

LAS LEYES DE ACCIÓN EXTERIOR DEL ESTADO Y DE TRATADOS: DOS PIEZAS INTERNACIONALES QUE NUESTRO DERECHO NECESITABA

Martín ORTEGA CARCELÉN

Departamento de Derecho Internacional Público
y Derecho Internacional Privado
Facultad de Derecho de la UCM
mortegac@der.ucm.es

Este comentario se refiere a dos leyes promulgadas en 2014 sobre las relaciones exteriores de España que eran necesarias desde hace tiempo: la Ley de la Acción y del Servicio Exterior del Estado (Ley 2/2014, de 25 de marzo), y la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (Ley 25/2014, de 27 de noviembre). La Constitución de 1978 previó unas disposiciones escuetas sobre relaciones internacionales y celebración de tratados por España que han servido de marco para la práctica, pero que evidentemente fueron superadas por el empuje de la acción exterior de las Comunidades Autónomas y por la enorme proliferación de actuaciones internacionales de diversos actores públicos, incluyendo varios departamentos del gobierno central. Al ser España un Estado miembro de la Unión Europea y plenamente integrado en la globalización, los actores públicos y privados tienen una dimensión internacional creciente, lo que obligaba a desarrollar las disposiciones constitucionales. La mayoría absoluta del gobierno del PP en la legislatura que acaba en 2015 y el empeño personal del ministro García-Margallo permitieron la adopción de estas dos leyes, aunque es de destacar la falta de negociación con otros grupos parlamentarios en el trámite de su aprobación y la escasa atención prestada al importante Dictamen del Consejo de Estado 394/2013 al anteproyecto de la primera ley.

En cuanto a los contenidos, si hubiera que señalar un propósito fundamental común a los dos textos legales de 2014 éste sería la necesidad de conseguir una coherencia en la acción exterior de España. Esta coherencia se obtiene a través de algunos principios definidos en las leyes: el principio de unidad de la acción exterior del Estado, el principio de lealtad institucional y el principio de servicio al interés general. Dichos principios inten-

tan poner orden en la actividad internacional de Comunidades Autónomas y de Ministerios (por ejemplo, Defensa o Economía), que suscribían documentos de difícil calificación con actores extranjeros que daban lugar a controversias institucionales. Para conseguir una coherencia en la política exterior también se prevé una Estrategia de Acción Exterior Plurianual, la primera de las cuales fue aprobada por el gobierno en diciembre de 2014. Pero hay otras novedades destacables en las nuevas leyes, como el reconocimiento explícito de la prevalencia de los tratados celebrados por España sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno o la posibilidad reconocida de realizar acuerdos internacionales administrativos y también acuerdos no normativos, con ciertas condiciones, por parte de los poderes territoriales. Las Comunidades Autónomas ya venían realizando tales acuerdos; sin embargo, a partir de ahora estarán enmarcados en las leyes citadas y deberán respetar las líneas directrices de nuestra política exterior.

I. LEY DE LA ACCIÓN Y DEL SERVICIO EXTERIOR DEL ESTADO

Esta ley contiene cuatro títulos, así como numerosas disposiciones adicionales y finales. Los títulos son: I, «Sujetos y ámbitos de la acción exterior»; II, «Planificación, seguimiento y coordinación de la acción exterior»; III, «De la Administración General del Estado en el exterior: el Servicio Exterior del Estado», y IV, «De los familiares de los funcionarios del Servicio Exterior del Estado». Pero mejor que atender a esos enunciados es preferible subrayar que la ley cumple tres funciones muy distintas entre sí: *a)* establece los actores y los principios de la acción exterior del Estado; *b)* define unos contenidos para la política exterior de España, y *c)* regula el Servicio Exterior, es decir, la actividad del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación en el extranjero fundamentalmente, con un grado de detalle considerable. La mera enumeración de los tres objetivos señalados demuestra que es una ley con contenido heterogéneo. El primer propósito puede entenderse como un deseo de reafirmar la competencia exclusiva para el gobierno en la dirección de las relaciones exteriores de España, como establece la Constitución en sus arts. 97 y 149.1.3). El fin es, por tanto, ordenar la práctica de acuerdo con la Constitución. El segundo objetivo es de naturaleza más política, pues se elabora una lista de los contenidos materiales que deben cumplir las diversas áreas de la acción exterior, desde la energía y el medio ambiente al turismo, pasando por la

educación. Y el tercer objetivo, de naturaleza más administrativa, es precisar cómo debe funcionar el Servicio Exterior del Estado, incluyendo las misiones diplomáticas y consulares. Veamos cada una de estas tres áreas de regulación de la ley.

Los títulos I y II de la ley contienen una serie de conceptos que tienen mucha trascendencia. Estos conceptos van más allá de la escueta regulación constitucional e intentan introducir orden en la rica práctica internacional que se ha producido en las últimas décadas. La primera precisión conceptual es la diferencia entre *política exterior*, como la alta dirección de las relaciones internacionales de España, que corresponde al gobierno, y *acción exterior*, que son las actuaciones de diversos sectores de la Administración y otros poderes del Estado para la ejecución de la política exterior y para el desarrollo de sus competencias. La ley define claramente la política exterior como «el conjunto de decisiones y acciones del gobierno en sus relaciones con otros actores de la escena internacional con objeto de definir, promover, desarrollar y defender los valores e intereses de España en el exterior». La acción exterior del Estado se refiere a una pluralidad de sujetos de Derecho público que deben respetar aquella política exterior. Según la ley, la acción exterior sería «el conjunto ordenado de las actuaciones que los órganos constitucionales, las Administraciones Públicas y los organismos, entidades e instituciones de ellas dependientes llevan a cabo en el exterior en el ejercicio de sus respectivas competencias, desarrolladas de acuerdo con los principios establecidos en esta ley y con observancia y adecuación a las directrices, fines y objetivos establecidos por el gobierno en el ejercicio de su competencia de dirección de la política exterior». En dos palabras, y simplificando mucho, la filosofía de la ley es que la política exterior es política, mientras que la acción exterior es ejecución. Esto no quiere decir que la acción exterior del Estado, a través de los diversos Ministerios, Comunidades Autónomas y otros actores públicos, no pueda ejercerse con autonomía, pero siempre debe ajustarse al marco de la política exterior definido por el gobierno. Esta idea no es extraña en perspectiva comparada. Tal distinción conceptual ha sido precisa en España tras décadas de acción internacional, algo asilvestrada, de las diversas Administraciones Públicas, pero es un rasgo normal de la política exterior de los países europeos de nuestro entorno.

La política exterior y la acción exterior están enmarcadas en principios fijados por la ley, pero éstos son diferentes en cada caso. La política exterior se define de acuerdo con unos principios materiales establecidos en el art. 2 de la ley. Muchos de estos recuerdan a los ya presentes en el art. 21

del Tratado de la Unión Europea. Tales principios, valores y objetivos son grandes enunciados de contenido, como los derechos humanos, el Estado de Derecho, el mantenimiento de la paz internacional, la lucha contra la pobreza o la eliminación de las armas de destrucción masiva. En la lista del art. 2 de la ley, a éstos se añaden las lógicas declaraciones sobre la defensa de los intereses de España, la asistencia a los ciudadanos españoles en el extranjero o el fortalecimiento de la Unión Europea o de la Comunidad Iberoamericana de Naciones. Además de éstos, la ley define otros principios que rigen la acción exterior, pero éstos son funcionales en su naturaleza. Según el art. 3 de la ley, los principios que deben presidir la acción exterior son siete: unidad de acción en el exterior; lealtad institucional, coordinación y cooperación; planificación; eficiencia; eficacia y especialización; transparencia, y servicio al interés general. La diferencia conceptual entre política exterior y acción exterior se ve proyectada en los principios que regulan cada una de esas actividades que, como puede comprobarse, son muy distintos entre sí.

Los principios de la política exterior más relevantes son la unidad de acción en el exterior y la lealtad institucional. El primero viene definido como: «La ordenación y coordinación de las actividades realizadas en el exterior con el objeto de garantizar la consecución de los objetivos de la política exterior del gobierno y la mejor defensa de los intereses de España». El principio de lealtad institucional significa que «la actividad realizada en el exterior por los sujetos de la acción exterior del Estado se desenvolverá con respecto a la competencia exclusiva del Estado en materia de relaciones internacionales y a las directrices, fines y objetivos de la política exterior del gobierno». A través de estas dos ideas la ley puntualiza el art. 149.1.3) de la Constitución, donde las «relaciones internacionales» quedaban como competencia del Estado central. Como es bien sabido, desde muy pronto se hizo una interpretación flexible de ese término. La Sentencia 165/1994 del Tribunal Constitucional entendió que «relaciones internacionales» en la Constitución significaba la política internacional del gobierno en cuestiones de Estado, lo que no impedía que las Comunidades Autónomas y sus estatutos previeran sus propias relaciones exteriores en el ámbito de sus competencias. En línea con aquella sentencia, la nueva ley diferencia entre política exterior del gobierno y acción exterior de las Comunidades Autónomas. La novedad de la Ley de Acción Exterior de 2014 es reivindicar la atribución en la Constitución de la primera noción de «relaciones internacionales» al Estado central (lo que la ley llama *política exterior*), pero, además, subrayando que esa atribución es *prioritaria*

frente a la actividad internacional de las Comunidades Autónomas y otros poderes públicos, que siempre debe ejercerse de acuerdo con los contenidos de la política exterior del gobierno para adecuarse a los principios de unidad y lealtad. En el debate parlamentario de la ley, diversas voces, no sólo provenientes de Cataluña y el País Vasco, sino también del principal partido de la oposición, destacaron que el deseo de uniformidad por parte del gobierno central era excesivo, ya que la ley perseguía más un control del gobierno que una coordinación de las competencias.

La ley introduce los diversos sujetos de la acción exterior del Estado. Del art. 4 al 13 se describen los respectivos papeles internacionales de la Corona (replicando los arts. 56.1 y 63 de la Constitución), el gobierno, las Cortes Generales, las Fuerzas Armadas, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, el Consejo General del Poder Judicial, las Comunidades Autónomas, la Administración Local, así como los demás organismos públicos, las sociedades estatales, fundaciones y entidades consorciales. El Dictamen 394/2013 del Consejo de Estado entendió que esta lista carecía de «utilidad normativa», pues repite fragmentos de la Constitución y de leyes orgánicas sin necesidad. La ley indica, por un lado, que los más variados poderes públicos tienen una actividad exterior y, por otro, promueve la colaboración entre ellos. Tanto los Ministerios como los demás órganos constitucionales como las Comunidades Autónomas y las entidades locales «mantendrán informado» al Ministerio de Asuntos Exteriores de las propuestas sobre viajes, visitas, intercambios y actuaciones con proyección exterior, «para que este departamento pueda informar y, en su caso, emitir recomendaciones motivadas sobre la adecuación de la propuesta» (art. 5). En el caso de las Comunidades Autónomas esta información se refiere a presidentes y consejeros en sus actuaciones fuera del ámbito de la Unión Europea. Además, las Comunidades Autónomas informarán al gobierno del establecimiento de oficinas para su promoción exterior con carácter previo a su apertura, y el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas valorará dicha propuesta en relación con el principio de eficiencia en la gestión de los recursos públicos, así como en cuanto a su adecuación competencial (art. 12). En el sentido inverso, el gobierno queda por su parte obligado a informar a las Comunidades Autónomas de iniciativas y propuestas de acción exterior cuando afectan a sus competencias, y esas Comunidades podrán también solicitar el apoyo necesario del Ministerio para las iniciativas autonómicas en el ámbito de sus competencias (art. 14). Al mismo tiempo, la ley establece claramente que las Comunidades Autónomas «participarán en la elaboración y ejecución» de la acción

exterior en el ámbito de la Unión Europea a través de mecanismos existentes, como su presencia en la representación permanente en Bruselas y en la Conferencia para Asuntos Relacionados con la Unión Europea, conocida como CARUE.

Dejando de lado esta construcción conceptual, la Ley de 2014 persigue el segundo objetivo de establecer contenidos políticos para la acción exterior del Estado. Los arts. 15 a 33 postulan una serie de directrices para una larga lista de áreas de acción exterior, para las que se describen ciertas orientaciones generales. Estas áreas incluyen (en el orden de la ley): defensa, derechos humanos, tributaria, justicia, seguridad y asuntos de interior, economía, comercio y finanzas, investigación, desarrollo e innovación, empleo y seguridad social, emigración e inmigración, cooperación para el desarrollo, cultura, educación o transportes, en una serie debatible de categorías. Aquí el dictamen citado del Consejo de Estado fue todavía más tajante porque entendió que las referencias a estas políticas era inapropiada en una norma con rango de ley y con vocación de permanencia, mientras las políticas son intrínsecamente contingentes. El Consejo de Estado dijo que esta «legalización» de las directrices de la política exterior «muestra una visión pretendidamente exhaustiva y estática de aquélla en gran medida incompatible con la dinámica de la comunidad internacional en general y de la política exterior en particular, además de no presentar una utilidad práctica clara». El anteproyecto de Ley de Acción Exterior continuó su tramitación sin atender estas observaciones del órgano consultivo. El grupo parlamentario socialista realizó una crítica distinta durante el trámite parlamentario: aparte de la atomización de la política exterior en muy diversos campos, la cooperación al desarrollo aparecía como un ítem más en la lista, lo que contradice su carácter fundamental en la política exterior. Como la ley sólo puede hacer referencias generales a esas políticas, prevé al mismo tiempo la redacción de una Estrategia de Acción Exterior que desarrolla con más amplitud los diferentes sectores. Los arts. 34 a 40 de la ley se dedican a la planificación, seguimiento y coordinación de la acción exterior, y la Estrategia es el instrumento principal para dicha planificación. Aunque se llama de acción exterior, en realidad, una interpretación de conjunto del texto legal permite afirmar que tal Estrategia contiene muchos aspectos que pueden ser considerados «política exterior» del gobierno según la definición anteriormente mencionada. En sus arts. 38 y 39 la ley regula un Consejo de Política Exterior para asesorar al presidente del gobierno en su tarea de dirección y coordinación de esa política. Este Consejo también contribuye en la planificación de la presencia diplomática de España en el mundo.

La primera Estrategia Española de Acción Exterior fue aprobada por el gobierno el 26 de diciembre de 2014. En este documento se presta una atención especial a la promoción de la imagen de España y a la acción informativa en el exterior, y también al controvertido concepto de Marca España, por mandato del art. 36 de la ley. Éste es otro aspecto sobre el que el dictamen del Consejo de Estado expresó sus dudas. Hay que subrayar que la Estrategia de Acción Exterior es un documento programático (donde se desarrolla la política exterior) y no tiene valor legal. Ahora bien, las disposiciones en la ley sobre los contenidos de la política exterior (aunque sean breves y genéricas) y las remisiones que hace ésta a la Estrategia le dan una cierta trascendencia en cuanto a sus contenidos. Finalmente, la ley prevé que la Estrategia, de carácter plurianual, se complemente con un Informe Anual de Acción Exterior donde consten las diversas actividades de los distintos órganos del Estado (art. 37). Los departamentos ministeriales, los organismos públicos, las Comunidades Autónomas y las entidades locales deben contribuir a ese informe. Este documento, por tanto, tendrá el interés de ser un catálogo completo de las actividades exteriores de España realizadas por cualquier poder público, lo que constituye una novedad.

El tercer objetivo de la ley, la regulación del Servicio Exterior del Estado, es muy importante desde el punto de vista internacional y administrativo, pero se refiere a cuestiones de carácter distinto a las anteriores. El Consejo de Estado habló en su dictamen de desequilibrio en el anteproyecto (que persiste en la ley), pues se observa una discrepancia entre los preceptos descriptivos y declarativos de los títulos anteriores y esta parte organizativa muchas de cuyas normas parecen de naturaleza reglamentaria. El Servicio Exterior se define como «los órganos, unidades administrativas, instituciones y medios humanos y materiales de la Administración General del Estado que actúan en el exterior, bajo la dependencia jerárquica del embajador y orgánica y funcional de los respectivos departamentos ministeriales» (art. 41). Los arts. 42 a 60 de la ley contienen una regulación bastante detallada de las misiones diplomáticas y consulares de España, desarrollando para nuestro país las Convenciones sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 y sobre Relaciones Consulares de 1963. Estos artículos regulan las funciones de tales misiones, del personal, la organización de las misiones diplomáticas, las representaciones permanentes ante organizaciones internacionales, misiones especiales y delegaciones, así como las oficinas consulares. La ley fue posteriormente desarrollada a través del Reglamento de la Carrera Diplomática (Real Decreto 638/2014, de 25 de julio),

una norma que moderniza la regulación anterior y hace todo el proceso de formación y selección de diplomáticos mas objetivo y transparente.

Entre las innovaciones de la ley se encuentra la carta de instrucciones al jefe de una misión diplomática al asumir sus funciones, en la que se concretan los objetivos de la política exterior y en la que pueden participar las Comunidades Autónomas, y la posibilidad de que el poder legislativo haga comparecer a esos nuevos embajadores (art. 44.6 y 44.7). La cuestión de la jerarquía de las diversas representaciones en el extranjero bajo la autoridad única del embajador fue reclamada por los diplomáticos, pero la solución de la ley es ambigua, ya que existe una dependencia jerárquica del embajador, pero una dependencia orgánica y funcional de los departamentos que dotan a esas oficinas presupuestariamente (art. 45). Por lo que se refiere al nombramiento de jefe de misión, la ley introduce una preferencia para cubrir los puestos en el exterior que realizan «funciones de naturaleza política, diplomáticas y consulares» con funcionarios de la carrera diplomática (art. 55), pero el gobierno también puede de manera excepcional nombrar embajadores «políticos», aunque siempre atendiendo a criterios de «competencia profesional y experiencia» (art. 44.4). Otra innovación es la posibilidad de cooperar con otros países de la Unión Europea en el establecimiento de oficinas diplomáticas o consulares conjuntas, así como la posibilidad de que los funcionarios del Servicio Exterior español realicen funciones diplomáticas o consulares incorporados a oficinas de la Unión en países donde España no tenga representación. Esta medida, especialmente oportuna en tiempos de estrecheces presupuestarias, ya se ha llevado a cabo en la práctica con diversos acuerdos de cooperación en este sentido entre España y la UE para la presencia de diplomáticos españoles en las delegaciones europeas en Azerbaiyán, Birmania (Myanmar) o Yemen. Igualmente, la ley prevé acuerdos de cooperación con Estados de la Comunidad Iberoamericana de Naciones para la creación de oficinas conjuntas en terceros países o para la incorporación de funcionarios en los servicios diplomáticos españoles presentes en terceros Estados.

En fin, la ley también prevé el funcionamiento de un Grupo de Emergencia Consular, presidido por el ministro de Asuntos Exteriores, pero con presencia de otros Ministerios, en caso de crisis bélica, desastre natural o emergencia sanitaria en cualquier parte del mundo que afecta a ciudadanos españoles para recomendar al presidente del gobierno las medidas oportunas. En este campo, otra novedad de la ley es la capacidad de la Administración para reclamar a los ciudadanos los gastos de su asistencia consular, en el caso de que se hayan expuesto voluntariamente a riesgos sobre los

que el Ministerio de Asuntos Exteriores haya informado en sus recomendaciones sobre las condiciones de seguridad en los diversos países y regiones del mundo (art. 40). Esta atribución al gobierno («podrá exigir el reembolso de la totalidad o parte de los gastos») era una medida necesaria, teniendo en cuenta que la asistencia a los ciudadanos en el extranjero es a veces muy costosa y se hace con dinero público. Corresponderá al gobierno, en cada caso, decidir si las situaciones de peligro han sido imprevisibles o si los individuos se han expuesto más allá de una prudencia razonable, lo que sin duda dará lugar a enconados debates en las situaciones concretas.

II. LEY DE TRATADOS Y OTROS ACUERDOS INTERNACIONALES

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 que España ratificó en 1972, entrada en vigor internacionalmente en 1980 y que constituye Derecho internacional aceptado con validez general, fue desarrollada por el Decreto 801/1972, de 24 de marzo. La posterior aparición de la Constitución, con disposiciones precisas sobre los tratados en sus arts. 93 a 96 y su desarrollo en numerosas normas, incluida la Ley del Gobierno de 1997 y los diversos estatutos de autonomía, obligaba a una puesta al día de nuestra legislación. Este *aggiornamento* se fue retrasando, a pesar de haber existido algunos borradores legislativos, en particular uno muy estructurado que redactó el profesor Antonio Remiro Brotons. En 2014, de nuevo, la mayoría absoluta del PP permitió la llegada a buen puerto de esta ley, fechada el 27 de noviembre, que se hizo en la estela de la ley anterior, de mayor calado político.

La Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales de 2014 distingue entre tres tipos de pactos internacionales que puede llevar a cabo el Estado español a través de los diversos poderes públicos. La distinción entre estos tres tipos de acuerdos es quizás la aportación más importante de la ley, pues va más allá de lo dispuesto en la Constitución o en otras normas legales hasta ahora. En primer lugar, la ley define los *tratados* como los acuerdos celebrados por escrito entre España y otro u otros sujetos de Derecho internacional, con obligaciones y derechos conforme al Derecho internacional, ya conste en uno o más instrumentos y cualquiera que sea su denominación. Este primer tipo son, evidentemente, los tratados en el sentido tradicional de la Convención de Viena de 1969 y también en el de nuestra Constitución. En segundo lugar, la ley define

los *acuerdos internacionales administrativos* como aquellos que se celebran entre cualesquiera órganos públicos del Estado competentes por razón de la materia con entidades de otros países, y cuya celebración está prevista en un tratado anterior, hechos para ejecutar o concretar ese tratado, por lo que el contenido habitual de esos acuerdos será de naturaleza técnica. Estos acuerdos están regidos por el Derecho internacional, por cuanto dependen del tratado que desarrollan, y también por el Derecho interno, porque tienen un valor en nuestro ordenamiento que también emana del tratado anterior, ya introducido en nuestro Derecho. En tercer lugar, la Ley de Tratados de 2014 describe los *acuerdos internacionales no normativos* como los pactos que contienen declaraciones de intenciones o compromisos de actuación de contenido político, técnico o logístico que no constituyen fuente de obligaciones internacionales ni se rigen por el Derecho internacional. Estos acuerdos no normativos, según la misma ley, pueden ser realizados por el gobierno, los órganos de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y las Ciudades Autónomas, las entidades locales, las universidades públicas y cualesquiera otros sujetos de Derecho público con competencia para ello.

Evidentemente, esta tercera categoría es la de perfiles más imprecisos. Pero era conveniente establecer un tipo así teniendo en cuenta una práctica variadísima, que se venía observando hace tiempo, de actividad internacional por parte de los más diversos organismos públicos. José Martín y Pérez de Nanclares, que trabajó en el proceso de redacción de la ley desde la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC, estima que no era posible ignorar por más tiempo la realidad de este tipo de acuerdos, a los que había que dar un marco jurídico¹. Estos acuerdos de naturaleza política reciben en la realidad internacional nombres tan variados como pacto de caballeros o *memorandum of understanding* (MOU por su siglas en inglés). La ley reconoce estos acuerdos pero les priva de naturaleza jurídica, puesto que dice expresamente que «no constituyen fuente de obligaciones internacionales» y, por consiguiente, cabe deducir, tampoco lo son de obligaciones jurídicas internas. Son pactos de los actores públicos frecuentes y hasta necesarios en la vida internacional, pero su cumplimiento no puede reclamarse por vía administrativa o judicial. Esto no supone, evidentemente, que no se cumplan en la práctica (al contrario, su grado de observancia es muy alto), ni que sus contenidos no puedan desarrollarse en obligacio-

¹ J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «La Ley de Tratados y otros acuerdos internacionales», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 67, núm. 1 (2015), pp. 13-60.

nes jurídicas posteriores (por ejemplo, a través de contratos de Estado o de contratos de otras Administraciones Públicas realizados de acuerdo con el ordenamiento jurídico español). La ley simplemente acepta la existencia de estos acuerdos internacionales no normativos y crea un registro administrativo de dichos acuerdos que llevará el Ministerio de Asuntos Exteriores (art. 48). Como veremos más abajo, el problema será la *calificación* de estos acuerdos con respecto a otros tipos.

Los tratados internacionales son la categoría más importante y ocupan la mayor parte la Ley de 2014. La Constitución estableció una diferencia entre aquellos que transfieren el ejercicio de competencias derivadas de la propia Constitución, que deben ser aprobados por ley orgánica (art. 93); aquellos con contenido más relevante, que deben ser autorizados por las Cortes previamente a su celebración (art. 94.1), y todos los demás tratados, sobre los que el gobierno debe informar a las Cortes (art. 94.2). La nueva ley establece un reparto claro de papeles con respecto a los tratados. Las competencias para *negociar* un tratado son amplias: no sólo el Ministerio de Asuntos Exteriores, a través de sus órganos centrales o sus misiones diplomáticas y representaciones permanentes, sino también los demás Ministerios pueden negociar tratados en sus áreas de competencia informando a la Comisión de Secretarios de Estado y Subsecretarios, y, en todo caso, el Ministerio de Asuntos Exteriores podrá redactar informes sobre su oportunidad y debe dar asistencia técnica en la negociación. Se crea además una comisión interministerial de coordinación en materia de tratados y otros acuerdos internacionales como órgano colegiado de intercambio de información y coordinación que deberá desarrollarse reglamentariamente (art. 6). Las Comunidades Autónomas pueden solicitar al gobierno la apertura de negociaciones de tratados en materias de su competencia o que afecten a su ámbito, y pueden solicitar participar en las delegaciones españolas que negocien tratados internacionales. Por su parte, el gobierno está obligado a informar a las Comunidades Autónomas sobre la negociación de tratados en campos relacionados con sus competencias o que pueden afectarles, y éstas pueden remitir las observaciones que estimen convenientes (arts. 49 a 51). Al final de la negociación, los enviados del Ministerio de Asuntos Exteriores y también de cualquier otro Ministerio autorizado a negociar pueden realizar los actos que concretan el texto de un proyecto de tratado (adopción, autenticación, rúbrica).

Ese proyecto de tratado, constitutivo del resultado de la negociación, debe elevarse al Consejo de Ministros, que es el único facultado para decidir la manifestación del consentimiento en obligarse por parte de España y

el que debe recabar la autorización previa de las Cortes según los arts. 93 y 94 de la Constitución. Las formas para prestar ese consentimiento, todas con el mismo valor, son la firma, ratificación, canje de instrumentos, adhesión y ratificación. Al tomar esta decisión, el Consejo de Ministros también puede introducir reservas en los tratados. Según la Constitución, dicha manifestación del consentimiento en los tratados internacionales, una vez decidida por el Consejo de Ministros, debe ser realizada por el rey como jefe del Estado. En la ley se prevé que el presidente del gobierno y el ministro de Asuntos Exteriores pueden llevar a cabo una firma *ad referendum* de un tratado a la espera de la confirmación del Consejo de Ministros. Igualmente, la ley prevé la posibilidad de que el Ministerio de Asuntos Exteriores (a iniciativa de los Ministerios interesados) solicite al Consejo de Ministros la aplicación provisional del tratado, que debe aprobarla y, en el caso de que esta aplicación suponga obligaciones para la Hacienda Pública, el Ministerio de Hacienda debe aceptarlo previamente. La aplicación provisional de los tratados puede realizarse con respecto a los previstos en el art. 94.1 de la Constitución, pero no para los que entran en el art. 93, de singular importancia.

Desde el punto de vista técnico jurídico internacional, la ley no ha resuelto una cuestión terminológica que arrastramos del pasado. Hubiera sido preferible utilizar unos términos precisos para el final de la negociación de los tratados (autenticación, adopción, rúbrica, firma) y otros términos distintos para la prestación del consentimiento en obligarse por esos mismos tratados. En el ámbito internacional, el término *firma* se ha impuesto para la primera fase, mientras que *ratificación* es el nombre común para la segunda. En cambio, la ley ha continuado una ambigüedad histórica que hubiese podido arreglarse. La ley utiliza de manera ambivalente dos conceptos, firma y canje de instrumentos, que pueden ser usados tanto para autenticar al final de la negociación como para ratificar (véanse definiciones del art. 2). Esta confusión se prosigue a lo largo del texto legal.

Antes de prestar el consentimiento o ratificar los tratados internacionales por parte de España, el Consejo de Ministros debe cumplir el imperativo constitucional de la autorización parlamentaria previa. Corresponde al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación proponer al Consejo de Ministros la vía constitucional por la que deben aprobarse los tratados en Cortes (art. 17). Ésta es una *calificación constitucional* que debe hacerse con respecto a todos los tratados. El gobierno decide, por tanto, en cada caso, si los tratados que van a ratificarse deben ser enviados al legislativo antes de manifestar el consentimiento por la vía del art. 93 de la Cons-

titución (tratados que ceden competencias constitucionales), o por la vía del art. 94.1 (tratados de especial importancia contenidos en la lista de la Constitución), o conforme al art. 94.2 (mera información a las Cortes de los demás tratados, en principio menos importantes). El gobierno remite, por consiguiente, a las Cortes todos los tratados indicando la vía parlamentaria que debe seguirse.

La ley completa la regulación de los tratados con amplias disposiciones sobre publicación oficial y registro, su aplicación e interpretación, y sobre la enmienda, denuncia y suspensión. En estos aspectos de la terminación de los tratados internacionales con respecto a España es de nuevo el Consejo de Ministros el que adquiere protagonismo. Por lo que se refiere a la aplicación de los tratados, la ley prevé que serán de aplicación directa si sus normas son susceptibles de leerse así y, en caso contrario, tanto el gobierno, con su iniciativa legislativa, como las Cortes, como las Comunidades Autónomas deben adoptar las medidas necesarias para su desarrollo y ejecución, dependiendo de las respectivas competencias (art. 30). Entre todas estas disposiciones de naturaleza más técnica destaca el art. 31 sobre *prevalencia* de los tratados, de este tenor: «Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional». Esta idea de prevalencia da un paso más sobre la Constitución, cuyo art. 96.1 en realidad dice que las disposiciones de los tratados únicamente podrán ser derogadas o modificadas en la forma prevista en los tratados o de acuerdo con el Derecho internacional. El art. 31 de la ley establece una regla clara para los posibles conflictos entre ley y tratado que hasta ahora eran resueltos por el gobierno, por la Administración y por los jueces en el mismo espíritu pero de manera más casuística. Existía un reconocimiento de la jerarquía superior de los tratados, pero esta superioridad no estaba consagrada por la ley. El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 36/1991, por ejemplo, había hablado del valor jerárquico de los tratados con respecto a las leyes de una manera más matizada, casi literaria, cuando dijo que el art. 96.1 de la Constitución dota a los tratados de «una especial resistencia o fuerza pasiva» frente a las leyes.

La segunda categoría de acuerdos que define la Ley de 2014 está regulada en su título III. Los diversos órganos y entes de las Administraciones Públicas, incluyendo las Comunidades Autónomas, pueden llevar a cabo *acuerdos internacionales administrativos* en desarrollo de tratados anteriores si éstos lo prevén así. Tales acuerdos deben respetar el contenido del

tratado que les da cobertura. Una vez celebrados, se publicarán en el boletín oficial correspondiente a la Administración Pública que los suscriba y formarán parte del ordenamiento interno.

El hecho de que existan diversas categorías de acuerdos internacionales según la Ley de 2014 (tratados, acuerdos administrativos y, como veremos a continuación, no normativos) obliga a realizar una *calificación legal del tipo de acuerdo* que es diferente de la calificación constitucional de los tratados mencionada anteriormente. Con el fin de realizar una adecuada calificación del tipo, todos los proyectos de acuerdos internacionales administrativos serán remitidos al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación «antes de su firma para que por la Asesoría Jurídica Internacional se emita informe preceptivo acerca de su naturaleza y formalización. En particular, dictaminará sobre si dicho proyecto debería formalizarse como tratado internacional o como acuerdo internacional no normativo» (art. 39). Con esta precisión, la ley guarda para el Ministerio de Asuntos Exteriores la capacidad de calificar todo borrador de acuerdo que puede caer en esta categoría suscrito por los demás Ministerios o por los poderes territoriales, aunque tampoco aclara qué ocurre en caso de divergencia. Asimismo, antes de la firma de esos proyectos, la ley también estipula que el mismo Ministerio remitirá al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas aquellos que conlleven compromisos financieros para que informe de la existencia de financiación presupuestaria adecuada y suficiente.

Por último, la Ley de 2014 regula los *acuerdos internacionales no normativos*, previendo que puedan ser realizados por los más diversos órganos: gobierno, departamentos ministeriales, Administración General del Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales y demás sujetos de Derecho público en el ejercicio de sus respectivas competencias. Todos éstos pueden realizar acuerdos de este tipo con entidades similares de otros sujetos de Derecho internacional (art. 44), lo que excluye posibles acuerdos con entidades internacionales irregulares o fuera del ámbito público, como, por ejemplo, movimientos políticos extranjeros o también ONG de otros países. La ley prevé un informe jurídico sobre estos acuerdos para verificar su calificación en cuanto al tipo, pero en este caso no asigna la responsabilidad de tal informe al Ministerio de Asuntos Exteriores, sino que sigue un método distinto. El art. 45 de la ley establece que los servicios jurídicos respectivos de los órganos públicos que van a realizar el acuerdo deben informar sobre su naturaleza y procedimiento más adecuado, y en particular deben dictaminar sobre si el proyecto de acuerdo debe formalizarse como no normativo, como acuerdo internacional administra-

tivo o como tratado. Esto significa que la responsabilidad sobre la calificación jurídica de los proyectos de acuerdos no normativos va a recaer sobre el propio órgano o administración que lo realiza. En el mismo expediente, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas debe acreditar que existe financiación presupuestaria adecuada para hacer frente a los compromisos que se derivan de los acuerdos no normativos.

En fin, la ley prevé un registro de todos los acuerdos no normativos, ya que las diversas Administraciones deben enviar, una vez firmados, una copia al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación para su inscripción en ese registro (art. 48). La ley no aclara, en cambio, qué ocurriría en el caso de discrepancia en cuanto a la calificación legal de tales acuerdos. La ley impone esa calificación, determina quién ha de realizarla en cada caso, pero no estipula qué hacer si surgen discordancias. Como los órganos y administraciones están obligados a enviar copia de los acuerdos, puede ocurrir que el Ministerio de Asuntos Exteriores encuentre que la calificación realizada por esos poderes, en el informe preceptivo que ellos mismos deben haber realizado por imperativo de la propia ley, no se ajuste a los conceptos legales de los tipos de acuerdos. Por ejemplo, un texto calificado como acuerdo no normativo puede esconder un contenido que se asemeje a un tratado, aunque no haya sido realizado conforme a los procedimientos establecidos. En estos casos, surgiría una disputa institucional que deberá resolverse por vía política o incluso contenciosa.

III. CONCLUSIÓN: CONSECUENCIAS CONSTITUCIONALES

Las dos leyes comentadas hasta aquí intentan dotar de coherencia a la acción exterior de España a través de una coordinación acentuada de la política exterior por parte del gobierno y a través de una supervisión de los proyectos de acuerdos internacionales que las diversas administraciones pueden realizar. Por medio de disposiciones concretas de estas dos leyes de 2014 se atribuye el protagonismo al Consejo de Ministros y al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. La *ratio legis* evidente fue sistematizar la creciente actividad internacional de dos tipos de actores: por un lado, las Comunidades Autónomas y, por otro, los diversos departamentos del gobierno. Sólo la aplicación en lo sucesivo de estas recientes normas podrá determinar si se consigue ese objetivo principal.

Al comienzo de este comentario se apuntaba que tales disposiciones eran necesarias desde la Constitución. En efecto, la abundante práctica

internacional de los más diversos organismos públicos en el entorno de la Unión Europea y en el contexto global, así como importantes evoluciones legislativas, como el reconocimiento de competencias internacionales en los estatutos de autonomía, exigían un desarrollo de la Constitución en este punto y una puesta al día de nuestro Derecho. La cuestión que queda en el aire es si acaso la forma en que estas dos leyes han querido lograr la unidad de la acción exterior del Estado es la más adecuada.

Por un lado, no está claro si tal unidad puede conseguirse por los medios previstos en las leyes con respecto a los diversos departamentos ministeriales del gobierno central. La ley intenta dar protagonismo al Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, y a los jefes de misión que dependen de él en el extranjero, pero está por ver si estos nuevos instrumentos consiguen su propósito. La actividad internacional de los distintos departamentos ministeriales es un fenómeno bien conocido en todos los países avanzados. Así, por ejemplo, en las potencias con fuerte proyección exterior existe muchas veces un debate abierto entre los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Defensa que puede referirse a diversas cuestiones como operaciones militares en el extranjero o a la industria de defensa. Pero estas diferencias deben gestionarse. La solución más frecuente es dar al Ministerio de Asuntos Exteriores la capacidad de coordinar toda la política exterior con preferencia sobre otros Ministerios, y en el caso de persistir puntos de vista diversos, normalmente se atribuye al jefe del ejecutivo una capacidad de árbitro y de toma final de decisiones. En las dos leyes de 2014 se ha dado, en efecto, relevancia al Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, pero sin afectar la dependencia orgánica y funcional de los otros Ministerios en el extranjero, y para las decisiones más importantes, la relevancia corresponde a una figura institucional, el Consejo de Ministros. La figura del presidente del gobierno, en cambio, no ha salido particularmente reforzada, cuando, en buena lógica, las posibles discrepancias entre departamentos tendrían que ser resueltas por el jefe del ejecutivo, que debería tener cada vez un peso mayor en política exterior. A pesar de esto, la experiencia del *foreign policy making* en la democracia española demuestra que Moncloa toma siempre las riendas cuando el presidente de turno tiene una visión internacional clara.

Otra crítica a las dos leyes de 2014 se refiere a su excesivo celo centralizador, que según algunos demuestra desconfianza hacia las Comunidades Autónomas, así como desconocimiento de una práctica ya asentada de acción exterior en sus ámbitos de competencias reconocida en los estatutos. Esta crítica sugiere que la intención subyacente del Ministerio

de Asuntos Exteriores era controlar más que coordinar la acción exterior de los entes territoriales. Sin embargo, es difícil encontrar un equilibrio en este punto. Tras los estatutos de autonomía y la práctica subsecuente era preciso, en efecto, dar una coherencia a las proyecciones exteriores de los diversos poderes del Estado. Esta coherencia existe en los demás países de nuestro entorno. Sería inconcebible que un Lander alemán, perteneciente a un Estado federal, llevara a cabo acciones en el exterior en contra del criterio de Berlín o en contra de la Constitución alemana. En términos generales, los estatutos de autonomía, y sobre todo los de segunda generación, contienen numerosas disposiciones sobre la acción exterior, tanto en el ámbito de la Unión Europea como en el contexto internacional. Esta acción exterior se desarrolla todos los días sin dificultades y conlleva una coordinación práctica con el Ministerio de Asuntos Exteriores y con nuestro servicio exterior. Este no es el verdadero problema. Los problemas surgieron con respecto a las Comunidades Autónomas que llevaban a cabo legislación y actividades externas que estaban en contra de la letra y del espíritu de la Constitución, incluyendo actividades que claramente cuestionaban el marco constitucional. La crítica sobre la excesiva centralización de las leyes tiene que ponerse en relación con la actitud abiertamente rupturista de algunos gobiernos de ciertas Comunidades Autónomas. Tras un tiempo de prácticas dudosas por parte de esas Comunidades (que el Tribunal Constitucional tuvo que limitar), había que establecer una regulación estatal que reafirmase las competencias del Estado central en este campo. Un ejemplo reciente podría ser la Ley de Cataluña 16/2014, de 4 de diciembre, de Acción Exterior y de Relaciones con la Unión Europea. Su texto mencionó sólo tangencialmente al Estado español, pero no se refirió ni a la Constitución ni a las dos leyes de 2014, aprobadas por el legislativo español durante los meses anteriores. La norma catalana evitó mencionar la regulación estatal, ya vigente, e hizo una construcción en el vacío, afirmando que su propósito era afirmar Cataluña como «un país de prestigio, de excelencia y de calidad. Un motor al sur de Europa, con capacidad para interactuar con los demás territorios de Europa y del resto del mundo» (preámbulo de la ley catalana).

En la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra esta ley que el gobierno central presentó en marzo de 2015 (*BOE* del 17 de abril de 2015), y que suspendió los preceptos impugnados, el gobierno decía claramente que la Generalidad presenta a Cataluña en la ley recurrida «como un actor internacional al margen del Estado español y regula aspectos como las relaciones con otros gobiernos más allá del ámbito de las rela-

ciones con la Unión Europea, su representación en el exterior o la diplomacia pública de Cataluña, sin considerar las competencias de dirección y ejecución de la política exterior que corresponden al Estado». Teniendo en cuenta que esta acción legislativa de Cataluña tuvo lugar tras las dos leyes estatales de 2014, que simplemente desconoce, puede decirse que existió una intencionalidad política de contravención del orden constitucional y legal. Estas actitudes son las que justifican una regulación de la acción exterior desde el Estado que garantice la aplicación de la Constitución y una política exterior coherente para España como sujeto pleno de Derecho internacional, como hacen otros Estados europeos. El debate político sobre los deseos de independencia que alberga una parte de la población o sobre la reforma de la Constitución debe llevarse a cabo respetando la Constitución y las leyes, y sin afectar a la acción exterior del Estado. Tanto los poderes públicos como las empresas como los ciudadanos necesitamos que España lleve a cabo una acción exterior eficaz y coherente para cumplir sus fines como Estado democrático moderno, miembro de la Unión Europea y plenamente integrado en la globalización.