

TRIBUNA ABIERTA

LA UNIÓN EUROPEA ANTE EL DESAFÍO DEL BREXIT: DE LA DECISIÓN DE LOS JEFES DE ESTADO O GOBIERNO A LA ACTIVACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE RETIRADA

JOSÉ MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES*

Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Salamanca. Actualmente es Jefe de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación

La Unión Europea ante el desafío del Brexit: de la Decisión de los Jefes de Estado o Gobierno a la activación del procedimiento de retirada

El Brexit supone un enorme desafío para la Unión Europea (UE). Este artículo examina la Decisión de los Jefes de Estado o Gobierno, de 18 de febrero de 2016, por la que se trató de dar una respuesta a las exigencias de Reino Unido para permanecer en la UE, como un ejemplo de las «soluciones a medida» que la UE adopta ante situaciones de crisis. La Decisión, cuya naturaleza jurídica se puede asimilar a la de un tratado internacional celebrado de forma simplificada, plantea interesantes cuestiones jurídicas. Pese al resultado del referéndum, además, no es descartable que sirva de precedente en hipotéticos casos futuros o que influya en las negociaciones de salida; cabe incluso la posibilidad de que «renazca» de truncarse el Brexit. Adicionalmente, el artículo analiza varios de los interrogantes jurídicos que plantean las referidas negociaciones de salida (papel de las partes, plazos, etc.) e incluye un breve excursus sobre la cuestión de Gibraltar a la luz del Brexit.

The European Union and the Brexit challenge: from the Decision of the Head of State or Government to the exit process

Brexit poses an immense challenge for the European Union (EU). This article examines the Decision of the Heads of State or Government dated 18 February 2016, which sought to satisfy the United Kingdom's demands for remaining within the EU as an example of the «tailor-made solutions» that the EU produces when facing crises. The Decision, the legal nature of which can be likened to that of an international treaty negotiated in simplified form, raises many interesting legal issues. Despite the referendum's result, it cannot be ruled out that the Decision will serve as a precedent in possible future scenarios or that it will influence the exit talks. The Decision may even be «revived» if Brexit ultimately does not happen. In addition, this article examines many of the legal questions posed by those exit negotiations (the roles of the parties involved, terms, etc.), and makes brief reference to the issue of Gibraltar in the wake of Brexit.

PALABRAS CLAVE

Brexit, Unión Europea, Negociaciones de salida, Gibraltar

KEY WORDS

Brexit, European Union, Exit negotiations, Gibraltar

Fecha de recepción: 10-6-2016

Fecha de aceptación: 15-6-2016

I · ASPECTOS GENERALES

1 · Las crisis en la Unión Europea: una situación recurrente en el proceso de integración europea

La Unión Europea (UE) puede ser considerada única desde muy diversas perspectivas. Como ya ha sido estudiado con profusión desde hace décadas, nos encontramos ante una organización internacional de integración sin parangón en la comunidad

internacional, que se fundamenta en la noción de *supranacionalidad* y está revestida de elementos de indudable inspiración *federal*. La Unión ha demostrado, además, ser también extraordinariamente flexible, dúctil e imaginativa a la hora de dotarse de una serie de elementos jurídicos efectivos para conseguir en la práctica los fines perseguidos por sus tratados constitutivos. Así, instrumentos como los convenios comunitarios (celebrados entre Estados miembros de la Unión), los acuerdos internacionales mixtos (celebrados conjuntamente por la Unión Europea y por los Estados miembros), los instrumentos jurídicos internos de naturaleza diferenciada de los bien conocidos reglamentos, directivas o

* Las opiniones vertidas en esta contribución corresponden a título personal a su autor y en modo alguno son atribuibles al Ministerio para el que actualmente trabaja.

decisiones (actos atípicos como las Decisiones del Consejo, Decisiones de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, Resoluciones, etc.) o incluso la propia flexibilidad derivada de la frecuente imprevisión del instrumento normativo a utilizar son verdadera seña de identidad jurídica del funcionamiento diario de la Unión. No podemos ignorar tampoco las potencialidades que suministra, especialmente en el último tiempo, la inacabable cantera del *soft law*. En definitiva, esta peculiar organización internacional es realmente única a la hora de desplegar una imaginativa ingeniería jurídica capaz de buscar *in extremis* 'soluciones a medida' a los problemas de no fácil encaramiento.

Cuando aparecen esos problemas particularmente graves o surgen situaciones complicadas de crisis, la Unión termina viéndose obligada a volver la mirada hacia el Derecho Internacional; incluso aunque a veces lo haga a costa de soslayar el propio ordenamiento jurídico de la Unión. Así ha ocurrido recientemente cuando ha habido que afrontar la crisis económica y financiera desde la dificultad que implicaba no contar con los instrumentos adecuados en los tratados constitutivos¹. También sucedió algo parecido cuando, como consecuencia de la desaparición de las fronteras interiores en el seno del mercado único, hubo que crear un control común de las fronteras exteriores², adoptar ciertas normas mínimas en materia de asilo³ o incluir algunas disposiciones para la lucha contra el terrorismo⁴ sin

contar con una atribución de competencia suficiente en los tratados constitutivos. Lo propio puede concluirse también cuando el proceso de integración europea hubo de afrontar crisis políticas internas de cierta entidad: acaeció con la llamada 'crisis de la silla vacía' en 1966, al aprobarse lo que se dio en denominar el 'Compromiso de Luxemburgo'⁵, y también pasó de manera igualmente clara cuando los Jefes de Estado y de Gobierno se vieron obligados a adoptar sendas decisiones 'hechas a la medida' para dar salida en 1992 al no danés al Tratado de Maastricht⁶ o en 2009 a la negativa irlandesa al Tratado de Lisboa⁷.

2 · El desafío del *Brexit*: de la Decisión de los Jefes de Estado o de Gobierno a la puesta en marcha del mecanismo de retirada de la Unión

En la actualidad, nos encontramos en una tesitura de parecido cariz. El Primer Ministro británico envió el 10 de noviembre de 2015 una carta al Presidente del Consejo Europeo —con copias a los presidentes de la Comisión y Parlamento Europeo y al resto de miembros del Consejo Europeo— en la que planteaba «*A new settlement for the United Kingdom in a reformed European Union*»⁸. La carta respondía, en realidad, a la invitación que había recibido el Reino Unido, en el marco del anterior Consejo Europeo, de fijar las áreas que podrían merecer reforma para afrontar «*the concerns of the British people over our membership of the European Union*» y recogía ya los cuatro grandes grupos de cuestiones que después se plasmarían en la Deci-

1 Difícilmente puede pasarse por alto en este caso el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de 2 de marzo de 2012; *BOE* núm. 178, de 26 de julio de 2012. Un comentario *in extenso* sobre su naturaleza jurídica y su relación institucional con el marco de la Unión lo hemos realizado con anterioridad en «El nuevo Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria: reflexiones a propósito de una peculiar reforma realizada fuera de los tratados constitutivos», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 42, 2012, pp. 397-431.

2 Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, entre los Gobiernos de la Unión Económica del Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República de Francia, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes; publicado, con ocasión de la adhesión de España al mismo, en el *BOE* núm. 81, de 5 de abril de 1994.

3 Convenio de Dublín, de 15 de junio de 1990, relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas; publicado en el *DO* C 254 de 19 de agosto de 1997, p. 1.

4 Tratado de Prüm, de 27 de mayo de 2005, celebrado entre Alemania, Austria, Bélgica, España, Francia, Luxemburgo y los Países Bajos, relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia organizada y la migración ilegal; *BOE* núm. 307, de 25 de diciembre de 2006.

5 En virtud del compromiso alcanzado, los Estados miembros podrían vetar decisiones que pudieran afectar a un 'interés nacional vital', a pesar de que los tratados constitutivos previeran su adopción mediante mayoría cualificada (y no unanimidad) en el Consejo. Se trataba, en todo caso, de un acuerdo político.

6 Decisión de los Jefes de Estado y de Gobierno, reunidos en el seno del Consejo Europeo, relativa a determinados problemas planteados por Dinamarca en relación con el Tratado de la Unión Europea, Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de 12 de diciembre de 1992, SN 456/92, anexo 1.

7 Decisión de los Jefes de Estado o de Gobierno de los 27 Estados miembros de la UE, reunidos en el seno del Consejo Europeo, relativa a las preocupaciones del pueblo irlandés sobre el Tratado de Lisboa; Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de 18 y 19 de junio de 2009, 11225/2/09 REV 2, anexo 1.

8 Sobre esta concreta propuesta, publicada en la web del Gobierno británico con el título *A new settlement for the United Kingdom in a reformed European Union*, puede verse, entre otros, JACQUÉ, J.P.: «Brexit – Un enjeu externe ou interne pour le Royaume-Uni?», *Revue Trimesielle de Droit Européen*, 2015, pp. 683-688.

sión de los Jefes de Estado o Gobierno de 18 de febrero de 2016 (gobernanza económica, competitividad, soberanía e inmigración)⁹. Con esta Decisión, los Jefes de Estado o de Gobierno intentaron dar respuesta *in extremis* al reto que planteaba el Reino Unido¹⁰ y, al margen de toda la ortodoxia de los tratados constitutivos, adoptaron un peculiar paquete de medidas, que bien merece un cierto análisis jurídico.

Sin embargo, de poco sirvió esta oferta de ‘trato especial’. En el referéndum del 23 de junio un 51,89 % de los votantes británicos contestó a favor del *abandono* a la pregunta de «¿Debe el Reino Unido continuar siendo miembro de la Unión Europea o debe abandonar la Unión Europea?», mientras que un 48,11 % lo hizo a favor de la *permanencia*. Con ello, la Decisión aprobada por los Jefes de Estado o de Gobierno cuatro meses antes quedaba condenada a convertirse en ‘papel mojado’ e, inesperadamente, era el artículo 50 TUE el que pasaba a ocupar el primer plano de la actualidad. Por tanto, el paquete de medidas de febrero de 2016, concebido como el antídoto para evitar que por primera vez se tuviera que utilizar el mecanismo de retirada, resultó ser ineficaz.

Así las cosas, entre en vigor o no la Decisión de los Jefes de Estado o de Gobierno —y todo apunta a que no lo hará—, su adopción y su relevante contenido reflejan una excelente prueba del modo jurídico de actuar de la Unión en este tipo de crisis; y, guste o no, en cierta forma siempre podrá operar como un posible precedente para eventuales casos similares. Así las cosas, una vez descrito sucintamente el alcance del paquete de medidas que la UE propuso al Reino Unido para evitar su abandono de la Unión (II), trataremos de analizar en este estudio la naturaleza jurídica de la Decisión adoptada por los Jefes de Estado o de Gobierno (III) y las conexas cuestiones sobre aplicación e interpretación (IV), para abordar después algunas peculiaridades que se plantean en el plano interno español (V). Lógicamente, antes de concluir con unas breves conside-

raciones finales (VIII), habrá que tornar la mirada hacia las palmarias incertidumbres (políticas y también jurídicas) que viven actualmente la Unión y sus Estados miembros como consecuencia de la previsible puesta en marcha del mecanismo del artículo 50 TUE (VI), así como, por lo que específicamente concierne a España, al posible efecto que la retirada del Reino Unido podría tener sobre Gibraltar (VII).

II · ANTES DEL 23 DE JUNIO: EL CONSEJO EUROPEO Y EL PAQUETE DE MEDIDAS PARA EVITAR EL BREXIT

El «conjunto de disposiciones» que aprobó el Consejo Europeo como «respuesta apropiada a las preocupaciones del Reino Unido» se concretó fundamentalmente en una Decisión de los Jefes de Estado o de Gobierno, reunidos en el seno del Consejo Europeo¹¹, si bien ésta se vio escoltada por seis Declaraciones, de las que una contiene un proyecto de Decisión del Consejo en materia de gestión eficaz de la unión bancaria y mayor integración de la zona euro (*Statement*)¹², otra una Declaración del Consejo Europeo sobre competitividad¹³ y cuatro son Declaraciones de la Comisión sobre subsidiariedad¹⁴, prestaciones sociales¹⁵, mecanismo de salvaguarda en caso de excepcional afluencia de trabajadores al Reino Unido procedentes de otros Estados miembros¹⁶ y sobre el abuso del derecho de libre circulación de personas¹⁷.

¹¹ Decisión de los Jefes de Estado o de Gobierno, reunidos en el seno del Consejo Europeo, relativa a un régimen para el Reino Unido en la Unión Europea; Anexo 1 de las Conclusiones del Consejo Europeo.

¹² Declaración que contenga un proyecto de Decisión del Consejo sobre las disposiciones específicas relacionadas con la gestión eficaz de la unión bancaria y de las consecuencias de la mayor integración de la zona euro, que se adoptará el día en que surta efecto la Decisión a que hace referencia la Decisión de los Jefes de Estado o de Gobierno; anexo 2.

¹³ Declaración del Consejo Europeo sobre competitividad; anexo 3.

¹⁴ Declaración de la Comisión relativa a un mecanismo de aplicación de la subsidiariedad y un mecanismo de aplicación de la reducción de las cargas; anexo 4.

¹⁵ Declaración de la Comisión sobre la indexación de las prestaciones por hijos exportadas a los Estados miembros distintos de aquel en el que reside el trabajador; anexo 5.

¹⁶ Declaración de la Comisión sobre el mecanismo de salvaguarda al que hace referencia el apartado 2, letra b) de la sección D de la Decisión de los Jefes de Estado o de Gobierno; anexo 6.

¹⁷ Declaración de la Comisión sobre cuestiones relacionadas con el abuso del derecho de libre circulación de personas; anexo 7.

⁹ Consejo Europeo de 17 y 18 de diciembre de 2015, Conclusiones finales, EUCO 28/15, apdo. 20. Tras el cambio de impresiones político acerca del proyecto del Reino Unido de celebrar un referéndum sobre la permanencia en la UE, «los miembros del Consejo Europeo han acordado colaborar estrechamente para encontrar, en la reunión del Consejo Europeo de los días 18 y 19 de febrero de 2016, soluciones satisfactorias para todos en los cuatro ámbitos».

¹⁰ Conclusiones del Consejo Europeo de 18 y 19 de febrero de 2016, EUCO 1/16. DO C 69, de 23 de febrero de 2016.

Igualmente, como complemento interpretativo de este paquete de medidas, el Consejo Europeo estableció en sus conclusiones cuatro declaraciones que resultan de particular relevancia a la hora de analizar, en el apartado siguiente, los principales interrogantes jurídicos que plantea la Decisión, a saber: esta Decisión otorga garantía jurídica de que se han abordado las cuestiones que preocupan al Reino Unido reflejadas en la carta de 10 de noviembre de 2015; el contenido de la Decisión es totalmente compatible con los tratados constitutivos; y la Decisión es jurídicamente vinculante y puede modificarse o derogarse solo de común acuerdo por los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros de la Unión.

A mayor abundamiento, este paquete de medidas se configura bajo la condición de que el referéndum en el Reino Unido sea favorable a la permanencia en la Unión. En consecuencia, la Decisión surtirá efecto el día en que el Gobierno del Reino Unido informe al secretario general del Consejo de que el Reino Unido ha decidido seguir siendo miembro de la Unión Europea¹⁸. En caso contrario, como expresamente estableció el Consejo Europeo y a todas luces se erige ahora como escenario más probable, «[s]e da por entendido que (...) dejará de existir el conjunto de disposiciones»¹⁹. Y así lo ha entendido, obviamente, el Reino Unido desde el primer momento. En este sentido, cabe destacar que, una vez aprobada la Decisión de los Jefes de Estado o de Gobierno, el Gobierno británico publicó tres interesantes informes que toman en consideración los dos escenarios posibles: un referéndum favorable a la permanencia en la Unión, con la consiguiente aplicación del paquete de medidas aquí reseñado²⁰; o un referéndum desfavorable a la permanencia que exige plantearse los posibles modelos de un Reino Unido fuera de la Unión²¹ y, consiguientemente, la puesta en marcha del ya mencionado procedimiento previsto en el artículo 50 TUE²². Como se ha apuntado, *Brexit means Brexit...*

¹⁸ Conclusiones finales, cit., nota 10, apdo. 3.

¹⁹ Conclusiones finales, cit., nota 10, apdo. 4.

²⁰ *The best of both worlds: the United Kingdom's special status in a reformed European Union*, HM Government, OGL, Londres, 2016.

²¹ *Alternatives to membership: possible models for the United Kingdom outside the European Union*, HM Government, OGL, Londres, 2016.

²² *The process for withdrawing from the European Union*, HM Government, OGL, Londres, 2016.

III · LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA DECISIÓN DE LOS JEFES DE ESTADO O DE GOBIERNO: UN ACUERDO SOMETIDO AL DERECHO INTERNACIONAL

En todo caso, entre en vigor o no, la Decisión de los Jefes de Estado y de Gobierno, como eje central del paquete de medidas adoptadas, deja tras de sí un generoso reguero de interrogantes jurídicos que merece la pena esbozar, siendo el de su naturaleza jurídica el más relevante de ellos. Cabe así plantearse, antes de nada, si nos encontramos ante un acto de Derecho de la Unión en cualquiera de sus categorías posibles, sea Derecho de la Unión *stricto sensu*, un acuerdo internacional no normativo o incluso un acto *sui generis* o un *tertium genus* (1). Caso de descartarse esa vía, habrá que sondear la de considerar la Decisión como un acuerdo internacional sometido al Derecho Internacional (2), si bien ello nos obligará a tomar en consideración algunas peculiaridades que difícilmente podrían pasar desapercibidas, como son fundamentalmente la singular cláusula de entrada en vigor (3) y la delicada cuestión de su incidencia (futura) en el Derecho de la Unión (4).

1 · La Decisión de los Jefes de Estado y Gobierno de 18 de febrero de 2016: ni Derecho de la Unión, ni acuerdo político ni *tertium genus*

a) La imposible calificación como Derecho de la Unión

De entrada, parece obvia la exigencia de descartar la posibilidad de que la Decisión en cuestión pueda ser considerada Derecho de la Unión. Ni se trata de una reforma de los tratados constitutivos *ex* artículo 48 TUE (Derecho originario) ni nos encontramos tampoco ante una Decisión de una institución comunitaria en el sentido del artículo 288 TFUE (Derecho derivado). Antes al contrario, de la propia denominación empleada se deduce claramente que es una Decisión diferente (*Decisión de los Jefes de Estado o de Gobierno reunidos en el seno del Consejo Europeo*), aunque haya sido adoptada en el seno del Consejo Europeo y por quienes componen dicha institución.

En realidad, nada debe tener ello de extraño, ya que, en primer lugar, no es la primera vez que ocurre, puesto que existen precedentes muy semejantes en los anteriores casos en que, como ya se ha mencionado, hubo de buscarse una salida al referéndum negativo danés en el proceso de ratifica-

ción del Tratado de Maastricht, así como a las reticencias irlandesas respecto al Tratado de Lisboa²³. Y, en segundo lugar, tampoco es extraño al funcionamiento institucional de la Unión la adopción de Decisiones en el seno de las instituciones depositarias del elemento intergubernamental de la Unión, ya que también se dan con cierta frecuencia en el seno del Consejo, si bien en ese caso nutren el nebuloso ámbito del Derecho Complementario. No cabe, por tanto, reconducir la Decisión de los Jefes de Estado o de Gobierno a ninguna de las categorías jurídicas del Derecho de la Unión.

b) La muy difícil calificación jurídica como un acuerdo político o como un acuerdo internacional no normativo

Cabría plantearse, a continuación, si podríamos encontrarnos ante un acuerdo político o, si se prefiere emplear una terminología más acorde con nuestra legislación interna en la materia, ante un *acuerdo internacional no normativo*²⁴. No en vano, con ocasión del ya citado precedente de 1992, la doctrina más reputada abogó por la consideración de la Decisión de los Jefes de Estado o de Gobierno como un *acuerdo político*²⁵. De hecho, la Decisión utiliza elementos formales característicos de este tipo de actos no normativos. Piénsese que, por ejemplo, la Decisión no está dividida en artículos, sino en secciones y párrafos; omite igualmente la

forma final habitual en los tratados en la que aparece la firma de los Jefes de Estado o Gobierno; e incluso la terminología que utiliza en gran parte de su formulación evoca en ocasiones a la propia de los acuerdos internacionales no normativos más que a la de los tratados internacionales (ej. ‘surtirá efecto’ en lugar de ‘entrará en vigor’)²⁶; y, lo que no es menos relevante, el texto de la Decisión omite en su formulación cualquier referencia expresa a su (supuesto) carácter jurídicamente vinculante. Es más, el instrumento en cuestión no está sometido ni a firma ni a ratificación posterior por los Estados miembros conforme a sus correspondientes normas constitucionales internas, como suele ser habitual en los acuerdos internacionales no normativos, mientras que resulta excepcional en el caso de los acuerdos internacionales generadores de obligaciones internacionales. En realidad, no está sometido a ninguna de las formalidades típicas de los tratados internacionales (ni firma, ni posterior prestación del consentimiento ni consiguientemente notificación alguna de cumplimiento de las exigencias internas para la conclusión).

Ahora bien, a nuestro juicio, existe un elemento capital que impide de plano poder considerar a la Decisión como un acuerdo internacional no normativo, a saber, la expresa voluntad de sus autores de que resulte jurídicamente vinculante. Aunque, como se acaba de apuntar, la literalidad del texto de la Decisión omite toda alusión expresa a este pretendido carácter jurídicamente vinculante, existen dos elementos que invitan a excluir claramente su consideración como acuerdo internacional no normativo. Por un lado, la Decisión carece de la habitual cláusula de estos acuerdos en el sentido de indicar con claridad que «no es susceptible de generar obligaciones jurídicas ni queda sometida al Derecho Internacional». Por otro lado, como se mostrará más adelante y como argumento de bastante mayor

²³ Vid. supra, notas 6 y 7.

²⁴ Véase la Ley 25/2014, de 27 de noviembre de 2014, sobre Tratados y otros Acuerdos Internacionales, BOE núm. 288, de 8 de noviembre. Su artículo 2 c) define los acuerdos internacionales no normativos como «*acuerdo de carácter internacional no constitutivo de tratado ni de acuerdo internacional administrativo (...) que contiene declaraciones de intenciones o establece compromisos de actuación de contenido político, técnico o logístico y no constituye fuente de obligaciones internacionales ni se rige por el Derecho Internacional*». Un comentario general de la ley en el que se caracteriza y justifica la introducción en la ley de esta categoría de acuerdos internacionales, lo hemos realizado anteriormente en «La Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales: una nueva regulación para disciplinar una práctica anterior difícil de ignorar», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 67, 2015, pp. 13-60, especialmente pp. 46-50. Sobre los preceptos de la ley dedicados a la definición, por un lado, y al título de la ley que regula este tipo de acuerdos, pueden verse el análisis realizado por GONZÁLEZ VEGA, J. (Art. 2) y GUTIÉRREZ ESPADA, C. (Arts. 43 a 48), en ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., DIEZ-HOCHLEITER, J. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES J. (dirs.): *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, pp. 93-126 y 835-873 respectivamente.

²⁵ Véase, por ejemplo, MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUE-RAS, D.J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, McGraw Hill, Madrid 2000, p. 56.

²⁶ Sobre la cuestión de las diferencias de lenguaje empleada en los tratados internacionales y en los acuerdos internacionales no normativos puede verse REMIRO BROTONS, A.: «De los tratados a los acuerdos internacionales no normativos», en AAVV, *La celebración de tratados internacionales por España: problemas actuales*, Escuela Diplomática, Madrid, 1990, pp. 23-48, especialmente nota 139 (establece diez recomendaciones de redacción); PÉREZ GIRALDA, A.: «La sectorialización del Derecho internacional y la diplomacia», en *ib.*, *Prudencia jurídica y poder exterior*, Biblioteca Diplomática Española-MAE, Madrid, 2010, pp. 101-128; *ib.*: «España y la práctica del Derecho internacional: los acuerdos no normativos», en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dir.), *España y la práctica del Derecho internacional — LXXV Aniversario de la Asesoría Jurídica Internacional*, MAE, Madrid, 2014, pp. 77-91.

peso²⁷, los celebrantes del acuerdo sí dejan patente en las Conclusiones Finales del Consejo Europeo su indubitada voluntad de que el acuerdo en cuestión resulte jurídicamente vinculante. Así pues, si la voluntad de los celebrantes es la de dotar al acuerdo de un efecto jurídicamente vinculante, no cabrá en modo alguno calificar la Decisión como acuerdo internacional no normativo (o como un acuerdo político).

c) La innecesaria tentación de calificación como un *tertium genus*

Así las cosas, cabría también plantearse si podría tratarse de una suerte de *tertium genus*. No sería, de hecho, extraño tender a considerar la Decisión como un instrumento jurídico *sui generis* de la Unión que no contuviera obligaciones jurídicas para los Estados y su intención fuere la de canalizar el compromiso *político* de realizar futuras reformas de los tratados constitutivos. Sin embargo, como ocurría con la categoría anterior, por mucho que se quieran estirar las categorías jurídicas atípicas de la Unión o las posibilidades del siempre maleable *soft law*, tal consideración siempre encontraría el obstáculo insoslayable del deseado carácter jurídicamente vinculante del contenido de la Decisión.

2 · La naturaleza jurídica de la Decisión los Jefes de Estado o de Gobierno: un acuerdo sometido al Derecho Internacional

En esta tesitura, excluida toda posible consideración como Derecho de la Unión, como acuerdo internacional no normativo o como un *tertium genus* de Derecho de la Unión, cabe finalmente plantearse si la Decisión podría ser calificada como un tratado en el sentido marcado por la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre Derecho de los Tratados. En este sentido, su artículo 2.1 c), de modo prácticamente idéntico a como lo hace también la reciente ley española en la materia²⁸,

define el tratado como «un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular».

La Decisión en cuestión cumple, sin duda alguna, los requisitos de ser un acuerdo de carácter internacional, estar concluido entre Estados y serlo en forma escrita. Resta por dilucidar, únicamente, si está regido por el Derecho Internacional, esto es, si es susceptible de generar entre los Estados signatarios obligaciones jurídicas regidas por este ordenamiento. Si así fuese, resultaría irrelevante que el acuerdo no esté sometido a las formalidades típicas del proceso de celebración de tratados. Tampoco lo sería que no se diferencie entre el proceso de adopción y autenticación y el posterior proceso de prestación del consentimiento, ya que el artículo 11 de la Convención de Viena, pese a hacer referencia expresa a las formas habituales de prestación de consentimiento (la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión), admite claramente «cualquier forma que se hubiere convenido». Rige, así, como en casi todo el ámbito del Derecho de los Tratados, el principio básico de la autonomía de la voluntad de las partes²⁹. Si la voluntad de los 28 Estados (miembros de la Unión) que celebran el acuerdo internacional, representados a su más alto nivel por los Jefes de Estado o de Gobierno (que lógicamente, conforme al artículo 7 de la Convención de Viena, no precisan plenipotencia alguna para comprometer al Estado), es la de celebrar un acuerdo con naturaleza de tratado, negociado en el marco de una reunión del Consejo Europeo y celebrado de manera simplificada en un único acto, nada en Derecho Internacional lo impide. Y, por supuesto, tampoco la denominación escogida (Decisión de los Jefes de Estado o de Gobierno reunidos en el seno del Consejo Europeo) es obstáculo alguno para ello, como establece el ya citado artículo 2 de la Convención («cualquiera que sea su denominación particular»). Resulta, de hecho, perfectamente compatible con la Convención de Viena.

²⁷ Vid. *infra*, III.2.

²⁸ Véase su artículo 2 a) que lo define como un «acuerdo celebrado por escrito entre España y otro u otros sujetos de Derecho internacional, y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación». Sobre esta definición, pueden verse las consideraciones de GONZÁLEZ VEGA, J.: «Artículo 2», en SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., DIEZ-HOCHLEINTER, J. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dirs.), *op. cit.* (Comentarios a la Ley...), nota 24, pp. 93-126, especialmente pp. 102-103.

²⁹ Obviamente, un límite a esta autonomía de las partes es la prohibición de su uso abusivo para, por ejemplo, eludir obligaciones de *ius cogens* (art. 53 Convención de Viena) u obligaciones derivadas de la Carta de las Naciones Unidas (art. 30 Convención de Viena y art. 103 de la Carta). Pero no parece que este sea en modo alguno el caso de la Decisión que nos ocupa.

Como ya se ha anticipado en el apartado anterior, el elemento clave para diferenciarlo de un acuerdo internacional no normativo (frecuentemente denominados MOUs) sería que resulte jurídicamente vinculante. Y tal carácter, con independencia de que el acuerdo no lo manifieste expresamente, parece inducirse claramente de la propia voluntad de los Estados. En primer término, esta voluntad puede inferirse del contexto y circunstancias en que se negoció el acuerdo, ya que para el Reino Unido era claro (y así lo planteó desde el primer momento) que se estaba negociando un acuerdo con vocación de que resultara jurídicamente vinculante³⁰. Igualmente, la carta enviada por el Presidente del Consejo Europeo a sus colegas convocándoles a la reunión y transmitiéndoles el contenido básico de la propuesta expresaba que «*Most of the substance of this proposal takes the form of a legally binding Decision of the Heads of State or Governments*»³¹. Hubiera bastado, por tanto, que los 28 Estados participantes en las negociaciones hubieran aceptado de manera inequívoca el carácter vinculante del acuerdo —aunque hubiera sido tácitamente— para que aquél gozara de tal condición³². Pero es que, en segundo término, tal aceptación no es tácita, sino expresa, ya que las Conclusiones Finales del Consejo Europeo de 18 y 19 de febrero, en cuyo seno se desarrollaron las negociaciones conducentes a la Decisión lo manifiestan con claridad meridiana. En ellas se dice *expressis verbis* que «*la Decisión es jurídicamente vinculante*»³³. Y, por cierto, así ha sido considerado también por el Reino Unido una vez adoptada la Decisión³⁴.

A mayor abundamiento, en este mismo sentido, cabe indicar que el Reino Unido procedió el 24 de febrero de 2016 al registro del acuerdo en Naciones Unidas, conforme a lo previsto en el artículo 102 de la Carta. Y así sigue, pese al resultado del

referéndum favorable al *Brexit*. Ello, ciertamente, no es *per se* prueba de que nos encontremos ante un tratado internacional, ya que existen casos (excepcionales) de acuerdos internacionales no normativos que también han sido registrados. Pero no cabe duda que, unido a la voluntad clara del depositante de estar depositando un tratado internacional, constituye un indicio añadido nada baladí en relación con la naturaleza jurídica de la Decisión³⁵.

En suma, dejando a salvo todas las peculiaridades reseñadas y abstrayéndonos de la realidad fáctica acaecida con posterioridad a su aprobación, concurren elementos suficientes para calificar la Decisión como un *acuerdo internacional celebrado de manera simplificada*³⁶.

IV · LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LA DECISIÓN DE LOS JEFES DE ESTADO O DE GOBIERNO: A PROPÓSITO DE LA ENTRADA EN VIGOR Y DEL POSIBLE PAPEL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

Con todo, no puede concluirse este análisis sin hacer referencia a dos de las peculiaridades más sobresaliente del acuerdo, ya que su despliegue de efectos queda sometido a una suerte de condición resolutoria que no suele ser habitual en los tratados internacionales (1) y difícilmente puede obviarse la

³⁰ Carta del Primer Ministro del Reino Unido, *cit.*, nota 8, p. 5 («...an agreement that would, of course, need to be legally-binding and irreversible»). Ciertamente que la carta añade una consideración bastante más problemática desde la perspectiva jurídica («and where necessary have force in the Treaties»).

³¹ Carta de 2 de febrero de 2016, en su penúltimo párrafo.

³² Para uno de los más relevantes comentaristas de la Convención de Viena, «Article 11 refers solely to any other means 'if so agreed' without requiring establishment of the agreement», a la vez que considera que con esa referencia «[c]learly, it is intended to embrace treaties in simplified form»; VILLINGER, M.E.: *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009, pp. 172-183, especialmente pp. 177-178.

³³ Conclusiones finales, *cit.*, apdo. I.3, iii).

³⁴ *Vid. supra*, notas 8 y 20 a 22.

³⁵ Cuestión diferente es preguntarse por qué correspondió al Reino Unido tal tarea de depósito. Ciertamente, en el precedente de 1992 fue también el Reino Unido quien lo hizo. Pero en aquel momento podía tener su lógica jurídica, dado que la reunión de Jefes de Estado o de Gobierno que gestó la decisión entonces registrada tuvo lugar en Edimburgo; y, dado que no era un acto de la Unión, en aquel caso resultaba del todo punto defendible que el registro lo hiciera el Estado en cuyo territorio se celebró el acuerdo. No resulta tan evidente, empero, en el caso actual. Constituye, en nuestra opinión, una cierta anomalía que, a salvo del interés evidente del Reino Unido por la cuestión regulada por la Decisión, no termina de encontrar justificación suficiente. Bien podría haberlo hecho el Estado que ejerce la presidencia rotatoria de la Unión (Países Bajos) o el Estado en cuyo territorio se celebró la reunión generadora de la Decisión (Bélgica). Ciertamente es, en todo caso, que el resto de Estados firmantes parece haber asentido (a todas luces) a ello. Y nada se conoce de la opinión de los servicios jurídicos de la Comisión y del Consejo al respecto.

³⁶ Véase, por ejemplo, HOFFMEISTER, F.: «Article 11», en DÖRR, O. y SCHMALENBACH, K. (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties — A Commentary*, Springer, Berlín-Heidelberg, 2012, pp. 153-162, especialmente p. 159, apdo. 24. Para este autor, la Decisión adoptada por los Jefes de Estado o Gobierno en 2009 para dar salida a las dificultades planteadas por Irlanda «can be regarded as an international agreement concluded in simplified form».

existencia del Tribunal de Justicia y su posible incidencia en la interpretación de alguno de sus elementos (2).

1 · La cláusula de entrada en vigor de la Decisión: el sometimiento a condición

En efecto, la Decisión prevé en su sección E sobre aplicación y disposiciones finales que «*surtilirá efecto el mismo día en que el Gobierno del Reino Unido informe al secretario general del Consejo de que el Reino Unido ha decidido seguir siendo miembro de la Unión Europea*»³⁷. Es decir, si no se cumple la condición fijada por la propia Decisión, como parece que será el caso, ésta no entrará en vigor y, por tanto, no desplegará los efectos en ella previstos. Lógicamente, se trata de una disposición que venía exigida por el contexto de la Decisión, esto es, la celebración de un referéndum en el Reino Unido el 23 de junio para decidir a propósito de la permanencia del Reino Unido en la Unión, en el que tanto el Gobierno del Reino Unido como los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros tenían en mente la búsqueda de una salida airosa para lograr en el citado referéndum un resultado favorable a la permanencia del Reino Unido en la UE. Así las cosas, si el referéndum se decantare en sentido negativo, la Decisión no entraría en vigor y, en buena lógica, habrían de iniciarse los trámites previstos en el artículo 50 TUE para negociar la salida, trámites que, obviamente, llevan su tiempo y que, a la vista del resultado del referéndum, nos obligará a realizar un primer acercamiento jurídico a los múltiples interrogantes jurídicos que plantea este precepto³⁸.

De cualquier forma, aunque sin duda inhabitual, resulta perfectamente compatible con el Derecho Internacional el sometimiento de la entrada en vigor de la Decisión a una condición como la prevista en la sección E de la Decisión. Siempre que quede reflejada de manera inequívoca la voluntad de los Estados en aceptar tal condición y su contenido no encarne una violación de normas de *ius cogens* o de la Carta de las Naciones Unidas, queda perfectamente cubierta por el ya citado principio básico de la autonomía de la voluntad de las partes³⁹. En el caso que nos ocupa, la voluntad de las

partes quedaba perfectamente plasmada en la propia Decisión (y también en las Conclusiones finales del Consejo Europeo)⁴⁰. Y en modo alguno encarnaba riesgo de ningún tipo de sobrepasar los límites materiales fijados por el Derecho Internacional; es más, la propia existencia y esencia de la Decisión se fundamenta en la presencia de esa condición. La Decisión se aprobó precisamente para evitar que, en el marco de un referéndum sobre la permanencia del Reino Unido en la Unión en el que perfectamente cabía pronunciarse a favor tanto de la permanencia como de la salida, quedase claramente preestablecido el marco jurídico en el que se articularía la referida permanencia si tal hubiera sido la voluntad de los británicos. Por tanto, si como parece, finalmente no concurre la condición establecida, la Decisión no entrará nunca en vigor y, efectivamente, se activaría forzosamente la vía del artículo 50 TUE. Como establecen las Conclusiones finales del Consejo Europeo con claridad meridiana «*si el resultado del referéndum en el Reino Unido fuera su salida de la Unión Europea, dejará de existir el conjunto de disposiciones a que hace referencia el apartado 2 [el paquete aprobado por los Jefes de Estado o de Gobierno]*»⁴¹. Mejor dicho, si el Gobierno del Reino Unido no informa (nunca) al Secretario General del Consejo que el Reino Unido ha decidido seguir siendo miembro de la Unión, la Decisión no entrará en vigor. Claro que mientras no comunique tampoco su intención de poner en marcha el mecanismo de abandono de la Unión previsto en el artículo 50 TUE nos encontramos en una suerte de ‘tierra de nadie’ que, si se prolonga excesivamente en el tiempo, planteará incertidumbres de muy dispar naturaleza; y prolongarse al menos hasta enero de 2017 sería probablemente ya de por sí demasiado...

tado primero de forma bien clara que «[u]n tratado *entrará en vigor de la manera y en la fecha que en él se disponga o acuerden los Estados negociadores*». *Cursiva añadida por nosotros.*

⁴⁰ Nada en Derecho Internacional impediría que la entrada en vigor no figurara expresamente en la Decisión en cuestión y pudiera ser articulada fuera del tratado, por ejemplo, en un instrumento adicional, en práctica subsiguiente o incluso expresada de manera informal; cfr. VILLINGER, M.E.: *op. cit. (Commentary...)*, nota 32, p. 344. De hecho, esta voluntad de la autonomía de la voluntad de los Estados negociadores para concretar la entrada en vigor de un tratado internacional ha conocido en la práctica internacional buen número de manifestaciones; véase, KRIEGER, H.: «Art. 24», en DÖRR, O. y SCHMALENBACH, K. (eds.), *op. cit. (Vienna Convention...)*, nota 36, pp. 391-406, especialmente pp. 394-400.

⁴¹ Conclusiones finales, *cit.*, nota 10, apdo. 4.

³⁷ Idéntica precisión se recoge en las Conclusiones finales del Consejo Europeo, *cit.*, nota 10, l.3 iv.

³⁸ *Vid. infra*, VI.

³⁹ El artículo 24 de la Convención de Viena recoge en su apar-

2 · La interpretación de la Decisión: el posible papel del Tribunal de Justicia

a) La función interpretativa de la Decisión

Por último, antes de referirnos a aspectos concretos del procedimiento del artículo 50 TUE, desde la perspectiva del Derecho Internacional, no pueden cerrarse estas reflexiones sin hacer mención a la figura de los acuerdos y práctica ulterior prevista por el artículo 31.3 de la Convención de Viena en materia de interpretación de tratados⁴². Aparte de la propia Decisión, cuya naturaleza de tratado ya ha quedado reflejada en los apartados anteriores, buena parte del resto del paquete aprobado por los Jefes de Estado o de Gobierno parece tener como función básica la de configurarse como un posible elemento interpretativo relevante del Derecho de la Unión concernido.

Ahora bien, a nuestro entender, en modo alguno puede considerarse el elemento interpretativo que se pueda conferir a la Decisión por mor del artículo 31.3 de la Convención como una vía indirecta para soslayar el mecanismo de revisión de los tratados constitutivos de la Unión establecida por el artículo 48 TUE⁴³. Precisamente por ello las Conclusiones del Consejo Europeo se esfuerzan por manifestar que su contenido «es *totalmente* compatible con los Tratados»⁴⁴ y el preámbulo de la Decisión se abre con la afirmación de que se desea «*resolver, de conformidad con los Tratados, algunas cuestiones planteadas por el Reino Unido en su carta de 10 de noviembre de 2015*».

⁴² Así, al regular las cuestiones relativas a la interpretación la Convención establece que, juntamente con el contexto, «*habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior de las Partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las Partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda forma pertinente de Derecho internacional aplicable en las relaciones entre las Partes*».

⁴³ Dadas las características de la Unión y la formulación del artículo 48 TUE, no parece defendible que, a tenor de la previsión *lex posterior* del artículo 30.3 de la Convención de Viena, esta Decisión pudiera entenderse como un tratado ulterior susceptible de modificar los tratados constitutivos eludiendo el mecanismo de revisión expresamente establecido. Recuérdese, a estos efectos, que esa disposición establece que «*[c]uando todas las Partes en el tratado anterior sean también Partes en el tratado posterior pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior*». Esta disposición ha de ser forzosamente leída en conjunción con el artículo 59, sobre terminación y suspensión, y presupone la no incompatibilidad entre ambos tratados.

⁴⁴ Conclusiones finales, *cit.*, nota 10, apdo. I, 3, ii). Cursiva añadida por nosotros.

Ciertamente, esa (evidente) declaración da buena pista de la voluntad de los Estados al redactar el contenido dado a la Decisión; e incluso podría alguien traer a colación, con cierto recelo interesado, la alocución medieval de *excusatio non petita, accusatio manifesta*. Pero esta consideración en modo alguno es garantía de que la precisa formulación de la Decisión cumpla *per se* tal voluntad. Es, obviamente, su temor el que suministra la concreta pauta interpretativa para determinar si efectivamente el contenido de la Decisión es *totalmente* compatible con los tratados constitutivos. En realidad, más que la compatibilidad de la Decisión, en sí misma considerada, con los tratados constitutivos, el problema real puede plantearse en el futuro en relación con la compatibilidad de los actos de Derecho derivado comprometidos por la Decisión en cuestiones de la eurozona y prestaciones sociales con los tratados constitutivos. En todo caso, si ello aconteciera, parece clara la prevalencia del Derecho originario.

b) El relevante papel del Tribunal de Justicia

Otra importante cuestión, íntimamente ligada con la anterior, es que, a diferencia de lo que ocurrió con el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de 2012, ninguna de las disposiciones de la Decisión de los Jefes de Estado o Gobierno atribuye expresamente competencia al Tribunal de Justicia⁴⁵. Y ello, llegado el caso, puede resultar más que delicado, especialmente en relación con la interpretación y aplicación de las cuestiones materiales del paquete de medidas aprobado —*v. gr.*, en relación con las novedades introducidas en materia de control de la subsidiariedad (Sección C) o, sobre todo, a propósito de las prestaciones sociales y la libre circulación (Sección D)—, respecto de las que podrían surgir dudas sobre su compatibilidad con los tratados constitutivos. Incluso en relación con la Sección A, sobre la *gobernanza económica*, cabría imaginar posibles controversias. Piénsese, como supuesto perfectamente imaginable en la práctica, en una posible cuestión prejudicial planteada por un juez nacional *ex* artículo 267 TFUE⁴⁶.

⁴⁵ Cfr. artículo 8 del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza, *cit.*, nota 1. La cuestión la hemos analizado extensamente en nuestra contribución ya citada, *loc. cit.* («El nuevo Tratado de...»), nota, 1, pp. 414-418.

⁴⁶ Podrían, no obstante, darse otros supuestos menos evidentes pero igualmente posibles, como sería un posible sometimiento futuro de una controversia entre dos Estados al Tribunal

A propósito del posible papel del TJUE, suele traerse a colación con creciente frecuencia —también lo ha hecho el propio Servicio Jurídico del Consejo en el informe que emitió al respecto— la posición mantenida por el Tribunal de Justicia en el asunto *Rottmann*, en el que aquél hubo de lidiar con la cuestión de si resultaba compatible con el Derecho de la Unión el que un Estado miembro revoque a un ciudadano la nacionalidad adquirida mediante naturalización cuando ésta se hubiera obtenido de modo fraudulento⁴⁷. Pero la realidad es que, al margen de la decisión finalmente adoptada, la posición mantenida por el Tribunal de Justicia en esta cuestión dista mucho de resultar diáfana. Ciertamente, el Alto Tribunal reconoció expresamente que tanto la Decisión de Edimburgo de 1992 como la Declaración núm. 2 sobre nacionalidad «*deben ser tomadas en consideración como instrumentos de interpretación del Tratado CE*»⁴⁸. Pero también dejó bien sentado que «*los Estados miembros, en el ejercicio de su competencia en materia de nacionalidad, deben respetar el Derecho de la Unión*»⁴⁹. Lo cual, en el fondo, con o sin Decisión de Edimburgo, confirmaba una jurisprudencia asentada del Tribunal⁵⁰. Al fin y al cabo, la sentencia terminó por tener en cuenta el Derecho de la Unión —en concreto, el artículo 17 del entonces TCE— en un ámbito en el que la Decisión de Edimburgo de 1992 establecía con nitidez que «*la cuestión de si un individuo posee la nacionalidad de un Estado miembro sólo se resolverá refiriéndola al Derecho nacional del Estado miembro interesado*»⁵¹; y ni para el Tribunal de Justicia ni para el Abogado General⁵² parece que la Decisión de Edimburgo tuviera particular incidencia en el relato argumental.

A nadie se le escapa, en cualquier caso, la gravedad jurídica (y también política) que podría llegar a tener una hipotética decisión del Tribunal de Justi-

cia en la que se considerase que alguno de los aspectos de la Decisión (o del paquete comprometido) resultara contrario al Derecho de la Unión. Es, en el fondo, la ‘espada de Damocles’ que siempre pende sobre este tipo de acuerdos entre los Estados miembros. Pero esa harina la dejamos para otro costal.

V · LA DECISIÓN DE LOS JEFES DE ESTADO O DE GOBIERNO Y LAS CUESTIONES DE DERECHO INTERNO: INEXISTENCIA DE AUTORIZACIÓN PARLAMENTARIA PARA LA PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN EL CONTEXTO DE UN GOBIERNO EN FUNCIONES

Sí conviene, antes de concluir estas reflexiones, recordar que desde la perspectiva interna podría resultar problemático para algunos Estados miembros que el acuerdo se considere un tratado, ya que no son excepción las Constituciones nacionales que reclaman algún tipo de procedimiento interno para prestar el consentimiento a este tipo de acuerdos. De hecho, nuestro propio ordenamiento podría *prima facie* situarse entre ellos, puesto que, si de un tratado internacional al uso se tratase, al margen de la concreta calificación que se hiciera de él en relación con los artículos 93 o 94.1 de la Constitución, parece que la exigencia de autorización parlamentaria para la prestación del consentimiento en obligarse sería un requisito evidente. Ello al margen de la consideración de diferente naturaleza, dicho sea de paso, a propósito de si un Gobierno en funciones podría asumir tal tarea sin previa autorización de las Cortes.

Sin embargo, a nuestro entender, resulta perfectamente compatible con el Derecho interno la celebración de un tratado de manera simplificada al estilo de la Decisión aquí considerada. La peculiaridad, lógicamente, radica en que en el momento en que el Presidente del Gobierno acepta la decisión en el seno del Consejo no la está adoptando o autenticando, sino que en un acto único (forma simplificada) está prestando también el consentimiento. Quiere ello decir que las Cortes Generales no tendrán ya ocasión de autorizar posteriormente la prestación del consentimiento. Resulta, pues, razonable plantearse si no sería preciso reclamar que antes del inicio de la reunión del Consejo Europeo el Presidente del Gobierno contase con algún tipo de autorización de las Cortes. Tanto más considerando que, como ya hemos apuntado, en aquel momento el Gobierno se encontraba en funciones.

de Justicia mediante el mecanismo previsto en el artículo 273 TFUE o incluso, llegado el caso, un hipotético recurso por omisión con fundamento en el artículo 265 TFUE contra una institución de la Unión por no adoptar alguna de las decisiones comprometidas en el paquete.

⁴⁷ TJUE sentencia de 2 de marzo de 2010, *Rottmann c. Freistaat Bayern* (C-135/08, Rec. p. I-1467).

⁴⁸ Apartado 40.

⁴⁹ Apartado 45.

⁵⁰ TJUE sentencia de 7 de julio de 1992, *Micheletti* (C-369/90, Rec., p. I-4239), apartado 10; sentencia de 11 de noviembre de 1999, *Mesbashi* (C-179/98, Rec., p. I-7955), apartado 29; sentencia de 20 de febrero de 2001, *Kaur* (C-192/99, Rec., p. I-1237), apartado 19.

⁵¹ Cursiva añadida por nosotros.

⁵² Véanse las conclusiones del Abogado General Poiares Maduro, presentadas el 30 de septiembre de 2009.

En este sentido, el artículo 21 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, desarrolla legislativamente la sucinta previsión recogida en el artículo 101 de la Constitución sobre la continuación del Gobierno cesante hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno, y establece que la actuación del Gobierno en funciones se circunscribirá «al despacho ordinario de los asuntos públicos». Prevé, no obstante, como posibles excepciones, los «casos de urgencia debidamente acreditados o por razones de interés general». Parecería, pues, a la luz de la escasa jurisprudencia existente sobre la cuestión, que un Gobierno en funciones no puede incluir nuevas directrices políticas ni adoptar decisiones que puedan comprometer la posición del nuevo Gobierno⁵³. No obstante, a la vez, el Gobierno tendrá que continuar ejerciendo las funciones ordinarias propias de la política exterior, incluida, por supuesto, la participación en las instituciones de la Unión, en este caso, el Consejo Europeo⁵⁴. Por tanto, podrían existir dudas a propósito de si un Gobierno en funciones estaría dotado de competencia suficiente para votar a favor de la Decisión en cuestión en la reunión de Jefes de Estado o Gobierno o incluso si la participación en las negociaciones conducentes al paquete legislativo final-

mente aprobado pueden ser consideradas como «despacho ordinario de los asuntos públicos». Ciertamente, dado que la propia carta remitida por el Presidente del Consejo Europeo el 2 de febrero para convocar la reunión hace referencia al objetivo de lograr un acuerdo de todos los Jefes de Estado o de Gobierno en la misma reunión del Consejo Europeo de 18 y 19 de febrero («the clear objective is to have an agreement of all 28 at the February European Council»), cabría quizá sostener la existencia de razones de urgencia que podrían justificar la competencia del Presidente del Gobierno (en funciones) en este caso.

En todo caso, dada la situación del Gobierno y considerando la trascendencia evidente de las negociaciones entabladas y la decisión a adoptar, parece del todo punto procedente la comparecencia previa que realizó el Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación ante la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados —la Comisión mixta sobre la UE todavía no se había constituido— para contar con la *aquiescencia* previa de las Cortes en relación con la decisión en cuestión⁵⁵. Con ella se disipa toda duda posible y se proyecta seguridad jurídica sobre una cuestión de la mayor trascendencia (interna y externa) sobre la que no hubiera sido prudente mantener la menor sombra de duda jurídica sobre su legalidad (interna). Nos encontramos, así, ante una Decisión perfectamente acorde con el Derecho Internacional y respetuosa también con las exigencias derivadas de nuestro Derecho nacional.

VI · TRAS EL 23 DE JUNIO: LA PUESTA EN MARCHA DEL MECANISMO DE RETIRADA DE LA UNIÓN

Llegados este extremo, bien podría decirse aquello de ‘¿y todo para esto?’. En realidad, la Decisión sirvió de bien poco y muy probablemente esté condenada a ocupar los anaqueles de las normas *non natas*, pese a que no me cabe la menor duda de que su mera aprobación constituye un precedente difícil de obviar; y quién sabe si finalmente no termina por encarnar incluso un cierto ‘efecto guía’ sobre los posibles umbrales negociadores para regular el

⁵³ De hecho, en relación con la competencia exterior del Gobierno, cabe recordar que el Tribunal Supremo ha llegado a anular un acuerdo del Consejo de Ministros en funciones por el que se aprobaba la extradición de una ciudadana británica a las autoridades italianas (STS Sala de lo Contencioso 5369/2005, de 20 de septiembre de 2005, ECLI:ES:TS:2005:5369). El Alto Tribunal consideró que las tareas de un Gobierno en funciones se limitan a «la gestión administrativa ordinaria ausente de valoraciones y decisiones en las que entren criterios políticos salvo que se motive la urgencia de las razones o las razones de interés general que justifiquen la adopción de medidas de otra naturaleza» (FJ 4 *in fine*). Pocos meses después, en un caso de desestimación de un recurso contencioso-administrativo contra una decisión del Consejo Ministros al denegar un indulto, este mismo Tribunal estableció que «el Gobierno en funciones ha de continuar ejerciendo sus tareas sin introducir nuevas directrices políticas ni, desde luego, condicionar, comprometer o impedir las que deba trazar el que lo sustituya. El cese priva a este Gobierno de la capacidad de dirección de la política interior y exterior a través de cualquiera de los actos válidos a ese fin, de manera que será preciso examinar, caso por caso, cuando surja controversia al respecto, si el discutido tiene o no esa idoneidad en función de la decisión de que se trate, de sus consecuencias jurídicas y de las circunstancias en que se daba toma» (FJ 8 *in fine*). En suma, a juicio del Tribunal Supremo, «el despacho ordinario de los asuntos públicos comprende todos aquellos cuya resolución no implique el establecimiento de nuevas orientaciones políticas ni signifique condicionamiento, compromiso o impedimento para las que deba fijar el nuevo Gobierno» (FJ 9).

⁵⁴ Recuérdese, con todo, que el artículo 15.1 TUE atribuye precisamente al Consejo Europeo la función de dar «a la Unión los impulsos necesarios para su desarrollo y [definir] sus orientaciones y prioridades políticas generales».

⁵⁵ El Ministro compareció ante esta Comisión el 17 de febrero de 2016 en una larga sesión de cuatro horas y contó con el ‘apoyo crítico’ de todos los grupos parlamentarios salvo Podemos; *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisiones, XI Legislatura, núm. 15, de 17 de febrero de 2016, pp. 1-41.

Brexit. Ello suponiendo que se descarte por completo, como sería de prever en términos estrictamente políticos, la realización de un segundo referéndum. Pero, sea como fuere, el resultado del 23 de junio, a la par que orilla la Decisión, ha convertido en archiconocido el nunca transitado mecanismo del artículo 50 TUE⁵⁶. Resulta, pues, conveniente completar este estudio con unas primeras reflexiones sobre la puesta en marcha de este novedoso mecanismo (1) y, muy particularmente, sobre las dudas jurídicas que plantea (2), antes de que en el epígrafe siguiente pongamos la mirada sobre las concretas consecuencias para España.

1 · La puesta en marcha del mecanismo de retirada de la Unión (art. 50 TUE): un mecanismo sin experiencia previa en su utilización

Este precepto de nuevo cuño, introducido por el Tratado de Lisboa como ‘rescate’ del fallido Tratado Constitucional (art. I-60), constituye el cauce procedimental para articular el abandono de la Unión por el Reino Unido; para negociar una suerte de ‘tratado de desadhesión’. Pero, a diferencia de lo que ocurre con el mecanismo de adhesión del artículo 49 TUE (acuerdo entre los Estados miembros y el Estado solicitante), en el caso del abandono el acuerdo en cuestión lo es entre el Estado solicitante y la Unión (no con los Estados miembros)⁵⁷.

⁵⁶ Sobre la introducción en los tratados constitutivos de un precepto sobre la retirada de los Estados, véase el temprano trabajo de URREA CORRES, M.: «La retirada de Estados de la Unión en la Constitución europea», en AAVV, *La constitucionalización del proceso de integración europea*, Colección Escuela Diplomática n.º 9, Madrid, 2005, pp. 289-304. Véase igualmente, a título de ejemplo, BERGLUND, S.: «Prison or Voluntary Cooperation? — The Possibility of Withdrawal from the European Union», *Scandinavian Political Studies* 2006, núm. 29, pp. 147-167; HOFFMEISTER, H.: «Should I Stay or Should I Go? — A Critical Analysis of the Right to Withdraw from the EU», *European Law Journal* 2010, núm. 16, p. 589-603; ZEH, J.: «Recht auf Austritt», *Zeitschrift für Europarechtliche Studien* 2004, pp. 173-210.

⁵⁷ El artículo 50 TUE prevé lo siguiente:
«1. Todo Estado miembro podrá decidir, de conformidad con sus normas constitucionales, retirarse de la Unión.
2. El Estado miembro que decida retirarse notificará su intención al Consejo Europeo. A la luz de las orientaciones del Consejo Europeo, la Unión negociará y celebrará con ese Estado un acuerdo que establecerá la forma de su retirada, teniendo en cuenta el marco de sus relaciones futuras con la Unión. Este acuerdo se negociará con arreglo al apartado 3 del artículo 218 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El Consejo lo celebrará en nombre de la Unión por mayoría cualificada, previa aprobación del Parlamento Europeo.

En este sentido, sin ánimo exhaustivo, puede sintetizarse el procedimiento de manera sucinta de la siguiente manera. Comenzaría con una notificación por el Estado concernido al Consejo Europeo de su intención de retirarse, que, una vez aprobadas por éste unas orientaciones, desencadenaría un proceso de negociación entre la Unión y el Reino Unido para celebrar conforme a las exigencias del artículo 218.3 TFUE —esto es, con previsión de decisión del Consejo por mayoría cualificada y no por unanimidad—, «un acuerdo que establecerá la forma de su retirada, teniendo en cuenta el marco de sus relaciones futuras con la Unión» (art. 50.2 TUE). A partir de ahí, en la fecha de entrada en vigor de ese acuerdo de retirada se dejarían de aplicar en el Reino Unido los tratados constitutivos (art. 50.3 TUE), pasando aquel a convertirse en un Estado tercero. Por tanto, si en el futuro deseara volver a adherirse a la UE, habría de cumplir con los requisitos establecidos con carácter general en el artículo 49 TUE (art. 50.5 TUE).

A partir de ahí, desde la obvia inexperiencia sobre la puesta en marcha de este mecanismo, existe un buen número de dudas jurídicas a las que habrá que ir dando respuesta en los próximos meses.

2 · Algunas dudas jurídicas: el papel de las instituciones y del Estado concernido

En efecto, son innumerables (e inabarcables en un estudio de esta naturaleza) las cuestiones jurídicas que plantearía una posible salida del Reino Unido de la Unión a la hora de poner en marcha el procedimiento enunciado de forma muy genérica en el artículo 50 TUE. A título de ejemplo, pueden citarse una docena de interrogantes que evidencian de forma clara la situación de incertidumbre que rodea a la cuestión.

3. Los Tratados dejarán de aplicarse al Estado de que se trate a partir de la fecha de entrada en vigor del acuerdo de retirada o, en su defecto, a los dos años de la notificación a que se refiere el apartado 2, salvo si el Consejo Europeo, de acuerdo con dicho Estado, decide por unanimidad prorrogar dicho plazo.

4. A efectos de los apartados 2 y 3, el miembro del Consejo Europeo y del Consejo que represente al Estado miembro que se retire no participará ni en las deliberaciones ni en las decisiones del Consejo Europeo o del Consejo que le afecten. La mayoría cualificada se definirá de conformidad con la letra b) del apartado 3 del artículo 238 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

5. Si el Estado miembro que se ha retirado de la Unión solicita de nuevo la adhesión, su solicitud se someterá al procedimiento establecido en el artículo 49».

a) La puesta en marcha en manos del Reino Unido

Antes de nada conviene recordar que la decisión de retirada se deja por completo a la libre voluntad del Estado solicitante («Todo Estado miembro *podrá decidir*... retirarse de la Unión») ⁵⁸. No queda sometido a ninguna condición material (art. 50.1 TUE) y no requiere justificación alguna ⁵⁹. Cabe plantearse, de entrada, la incertidumbre evidente que conlleva dejar la llave de apertura del proceso en manos del Gobierno del Reino Unido, que es a quien corresponde determinar el momento de la notificación y, con ello, el pistoletazo de salida para el cómputo del plazo de dos años de negociaciones previsto al efecto ⁶⁰. Difícilmente podría ser de otra manera. Pero dilatar en el tiempo la decisión puede invitar a conjeturas estratégicas de posibles negociaciones informales previas con algunos Estados miembros, susceptibles de desvirtuar las negociaciones formales, que, como ya se ha indicado, lo son entre la Unión y el Reino Unido ⁶¹; no entre el Reino Unido y los Estados miembros de la Unión. A este respecto, las obligaciones de lealtad derivadas del principio de cooperación leal (art. 4.3 TUE) podría llegar a cobrar relevancia en caso de que el Reino Unido utilizase (deslealmente) las posibles lagunas o indeterminaciones del artículo 50 TUE.

b) Revocabilidad (o no) de la notificación una vez presentada

En relación con esta misma cuestión de la notificación, podría plantearse a título de mera hipóte-

sis si, una vez presentada formalmente, cabría su revocación (igualmente unilateral). Nada dice el precepto, pero perfectamente podría darse en la práctica; por ejemplo, si durante el desarrollo (insatisfactorio) de las negociaciones hubiera un cambio de Gobierno en el Reino Unido o se decidiese la celebración de un segundo referéndum que terminara resultando favorable a la permanencia.

c) Papel clave de las orientaciones generales del Consejo Europeo

Dado que a partir del momento de la aprobación de las orientaciones generales por el Consejo Europeo por consenso (art. 15.4 TUE) las decisiones del Consejo se adoptarán por mayoría cualificada (sin participación del Reino Unido), resulta igualmente pertinente plantearse si esas orientaciones son únicas o, llegado el caso, cabrían sucesivas aprobaciones de orientaciones (o revisiones de ellas) por el Consejo Europeo (a modo de *tracto sucesivo*). Incluso cabe preguntarse si se podría realizar una permanente labor de seguimiento de las negociaciones por parte del Consejo Europeo con base en su función general de definir orientaciones (art. 15.1 TUE). No parece que sea la visión más acorde con la interpretación teleológica del artículo 50 TUE, ni probablemente disponga esta institución de la infraestructura suficiente como para poder mantener un papel protagonista a lo largo de las negociaciones, pero tampoco parece prudente rechazarla de plano.

d) El incierto papel de la Comisión

No termina de quedar tampoco absolutamente claro el papel que habría de corresponder a la Comisión en el proceso de negociaciones más allá de la presentación de las oportunas recomendaciones. Al referirse el artículo 218.3, al que se remite el artículo 50.2 TUE, al usual nombramiento del negociador (o al jefe del equipo de negociación de la Unión) por el Consejo, no se precisa ningún papel específico de la Comisión, si bien el vasto listado de temas a tratar y su complejidad evidente posiblemente inviten a involucrarla estrechamente a las negociaciones. Lo propio ocurre con la Alta Representante, ya que, si bien en este caso el artículo 218.3 TFUE prevé también la presentación de recomendaciones por su parte, lo hace tan sólo para el caso de que «*el acuerdo previsto se refier[a]* exclusiva

⁵⁸ Énfasis añadido.

⁵⁹ El requisito de que se haga «*de conformidad con sus normas constitucionales*» es una remisión al Derecho interno del Estado solicitante de la retirada que no tiene relevancia alguna para la Unión más allá de su aceptación y respeto.

⁶⁰ No es, por ello, de extrañar que la Declaración de los 27 Jefes de Estado o de Gobierno (ya sin el Reino Unido) de 29 de junio de 2016 considerase que la notificación debería hacerse «a la mayor brevedad posible». Igualmente estableció que con toda rotundidad que «no puede haber negociaciones de ningún tipo hasta no se haya producido la notificación».

⁶¹ Desde la perspectiva del Derecho Internacional no deja de ser curioso que a la participación de un Estado en un tratado multilateral se le pueda poner fin a través de un tratado celebrado entre uno de los Estados Parte y un tercero —en este caso, la UE—, por mucho que éste haya sido creado por el mencionado tratado multilateral. En cierta forma, constituye una modificación de la regla *pacta tertiis* del artículo 34 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 («Un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento»).

o principalmente a la política exterior y de seguridad común»⁶². Y no parece ser el caso.

e) El estatuto del Reino Unido en sus relaciones futuras con la Unión

Resulta claro que las negociaciones habrán de ir encaminadas tanto a precisar los términos del abandono («establecerá la forma de su retirada»), como, sobre todo, a concretar las condiciones (y posibles periodos transitorios) que en el futuro mantendrá el Reino Unido con la Unión («teniendo en cuenta el marco de sus relación futuras con la Unión»). Ello, con independencia del *modus operandi* por el que se opte (operaciones negociadoras separadas o, como parece más lógico, conjuntas), abre el principal campo de duda, habiéndose barajado *a priori* conjeturas de todo tipo sobre el posible modelo inspirador del futuro estatus del Reino Unido en sus relaciones con la Unión (Espacio Económico Europeo, Suiza, Turquía, Canadá...). Sea como finalmente fuere, resulta a buen seguro que la solución final exigirá modulaciones de todo tipo y terminará por configurarse como una vía propia⁶³. Y no es descartable que en algún caso el contenido de la Decisión analizada en este estudio pueda llegar a servir de referencia en algún aspecto concreto. No parece, empero, que pueda plantearse una suerte de membresía parcial (*half-member of the EU*)⁶⁴, ni tampoco una participación parcial en el mercado interior, que deja fuera la libertad de circulación de trabajadores, por ejemplo⁶⁵.

62 Énfasis añadido.

63 A propósito de los opciones posibles, véase PIRIS, J.C.: «Brexit or Britin: is it really colder outside?», *Fondation Robert Schuman-European Issues*, n.º 369, 26 de octubre de 2015, especialmente, pp. 5-9; ib.: «If the UK votes to leave. The Seven Alternatives to EU membership», Centre for European Reform, enero de 2016.

64 En este mismo sentido, GOSALBO BONO, R.: «Brexit o Remain?», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 39, 2016, pp. 1-23, en p. 19. En sentido contrario, DÖRR, O.: «Art. 50», en GRABITZ, E.; HILF, M.; NETTESHEIM, M. (eds.), *Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV*, Beck Verlag, Munich, 2011, apdo. 30. Para este autor, cabría hablar de una suerte de cooperación reforzada inversa o cooperación desintegradora (*rückschreitenden Differenzierung*) como contraposición a la cooperación reforzada prevista en los artículos 20 TUE y 326 a 334 TFUE.

65 No debería olvidarse que, tras el referéndum suizo de 9 de febrero de 2014, sigue aún pendiente de negociación entre la UE y Suiza el acuerdo de libre circulación que dé acogida a la decisión suiza de reformar su Constitución para introducir la previsión de posibles cuotas máximas a ciudadanos europeos en el mercado de trabajo suizo, así como de la toma en consideración de un pretendido derecho de preferencia de los ciudada-

A nadie se le escapa, en todo caso, la enorme complejidad que conllevará el proceso de ‘desadhesión’. Y, desde luego, la dimensión internacional y la ‘desconexión’ respecto de los tratados celebrados por la Unión, sea bajo la forma de *EU-only* o de acuerdos mixtos, no es la menor de ellas⁶⁶.

f) El posible papel del Tribunal de Justicia

Podrían existir también dudas en relación con el posible papel del Tribunal de Justicia de la Unión. Cabría pensar, de hecho, que, dado que el artículo 50.2 TUE remite únicamente al apartado tercero del artículo 218 TFUE, habría de entenderse excluida la jurisdicción consultiva derivada del (no citado) apartado 11 de dicho artículo 218. Esta interpretación no es evidente, pero en todo caso no debería existir duda alguna de que obviamente el Tribunal de Justicia podría ejercer el control jurisdiccional sobre el acuerdo (celebrado por el Consejo en nombre de la Unión) a través de la cuestión prejudicial (art. 267 TFUE) y del recurso de anulación (art. 263 TFUE). Igualmente, a lo largo del procedimiento de negociación podría incluso plantearse la posibilidad del recurso por incumplimiento (art. 258 TFUE) en caso de violación de los tratados por parte del Reino Unido, debiéndose tener presente la importancia que podría cobrar el ya mencionado principio de cooperación leal (art. 4.3 TUE).

g) La naturaleza jurídica del acuerdo entre el Reino Unido y la Unión Europea

No queda tampoco perfectamente clara la naturaleza jurídica que tendrá el acuerdo internacional que celebren la Unión y el Reino Unido. Nada dice al respecto el apartado 2 del artículo 50 TUE más allá de que lo celebre el Consejo en nombre de la Unión, previa aprobación del Parlamento Europeo. No obstante, considerando que el contenido de dicho acuerdo difícilmente puede circunscribirse únicamente a competencias exclusivas de la Unión, podrían existir argumentos jurídicos de peso para que pudiera considerarse un acuerdo mixto. De ser así, exigiría lógicamente la ratificación por parte de los Estados miembros. No parece, empero, que fuera en modo alguno ésta la intención del legislador al

nos suizos (frente a los comunitarios) en el acceso a su mercado laboral interno.

66 Cfr. EDITORIAL: «Brexit and International Treaty-making», *European Law Review*, 2016, pp. 3-5. Caber recordar que la Unión es parte en más de 1.100 tratados internacionales (multilaterales y bilaterales).

redactar el precepto. Por no mencionar otras posibles dificultades extrajurídicas de fácil imaginación, que podría surgir durante el proceso de ratificación.

h) Posible prórroga del plazo de los dos años para la negociación del acuerdo

Cabría interrogarse también por el número de veces en que se podría prorrogar el plazo inicial de dos años fijado para el desarrollo de las negociaciones, si bien no parece ni política ni jurídicamente recomendable alargar en exceso las negociaciones. Más bien al contrario.

i) Situación posible en caso de alcanzarse un acuerdo en el plazo previsto

Estrechamente ligado al anterior problema, conviene preguntarse qué ocurriría si, transcurrido el plazo de los dos años, no se pudiera celebrar el acuerdo y tampoco existiese acuerdo del Reino Unido o de la Unión (exige unanimidad) para la referida prórroga por otro año; al fin y al cabo, lo único que recoge el artículo 50 es un *pactum de negotiando* con exigencia de ser cumplido de buena fe y con lealtad institucional. *Prima facie* parece claro que el artículo 50.3 TUE prevé que «los Tratados dejarán de aplicarse al Estado de que se trate (...) a los dos años de la notificación» (la denominada cláusula *sunset*). *Stricto sensu* no existe, pues, una obligación de alcanzar un acuerdo⁶⁷. Mas en la práctica resulta enormemente complicado dejar de aplicar los tratados constitutivos y, por consiguiente, la conversión automática del Reino Unido en un Estado tercero para Unión sin haber regulado a la par las condiciones de las relaciones futuras entre ambas partes. La inseguridad jurídica que crearía tal escenario resulta difícilmente asumible. Pero una posición en sentido contrario dejaría en manos del Reino Unido un instrumento de presión negociadora probablemente excesivo.

j) Posición institucional del Reino Unido durante el desarrollo de las negociaciones

La difícil e incómoda posición institucional del Reino Unido dentro de la Unión durante las negocia-

ciones será una cuestión que podría levantar dudas añadidas. Parece evidente que, conforme a lo previsto en el apartado 4 del artículo 50 TUE, el Reino Unido no podrá participar ni en las deliberaciones ni en las decisiones el Consejo Europeo o del Consejo que le afecten, en cuyo caso la mayoría cualificada se definirá conforme a la letra b) del artículo 238.3 TFUE, si bien por lo demás seguirá siendo miembro de pleno derecho en tanto no se materialice la retirada de la Unión. Ahora bien, a nadie se le escapa la incomodidad y distorsiones que la situación podría crear en la práctica institucional diaria. Podría, por ejemplo, no resultar del todo pertinente (aunque jurídicamente pueda no existir reparo al efecto) que el Reino Unido ocupe en 2017 la presidencia de turno, cuando previsiblemente se estará en pleno proceso negociador.

k) La correlativa exigencia de reforma de los tratados constitutivos

Cabe plantearse también la posible necesidad de reformar los tratados constitutivos, conforme a las previsiones generales del artículo 48 TUE, para acoger en ellos las pertinentes adaptaciones derivadas de la retirada del Reino Unido. En efecto, como consecuencia de ésta, muy diversas disposiciones de los tratados exigirán adaptación. Entre ellas cabe destacar a título meramente ilustrativo la referida al ámbito territorial de los tratados (art. 52), pero existen también diversos preceptos expresamente referidos al Reino Unido (ej., art. 355 TFUE, Protocolos núm. 15, 20, 21 y 30). Tiempo habrá, empero, para estudiar tiempo y forma de la respuesta a esta cuestión...

l) No afectación de los derechos adquiridos durante la vigencia de los tratados constitutivos

Finalmente, aunque nada diga el artículo 50 TUE, parece evidente que, conforme a las previsiones de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, la retirada «no afectaría a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creados por la ejecución del tratado antes de su terminación» (art. 70.1 b). Quedan, con todo, a futuro pendientes de resolución complicadas cuestiones de toda índole, entre las que la situación de los funcionarios británicos en las instituciones de la Unión, que sólo ostenten la nacionalidad británica, es únicamente una de ellas.

⁶⁷ Cfr., por ejemplo, MENG: «Artikel 50», en CALLIES, C. y RUFFERT, M. (eds), *EUV/AEUV*, Munich, 2016, pp. 503-511, especialmente en p. 506.

VII · LA RETIRADA DEL REINO UNIDO Y SU POSIBLE INCIDENCIA EN EL CONTENCIOSO SOBRE GIBRALTAR: ¿UNA OPORTUNIDAD PARA ESPAÑA?

A partir de ahí, difícilmente pueden obviarse las consecuencias (indirectas) que las negociaciones de ‘desadhesión’ del Reino Unido tendrán para los Estados miembros. Para el Reino Unido las consecuencias jurídicas serán muy profundas. Como bien ha señalado Ricardo GOSALBO, además de tener que derogar la *British European Communities Act* de 1972 y la *European Union Act* de 2011, el Parlamento británico tendrá «*que iniciar una acción legislativa febril para remplazar la legislación secundaria de la UE*»⁶⁸. Pero, además, se ha convertido en una posibilidad real que en Escocia (y acaso también en Irlanda del Norte) pudieran producirse procesos de independización propios, con la intención pareja de permanecer en la Unión o adherirse a ella de manera acelerada.

Para España, dejando al margen la posible incidencia (indirecta) que un eventual proceso secesionista (o de desmembración) en el Reino pudiera tener en nuestro país, la retirada del Reino Unido de la Unión puede encarnar una oportunidad histórica para retomar el proceso negociador con el Reino Unido en relación con la situación de Gibraltar como última colonia (‘territorio no autónomo’ en terminología de las Naciones Unidas) de Europa. No en vano, la voluntad de Gibraltar de permanecer dentro de la Unión quedó patente durante todo el proceso previo al referéndum y, de manera incontrovertida, en sus contundentes resultados: un 95,9 % de los votantes gibraltareños se pronunciaron a favor de la permanencia del Reino Unido dentro de la Unión (19.322 votos) y tan sólo el 4,1 % lo hizo en sentido contrario (823 votos). Es más, en todo momento, tanto en Gibraltar como en Londres, se percibió el *Brexit* como un serio riesgo para los intereses económicos y estratégicos de este territorio⁶⁹. Precisamente por ello, una vez conocidos los resultados del referéndum del 23 de junio, Gibraltar manifestó, alineándose con Escocia, su voluntad de intentar mantener a toda costa su vinculación con la UE.

⁶⁸ *Loc. cit.* («Brexit o Remain?»), nota 67, en p. 22.

⁶⁹ El propio Secretario del *Foreign Office*, Philip Hammond, reconoce «*that Brexit would threaten the sovereignty and ‘seriously impair’ the Government’s ability to stand up for Gibraltar, and would ‘also endanger Gibraltar’s future security and prosperity’*»; y añade que el *Brexit* «*would be as big a threat to Gibraltar’s future security and Gibraltar’s future sovereignty as the more traditional threats that we routinely talk about*»; *Gibraltar Chronicle*, 12 de mayo de 2016.

No es de extrañar, pues, que el Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación español haya constatado la oportunidad histórica que brinda la ocasión a España y haya propuesto la negociación con el Reino Unido de un estatuto de cosoberanía de Gibraltar⁷⁰. Ello permitiría a este territorio mantener el vínculo con la Unión para poder seguir aplicando el Derecho comunitario como consecuencia de que, fruto de la cosoberanía, España sería el Estado miembro de la Unión que conjuntamente con el Reino Unido (ya no miembro) asumiría sus relaciones exteriores en el sentido del artículo 355.3 TFUE⁷¹. De no ser así, Gibraltar dejaría de formar parte del territorio al que se le aplican los tratados constitutivos, dado que el Estado que asume sus relaciones exteriores ya no sería Estado miembro de la Unión y, por ende, desaparecería también el vínculo de unión de Gibraltar con la UE⁷². En este sentido, el Gobierno británico ha mostrado, una vez celebrado el referéndum, inequívocamente su preocupación por la propuesta del Ministro español⁷³.

VIII · CONSIDERACIONES FINALES

En fin, sin duda, la Decisión adoptada por los Jefes de Estado o de Gobierno el 18 de febrero de 2016 constituye un interesante instrumento jurídico que está revestido de características *sui generis* que la alejan claramente de otras decisiones anteriores celebradas en situaciones de crisis, como las derivadas del «no» danés al Tratado de Maastricht o de

⁷⁰ Declaraciones a la Agencia Efe de 12 de julio de 2016.

⁷¹ Cabe recordar a este respecto que entre junio de 2001 y julio de 2002 los Ministros Piqué y Hain negociaron discretamente un estatuto de cosoberanía de Gibraltar que llegó a un estadio muy avanzado. Fruto de tal acuerdo a Gibraltar se le hubiera reconocido el más alto grado de autogobierno, a la par que el Reino Unido y España hubiera ostentado la competencia (conjunta) en materia de defensa, relaciones exteriores y control de las fronteras y espacios marítimo y aéreo. Sin embargo, tras la sustitución del Ministro español en julio de 2002 el proyecto quedó olvidado.

⁷² Como es sabido, Gibraltar ostenta dentro de la Unión un régimen jurídico que incluye determinadas peculiaridades. Básicamente, conforme a lo previsto en el artículo 28 del Acta de Adhesión de Dinamarca, Reino Unido e Irlanda, no se aplican a este territorio las disposiciones sobre unión aduanera, política comercial común, política agrícola común y política de pesca, así como la obligación de recaudar el IVA. A propósito de este régimen jurídico, sigue siendo obra de obligada referencia la valiosa tesis doctoral de IZQUIERDO SANS, C.: *Gibraltar en la Unión Europea: consecuencias sobre el contencioso hispano-británico y el proceso de construcción europea*, Tecnos, Madrid, 1996. Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, véase la Declaración núm. 55.

⁷³ HOUSE OF COMMONS: *Brexit: what happens next?*, Londres, 30 de junio de 2016, p. 21.

las reticencias irlandesas respecto al Tratado de Lisboa. Plantea, además, numerosos interrogantes jurídicos a propósito de su contenido, que, caso de haber entrado en vigor, hubiera exigido la adopción de futuros actos de la Unión en cuyo proceso decisorio comunitario y eventual control por el Tribunal de Justicia hubiera podido aflorar dificultades no previstas en el momento de su formulación. Además, su entrada en vigor resultaba desde su misma configuración más que incierta, ya que quedaba condicionada al resultado de un referéndum a celebrar en uno de los Estados signatarios. Pero, en todo caso y con la vista puesta en su posible efecto precedente —o acaso su renacimiento en el supuesto de un hipotético (aunque poco probable) segundo referéndum en el Reino Unido—, en nuestra opinión concurren argumentos jurídicos suficientes como para que la Decisión pudiera ser calificada con visos de certeza como un acuerdo internacional celebrado de manera simplificada. Es la calificación más acorde con la voluntad manifestada por los Estados celebrantes de la Decisión. Resulta perfectamente acorde con el Derecho Internacional. No es tampoco contraria al Derecho de la Unión, siempre que su contenido resulte compatible con los tratados constitutivos. Y es perfectamente respetuosa con las exigencias del Derecho interno.

En el fondo, como en otras ocasiones anteriores, esta Decisión ponía de manifiesto que, cuando la Unión afronta situaciones extraordinarias de verdadera crisis profunda, el peculiar, depurado y sofisticado ordenamiento jurídico de la Unión termina viéndose obligado a tornar su mirada hacia el Derecho Internacional. Sus soluciones no suelen ser óptimas, pero sí brindan la flexibilidad necesaria para articular jurídicamente la concreta voluntad de los Estados miembros para afrontar la crisis en cuestión y reconducir el proceso de integración a su cau-

ce ordinario. Así ha sido en el pasado (reciente y no tan reciente) y así lo es también en esta ocasión. No obstante, probablemente también ponga en evidencia que otros Estados miembros pueden verse tentados a reclamar en el futuro un trato especial similar⁷⁴ y, sobre todo, deja traslucir a las claras que ni en Bruselas ni en Londres existía un plan B⁷⁵.

El desenlace del referéndum resultó, en efecto, una sorpresa y colocó a la Unión en verdadero estado de *shock*. Es la primera vez que un Estado miembro decide abandonar la UE. Y con ello se abre un proceso de enorme incertidumbre tanto para el Reino Unido como para la propia Unión. Con todo, paradójicamente, el resultado del referéndum a favor del *Brexit* reconduce la situación al redil comunitario, ya que en lugar de entrar en vigor una Decisión *extra muros* de los tratados constitutivos como la aquí comentada, obliga a utilizar el cauce institucional expresamente previsto en dichos tratados constitutivos para encauzar jurídicamente la retirada de un Estado miembro. Plantea, sin duda, incertidumbres de todo tipo, pero sus líneas directrices (jurídicas e institucionales) están perfectamente trazadas por el Derecho originario de la Unión.

Cuestión bien diferente a la jurídica, que aquí nos ha ocupado, es que el *Brexit* comparte portada comunitaria con los estertores de la crisis económica, el apogeo de la crisis de los refugiados y el florecimiento de movimientos políticos nacionales de corte marcadamente antieuropeo⁷⁶; y todo ello configura un caldo de cultivo que hace muy incierto el futuro del proceso de integración europea⁷⁷. Esperemos que todos los actores implicados estén a la altura. Empezando por el Reino Unido. No sea que en su disyuntiva entre Decisión y artículo 50 TUE le termine ocurriendo como al ‘asno de Buridán’...

⁷⁴ Véase CARDWELL, J.: «The ‘hokey cokey’ approach to EU membership: legal options for the UK and EU», *Journal of European Public Policy*, 2016, pp. 1-9.

⁷⁵ Cfr. ERMERSON, M. (ed): *Britain’s future in Europe — The known Plan A to remain or the unknown Plan B to leave*, 2.ª ed., Centre of European Policy Studies, Londres, 2016, especialmente pp. 11-38.

⁷⁶ Existe en la doctrina quien de manera muy plástica ha hablado de una situación actual «*in which seven plagues have descended on the European Union: the banking crisis, the virtual collapse on the Greek Government, the Ukraine crisis, the civil war in Syria, the refugee crisis, the effects of climate change, and the threat of a Brexit*»; BALLIN, E.H.: «Europe: ‘Coalescence in Diversity’», *Asser Research Paper*, núm. 4, 2016; publicado antes en neerlandés en la revista *Nederlands Juristenblad*, 2016.

⁷⁷ Puede verse, a título de ejemplo, GLENCROSS, A.: «Why a British referendum on EU membership will not solve the Europe question», *International Affairs*, núm. 91, 2015, pp. 303-317.