada*, la autorización otorgada por el Gobierno Federal en el sentido de aceptar el estacionamiento de las nuevas armas.

Es significativo el que no sea fácil precisar en qué momento exacto tuvo lugar la citada autorización del Gobierno. En el decisivo mes de noviembre de 1983, se producirían declaraciones del canciller ante el Bundestag en tal sentido (8), junto con mociones parlamentarias apoyando al Gobierno (9), independientemente del hecho de que por aquellas fechas llegaron a la República Federal los nuevos misiles. Sin embargo, no hay que olvidar que existen interpretaciones como se desprende tanto de las alegaciones del Gobierno como del texto de la sentencia, que situarían la decisión de autorización dentro del acuerdo de Bruselas de 1979, que establecía la instalación de misiles, y ofrecía negociaciones a la Unión Soviética, vinculando la instalación efectiva con el desarrollo de las mismas.

b) *Comentario a la decisión del Tribunal Constitucional Federal*

En cuanto a la solución dada por el Tribunal Constitucional Federal al fondo del problema de la instalación de misiles nucleares de alcance medio en suelo alemán, hay que tener en cuenta que no se trata procesalmente de un problema de constitucionalidad, sino de dilucidar simplemente la cuestión de a quién compete la decisión sobre la autorización de la citada instalación, si al Parlamento Federal o si al Gobierno Federal.

La respuesta del Tribunal es enteramente clara: con la declaración de autorización impugnada por los diputados ecologistas, el Gobierno Federal no ha violado derechos del Parlamento derivados del artículo 59.2, inc. 1, ni otros derivados del artículo 79.1, inc. 1, en relación con el artículo 24.1, todos de la Ley Fundamental. Tampoco los ha puesto en peligro. La respuesta del Tribunal Constitucional se centra, pues, en torno a dos cuestiones fundamentales: por una parte, por lo que hace al artículo 59.2, inc. 1 («dos tratados que regulen las relaciones políticas de la Federación o se refieran a materias propias de la legislación federal necesitan de la aprobación o de la participación de las corporaciones en su caso competentes por lo que hace a la

(8) «Nuestra seguridad y la protección de nuestra libertad exigen ahora que comencemos con el estacionamiento de los nuevos misiles americanos de alcance medio.» (Declaración del canciller ante el Bundestag el 21 de noviembre de 1983.)

(9) El 22 de noviembre (un día después), el Bundestag aprobaría por 286 votos (CDU/CSU y FDP) contra 225 (SPD y Verdes) una moción presentada por las fracciones de la mayoría en la que se afirmaba lo siguiente:

«El Bundestag alemán apoya la decisión del Gobierno Federal, correspondiente a sus obligaciones en virtud de la segunda parte de la doble decisión de la OTAN, de iniciar dentro del plazo determinado el comienzo del proceso de estacionamiento.»

legislación federal, plasmándose dicha aprobación o participación en forma de una ley federal»), el Tribunal trata de deslindar las competencias del Gobierno y el Parlamento en esta materia, atendiendo a la naturaleza del acto impugnado (tratado o no), centrandó el problema dentro del marco más amplio del principio de separación de poderes consagrado en el artículo 20.2 de la Ley Fundamental; por otra parte, respecto al artículo 24.1 de la Ley Fundamental («la Federación podrá, mediante ley, ceder derechos de soberanía a organizaciones supraestatales»), se trata de justificar que la cesión de soberanía se hace a una organización supraestatal, aunque se plasme en el órgano de un tercer Estado, el Presidente de los Estados Unidos.

La conclusión de la primera parte de la argumentación del Tribunal lo representa el criterio de que la declaración de autorización impugnada constituye un acto de política defensiva producida en el marco de una alianza militar a la que se ha unido la República Federal de Alemania en virtud de un tratado, no ostentando, por tanto, la naturaleza jurídica de una declaración mediante la que se concluya un tratado internacional en sí mismo.

Para el Tribunal Constitucional, pues, la doble resolución adoptada en la reunión de Bruselas de 12 de diciembre de 1979 por los miembros de la Alianza Atlántica no constituye un tratado internacional *stricto-sensu*, sino la suma de una serie de actos unilaterales, las distintas declaraciones coincidentes de dichos miembros. Por lo que hace a la República Federal, dicho acto unilateral será reiterado por el Gobierno Federal, incluso ante el Parlamento y ante otros aliados, en especial ante los Estados Unidos, en distintas ocasiones. El momento definitivo en que se ha de considerar realizado el acto es tan sólo, por lo demás, el momento en que, cumplidas las condiciones de la doble resolución, los Estados Unidos consideran necesario proceder a la instalación de los misiles nucleares en territorio alemán y, con la aprobación del Gobierno alemán, se lleva a cabo su despliegue en territorio Federal. El Tribunal estima que tanto la instalación de los misiles como la autorización impartida por el Gobierno federal se verifican en el marco de un entramado de tratados político-defensivos existentes (tanto el Tratado del Atlántico Norte como el Tratado de Estacionamiento de Fuerzas Armadas extranjeras en la República Federal de Alemania de 1955), siendo en realidad complemento y ejecución necesaria de dichos tratados. Ello implica, como veremos más tarde, asignar, en especial al Tratado del Atlántico Norte, un programa de integración cuya existencia en el seno de dicho Tratado no resulta pacífica para una parte de la doctrina. La consecuencia de la consideración de dicha autorización como un acto unilateral resulta evidente para el Tribunal. Se podría, incluso, prescindir del contenido material del acto impugnado y no examinar ni siquiera si afecta a objetos de la legislación

federal o regula las relaciones políticas de la Federación, ya que, no tratándose de un tratado no se puede tener en cuenta la aplicación del artículo 59.2, inc. 1, para pretender una competencia parlamentaria. En todo caso, el Tribunal pretende fundamentar seriamente su posición, no conformándose con esta constatación, que, como veremos a continuación, tampoco resulta aceptada generalmente.

El Tribunal trata de situar el artículo 59.2 en relación con la división de poderes que establece el artículo 20.2 de la Ley Fundamental. El Tribunal Constitucional considera que el artículo 59.2, inc. 1, representa, ciertamente, una concretización de la tendencia de la Ley Fundamental a intensificar la parlamentarización de la formación de la voluntad política, en este caso dentro de la esfera de las relaciones exteriores. La importancia de los tratados a que se refiere este precepto impide, por lo demás, considerar que la parlamentarización de la política exterior sea excepcional. Ahora bien, en todo caso la participación parlamentaria en las relaciones exteriores queda limitada a los supuestos que en dicho precepto se mencionan, esto es, a los tratados que regulan las relaciones políticas de la Federación o que afectan a materias propias de la legislación federal, no pudiendo, por otra parte, concretarse más que en la aprobación de una ley formal de autorización. Más no puede hacer el Parlamento. El principio de división de poderes impide una interpretación extensiva de dicho artículo 59.2. Según el sistema instituido por la Ley Fundamental, las «decisiones estatales han de adoptarse con el mayor grado de corrección posible, lo que significa que han de ser adoptadas por aquellos órganos que por su organización, su composición, su función y su modo de proceder disponen de las mejores condiciones al efecto». Con ello también se trataría, por otra parte, y aquí la argumentación del Tribunal resulta cuando menos exagerada, de evitar la «concentración de poder político que se produciría en el caso de encomendar al Parlamento en materia exterior unas competencias decisorias de naturaleza ejecutiva más allá de las que la Ley Fundamental le ha asignado». A ello no se opondría el hecho de que sólo los miembros del Bundestag están elegidos directamente por el pueblo. «El orden concreto de distribución y equilibrio del poder estatal que trata de garantizar la Ley Fundamental no debe obviarse por un monismo de poderes falsamente derivado del principio democrático que revista la forma de una reserva parlamentaria omnicompreensiva», pues «la democracia que constituye la Ley Fundamental es una democracia fundamentada en los principios del Estado de derecho, lo que significa por lo que hace a la relación de los órganos del Estado entre sí, que es sobre todo una democracia basada en el principio de separación de poderes». La exageración del Tribunal Constitucional, si es que así puede calificársela, consiste, como algunos críticos han señalado, en que su argumentación conduce a una posición inversa, de

práctico monismo del poder ejecutivo. Sobre este extremo volveremos más tarde.

El principio de separación de poderes, pues, impide ampliación del ámbito de aplicación material del artículo 59.2, inc. 1, a actos no constitutivos de tratado internacional del Gobierno Federal frente a terceros Estados o a otros sujetos de derecho internacional. Lo contrario supondría extender el poder político del Parlamento en detrimento del ejecutivo en un campo de actuación que, considerado desde el punto de vista funcional, no constituye legislación en el sentido del artículo 20.2 de la Ley Fundamental. Además, bajo la Ley Fundamental, los órganos del poder ejecutivo se encuentran legitimados en términos democráticos tanto desde el punto de vista institucional como desde el punto de vista funcional y poseen también la legitimación democrática personal que se les traslada a través de una cadena de actos individuales que acaban retro trayéndose a los ciudadanos.

Más concretamente, el Tribunal Constitucional insiste en que «la organización de la democracia constituida por la Ley Fundamental no descansa en el hecho de que todas las acciones y las decisiones que resulten de significación existencial o de gran alcance por sus consecuencias políticas hayan de ser asignadas al Parlamento o éste haya de manifestarse sobre ellas en forma de ley. También el poder ejecutivo, y especialmente el Gobierno, viene configurado como un poder “político”, no estando limitado de antemano a decisiones políticamente poco significativas». Como más adelante veremos, el Tribunal procede aquí a una modificación, casi podría decirse cancelación, de su anterior doctrina al respecto.

La segunda línea argumentativa del Tribunal Constitucional Federal alemán camina, como dijimos, en el sentido de entender que no se ha violado el artículo 24.1 del texto constitucional, enfrentando aquí el problema de la cesión de soberanía que fácticamente la instalación de los misiles nucleares en el territorio federal lleva consigo en favor de los Estados Unidos de América, las Fuerzas Armadas extranjeras aliadas estacionadas en la República Federal y dotadas con dicho equipamiento armamentista.

El Tribunal comienza reconociendo que ha habido una cesión de soberanía, si bien ésta no se ha producido por el mero hecho de la instalación o despliegue de los misiles, sino porque al mismo tiempo que se ha autorizado dicha instalación en territorio alemán se ha producido también una cesión del derecho soberano de decisión sobre la utilización de estos sistemas armamentistas, ya que el Tribunal considera, y aquí va más allá que alguna parte de la doctrina, que no es posible separar la instalación de la utilización del armamento nuclear.

Para el Tribunal, la autorización lleva consigo una cesión de derechos de soberanía en el sentido del artículo 24.1 de la Ley Fundamental. Para llegar

a esta conclusión, el Tribunal tiene que forzar un tanto la interpretación de los hechos, entendiendo en particular que la cesión de soberanía no se produce de cara a los Estados Unidos de América, sino a la Organización del Atlántico Norte. El Presidente de los Estados Unidos se vería revestido, en cuanto a la decisión sobre la utilización de las armas desplegadas en la República Federal de Alemania, con una especial función dentro de la Alianza, lo que le convertiría en un órgano especial de la OTAN. El Tribunal Constitucional considera, forzosamente, a la OTAN como una organización supraestatal en el sentido del artículo 24.1 de la Ley Fundamental. Pero esto es algo que no resulta tan indiscutido como el propio Tribunal cree, y los Estados Unidos disfrutaban dentro de la Alianza no sólo de una prepotencia o primacía fáctica indiscutida, sino que también faltan en el Tratado del Atlántico Norte mecanismos vinculantes para una toma de decisiones colectiva que obligase a los Estados Unidos o a cualquier otra potencia aliada a tomar sus decisiones de acuerdo con el resto de los miembros. El Tribunal Constitucional parece conformarse, igual que el Gobierno Federal, con la existencia de unas directrices internas de la Organización del Atlántico Norte en la que se encuentran previstas una serie de consultas, en especial con el país mayormente afectado respecto a la utilización de las armas nucleares, salvo que sea absolutamente urgente tomar una decisión sobre este extremo, justamente la circunstancia que cabe imaginar más fácilmente, dada la extrema gravedad que representa una situación en la que entre en consideración la utilización de sistemas armamentísticos de consecuencias tan incalculables como los nucleares. El Tribunal Constitucional considera expresamente que la inexistencia de un derecho de veto por parte de la República Federal de Alemania como país donde se estacionan los sistemas armamentísticos no excluye la aplicabilidad del artículo 24.1 de la Ley Fundamental. Al final de la sentencia, el Tribunal Constitucional también entiende expresamente que la posibilidad meramente fáctica de que los Estados Unidos hagan un uso indebido de los sistemas armamentísticos instalados en la República Federal de Alemania, ya sea contrario a derecho internacional o en una forma ajena a la Alianza tampoco excluye la aplicabilidad del artículo 24.1, ya que en cuanto mera posibilidad fáctica no se puede excluir ni en este contexto ni casi en ningún otro, pues si estas consideraciones fácticas debieran tenerse presentes a la hora de firmar cualquier tipo de tratados, la República Federal de Alemania se vería enteramente paralizada en sus relaciones internacionales. La irrelevancia de un factor meramente fáctico y ajeno a la propia República Federal de Alemania ya fue considerada, como vimos anteriormente, en la sentencia del recurso de amparo anteriormente citado sobre esta misma materia, por entender que los poderes públicos alemanes eran enteramente ajenos a la

actuación fundada o infundada de la Unión Soviética en su reacción ante la supuesta amenaza que para su integridad representa el despliegue en suelo alemán de los misiles de alcance medio nucleares.

Hasta aquí el Tribunal se ha ocupado de aspectos esencialmente jurídico-formales del problema de la autorización en su día otorgada por el Gobierno Federal alemán a la instalación y despliegue de los nuevos sistemas nucleares de los Estados Unidos. Sin embargo, aunque brevemente, el Tribunal también analiza otros problemas más de fondo relativos a la instalación de estas nuevas armas en territorio federal alemán (10). Ello lo hace en el punto 3 del epígrafe III de los fundamentos jurídicos de la sentencia. Aquí el Tribunal se plantea, de manera manifiestamente tímida, la problemática de la posible nueva cualidad de estos sistemas armamentistas, el carácter posiblemente agresivo por definición de las armas nucleares y la posibilidad de que, estando sujeto el proceso decisorio a la mediación de elementos técnicos y computerizados, estalle lo que ha dado en llamarse una «guerra por descuido», motivada por un fallo técnico de los sistemas automáticos.

En relación con la nueva dimensión estratégica cualitativa de los sistemas armamentistas cuestionados, que a juicio de la fracción que inició el conflicto interorgánico haría que no estuvieran cubiertos por los anteriores tratados internacionales suscritos por la República Federal de Alemania y sujetos, por tanto, a la reserva de ley vigente para la conclusión de tratados que regulan las relaciones políticas o afectan a materias propias de la legislación federal, el Tribunal Constitucional se limita a aceptar la discrecionalidad del juicio interpretativo del Gobierno Federal, situando, por lo demás, su capacidad de control sólo en los límites de la arbitrariedad manifiesta. La misma presunción de corrección es la que se otorga en favor del Gobierno Federal por lo que hace al criterio de éste de que no es posible que se produzca una de las llamadas «guerras por descuido», dando por buena implícitamente la opinión del Gobierno Federal de que la experiencia de que se dispone hasta la fecha excluye esta posibilidad.

El Tribunal Constitucional se cree igualmente obligado a aceptar la interpretación efectuada por el Gobierno Federal en relación con el supuesto carácter esencialmente agresivo de las armas nucleares, que el Gobierno Federal niega. El Tribunal acepta el criterio del Poder Ejecutivo en el sentido de que las armas atómicas, y en especial, por sus especiales características

(10) Además de la bibliografía ya citada, merecen destacarse los siguientes trabajos:

THEODOR SCHWEISFURTH: «Rechtsfragen der Raketenstationierung», *NJW*, 1984, Heft 27/28, pp. 1506 y ss. DIETER WALZ: «Deutsche Souveranität und amerikanische Verfügungsgewalt über nichtkonventionelle Waffen—ein juristischer circulus vitiosus?», *ZRP*, 1984, pp. 273 y siguientes. W. DAUBLER: *Stationierung und Grundgesetz*, Reinbek, 1983. Con posterioridad a la sentencia, R. ECKERTZ: «Atomare Rüstung im Verfassungsstaat», *Eu GRZ*, 1985, pp. 165 y ss.

técnicas, los misiles Crucero y Persing II, son sistemas armamentísticos que no poseen esa definición agresiva, sino más bien al contrario manifiestan una fuerza eminentemente disuasoria. Con ello, el Tribunal obvia en gran medida los problemas que de otra manera resultarían del mandato de paz contenido en la Ley Fundamental tanto en su preámbulo como implícita o explícitamente en los artículos 1.2, 9.2, 24, 25 y 26, en especial estos dos últimos. Relacionado con este problema se encontraría el más general de la posible contradicción con el Derecho internacional de la guerra del empleo de armas atómicas que el Tribunal no examina, pero del que cabría también suponer que se inclinara por la posición gubernamental en el sentido de que dichas armas no están proscritas por los tratados internacionales y las reglas generales del Derecho internacional ni tienen carácter antihumanitario.

Frente a esta decisión del Tribunal presentó una opinión discrepante el juez Mahrenholz, quien es sin duda el mismo juez que votó a favor del fallo, pero discrepando respecto de la fundamentación en el recurso de amparo anteriormente citado.

En opinión del juez Mahrenholz, la reserva de ley tenía validez tanto por razón del artículo 24.1 como del artículo 59.2, inc. 1, de la Ley Fundamental.

Por lo que hace al problema de la cesión de soberanía al que se alude en el artículo 24.1 de la Ley Fundamental, Mahrenholz destaca cómo la Sala, una vez que considera que el Tratado del Atlántico Norte no contiene preceptos en que expresamente se reconozca a la OTAN derecho a instalar los sistemas armamentistas cuestionados, tiene que recurrir a la suposición en el Tratado del Atlántico Norte de un programa de integración que permita entender la instalación de los misiles de alcance medio como un paso de ejecución de dicho proceso de integración. A este respecto, Mahrenholz estima errónea la apelación que la Sala hace a la sentencia Eurocontrol I. Pues en dicha sentencia, el Tribunal Constitucional partía de la base de que el proceso de integración insito en el tratado fundacional de esta organización internacional tenía un grado de determinación suficiente, lo que constituía la premisa para la transmisión del derecho soberano sin mediación específica del legislador. El Tratado del Atlántico Norte, a diferencia del Tratado Fundacional de Eurocontrol o el propio tratado constitutivo de la Unión Europea de Defensa, no contiene un programa de control y, caso de contenerlo, desde luego no con el suficiente nivel de concretización. En este sentido, «el contenido constitucional del artículo 24.1 de la Ley Fundamental prácticamente se ha esfumado bajo la presión de una relación de fin y medios: no es la Constitución sino el fin perseguido en el tratado lo que decide en torno al grado de generalidad de los preceptos que sirven como base de apoderamiento para la transmisión de derechos de soberanía». Si la sentencia Eurocontrol I suponía un aflojamiento de las condiciones impuestas por el artículo 24.1, con la presente sentencia se

inicia, a juicio del juez discrepante, un «proceso de erosión de la reserva de ley del artículo 24.1 de la Ley Fundamental».

Para Mahrenholz, aun en el supuesto de que se pudiera considerar la existencia dentro del Tratado de la OTAN de un proceso de integración y aunque se pensara incluso que este proceso de integración se encuentra definido, pese a todo, con precisión suficiente, la nueva dimensión estratégica que los diputados verdes suponen en los misiles nucleares de alcance medio adquiere una relevancia constitucional que la Sala debería haber examinado, sin necesidad de aceptar globalmente las apreciaciones formuladas por los representantes del Gobierno Federal en torno a esta cuestión y a otras vinculadas con ella. Y es que la opinión discrepante del juez Mahrenholz se basa, como veremos a continuación, en una visión muy distinta a la de la Sala de la incidencia del principio de separación de poderes en relación con la reserva legal del artículo 59.2, inc. 1, de la Ley Fundamental.

Para el juez Mahrenholz no se trata tan sólo de interpretar el artículo 59.2 a la luz del artículo 20.2 de la Ley Fundamental, como hace la Sala, sino de efectuar antes aún una interpretación de dirección contraria del artículo 20.2 a la luz del artículo 59.2 de la Ley Fundamental, habida cuenta de que el artículo 59.2 es en sí mismo una positivación del principio de división de poderes. A lo que se ha de atender primordialmente, a efectos interpretativos, es a la función de la norma, y la función de la reserva de ley no es otra sino de carácter protector, por lo que el juez Mahrenholz parece apuntar una interpretación rigurosa.

Mahrenholz lamenta aquí la ruptura que, a su juicio, la sentencia verifica con respecto a anterior jurisprudencia del Tribunal (BVerfGE 49, 89, 126 s.), según la cual el artículo 59.2, inc. 1, de la Ley Fundamental es una concretización especial del principio general de reserva de ley, que se extiende a «todas las decisiones esenciales». En este sentido, independientemente del carácter de acto unilateral o de tratado, la autorización impartida por el Gobierno Federal al estacionamiento de las Fuerzas Armadas extranjeras y a su dotación con equipamiento nuclear constituye una decisión tan importante de la política exterior que no debería escamotearse al principio de reserva de ley. En este sentido, la posición del juez Mahrenholz se encuentra apoyada por una abundante bibliografía coincidente con su criterio y que el propio juez relaciona minuciosamente en las páginas finales de su voto reservado.