

Voto particular que formulan el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos y la Magistrada doña Maria Luisa Balaguer Callejón a la Sentencia dictada en el conflicto positivo de competencia núm. 6116-2019

Con el máximo respeto a la opinión de nuestros compañeros que encuentra reflejo en la sentencia, expresamos nuestra discrepancia con una parte de su fundamentación jurídica aun habiendo votado a favor del fallo, y formulamos este Voto concurrente por las razones que a continuación se exponen.

1. Los precedentes argumentales de la sentencia.

La opinión de la mayoría se apoya claramente en la doctrina contenida en la STC 228/2016, de 22 de diciembre, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad núm. 1442-2015 interpuesto por el Presidente del Gobierno contra los arts. 1 a 9, 26 y 29 a 38 de la Ley del Parlamento de Cataluña 16/2014, de 4 de diciembre, de acción exterior y de relaciones con la Unión Europea. Como ya se hizo notar en el Voto a la STC 228/2016, firmado por uno de los firmantes de este Voto, este pronunciamiento introdujo matices relevantes en el criterio contenido en la previa sentencia 85/2016, de 31 de mayo, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad planteado en su día por el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Canarias, contra diversos preceptos de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado.

La cita de estos pronunciamientos previos resulta pertinente para introducir este Voto, porque también se formularon sendos Votos particulares frente a ellos. Si las sentencias y su argumentación han de leerse de forma concatenada, para entender cuál es la posición del Tribunal respecto de la competencia estatal en materia de relaciones internacionales y acción exterior, así como respecto de los límites que esta competencia impone a la acción exterior de las comunidades autónomas en ejercicio de las competencias que les son propias, la lectura de los votos particulares también ha de plantearse como un todo progresivo en el que se pone de manifiesto la posición del firmante inicial, al que ahora se suma una nueva firma.

La STC 85/2016, utilizaba la facultad estatal de coordinación de la acción exterior como catalizador de una acción exterior expansiva y equivalente a la comprensión de las relaciones exteriores como competencia exclusiva del Estado. La STC 228/2016 matizó esta comprensión, vinculada a nociones decimonónicas -o premodernas- de las relaciones internacionales como

relaciones exclusivamente interestatales, para asumir una concepción más abierta de las capacidades de las comunidades autónomas, capaces de actuar fuera de las fronteras estatales en ejercicio de sus propias competencias. No obstante, estos matices seguían introduciéndose sobre la base de una concepción restrictiva de la acción exterior de las comunidades autónomas, que debía verse limitada por la coordinación del Estado, a la que se atribuía la facultad de definir la política exterior común de todo el territorio. Esa misma concepción es la que vuelve a estar presente en la sentencia del Pleno que ahora de respuesta al conflicto positivo de competencia promovido por el Gobierno de la Nación contra el Acuerdo de 25 de junio del Gobierno de la Generalitat de Cataluña por el que se aprueba el plan estratégico trienal de acción exterior (2019-2022) de Cataluña.

Y si bien se aprecia un esfuerzo notable por formular una interpretación conforme con la Constitución y el bloque de la constitucionalidad, que incluye el Estatuto de Autonomía de Catalunya, de muchos de los apartados impugnados del plan estratégico, lo cierto es que la base argumental sobre la que se basan algunas de las interpretaciones conformes y también algunas de las declaraciones de inconstitucionalidad no termina de satisfacerlos, al responder a una lógica en contra de la que ya se manifestaron los votos a las sentencias 85 y 228/2016. No se trata ahora de proponer una argumentación paralela para cada uno de esos apartados, pero sí apuntaremos algunas ideas generales sobre la comprensión del problema constitucional resuelto en la sentencia.

2. El reenvío a los argumentos del voto particular que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1442-2015 (STC 228/2016).

En el voto particular a la STC 228/2016 firmado por quien, siendo entonces ya Magistrado, suscribe también esta opinión parcialmente discrepante con la argumentación de la sentencia, se planteaba una comprensión de la condición de Cataluña como “actor internacional activo”, del alcance de las relaciones consulares que se recogían en el apartado e) del art. 26.1 de la Ley, así como de la noción de “diplomacia pública”, a la que es preciso hacer un reenvío expreso. A todas las apreciaciones contenidas en aquel voto se adhiere ahora la Magistrada firmante, que no formaba parte entonces del Tribunal Constitucional, porque todos aquellos elementos de discrepancia argumental, se pueden oponer a parte del fundamento jurídico 7 de esta sentencia.

Al analizar el Eje 1 del Plan, denominado “presencia” por cuanto prevé herramientas para “que Cataluña esté presente en los grandes debates mundiales para tener voz ante los retos compartidos”, el fundamento jurídico 7 [Apartado A) a)] declara inconstitucionales los dos primeros párrafos del punto 9 (consolidación y fortalecimiento de vínculos con el cuerpo diplomático y consultar establecido en Barcelona); el punto 10 (participación proactiva en los foros multilaterales de máximo interés); y el punto 18 (sobre la puesta en marcha del Consejo de Diplomacia Pública de Cataluña).

El punto 9 del Plan se declara inconstitucional al vincularlo a la previsión del art. 26.1.e) de la Ley del Parlamento de Cataluña 16/2014. Este precepto fue declarado contrario a la reserva competencial estatal del art. 149.1.3 CE en relación con el *ius legationis* (fundamento jurídico 9 de la STC 228/2016), y en el voto concurrente se advertía de que parecía posible reconocer al Gobierno de Cataluña la posibilidad de “establecer relaciones institucionales con el cuerpo consular de terceros estados, como una fórmula de entablar relaciones con Gobiernos de otros territorios, sin que esto suponga invadir competencia estatal alguna”, siempre que se excluyera la posibilidad de establecer relaciones consulares, en el bien entendido de que el precepto se refiere a las “relaciones institucionales con cuerpos consulares foráneos”. Esta perspectiva, diversa de la manifestada por la opinión mayoritaria, reconoce la proyección de la actividad institucional de la Generalitat, que no debe identificarse como una acción consular en sentido estricto o asimilarse materialmente con las relaciones internacionales que le están vedadas por aplicación del art. 149.1.3 CE. Entendimos entonces, y así se expresó en el voto particular, que la opinión mayoritaria del Pleno optaba por una comprensión de la categoría “cuerpo consultar” equivalente a la de “legación diplomática”, y que esa aproximación no estaba suficientemente justificada. Tampoco lo está en el supuesto que ahora nos ocupa y que se limita a formular una remisión en bloque al FJ 9 de la STC 228/2016. Esta remisión justifica también la nuestra al voto entonces planteado.

Por lo que se refiere al punto 18 del Plan, relativo a la puesta en marcha del Consejo de Diplomacia Pública de Cataluña, la sentencia reproduce la argumentación contenida en el FJ 11 de la STC 228/2016. Esta condujo a la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de las definiciones de diplomacia recogidas en los apartados i), j), k) y l) del art. 2 y el art. 38 de la Ley 16/2014 y la rúbrica del capítulo I del título IV de la Ley 16/2014 (“Diplomacia Pública de Cataluña”). La razón esencial de aquella declaración de inconstitucionalidad fue que los preceptos citados configuraban “una actuación exterior de la Generalitat que no se vincula a sus

competencias, asume como destinatarios a sujetos del Derecho internacional y se prevé dirigida y coordinada por la propia Generalitat, sin respetar la competencia exclusiva del Estado en materia de relaciones internacionales del art. 149.1.3 CE, ni las funciones de dirección de la política exterior que, según el art. 97 CE, corresponden al Estado”. Proyectando aquel argumento al examen del punto 18, la sentencia afirma que este apartado induce a confusión “en el ámbito de las relaciones internacionales acerca del verdadero contenido y alcance de esas actividades del Consejo de Diplomacia Pública de Cataluña y su relación con la política exterior española, de suerte que incurre también en inconstitucionalidad y nulidad por las razones ya apreciadas en la mencionada STC 228/2016”.

De nuevo, la opinión mayoritaria pone en duda el alcance de la actividad del conocido como DIPLOCAT y asume que esa actividad será diplomática, aunque tal cosa no pudiera deducirse en su día claramente de la ley y con menos razón quepa ahora deducirla del Plan. El punto 18 declarado inconstitucional se limitaba a prever la reapertura del Consejo (DIPLOCAT) y el desarrollo de un Plan estratégico para 2019-2020, aportando una serie de directrices para orientar la redacción del mismo. Pues bien, el Plan estratégico referido fue aprobado por el Pleno del Consejo celebrado el 16 de julio de 2019, no consta que haya sido impugnado y, sin analizarlo en profundidad, no puede afirmarse que haya supuesto la invasión de la competencia estatal en el ámbito de las relaciones internacionales, por lo que resulta difícil afirmar que lo hace el punto del Plan que prevé tanto su contenido como su fórmula de aprobación. En la medida en que el argumento principal de la sentencia respecto del punto 18 del Plan, es que este inducía a confusión acerca del contenido y alcance de las actividades del Consejo, quizá se hubiera despejado esa confusión desde un análisis del Plan estratégico que se preveía en el punto 18. Ante la ausencia de dicho análisis parece que la opinión mayoritaria vuelve a sustentarse en la convicción de que, la ley primero y el plan después, arrojan a las autoridades de la Comunidad Autónoma de Cataluña la capacidad de establecer relaciones diplomáticas autónomas con terceros Estados o con actores dotados de facultades soberanas. Pero también hubiera sido posible entender que DIPLOCAT estaba llamado a desarrollar exclusivamente labores de paradiplomacia global, protodiplomacia o *public diplomacy*, y esta comprensión hubiera sido posible desde un análisis de la definición que de la diplomacia pública hace el propio Plan Estratégico del Consejo. Ya se dijo en el voto particular a la STC 228/2016, que estas nociones son aceptadas y extendidas, en el ámbito de los estudios en relaciones internacionales, para referirse a la actividad con proyección internacional de los entes subestatales y que tal comprensión de la actividad prevista entonces en la ley, y hoy en el Plan, hubiera podido modular el juicio de inconstitucionalidad.

Estas mismas consideraciones se pueden hacer extensivas al juicio de constitucionalidad relativo al punto 10 del Plan, que se refiere a la “Participación proactiva en los foros multilaterales de máximo interés” de Cataluña. Mientras que la sentencia entiende que la formulación de este punto persigue dar a la comunidad autónoma una apariencia de subjetividad internacional y una participación que supera el límite marcado por el art. 149.1.3 CE, también podía haberse interpretado este punto como expresión de una actividad paradiplomática. Y volvemos a hacer referencia al voto particular de la STC 228/2016, en el que se afirmó que “este tipo de relaciones paradiplomáticas, desarrolladas por quien no tiene subjetividad internacional, comprenden los contactos políticos y administrativos que se entablan con actores internacionales (estatales, subestatales y no estatales) con el objetivo de promover los intereses propios”. Cuando el punto 10 habla de participación en foros multilaterales podemos entender que se refiere al tipo de contactos propios de la paradiplomacia, y no a la intervención en foros intergubernamentales, que es lo que parece entender la opinión mayoritaria.

Por último, pero siempre dentro del eje I del Plan, el apartado A) b) del fundamento jurídico 7, el juicio relativo a los puntos 7 y 8 del objetivo estratégico 1.2, se adecúa a los términos del FJ 4 de la STC 228/2016, referida a la comprensión de Cataluña como actor internacional. Diversas precisiones sobre tal noción fueron efectuadas en el voto particular a aquella sentencia y a ellas nos remitimos en su totalidad.

3. Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de los planes estratégicos de acción exterior.

La sentencia realiza un juicio de constitucionalidad del Plan estratégico que no difiere en nada del juicio formulado en su día en relación con la Ley del Parlamento de Cataluña 16/2014, de acción exterior y de relaciones con la Unión Europea. Pero, en este caso no estamos ante el análisis de una norma sino de un documento de otra naturaleza, de modo que aunque sea posible formular un examen de ajuste constitucional por la vía procesal del conflicto de competencias, el Tribunal tenía la ocasión propicia para haber reflexionado sobre el modo en que debe proyectarse al control de ajuste constitucional de planes o programas, un conjunto de nociones como la de “salvaguarda del principio de conservación de la norma”, la de “interdicción de reconstrucción de las normas en contra de su sentido evidente”, o la de incidencia, menoscabo o perturbación de la competencia estatal contenida en el art. 149.1.3 CE, [a las que se alude en el fundamento jurídico 2 c)].

La planificación de la acción exterior es un fenómeno relativamente reciente, tanto a nivel estatal como autonómico. Dejando de lado el Plan Estratégico de Acción Exterior aprobado a finales de 2000, que tuvo un impacto y aplicación sumamente limitados, la “Estrategia de acción exterior” del Estado, aprobada en el año 2015, por el procedimiento establecido en el art. 35 de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado, es el primer documento de alcance estatal de este tipo. El único precedente más inmediato se halla en el Plan de Acción exterior del País Vasco 2014-2016, que ha tenido continuidad en el Plan de acción exterior 2018-2020, y al que seguirá, ya después de la Estrategia estatal, el Plan estratégico de acción exterior de la Generalitat de Cataluña, que aquí se somete a examen, y la “Estrategia gallega de acción exterior Horizonte post 2020 – Egaex-” aprobada el 1 de febrero de 2018.

Siendo un fenómeno tan reciente, al que no puede negársele –no lo hace en absoluto la sentencia- un notable impacto jurídico, quizá hubiera sido preciso que el Tribunal se planteara, entre otras muchas cuestiones, la naturaleza de esta modalidad de planificación que se proyecta sobre la acción exterior. La actividad planificadora, que puede articularse a través de herramientas diversas, como los planes, proyectos o programas sectoriales, tiene un significado y alcance diferente dependiendo del ámbito en que se utilice y en ello parecen mostrarse de acuerdo los teóricos administrativistas. El propio Tribunal atribuye a la “competencia sobre bases y coordinación de la planificación de la actividad económica” un alcance muy determinado, identificando esa potestad de planificación como una regla de carácter transversal en el orden económico, que responde a la necesaria coherencia de la política económica, y a ello nos hemos referido, entre otras, en la reciente STC 100/2020, de 22 de julio. También la planificación ambiental (STC 134/2019, de 13 de noviembre; STC 87/2019, de 20 de junio) o la territorial y urbanística (STC 86/2019, de 20 de junio) han sido objeto de atención por parte de la jurisprudencia constitucional, atribuyendo a todas ellas efectos jurídicos muy claros y un alcance general innegable y, por tanto, proyectando sobre ellas un canon de control de constitucionalidad equivalente al empleado para el examen de las normas con rango de ley.

Pero nada se ha dicho hasta la fecha de los efectos jurídicos que pudiera tener la planificación en materia de acción exterior y pensamos que esta sentencia hubiera podido hacerlo. En el FJ 6 se afirma que “no existe ningún obstáculo al empleo de la técnica planificadora por las comunidades autónomas. Éstas pueden emplear la técnica de la planificación de su actividad siempre que ello “respond[a] a un ejercicio legítimo de sus competencias” (SSTC 65/2018, de 7

de junio, FJ 8, sobre el “plan estratégico de la utilización de la fractura hidráulica” de Castilla-La Mancha, y 128/2016, de 7 de julio, FJ 10, sobre el “plan director relativo a los sectores de la energía, de las telecomunicaciones y los sistemas de información y del transporte ferroviario” de Cataluña). La idea misma de planificación de dicha acción exterior no es ahora discutida por el abogado del Estado, en cuanto que deriva de un aspecto de la Ley 16/2014, el art. 15, no cuestionado en su momento (STC 228/2016, FJ 8), de modo que, en realidad, lo que debe examinarse es el contenido concreto de dicha planificación para determinar si se ajusta a la delimitación competencial que resulta de la Constitución y el Estatuto de Autonomía de Cataluña”.

Pero lo cierto es que con esta mera observación no basta, porque, aunque no se ponga en duda la capacidad de planificación de la comunidad autónoma en materia de acción exterior, es preciso reflexionar en cambio sobre la naturaleza jurídica del plan, su alcance, su vinculatoriedad, o los efectos hacia terceros. Resta por analizar y valorar si, efectivamente, este tipo de planificación puede desplegar efectos *ad extra*, fuera del propio marco de la coordinación política entre departamentos de la administración autonómica, o si va más allá de una mera hoja de ruta o guía de actuación administrativa con el objetivo de fijar una determinada línea de actuación política.

Si entendemos que la potestad planificadora de las administraciones públicas consiste en la previsión de una serie de objetivos y directrices de actuación, y de un conjunto de herramientas de distinto orden destinadas a alcanzar dichos objetivos, que deben concretarse en un intervalo de tiempo prefijado, y si aceptamos que esta planificación busca coordinación funcional y, a su través, la eficacia, eficiencia y racionalidad en el desarrollo de la política o actividad concreta que se planifica, es necesario determinar si los objetivos, las directrices y las herramientas contenidas en el plan tienen un contenido eminentemente político y, por tanto, se formulan con un elevado grado de abstracción en muchos casos, o tienen un contenido fundamentalmente jurídico, y por tanto capaz de generar obligaciones y derechos en terceras personas.

Por eso no puede afirmarse contundentemente que la planificación autonómica en materia de acción exterior pueda ser evaluada, desde el punto de vista de su examen de constitucionalidad, con la misma rigidez con que se evalúa la planificación en materia de ordenación y gestión del espacio y del medio ambiente, por ejemplo, tal como se ha venido haciendo hasta ahora en la jurisprudencia del Tribunal. Mientras que la planificación en estos sectores del ordenamiento

afecta a la esfera jurídica de los administrados, no es posible afirmar lo mismo de la planificación en acción exterior, porque esta tiene efectos fundamentalmente *ad intra*, esto es, de coordinación administrativa, de buen funcionamiento y de gestión de los servicios destinados a desplegar acciones fuera del territorio de la comunidad autónoma, incluso fuera del Estado en que se integra la comunidad autónoma. El “normativismo” de los instrumentos de planificación es una característica de esta facultad planificadora que aún no ha sido suficientemente analizada en la jurisprudencia constitucional sobre la configuración del sistema de fuentes. Ese análisis, faltante en la sentencia, podría haber llevado a conclusiones distintas, o quizás no, pero entendemos que era necesario como elemento determinante de la adopción de una decisión más completa.

4. Consideraciones sobre la búsqueda del “óptimo constitucional”.

A pesar de que la sentencia desestima como motivo de inconstitucionalidad del Plan la infracción del principio de lealtad constitucional, se hacen en el borrador una serie de afirmaciones que entendemos necesario matizar.

A pesar de que en el fundamento jurídico sexto se reconoce que la consulta previa al Estado para aprobar el Plan -reclamada por el Gobierno de la Nación- no era un trámite previsto en norma alguna, se afirma también que “hubiera resultado extremadamente oportuna y conveniente desde la perspectiva de los principios de lealtad y colaboración que han de regir la relación entre los poderes públicos e, incluso, podría considerarse que derivaría un principio rector de la acción exterior autonómica fijado por la propia legislación catalana [...]”.

Desde nuestra comprensión del juicio de constitucionalidad que está llamado a realizar el Tribunal, no es adecuado calificar la actividad de ninguna de las partes comparecientes en el procedimiento constitucional, en este caso del ejecutivo autonómico, en términos de oportunidad, pues estas consideraciones parecen más propias de un eventual control de los comportamientos políticos, que del control de constitucionalidad.

El Tribunal Constitucional viene asumiendo que no le corresponde hacer un juicio de búsqueda del “óptimo constitucional”. La sentencia 217/2016 dice lo siguiente *“le corresponde a este Tribunal determinar cuál deba ser el mejor modo de articular el mecanismo de colaboración previsto en el art. 109 EAAr, pues nuestra función se ciñe a decidir si la norma impugnada excede de lo constitucionalmente previsto. Más en concreto, no se trata tampoco de valorar en qué medida la participación reconocida a la Comunidad Autónoma en la adopción*

de una decisión estatal satisfaga un hipotético “óptimo constitucional” (STC 47/2005, de 3 de marzo, FJ 10) en cuanto a la intervención autonómica en asuntos que le conciernan, sino de examinar si la misma tiene necesariamente que producirse en los términos reclamados en la demanda”.

En suma, nuestros pronunciamientos no están llamados a buscar un hipotético óptimo constitucional en contraste con la interpretación evolutiva acorde con la realidad histórica que toda constitución exige y con su carácter de marco para la convivencia. Difícilmente, además, puede contarse con una definición clara de ese óptimo en un ámbito, el de la organización territorial del Estado, en el que la Constitución en general y su Título VIII en particular, son eminentemente abiertos. Tampoco estamos llamados, en un procedimiento con el alcance del que aquí se somete a nuestra consideración, a valorar la corrección política coyuntural de las relaciones interterritoriales entre el Estado y determinadas comunidades autónomas. Cosa distinta es que, más allá de una falta de respeto institucional mutuo o unilateral, se vulneren principios constitucionales de organización territorial, o se hayan infringido los principios de colaboración y de lealtad constitucional. Sin embargo, una vez descartada tal infracción, como resulta del fundamento jurídico sexto de la sentencia, cualquier otro juicio sobre la adecuación del comportamiento de la comunidad autónoma a la hora de concretar su facultad de planificación, en un ámbito como el de la acción exterior donde no se han terminado de definir canales formales de cooperación interterritorial, resulta redundante en nuestra opinión.

Reiteramos, finalmente, que nuestro Voto aspira únicamente a contribuir al esclarecimiento de algunos conceptos utilizados en la sentencia, en la creencia de que pueden contribuir a perfilar, a poner de manifiesto sus líneas evolutivas y ayudar a la comprensión de los problemas constitucionales resuelto en ella, sin perjuicio de recordar que nuestro pronunciamiento en el Pleno ha sido favorable al fallo.

Madrid, a veintitrés de septiembre de dos mil veinte.