

BREXIT: ALGUNAS REFLEXIONES DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL

Tras un largo periodo de incertidumbre, el Brexit es ya una realidad en el horizonte inmediato. Los efectos económicos, sociales y políticos del referéndum británico no se han hecho esperar y los comentarios tampoco. Como es lógico, el interés de los analistas se ha centrado en primer lugar en las consecuencias que tendrá el Brexit sobre la propia Unión Europea, su sistema institucional y político y sobre el Derecho de la Unión. Sin embargo, el Brexit no va a limitar sus efectos a la Unión Europea y estos no pueden entenderse completamente sin una reflexión desde el Derecho internacional público.

Aunque dicha reflexión puede proyectarse sobre muy distintos sectores, en este momento reviste un especial interés la relación entre el Brexit y el Derecho de los tratados, ya que esta categoría normativa impregna todo el proceso de retirada. Así, no se puede olvidar que las propias condiciones cautelares para «evitar» el Brexit acordadas por el Consejo Europeo en febrero de 2016 se plasmaron en la Decisión de los Jefes de Estado o de Gobierno, reunidos en el seno del Consejo, relativa a un nuevo régimen para el Reino Unido en la Unión Europea¹, de cuestionable calificación jurídica que, a pesar de todo, fue registrada en la Colección de Tratados de Naciones Unidas a petición del Reino Unido. Por su lado, el propio Brexit se registrará por un tratado celebrado de conformidad con el art. 50 del Tratado de la Unión Europea² (en adelante, TUE). Y, por último, el Brexit tendrá un notable efecto sobre los tratados celebrados en el seno de la Unión y que obligan al Reino Unido.

Sin necesidad de entrar en el análisis del peculiar procedimiento de retirada previsto en el art. 50 TUE, es preciso llamar la atención sobre el hecho de que el mismo privilegia una retirada consensuada. Aunque la decisión de retirarse corresponde al Estado interesado, de conformidad con sus normas constitucionales, la voluntad unilateral del Reino Unido no es suficiente por sí misma para abandonar la Unión o, al menos, no lo es para abandonarla de modo inmediato. La fijación de una moratoria y la previsión de que se habrá de celebrar un acuerdo dentro de dicho plazo transforma el proceso de reti-

¹ DO C núm. 69, de 23 de febrero de 2016.

² DO C núm. 83, de 30 de marzo de 2010.

rada en un ejercicio de concertación de voluntades. Por otro lado, aunque la voluntad unilateral de retirada del Reino Unido producirá plenos efectos si el acuerdo no se logra en plazo, no es menos cierto que la redacción del art. 50 TUE y la propia complejidad de la Unión Europea privilegian una salida consensuada. Así parecen haberlo entendido todos los interesados, incluido el Reino Unido, que de forma constante se refieren a la celebración de un acuerdo como requisito para que el Brexit sea efectivo.

Esta peculiaridad tiene importantes consecuencias en términos de Derecho internacional: ni el procedimiento de retirada ni la comunicación por la que se activa el art. 50 pueden confundirse con un acto de denuncia de un tratado internacional. Y, en paralelo, el Brexit no puede apoyarse ni en una denuncia unilateral de los Tratados ni en la aplicación de cualquier otra causa de terminación de las enunciadas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969³. Aunque el art. 50 tiene una innegable relación con dicho instrumento, la misma no es otra que la configuración de dicho precepto como una aplicación de la regla general conforme a la cual la terminación de un tratado o la retirada del mismo se producirá, en primer lugar, conforme a lo previsto en el tratado [art. 54.a)]. Si —como parece razonable esperar— el proceso de retirada finaliza con un acuerdo entre la Unión Europea y el Reino Unido, dicho acuerdo será inequívocamente un tratado internacional cuya celebración está sometida a un procedimiento especial previsto en el TUE, pero cuya vigencia, validez e interpretación dependerán exclusivamente de normas de Derecho internacional.

Dicho tratado tendrá como «objeto y fin» establecer «la forma de retirada, teniendo en cuenta el marco de [las] relaciones futuras [del Reino Unido] con la Unión». Y su contenido deberá ser acorde con dicha finalidad. Por tanto, no parece posible que el mismo contemple un Brexit parcial. Si la pertenencia a la Unión Europea está abierta únicamente a los «Estados europeos» y es el Estado, como sujeto de Derecho internacional, el que adquiere o pierde la condición de miembro, parece extremadamente difícil —por no decir imposible— que a partir del art. 50 TUE se pueda responder a los deseos de Escocia o Irlanda del Norte de permanecer de alguna forma en la Unión. Más difícil aún sería el dar respuesta a las pretensiones de Gibraltar, ya que a su estatuto internacional de colonia se añade el hecho de que la aplicación del Derecho de la Unión en dicho territorio se produce únicamente en tanto que «territorio europeo cuyas relaciones exteriores asume un Estado miembro». En ambos supuestos, el art. 50 impide que la eventual permanencia de Escocia, Irlanda del Norte o Gibraltar sea abordada desde la perspectiva de la mera modificación del ámbito de aplicación territorial de los Tratados respecto de un Estado miembro. Si dicha fórmula fue válida en relación con Groenlandia, gracias a la permanencia de Dinamarca, no resulta factible en el caso del Brexit.

En este contexto, no puede obviarse tampoco la ambigüedad que la activación del art. 50 produce respecto del estatuto del Reino Unido. Así, aunque

³ Naciones Unidas, Treaty Series, vol. 331, núm. 1155.

es cierto que hasta que finalice el procedimiento previsto en dicho artículo, el Reino Unido seguirá siendo miembro de la Unión, no lo es menos que dicha condición se verá necesariamente afectada por la puesta en marcha del procedimiento de retirada. Aunque con carácter general seguirá disfrutando de los mismos derechos y obligaciones que los restantes Estados miembros, su condición de «Estado saliente» tiene consecuencias de notable importancia, en especial al privarle del derecho de participar en las decisiones del Consejo referidas al acuerdo previsto en el art. 50. En este contexto, a los efectos de la negociación del acuerdo, el Reino Unido se encontrará de facto en una posición similar a la de un tercer Estado. Y ello con independencia de que siga estando obligado a aplicar el Derecho de la Unión hasta el momento en que la retirada sea efectiva.

No menos importante es el efecto que el Brexit tendrá sobre los tratados internacionales celebrados por la Unión, bien sea con la participación de los Estados miembros (acuerdos mixtos) o sin ella (acuerdos de la Unión en sentido estricto). A pesar de la diferente participación del Reino Unido en una u otra categoría de tratados, la respuesta sobre la vigencia de sus efectos para dicho país tras el Brexit debe ser idéntica: en ambos casos, la participación del Reino Unido en el tratado se basa en su condición de miembro de la Unión, por lo que perdida dicha condición dejarán de aplicársele. Teniendo en cuenta que buena parte de estos tratados regulan materias que son de notable interés para el Reino Unido (en especial los tratados comerciales), ello le va a exigir una considerable actividad convencional en los próximos años y un esfuerzo de negociación fuera de lo habitual para cualquier Estado. Aunque el Reino Unido podría buscar atajos para evitar dicho proceso de negociación, ello no será una tarea fácil, ya que resulta altamente cuestionable la aplicación a dichos instrumentos de las reglas de sucesión en materia de tratados (el Reino Unido no puede ser considerado como un sucesor de la Unión Europea en términos estrictos) o la aplicación del principio de continuidad del tratado sin contar previamente con el consentimiento de los terceros Estados partes en los mismos.

Una situación diferente se producirá respecto de los tratados en los que tanto la Unión Europea como el Reino Unidos son partes a título propio y que han sido negociados al margen del sistema jurídico de la Unión. O respecto de los tratados en los que solo el Reino Unido (como otros Estados miembros) sea parte, aunque a los efectos de la gestión del tratado la Unión Europea haya asumido las competencias propias de los Estados por razón de la materia. En ninguno de estos supuestos se encuentra en entredicho la condición de Estado parte del Reino Unido. Sin embargo, habrá de tenerse en cuenta el hecho de que —en un número no desdeñable de casos— el Reino Unido, conforme a una práctica general, ha formulado declaraciones referidas al reconocimiento de la competencia de la Unión Europea sobre las materias reguladas en dichos tratados. Tras su salida efectiva de la Unión, el Reino Unido se verá obligado a revisar de manera cuidadosa y equilibrada dichas declaraciones, sin olvidar la necesidad de preservar la validez de los

efectos que las mismas hubiesen producido durante el periodo en que continuó siendo miembro de la Unión.

En todo caso, conviene advertir que la cuestión de la posición del Reino Unido respecto de un determinado tratado tras el Brexit no puede abordarse únicamente en clave de terminación o pérdida de efectos del tratado. Por el contrario, dado que dichos tratados seguirán en vigor con carácter general, también será necesario distinguir con claridad entre la aplicación de dichos tratados antes y después del Brexit, ya que de ello dependerá en buena medida no solo la determinación de cuáles sean sus efectos, sino también la imputación de un determinado acto relacionado con el tratado bien sea a la Unión Europea, al Reino Unido o a ambos. Y ello, sin duda, puede tener notables consecuencias no solo en términos de responsabilidad internacional sino también a los efectos del sistema de arreglo de controversias aplicable respecto de cualquier controversia que pueda producirse por aplicación del tratado y que afecte al Reino Unido.

Todos estos elementos deberán ser tenidos en cuenta con carácter general en el futuro acuerdo de retirada del Reino Unido. Además, por lo que se refiere a cuestiones que afectan especialmente a España, la incidencia del Brexit sobre los tratados internacionales exige, cuanto menos, llamar la atención sobre dos cuestiones relacionadas con el contencioso de Gibraltar. En primer lugar, la necesidad de proceder a una reflexión serena sobre la aplicación del Tratado de Utrecht, de 13 de julio de 1713, suscrito por las Coronas de España e Inglaterra, en el marco de un nuevo modelo de relación entre España y el Reino Unido fuera de la Unión Europea. Y, en segundo lugar, la necesidad de definir el futuro del denominado «régimen acordado sobre las autoridades de Gibraltar», que facilitó la adopción de determinadas decisiones comunitarias así como la ratificación por parte de España de un cierto número de tratados multilaterales que podrían tener incidencia sobre el reconocimiento de dichas autoridades. Sin embargo, dado que dicho «régimen acordado» entre España y el Reino Unido se alcanzó en el marco de la común pertenencia de ambos países a la Unión Europea, resulta imprescindible revisar su utilidad y oportunidad futuras.

Las cuestiones que se acaban de analizar no son sino una parte de la problemática más general de la relación existente entre el Derecho internacional y el Brexit. Se trata, no obstante, de cuestiones especialmente importantes sobre las que es preciso llamar la atención en estos momentos iniciales del proceso de retirada y respecto de las cuales es imprescindible que, tanto en el seno de la Unión Europea como en nuestro propio país, se inicie una seria reflexión a fin de no incurrir en contradicciones ni errores en un proceso que ya de por sí es problemático y complejo.

Concepción ESCOBAR HERNÁNDEZ

Catedrática de Derecho internacional público (UNED).

Miembro de la Comisión de Derecho Internacional