

UNA APROXIMACION JURIDICA AL CONTENCIOSO DE GIBRALTAR

LA CLAUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* Y EL DERECHO
DE LIBRE DETERMINACION DE LOS PUEBLOS

FELIPE BAEZA BETANCORT

FELIPE BAEZA BETANCORT, Las Palmas, 1933, es abogado, profesión que ejerce entre Madrid, Las Palmas y S. C. de Tenerife, con especial dedicación al derecho administrativo. Aunque en un principio anunciaba lo que podría haber sido una carrera literaria, de la que dan cuenta sus primeras publicaciones, "La amada más distante", 1967, (un ensayo sobre la poesía de Pedro Salinas), dos volúmenes de traducciones, "Diez poemas checoslovacos", 1968, y "Cincuenta poemas ingleses", 1970, y una obra propia dispersa en revistas y antologías, pronto se decantó por materias de contenido jurídico o político, de ámbito regional o nacional, publicando "Ensayo de Organización de la Región Canaria", 1978; "Las Islas Canarias ante el nuevo Derecho Internacional del Mar", 1987; y "España y la OTAN", 1982, editados los dos primeros por "El Museo Canario", y el tercero por el "Centro de Estudios Superiores para la Defensa", CESEDEN, y cuyas fechas de publicación dan fe de una atención a los problemas de mayor actualidad en cada momento. De 1987 a 1993 desarrolló en Canarias una intensa actividad política, participando ampliamente en los debates que precedieron a la creación de la Universidad de Las Palmas y a la adhesión de Canarias a la entonces Comunidad Europea. Es socio protector de la Fundación Pérez Galdós, de Las Palmas, miembro de la Real Sociedad Económica de Amigos del País de Gran Canaria, y de "El Museo Canario", también de Las Palmas, de cuya Junta Directiva formó parte durante dieciocho años. También ha sido miembro de la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Las Palmas. Durante la IV Legislatura, fue diputado nacional. En 1993, coincidiendo con el final de dicha legislatura, abandonó la actividad política.

La presente publicación confirma una vocación por las cuestiones internacionales que ya se manifestó en algunas de sus obras anteriores.

UNA APROXIMACION JURIDICA AL CONTENCIOSO DE GIBRALTAR

LA CLAUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* Y EL DERECHO
DE LIBRE DETERMINACION DE LOS PUEBLOS

FELIPE BAEZA BETANCORT

REAL SOCIEDAD ECONOMICA DE AMIGOS DEL PAIS
DE GRAN CANARIA

© FELIPE BAEZA BETANCORT - 2001

Edita: REAL SOCIEDAD ECONOMICA DE AMIGOS
DEL PAIS DE GRAN CANARIA.

Diseño: GRAFICAS JUMA, S.L.

Fotomecánica e Impresión: GRAFICAS JUMA, S.L.

I.S.B.N.: 84 - 921 - 673 - 6 - X

Depósito Legal: G.C. 938 - 2001

PROPOSITO

Viene siendo una constante, en todos los “encuentros” que durante los últimos años, se están celebrando entre las Reales Sociedades Económicas de Amigos del País de España, el tratar sobre la posibilidad de definir y gestionar algunas actividades conjuntas, con vistas a obtener una mayor efectividad, tanto en sus objetivos, definidos en la teoría de la “Ilustración”, como en la imagen que presentan ante la Sociedad.

En esa línea y con el fin de iniciar este proceso, la R.S.E.A.P. de Gran Canaria, entre las actividades programadas para la celebración del 225 aniversario de su creación, ha tomado la decisión de publicar el presente libro, tratando de captar la participación del resto de las Sociedades Económicas de España.

Previamente a la decisión final de editar el libro, se analizaron algunas cuestiones, tales como sopesar el interés general del tema elegido, la oportunidad de su edición, etc., ya que la reputación y preparación del autor, Felipe Baeza Betancort, estaban fuera de toda duda. Pues bien, dado que los resultados de éstos análisis, avalados, en algunos casos, por informes redactados por prestigiosos y destacados profesionales de Las Palmas, fueron altamente positivos, motivó a la Junta Directiva de la R.S.E.A.P. de Gran Canaria, a acordar, en última instancia, su publicación.

Se trata, por lo tanto, del primer libro que se edita conjuntamente por varias de las Reales Sociedades Económicas de Amigos del País que en la actualidad, y después de más de dos siglos de existencia, permanecen activas en toda España. Tal circunstancia que lógicamente destaco, hace de la presente publicación, independientemente del interés del contenido del libro, una experiencia excepcional en la vida de estas Entidades, a las que hoy se suma la Fundación Perez Galdós, de Las Palmas, también colaboradora de este evento.

Espero y deseo que ésta iniciativa, sea el comienzo de futuras y próximas colaboraciones entre las RRSSE de Amigos del País de España.

EL DIRECTOR DE LA R.S.E.A.P. de Gran Canaria
Francisco Marín Lloris
Marqués de la Frontera

Relación de las entidades que han colaborado en
la edición de este libro:



R.S.E.A.P. Aragonesa



R.S.E.A.P. Barcelona



R.S.E.A.P. Cartagena



R.S.E.A.P. Gran Canaria



R.S.E.A.P. Jaén



R.S.E.A.P. Matritense



R.S.E.A.P. Sevilla



R.S.E.A.P. Tenerife

Con la colaboración de la



Directores/Presidentes de las RRSSE de AAPP coeditoras de este libro:

R.S.E. Matritense: Ilmo. Sr. D. Ramón Muñoz-González y Bernaldo de Quiros.

R.S.E. de Sevilla: Ilmo. Sr. D. José María Hoyuela.

R.S.E. de Barcelona: Ilmo. Sr. D. Antonio Muntañola Rey.

R.S.E. de Gran Canaria: Ilmo. Sr. D. Francisco Marín Lloris Marqués de la Frontera.

R.S.E. de Cartagena: Ilmo.: Sr. D. José Faura Araujo.

R.S.E. Aragonesa: Ilmo. Sr. D. José María Royo Sinués.

R.S.E. de Tenerife: Ilmo. Sr. D. Leandro Trujillo Casañas.

R.S.E. de Jaén: Ilmo.: Sr. D. José La Torre.

INDICE

CAPITULO I

INTRODUCCIÓN	15
--------------------	----

SECCION PRIMERA

EL TRATADO DE UTRECHT ANTE EL DERECHO CONSUECUDINARIO. EL REGIMEN DE LA CLAUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

CAPITULO II

El Derecho Consuetudinario rige los tratados anteriores a la Convención de Viena y admite otras posibilidades de aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* distintas a la única que admite el artículo 62 de aquélla. 37

CAPITULO III

El Derecho Consuetudinario admite que el cambio se produzca tanto en las circunstancias que constituían *la base esencial* del tratado como en las que constituían *su contexto* previsiblemente perdurable. 45

CAPITULO IV

El Derecho Consuetudinario admite que el resultado del cambio consista tanto en *agravar las obligaciones pendientes* de una de las partes como en *convertir el tratado en un instrumento obsoleto o inadecuado*. 51

SECCION SEGUNDA

LOS CAMBIOS OPERADOS EN LA BASE ESENCIAL DEL TRATADO

CAPITULO V

Las circunstancias que motivaron la suscripción del tratado de Utrecht entre Gran Bretaña y España han cambiado radicalmente desde entonces. . . 59

CAPITULO VI

Las circunstancias que han cambiado como consecuencia de la situación internacional constituían precisamente *la base esencial* del tratado de Utrecht entre Gran Bretaña y España. 67

CAPITULO VII

El cambio en las circunstancias que constituyeron *la base esencial* del tratado lo ha convertido en un instrumento obsoleto, que ya no responde a las circunstancias actuales. 77

SECCION TERCERA

LOS CAMBIOS OPERADOS EN EL CONTEXTO DEL TRATADO

CAPITULO VIII

Además de las circunstancias que constituyeron la base esencial del tratado, han cambiado también las que constituyeron su *contexto* previsiblemente perdurable. 89

CAPITULO IX

Las nuevas técnicas militares constituyen un cambio radical en las circunstancias en cuyo *contexto* se otorgó y era previsible que se desarrollara el tratado. 97

CAPITULO X

La introducción de un riesgo nuclear es un motivo paradigmático de invocación de la cláusula *rebus sic stantibus* por cambio en las circunstancias que constituyeron *el contexto* del tratado y por el consiguiente agravamiento de la situación de una de las partes. 111

SECCION CUARTA

EL PROBLEMA DE LOS TRATADOS TERRITORIALES

CAPITULO XI

La cláusula *rebus sic stantibus* puede ser aplicable a los tratados de cesión territorial, tanto en el marco de la Convención de Viena como en el del Derecho Consuetudinario. 121

CAPITULO XII

La doctrina de las Naciones Unidas sobre las bases militares extranjeras corrobora la aplicabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus* a los tratados de cesión territorial. 133

SECCION QUINTA LA APLICACIÓN A GIBRALTAR DEL PRINCIPIO DE LIBRE DETERMINACION DE LOS PUEBLOS

CAPITULO XIII

Sólo los Estados constituidos y los pueblos coloniales tienen derecho a la libre determinación. 145

CAPITULO XIV

Los pueblos no coloniales, como el de Gibraltar, no tienen derecho a la libre determinación. 155

CAPITULO XV

La población de Gibraltar tampoco tiene un derecho a que la plaza no sea transferida a España contra su voluntad. 165

CAPITULO XVI

El derecho a la integridad territorial de los Estados puede resolver la descolonización de Gibraltar a favor de España, aunque el pueblo de Gibraltar no tenga un derecho de libre determinación. 171

ANEXO. TEXTOS BÁSICOS 181

CAPITULO I

INTRODUCCION

En 1964, habiendo comprobado la existencia de un desacuerdo “*e incluso de una controversia*” entre España y el Reino Unido sobre el estatuto de Gibraltar, el Comité de los 24 adoptó por consenso una *decisión* que se convertiría en 1965 en la resolución 2070 (XX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, por la que se invitaba a ambos Estados a iniciar sin demora negociaciones para encontrar una solución que fuese conforme con la Resolución 1514 (XV) y que tuviese en cuenta los intereses de la población del territorio. Treintaicinco años después de aquella decisión ciertamente esperanzadora para la vieja reivindicación española, es necesario reconocer que ésta se encuentra tan lejos como al principio de su satisfacción deseable, y que las posiciones españolas, si acaso, han retrocedido en relación con las existentes hace algunos años, pues España ha renunciado últimamente a toda beligerancia, diplomática por supuesto, y ha realizado algunas concesiones importantes para los gibraltareños y, por tanto, para el Reino Unido, inevitables como consecuencia de nuestra incorporación a la Comunidad Europea, sin experimentar a cambio el menor avance en aquello que realmente nos interesa: La devolución de la plaza o, para ser más exactos, la desaparición de una base militar extranjera, ocasionalmente nuclear, en el sur de la península ibérica.

La Resolución 2070 (XX) de la Asamblea General y las que se adoptaron en años sucesivos, especialmente la 2353 (XXII), en que se condenó la organización por el Reino Unido de un referéndum en Gibraltar, y en la que se mencionó por primera vez de manera expresa la necesidad de que la descolonización se llevara a cabo de

acuerdo con el apartado 6 de la Resolución 1514 (XV), que consagra el derecho a su integridad territorial, constituyeron un indudable triunfo diplomático para España, que así veía reconocer por el más alto organismo internacional el derecho a la reintegración de su territorio mediante la recuperación de Gibraltar. En realidad, el derecho a la integridad territorial había estado implícito desde que la primera Resolución ordenaba negociar para solucionar el conflicto de acuerdo con la Resolución 1514 (XV), pues en ésta el referido derecho actúa, más que como un principio autónomo o como una condición a la que ha de subordinarse en cualquier caso el ejercicio del derecho a la autodeterminación de los pueblos, como un aspecto del propio principio de libre determinación de los pueblos. Pero entre la invocación de los intereses de la población de Gibraltar que se hace en la Resolución 2070 (XX) y la invocación del derecho a la integridad territorial que se hace en la 2353 (XXII), hay evidentemente una inflexión clarísima a favor de la tesis española: Se podrá alcanzar cualquier solución negociada, pero Gibraltar debe ser devuelto a España.

Desgraciadamente, las Resoluciones de las Naciones Unidas sólo obligaban al Reino Unido a negociar, no a devolver la plaza, aunque el sentido y la finalidad de la negociación no podía ser otro que devolver la plaza, lo que significa que las Naciones Unidas pedían al Reino Unido que la devolviera. Así, la Resolución 2429 (XXIII) pedía a la potencia administradora que pusiera término a la situación colonial de Gibraltar antes del primero de octubre de 1969, pero es claro que, escudándose en una interpretación literal de esa resolución, el Reino Unido podía pretender atender la petición de la Asamblea General concediendo la independencia a la población de Gibraltar, con lo que se pondría término aparentemente a la situación colonial, aunque el nuevo "Estado" independiente se apresurara a formar cualquier tipo de unión con el Reino Unido, que serviría para consolidar la actual situación y para superar definitivamente los inconvenientes que en la actualidad supone la inclusión de Gibraltar en la lista de territorios no autónomos sometidos a la jurisdicción especial del Comité de los 24. A esta finalidad iba directamente orientada la concesión a Gibraltar de una Constitución en 1969.

Obligado, en definitiva, sólo a negociar con España, nada más fácil para el Reino Unido que prolongar indefinidamente las negociaciones, escudándose en la supuesta imposibilidad para un gobierno democrático de devolver la plaza en contra, no ya de los *intereses de la población de Gibraltar a que aludía la Resolución 2070 (XX)*, sino de los *deseos concretos* de los habitantes de la plaza, a los que el Reino Unido viene insistiendo en considerar titulares de un derecho de autodeterminación que se contrapone al derecho de España a su reintegración territorial, confiando obviamente en que la evolución de las circunstancias internacionales y su superior influencia como potencia de primer orden le permitirían ir superando, como así ha sido, los momentos más difíciles, como fueron la adhesión de España a la Alianza Atlántica, o el cierre de la verja, decidido por España en 1969 como medida de presión sobre los gibraltareños. La negociación encalló, como explica Remiro ⁽¹⁾, cuando el Gobierno británico afirmó su soberanía por prescripción sobre la parte del istmo acotada por la verja, y pretendió que España la reconociera. El mismo sentido dilatorio, e incluso disuasorio, tenía la pretensión británica de someter el conflicto al Tribunal Internacional de Justicia, que España no aceptó por cuanto habría supuesto una interrupción del proceso negociador propiciado por las Naciones Unidas en el marco eminentemente político de la descolonización. Así, durante la década de los años setenta, ambas partes se mantuvieron en sus respectivas posiciones. La verja continuó cerrada, lo que en definitiva sólo sirvió para ahondar la mentalidad de guarnición que, de cualquier forma, los gibraltareños ya habían ido desarrollando como consecuencia de su peculiar situación y de la historia eminentemente militar de la plaza.

En 1980, coincidiendo con la fase de incorporación de España a las dos grandes organizaciones occidentales, la CEE y la OTAN, la Declaración de Lisboa pareció señalar el alborar de una *nueva era de entendimiento en las relaciones hispanobritánicas*. Sobre si esta Declaración constituyó un avance o un retroceso habría mucho que decir, y mucho se ha dicho ya. La Declaración

(1) Remiro Brotons, Antonio, *Derecho Internacional Público*, I. Edit. Tecnos, Madrid, 1982. pág. 151.

anunciaba de manera inequívoca el restablecimiento de las comunicaciones directas y la suspensión de las medidas de presión que venía manteniendo España. Por su parte, el Reino Unido reiteraba su compromiso de respetar no exactamente “los intereses”, sino “los deseos” de la población de Gibraltar “tal como se hallan recogidos en el preámbulo de la Constitución de Gibraltar”.

Ante la contundencia de esta manifestación británica, resulta difícil explicarse el triunfalismo con que la Declaración de Lisboa fue presentada por el Gobierno español, pues el único compromiso que el Reino Unido formulaba no era un compromiso con España, sino con la población de Gibraltar, lo que, dadas las circunstancias, equivalía a un compromiso consigo mismo. En verdad, no había ningún fundamento para presentar la declaración británica, como hizo el ministro Oreja ante el Congreso, como un simple compromiso de no transferir la población, aunque tal vez sí la plaza de Gibraltar, a la soberanía española; pues, siendo los gibraltareños súbditos británicos, parece imposible en un Estado de Derecho - y el Reino Unido lo es - privar a diez mil personas de uno de sus derechos fundamentales como es el derecho a su nacionalidad actual, para transferirlas, es decir para transferir a dichas personas, contra su voluntad, a la soberanía de otro Estado; lo que exigía entender el compromiso británico como un claro compromiso de no transferir la plaza de Gibraltar contra la voluntad de sus habitantes.

Por otra parte, la Declaración de Lisboa no decía que el Gobierno británico respetaría unos deseos todavía no formulados por la población de Gibraltar, sino unos deseos ya expresados con toda precisión en el preámbulo de la Constitución gibraltareña, donde se dice que Gibraltar continuará siendo “*parte de los dominios de su Majestad (británica) a menos que una ley del Parlamento lo determine de otro modo*”. La referencia al Parlamento no es a la “House of Assembly” como se denomina el órgano legislativo de Gibraltar, sino al Parlamento de Westminster, con lo cual queda claro que el derecho de autodeterminación que el Gobierno británico reclama para la población de Gibraltar se reenvía por la Constitución gibraltareña al Parlamento británico, que es así el verdadero sujeto del supuesto derecho de autodeterminación de la

población de Gibraltar. No cabe, por supuesto, más flagrante contradicción con la Resolución 1514 (XV) que estipular que sea el Parlamento de una metrópoli quien “autodetermine” a la población de un territorio no autónomo. Así, es la propia Constitución de Gibraltar la que evidencia que el supuesto derecho de su población a la autodeterminación no es sino un subterfugio para justificar la continuación de la presencia británica.

En estas condiciones, pretender, como se pretendió por el Gobierno español, que la Declaración de Lisboa proporcionaba una base para empezar a negociar la soberanía era una considerable ingenuidad. La Declaración de Lisboa no suministraba ningún instrumento jurídico que nos permitiera avanzar hacia lo que debería constituir nuestro principal objetivo: La supresión de una base militar extranjera en el sur de la península. Por el contrario, la apertura de la verja, acto al que España estaba dialécticamente obligada por la propia Declaración, y que, además, fue confirmado el 27 de Noviembre de 1984 por la Declaración de Bruselas, había de entenderse por el Reino Unido, a pesar de constituir, como ha señalado acertadamente Izquierdo Sans ⁽²⁾, una aplicación anticipada del acuerdo comunitario, no como una medida de buena voluntad por parte de España, acreedora de reciprocidad por parte británica, sino como una renuncia por parte de España, especialmente después de la utilización de Gibraltar por la flota británica que se dirigía a las Malvinas, a todo vestigio de beligerancia que pudiera resultar incómodo a un socio de tan incuestionable entidad en el concierto atlántico y europeo, al que España se aproximaba, y que, como explica Antonio Marquina ⁽³⁾, había anunciado reiteradamente que vetaría el acceso de España al Mercado Común Europeo si no se levantaban por España las restricciones impuestas al tránsito con el Peñón. El 25 de Octubre de 1983, es decir, un año antes de antes de producirse la declaración de Bruselas, el nuevo ministro de Asuntos Exteriores, Fernando Morán, que siempre había considerado un error el cierre

(2) Izquierdo Sans, Cristina, *Gibraltar en la Unión Europea*, Edit. Tecnos, 1996.

(3) Marquina Barrio, Antonio, *El contencioso gibraltareño: La apertura de un nuevo proceso*. En *“Las relaciones de vecindad”*, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. Universidad del País Vasco, 1987.

de la verja por cuanto esta medida nos enajenaba, aún más, según él, la voluntad de los gibraltareños, afirmaba ante el Congreso, en términos harto optimistas, que la alineación (antiespañola) de la población de Gibraltar iba desapareciendo a causa de la apertura de la verja; que la corriente entre España y Gibraltar estaba cambiando; y que, por primera vez, la iniciativa era española. Los años transcurridos desde entonces han demostrado cuán infundado era el optimismo de nuestros sucesivos gobiernos y cancilleres. El Reino Unido ha conseguido lo que más le interesaba: Que España volviera a abrir la verja, y que se restablecieran las comunicaciones directas, es decir, terrestres, con lo cual se alivia la presión y se abre una posibilidad a la viabilidad autónoma de la economía de Gibraltar, al desarrollarse nuevas relaciones comerciales con su hinterland natural. Como diría el mencionado Antonio Marquina en 1987, **“la alternativa económica para la roca no era otra que la apertura de la verja y el fomento del turismo”**. Por lo demás, la invocación sistemática de los deseos de la población gibraltareña, como supuesto obstáculo insuperable para las prácticas democráticas del Gobierno británico, permite a éste remitir cualquier negociación en profundidad sobre Gibraltar a ese momento harto improbable en que los diez mil gibraltareños de derecho den su visto bueno a la retrocesión pretendida por España.

Perdida la gran oportunidad que supuso nuestra adhesión a la Alianza Atlántica, justo en un momento en que España venía a aportar una profundidad estratégica de la que Europa carecía, y un refuerzo psicológico que a principios de los años ochenta ésta necesitaba urgentemente, la convivencia con el Reino Unido en el seno de la hoy Unión Europea y de la OTAN, la profundización en la concepción de Europa como un espacio cada vez más integrado (Acta Unica, Maastricht, Amsterdam, Niza), la aparición de nuevas y urgentes preocupaciones para las Naciones Unidas, como Irak o los Balcanes, el hundimiento del bloque soviético, y la misma desactivación del bloque de países no alineados se han encargado, por así decirlo, de hacer el resto: Resuelto en lo fundamental el problema de las comunicaciones, el único interés del Reino Unido en continuar sus negociaciones con España es el de mejorar aun si cabe la

situación de Gibraltar. Y España, considerando que las Naciones Unidas ya hicieron todo lo que podían al ordenar hace treintacinco años la apertura de las negociaciones, tampoco muestra mayor interés en continuarlas, evidenciando - contra lo que decía Morán - una falta total de iniciativa, y una resignación que no por comprensible resulta más razonable. Así, la presencia de una base militar extranjera en el sur de la península, que comenzó a principios del siglo XVIII, se adentra en el nuevo siglo sin que ningún obstáculo serio se alce en su previsible horizonte. La reivindicación española, que tan activa se mostró en los años sesenta del siglo recientemente fenecido, se encuentra tan apaciguada que ya sólo se menciona cuando el protocolo político o diplomático exige insoslayablemente alguna referencia, o con motivo de alguno de los múltiples incidentes a que inevitablemente dan lugar las relaciones con nuestros incómodos vecinos. Igual que ocurría en el siglo XVIII después de cada asedio frustrado, la inoperancia de nuestro último asedio diplomático nos dejó sin ánimo para culminar el camino iniciado en el marco de la descolonización, en el que ya no creemos, ni para iniciar uno nuevo, que ni siquiera imaginamos. Como explica el profesor Marquina en el lugar indicado, entre los aspectos más importantes de la Declaración de Bruselas, se encuentra **“en primer lugar, la desaparición de la referencia a las resoluciones de las Naciones Unidas y, en especial, a la integridad territorial de España que aparecían en la Declaración de Lisboa”**. Y, lo que es peor, continuamos incurriendo en los mismos errores que, independientemente de la dificultad del problema, han influido en la exigüidad de los resultados.

El primer error que identificamos en la política española consiste en no haber asumido completamente - y no será porque importantes analistas no lo hayan señalado, como es el caso de Sánchez Gijón y Fernando Morán - que el verdadero interés de España en este asunto consiste en que no exista en el sur de la península una base militar extranjera que, ocasional pero sistemáticamente, ha venido sirviendo de refugio de buques de propulsión y armamento nucleares y que durante tres siglos ha venido “usurpando” el protagonismo natural que a España correspondía haber ejercido en el

estrecho; y que, por consiguiente, a la eliminación de esa base deben orientarse las negociaciones, y deben subordinarse cualesquiera otros intereses que con ese objetivo aparezcan entremezclados, aunque se trate de intereses eminentemente humanos. Sólo desde una percepción deficiente, o inexistente, de este interés fundamental, o desde una infinita resignación, contradictoria con la vigorosa campaña diplomática de aquella época, se pudo ofrecer en su día por el ministro Castiella la permanencia de una base militar británica en un Gibraltar “devuelto” a España; o se puede entender que, mientras la verja se pudo mantener cerrada por no afectarnos el Derecho comunitario, en ningún momento se condicionase su cierre a la presencia de buques de guerra británicos o aliados, lo que habría arrojado la responsabilidad del cierre sobre el Gobierno británico. Por el contrario, dicho gobierno ha tenido siempre perfectamente claro que lo más importante para el Reino Unido es seguir contando con una base militar en el estrecho; y a esa adecuada comprensión de la verdadera naturaleza del problema ha supeditado toda su política en este asunto, una de cuyas piezas fundamentales ha consistido precisamente en negar sistemáticamente la importancia militar de Gibraltar. No es de extrañar que si, además de partir de una situación de inferioridad, en el sentido de que Gibraltar hoy por hoy es una posesión británica, partimos de una percepción equivocada o ambigua de la verdadera naturaleza del problema, mientras que el Reino Unido arranca de una situación de superioridad y de una comprensión correcta de su naturaleza, cada vez estamos más lejos de resolverlo.

Consecuencia de este primer error ha sido el segundo, consistente en no haber sabido en ningún momento rebatir la negativa británica del valor militar de la base. Obligado a negociar con España en el marco del Derecho de Descolonización de los pueblos, y concretamente, de la Resolución 1514 (XV), conocida como su “carta magna”, el Reino Unido no podía contraponer expresamente su interés por retener una base militar en el sur de la península ibérica al derecho de España a conseguir su reintegración territorial mediante la devolución de Gibraltar. Porque tal planteamiento, por su imperialismo descarnado, habría sido sencillamente impresenta-

ble ante el Comité de los 24 y ante la Asamblea General de las Naciones Unidas. Por eso el Reino Unido contrapone al derecho de España a su integridad territorial el supuesto derecho de los gibraltareños a determinar el futuro de la colonia. Al no rebatir la falsedad del planteamiento británico, cuando es tan fácil demostrar la importancia militar y, por consiguiente, política que aún hoy retiene la base, España no sólo ha renunciado a demostrar el verdadero interés que se esconde bajo la defensa por el Reino Unido del supuesto derecho a la autodeterminación de los gibraltareños, sino que propicia que otros aspectos más fáciles de resolver mediante concesiones de parte y parte - los económicos y sociales- asciendan al primer plano, con lo que el verdadero problema queda enquistado, pues, en realidad, *el objetivo fundamental de las negociaciones, de acuerdo con la resolución 2343 (XXII), debería ser la reintegración territorial de España, y no otra cosa.* Ciertamente que los intereses de los gibraltareños y los de los mismos habitantes del Campo de Gibraltar deben tomarse en consideración por cualquier gobierno responsable. La propia Resolución 2070 (XX) exigía “tener en cuenta” los intereses de la población de Gibraltar. Pero tener en cuenta no significa elevar al primer plano, sino más bien todo lo contrario. Lo cual es lógico cuando se trata de resolver un problema con claras implicaciones estratégicas, que por su propia naturaleza han de prevalecer sobre todas las demás por afectar a la seguridad y a la acción exterior del Estado, valores políticos internacionales que son fundamentales. Al elevarse los aspectos humanos al primer plano y obviarse los estratégicos - y así resulta de la Declaración de Lisboa y de las Cartas Cruzadas en enero de 1982, textos en que se ha plasmado lo discutido en años de negociaciones -, se desvió la atención de lo que debería haber sido siempre el objeto de las negociaciones ordenadas por las Naciones Unidas, esto es, la devolución de Gibraltar a España, y se ha proporcionado al Reino Unido un pretexto excelente para justificar, no sólo que está negociando, sino que está haciendo importantes concesiones. Sin embargo, lo que a España le interesa no es la seguridad en el empleo, o la seguridad social, o el derecho de los españoles que trabajan en Gibraltar a pernoctar o a sindicarse en la plaza. Lo que a España le interesa, al menos con prioridad absoluta, es que deje de existir una base aero-

naval extranjera en el sur de la península y, en la medida en que parece la forma más eficaz de conseguirlo - pues la reintegración territorial tiene a su favor la Resolución 1514 (XV) que es la manifestación más contundente del Derecho aplicable en la materia -, la devolución de la plaza. Desde este punto de vista estratégico, ya resultaba difícil compartir la satisfacción con que el ministro Morán informaba al Congreso, el 25 de octubre de 1983, que sólo la apertura peatonal de la verja había producido ya en aquel entonces un flujo de negocio entre Gibraltar y La Línea de 100.000 libras semanales. Porque este fenómeno, aunque pareciese en su día beneficioso para la economía de ambas comunidades, lejos de erosionar la posición británica, tenía que contribuir a reforzarla, al aliviar psicológica y económicamente a la población gibraltareña. Por lo demás, como señaló el ministro Piqué en su comparecencia del 14 de Marzo de 2001 ante el Congreso, la apertura de las comunicaciones, inevitable por nuestra condición comunitaria, ha supuesto a la larga la consolidación de la economía gibraltareña a costa precisamente de un Campo de Gibraltar sobre el que aquélla ejerce una competencia abusiva sobre la base de su régimen especial dentro de la Unión Europea, como expone exhaustivamente Izquierdo Sans en su obra mencionada.

Un tercer error de la política española es haber equivocado siempre el destinatario de nuestras razones y de nuestra política de imagen, dirigidas al Gobierno británico y a la población de Gibraltar, cuando, en realidad, tanto el uno como la otra tienen intereses permanentes y coincidentes que los hacen insensibles a las razones españolas: El Gobierno británico, porque Gibraltar confiere al Reino Unido un protagonismo estratégico y, por consiguiente, político, en una zona - todo el Mediterráneo, del que el estrecho es paso obligado - donde ningún interés nacional británico lo justifica. Y la población de Gibraltar, porque la misma permanencia de una base militar británica ha venido contribuyendo sustancialmente a su viabilidad económica, no sólo por generar un importante porcentaje de su producto interior, sino también porque al ser dicha población la única justificación ante el Comité de los 24 y ante la Asamblea General de las Naciones Unidas con que cuenta la pre-

sencia británica en un territorio no autónomo, está garantizado el apoyo del Gobierno británico para mantener un sistema y un nivel de vida que no estaría garantizado si Gibraltar se devolviera a España, pues, por mucha autonomía que España concediese a un Gibraltar reintegrado, nunca consentiría que la plaza siguiera siendo un paraíso fiscal desde el que se ejerce efectivamente un “dumping” sobre la economía española y un detrimento de los ingresos de nuestra Hacienda y mucho menos un núcleo activo de contrabando como Gibraltar ha sido en el pasado. Por eso, ni el Gobierno británico cedió a las pretensiones españolas cuando España se otorgó a sí misma un régimen democrático, ni la población de Gibraltar se ha mostrado más dispuesta a la retrocesión cuando España volvió a abrir la verja, y se intensificaron las relaciones económicas, sociales, culturales y familiares, sino que está más decidida a seguir siendo británica a todos los efectos, ahora que la presión se ha relajado. Por si alguien pudiera albergar todavía alguna duda, a este lado de la verja, sobre cómo respiran los gibraltareños, el Sr. Caruana las ha disipado contundentemente en Julio de 2001 al declarar, en la víspera de nuevas negociaciones hispanobritánicas, que el interés primordial de la población de Gibraltar es no integrarse en España. Esta no convencerá jamás al Gobierno británico de la justicia de su reivindicación por la sencilla razón de que el Gobierno británico, como todos los gobiernos, sólo se rige por la razón de Estado, y ésta le dicta, por no decir que le impone, no renunciar mientras pueda evitarlo al importante activo estratégico que representa Gibraltar. Y España no puede ganar para su causa a la población de Gibraltar porque ésta sabe que, siendo más importante para el Reino Unido en un Gibraltar británico que lo que sería para España en un Gibraltar reintegrado, y esto es tan obvio que no necesita razonarse, su interés inmediato estriba en perpetuar una situación en la que devenga los beneficios de ser una pieza políticamente necesaria para los intereses estratégicos de una importante potencia, y últimamente para los intereses financieros de determinados sectores dispuestos a sacar partido del estatuto especial de que Gibraltar disfruta en la Unión Europea. Por eso, ni el Gobierno británico, ni la población de Gibraltar deben ser los destinatarios de nuestras razones o de la política de imagen “democrática” que con tanta ilusión

practicamos, que deberían en cualquier caso dirigirse a la opinión pública británica, e incluso a su misma clase política. Éstas, en efecto, no están vinculadas, o no están tan vinculadas por razones de Estado como lo está su gobierno, ni están tan comprometidas con la población de Gibraltar como para no admitir otras posibilidades razonables de resolver el conflicto que aquéllas y sólo aquéllas que la población de Gibraltar prefiera de acuerdo con las consignas del Gobierno británico “de turno”; por lo que serían más capaces de entender, incluso a pesar de cualquier nostalgia, que hay otras fórmulas de garantizar un futuro digno y relativamente seguro para diez mil gibraltareños - conserven o no, a su elección, la nacionalidad británica - en un Gibraltar reintegrado en España. Claro que aquel gobierno tiene más posibilidades para influir en su propia opinión pública que las que tenga el Gobierno español o cualquier “lobby”, de momento absolutamente inexistente, que hiciera de portavoz de las razones de España, pero es más difícil, en cualquier caso, influir en la opinión pública de Gibraltar, negada a considerar cualquier alternativa real a su presente status, que influir, teniendo tantas razones de nuestra parte, en algunos sectores de una sociedad tan perspicaz, abierta y autocrítica como es la sociedad británica. La lectura de las actas de las sesiones en la “House of Commons” en que se trata de este asunto demuestra hasta qué punto los propios parlamentarios británicos están desinformados de lo que verdaderamente ocurre en Gibraltar, y por ende manipulados por quienes tienen intereses económicos personales que defender bajo sus protestas de patriotismo.

Precisamente en relación con la población de Gibraltar y su pretendido derecho a la autodeterminación, núcleo de la posición negociadora del Reino Unido, España ha cometido también el error, y ya serían cuatro, de no señalar en sus intervenciones ante las Naciones Unidas el flagrante abuso de derecho que supondría una autodeterminación que confirmara la perpetuación de un paraíso fiscal especializado en practicar un “dumping” sobre la economía del Campo de Gibraltar y de una base militar, cuyo uso se cedería al Reino Unido mediante un tratado de defensa, cuando es evidente que ese supuesto Gibraltar independiente no necesitaría para su

seguridad ni una base militar con capacidades nucleares, ni un tratado de defensa con el Reino Unido, sino, en el peor de los casos, es decir, en el supuesto de que sobre ese Gibraltar independiente se cernieran amenazas ¿de quién?, un estatuto de neutralización garantizado por las Naciones Unidas o, incluso, por el Reino Unido, y por España: Ya en los años ochenta, sugería Sánchez Gijón ⁽⁴⁾ la posibilidad de admitir la autodeterminación y subsiguiente independencia de los gibraltareños a condición de que se suprimiese la base militar británica. Pero ese planteamiento sería poco realista, porque, siendo la base militar, si no el único interés que tiene el Reino Unido en Gibraltar, pues ya existen intereses financieros derivados de su situación *off shore*, sí el más importante por su carácter estratégico, la permanencia de la base es la principal garantía con que cuenta la población de Gibraltar para seguir recibiendo el apoyo británico a su actual sistema y a su actual nivel de vida, derivado precisamente del uso de Gibraltar por parte de los intereses financieros. Por lo que ningún interés pueden tener los gibraltareños en ser independientes si ello supone, como condición indispensable, la supresión de la base. Ni tendría el Reino Unido tanto interés en conceder la independencia a Gibraltar si no fuese para mejor garantizar, mediante el subterfugio de un tratado de defensa con los gibraltareños, la permanencia de su base militar en el estrecho. Por eso, la negativa de los gibraltareños al mejor de los estatutos de autonomía que España les ofrezca puede darse por descontada si no pueden seguir albergando un paraíso fiscal que les ha permitido alcanzar en los últimos años una renta per cápita superior en un tercio a la media española, y una base militar precisamente británica; que es tanto como decir que este pequeño pueblo de diez mil habitantes se reserva el derecho a conservar, teóricamente en función de las necesidades de su defensa, una base militar que se usa periódicamente por buques y submarinos nucleares, comprometiendo la seguridad y hasta la política exterior de un Estado de cuarenta millones de habitantes. El abuso de derecho resulta tan flagrante que desenmascararía y desautorizaría completamente el supuesto derecho a la autodetermina-

(4) Sánchez Gijón, Antonio, *La descolonización del pueblo de Gibraltar*. Edit. INCI, Madrid, 1983.

ción de los gibraltareños en cualquier foro internacional en que la cuestión se plantease, e incluso ante la propia opinión pública británica.

Pero probablemente el mayor error de la política española haya consistido en insistir tan tenazmente en la aplicación del artículo X del Tratado de Utrecht, tanto para impedir que el Gobierno británico concediese, por la vía de la autodeterminación, la independencia a la población de Gibraltar, como para justificar la única medida de fuerza que España podía adoptar unilateralmente: El cierre de la verja. Lo primero, porque como dice Remiro en su obra mencionada, las limitaciones a la libre determinación de los gibraltareños no se encuentran ya en el Tratado de Utrecht, sino en la Resolución 1514 (XV); pues, efectivamente, si la población de Gibraltar fuera un auténtico sujeto del derecho de autodeterminación, como lo serían los descendientes de los antiguos habitantes españoles que abandonaron el Peñón y se refugiaron en San Roque, y ese derecho de autodeterminación se pudiera ejercer sin atentar contra la integridad territorial de España, ningún tratado podría impedir su ejercicio, que se impondría en el marco del Derecho de la Descolonización de los pueblos. En cuanto a lo segundo, porque el cierre de la verja, como medida unilateral que era, podía llevarse a cabo por España sin que la ausencia de justificaciones jurídicas tuviese ninguna consecuencia. Por otra parte, las diferentes cláusulas que en el Tratado de Utrecht se establecieron como salvaguardia de España han ido quedando superadas en la práctica (ocupación del istmo y construcción del aeropuerto) por la realidad de los tiempos, que han convertido en obsoletas algunas de aquellas cláusulas (residencia de “moros” y “judíos”); por la negligencia o benevolencia española (comunicación por tierra entre Gibraltar y su campo); por incapacidad española para hacer aplicar las cláusulas del tratado (extensión de una jurisdicción británica sobre el mar circundante y violación sistemática del espacio aéreo español); o, incluso, por las nuevas circunstancias europeas, que impiden cualquier limitación a la libre circulación de personas. Así, como dice gráficamente el propio Remiro **“entrado ya en el siglo actual (el XX), el estatuto de Gibraltar se había, de cierta manera, podrido”**. Tan es así que en

1966 y 1967 el Gobierno británico pretendió someter al Tribunal Internacional de Justicia, no la cuestión de la soberanía - que el Reino Unido siempre había considerado innegociable -, sino las medidas de presión que había adoptado España, justamente por entender el Gobierno británico que las medidas adoptadas por el Reino Unido constituían hechos consumados e irreversibles, y que las limitaciones a la comunicación adoptadas por España deberían derogarse por ampararse en cláusulas del Tratado que habían quedado abandonadas incluso por España.

Enfrentados así a unos hechos consumados tan difícilmente erradicables como la misma presencia británica en el Peñón; a un presunto derecho de autodeterminación de los gibraltareños que no ha de ser combatido con las cláusulas del Tratado, sino con la Carta y con las resoluciones de las Naciones Unidas; y con unas circunstancias que han dejado obsoletas las salvaguardias que el Tratado establecía en garantía de unos intereses españoles que ya han perdido su vigencia (así, la prohibición de residencia de “moros” y “judíos”, o la de avituallar buques de guerra de Estados africanos), parece claro que nuestra insistencia en la aplicación del Tratado, lejos de favorecer la fundamental reivindicación española, nos ha impedido alegar, e incluso percibir, que lo que está completamente desfasado y debería considerarse inoperante por responder a circunstancias completamente periclitadas, no es esta o aquella disposición del artículo X del Tratado de Utrecht, sino la totalidad de este artículo, que es donde se cede la propiedad de la plaza a su Majestad británica; pues, de la misma manera que las estipulaciones que allí se contienen en garantía de España responden a las circunstancias internacionales de aquella época, en que los intereses religiosos se confundían con los estratégicos, también la cesión de Gibraltar se hizo en función de las circunstancias que decidieron el complejo de arreglos territoriales, económicos y estratégicos que se suscribieron en Utrecht entre las potencias que habían intervenido en la guerra de Sucesión española, y que sirvieron para diseñar el nuevo sistema de equilibrio que habría de conformar el marco de la política europea durante los siguientes años, sistema para el que la presencia británica en Gibraltar constituía un elemento muy impor-

tante. Nada mejor podía pretender el Reino Unido que, a casi tres siglos de la firma de los Tratados de Utrecht, cuando hace tiempo ya que todas las cesiones estratégicas allí convenidas entre las distintas potencias han sido revocadas precisamente por haber cambiado las circunstancias que las originaron, España no sólo no ponga en duda la vigencia del Tratado, sino que continúe insistiendo en su vigencia.

Este ensayo se propone precisamente demostrar, en primer lugar, que el Tratado de Utrecht, suscrito entre sus Católica y Graciosa Majestades y del que por cierto sólo continúa vigente el artículo X, debe terminar, conforme al Derecho Internacional, a solicitud de España, por haber cambiado radicalmente las circunstancias. El método seguido ha consistido, en primer lugar, en extraer el tratado de Utrecht del ámbito de aplicación de la Convención de Viena, donde la terminación de los tratados por cambio de circunstancias presenta dificultades prácticamente insalvables, y reconducir la cuestión al Derecho Internacional Consuetudinario, como por la antigüedad del Tratado le corresponde; para, una vez en ese marco, comprobar cómo **las circunstancias que han cambiado y los resultados que esos cambios han producido** cumplen los requisitos que el Derecho Consuetudinario exige para posibilitar la aplicación a un tratado de la cláusula *rebus sic stantibus*; y demostrar, finalmente, que a la población de Gibraltar no le incumbe ningún derecho de libre determinación, mientras que a España sí le corresponde un derecho a su integridad territorial; por lo que, en la hipótesis de que el tratado terminase efectivamente por aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, la reconducción del conflicto al ámbito del Derecho de la Descolonización determinaría su solución conforme a las tesis españolas. La invocación de dicha cláusula serviría en este esquema precisamente para privar al Reino Unido del título jurídico en que actualmente se ampara para dilatar la descolonización a que teóricamente viene obligado por las resoluciones de las Naciones Unidas.

Salvado en el capítulo II el escollo que supone la Convención de Viena, los capítulos III y IV explican cómo el Derecho Consuetudinario admite efectivamente que la cláusula *rebus sic stantibus* se invoque en supuestos en que con arreglo a la

Convención de Viena no podría invocarse. El esfuerzo realizado por el autor para “aligerar” estos tres capítulos no parece haber sido coronado por el éxito, pues su densidad, especialmente al final del capítulo III, sigue pareciendo abrumadora. Estos tres capítulos constituyen, sin embargo, el núcleo de la teoría que se sostiene en este ensayo, imposible de exponer sin toda la sutileza que la materia requiere, algo que el lector no especialista podrá comprobar con los textos de algunos autores, como Vamvoukos, David o Verdross, que se citan en el curso de este trabajo, y que son ciertamente ejemplos de esa sutileza. El capítulo V, y el VI, exponen cómo han cambiado, efectivamente, las circunstancias que constituyeron *la base esencial* del tratado de Utrecht entre España y Gran Bretaña, y el VII explica cómo esos cambios han convertido dicho tratado en *un instrumento obsoleto*, con lo que se produce una de las posibles combinación entre cambios y resultados que el Derecho Consuetudinario admite para poder invocar la cláusula; mientras que los capítulos VIII, IX y X explican cómo, además de las circunstancias que constituyeron la base esencial del tratado, también han cambiado las que constituyeron *su contexto*, con especial referencia a la tecnología militar, y cómo este cambio ha *agravado* las consecuencias que el tratado acarrea para España, con lo cual se demuestra que se cumple otra de las posibles combinaciones entre cambios y resultados admitidos por el Derecho Consuetudinario para la legítima invocación de la cláusula. Ninguna de esas combinaciones se admitiría por la Convención de Viena para justificar su aplicación, pero ambas pueden invocarse según el Derecho Consuetudinario, como se expone en dichos capítulos (ver, en el ANEXO, el artículo 62 de la Convención de Viena, y cuadro de combinaciones que autorizan la invocación de la cláusula).

Aclarado lo anterior, los capítulos XI y XII, donde se explica que no todos los tratados con implicaciones territoriales pueden considerarse definitivamente ejecutados, salen al paso del principal escollo que la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* al tratado de Utrecht podría encontrar en la Convención de Viena y en el Derecho Consuetudinario, pues tanto aquélla como éste exigen que la cláusula se aplique a tratados de los que aun surja algún tipo de obligación

para las partes, aunque esa obligación sólo sea, como en dichos capítulos se explica, la de observar “un modelo de conducta”.

Por último, los capítulos siguientes se refieren ya a la incidencia del Derecho de la Descolonización sobre la situación que se produciría en el caso de que el tratado terminase como consecuencia de la invocación por España de la cláusula *rebus sic stantibus*. Así, el XIII, el XIV y el XV rechazan la existencia de un derecho de la población de Gibraltar tanto a su libre determinación como a impedir la devolución de la plaza a España; y, finalmente, el XVI sostiene la posibilidad de llevar a cabo la descolonización de Gibraltar de acuerdo con el derecho de España a su integridad territorial, sobre la base de que éste es un derecho autónomo, y no un derecho subordinado al ejercicio por la población de Gibraltar de un supuesto derecho de libre determinación. Para ayudar al lector en la difícil tarea que le aguarda, se han agrupado los capítulos en varias secciones, pues la exposición de las diferentes combinaciones de cambios y resultados que se han de dar para poder invocar la cláusula ha requerido en todos los casos más de un capítulo. Estos van precedidos de un epígrafe que explica su respectivo contenido, y así se reseñan en el índice, que está configurado para funcionar como un esquema, al que el lector pueda acudir para seguir lo que podríamos llamar el hilo conductor del ensayo. A este afán de clarificar al máximo obedece una reiteración de los conceptos fundamentales, que no habríamos considerado conveniente si en el camino por donde ha tenido que ir avanzando el razonamiento no hubiésemos encontrado tantos y tan difíciles escollos.

No cabe hacerse ilusiones, por supuesto, sobre la posible efectividad de la tesis que se formula en este ensayo, pues, aun suponiéndola acertada, las posibilidades de que la terminación del Tratado de Utrecht llegue a ser objeto de una controversia jurídica parecen totalmente ilusorias. Pero tampoco parece inútil disponer de una argumentación que permita sostener, con un cierto fundamento jurídico, que, aunque la presencia británica en Gibraltar se apoya en un tratado, como los dirigentes británicos nos recuerdan cada vez que la ocasión se presenta, y aunque este tratado tiene un origen supuestamente válido, es en la actualidad contrario al

Derecho Internacional como consecuencia del cambio operado en las circunstancias. La utilidad de esta conclusión puede ser puramente dialéctica, pero, incluso en una negociación netamente política, no es lo mismo enfrentarse a un título de legitimidad indiscutida, como el tratado de Utrecht se ha considerado hasta ahora, que enfrentarse a un título cuya legitimidad pueda impugnarse en términos cuando menos racionales.

La presente “aproximación” al contencioso gibraltareño no pretende en absoluto ser la única posible a la luz del Derecho Internacional, pues, incluso dentro del campo de la cláusula *rebus sic stantibus*, podrían analizarse otras circunstancias que también han cambiado, como es la participación del Reino Unido y España en la Unión Europea y el “status” especial adquirido por Gibraltar dentro de ésta, lo que afecta negativamente otros intereses españoles distintos a los predominantemente estratégicos que se contemplan en este trabajo. Por otra parte, el problema que aquí se estudia es el que afecta al Peñón propiamente dicho, no al istmo, cuya ocupación por Gran Bretaña tuvo un origen muy distinto, como se explica por Izquierdo Sans en la obra mencionada. El istmo, en cualquier caso, sobre el que el Reino Unido carece de título alguno, deberá caer, éste sí, como fruta madura, por utilizar una expresión que en su día se hizo famosa, tan pronto como cese la presencia británica en Gibraltar propiamente dicho. En cuanto a la palabra “aproximación” del título, obedece al convencimiento del autor, de que, como decía aquel insigne jurista que fue Antón Oneca, el Derecho es una ciencia eminentemente valorativa, por lo que hay que contentarse con resultados de aproximación. Que es tanto como decir que los juristas, sean abogados o jueces, lo más que pueden hacer es aproximarse a ese *desideratum* que es la justicia, difícilmente alcanzable en términos absolutos.

EL TRATADO DE UTRECHT
ANTE EL DERECHO
CONSUECUDINARIO

EL REGIMEN DE LA
CLAUSULA REBUS SIC
STANTIBUS

I

CAPITULO II

EL DERECHO CONSUETUDINARIO RIGE LOS TRATADOS ANTERIORES A LA CONVENCION DE VIENA Y ADMITE OTRAS POSIBILIDADES DE APLICAR LA CLAUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* DISTINTAS A LA UNICA QUE ADMITE EL ARTICULO 62 DE AQUELLA.

La cláusula *rebus sic stantibus*, es decir, el derecho a terminar los tratados por haber cambiado las circunstancias en que se otorgaron, fue recogida por el artículo 62 de la Convención de Viena , tanto de la doctrina anterior como de la práctica de los Estados, incorporándola definitivamente al Derecho Internacional moderno, y confirmando , por lo mismo, su existencia en el Derecho Internacional Consuetudinario, pues fue precisámente por su preexistencia bajo la forma de costumbre por lo que la cláusula se codificó en la Convención.

De las dos teorías que se venían considerando por la doctrina, una subjetiva y otra objetiva, la Convención rechazó la teoría subjetiva, según la cual la cláusula constituía una condición tácita en todos los tratados, lo que equivalía a suponer que la cláusula estaba siempre sobreentendida, aunque no viniera incluida de manera expresa en el texto de los tratados. Consecuentemente, la Convención configuró la cláusula como una norma objetiva, es decir como una norma que actúa por razones de equidad en todos los tratados, extinguiéndolos, no porque las partes la hubiesen asumido tácita pero conscientemente, sino simplemente porque no es equitativo que un tratado siga surtiendo sus efectos cuando cambian

sustancialmente las circunstancias que lo motivaron o que lo posibilitaron. Así, pues, la Convención supuso el reconocimiento de que la cláusula *rebus sic stantibus* es una norma de Derecho Internacional, y, que, además, es una norma objetiva, que rige todos los tratados, independientemente de que las partes fuesen conscientes de su existencia al suscribirlos.

Ahora bien, el artículo 4 de la Convención establece la irretroactividad de la misma, de donde resulta que su aplicabilidad sólo puede predicarse con carácter necesario para los tratados posteriores a su entrada en vigor; lo que significa que las instituciones reconocidas en la Convención sólo se aplicarán a los tratados anteriores, en los propios términos de la Convención, cuando esos términos ya vinieran caracterizando a las instituciones de que se trate en el Derecho Consuetudinario; pues, de no ser así, las mismas instituciones se aplicarán de forma diferente a los tratados anteriores que a los que sean posteriores a la Convención, ya que a éstos se aplicarán las instituciones en los propios términos establecidos por la Convención, mientras que a aquéllos se aplicarán las instituciones de que se trate en los términos que resulten del Derecho Consuetudinario.

Tal es el caso de la cláusula *rebus sic stantibus*, pues las características que le atribuye la Convención, harto restrictivas de su aplicación, no son las mismas con que la cláusula se había venido configurando en el Derecho Consuetudinario; si bien, por lo que respecta a los tratados anteriores, la Convención supone un reconocimiento expreso de la existencia de la cláusula como norma de Derecho Internacional, es decir, también como norma de Derecho Internacional Consuetudinario; por lo que ya no será necesario esforzarse para demostrar la existencia de una norma de Derecho Internacional que autorice la terminación de los tratados por cambio de circunstancias, ni será posible discutir la existencia o la validez de esa norma. Como explica acertadamente Vamvoukos, **“se trata de una doctrina que se ha convertido en una regla de Derecho, pasando de los escritos de los juristas a algunos sistemas de Derecho privado; después, al Derecho Internacional Consuetudinario; y recientemente al Derecho codificado de los**

Tratados....La Convención evidencia la *opinio iuris sive necessitatis* Por añadidura, la Convención tiene una significación retrospectiva”, pues, como cita el propio autor, la Comisión de Derecho Internacional, encargada de redactarla, reconoció que **“la evidencia de la aceptación de la doctrina rebus en el Derecho Internacional es tan considerable que parece recomendar el reconocimiento de esta válvula de seguridad en el Derecho de los Tratados”** ⁽⁵⁾. Por lo tanto, el reconocimiento de la cláusula en la Convención como institución de Derecho Internacional permite su invocación para terminar no sólo los tratados posteriores a aquélla, sino también los anteriores, sin que nadie pueda ya dudar ni discutir sobre la existencia de la cláusula como norma de Derecho Internacional, y concretamente de Derecho Internacional Consuetudinario, ni de su naturaleza objetiva. Ahora bien, la cláusula no se aplicará a los tratados anteriores a la Convención en los mismos términos que se establecen en ésta, sino en los términos establecidos por el Derecho Consuetudinario.

Sabido es que el artículo 62 de la Convención de Viena formula la cláusula en forma negativa, precisamente con el fin de que sólo con carácter excepcional pueda invocarse el cambio de circunstancias como causa para terminar un tratado, pues sólo excepcionalmente concurrirán todas las condiciones que consigna el precepto. Así, como explica Vamvoukos, para poder aplicar la cláusula al amparo del artículo 62 de la convención de Viena, será preciso: Primero, que hayan cambiado las circunstancias existentes en el momento de la celebración del tratado; segundo: Que dichas circunstancias constituyeran la base esencial del consentimiento de las partes; tercero: Que el cambio de circunstancias modifique radicalmente las obligaciones que todavía deban cumplirse por virtud del tratado - lo que supone que el tratado no esté completamente ejecutado -; y cuarto: Que el tratado no haya establecido una frontera. Los ordinales son nuestros.

(5) Vamvoukos, Athanasios, *Termination of treaties in international law*, Clarendon Press, Oxford, 1985, págs. 186 y 139.

De estos requisitos que la Convención de Viena exige acumulativamente para poder aplicar la cláusula, sólo dos se exigen por el Derecho Consuetudinario, a saber, el primero, o sea que el cambio ocurra en las circunstancias que existían en el momento de otorgarse el tratado, y, en cierto modo, el tercero, o sea que el tratado continúe produciendo obligaciones o limitaciones para alguna de las partes. El Derecho Consuetudinario, en efecto, no exige el segundo requisito del artículo 62 de la Convención, o sea, que el cambio se haya producido precisamente en las circunstancias que constituyeron la base esencial, es decir, la motivación del tratado, pues admite que el cambio se haya producido en circunstancias que, sin constituir la base esencial, constituían simplemente el contexto en que el tratado se otorgó y en el que era razonablemente previsible que surtiera sus consecuencias; ni exige el Derecho Consuetudinario íntegramente el requisito tercero del artículo 62 de la Convención, o sea que el cambio precisamente agrave las obligaciones que aun hayan de cumplirse a tenor del tratado, pues le basta que el cambio haya convertido al tratado en un instrumento obsoleto; ni mucho menos exige el Derecho Consuetudinario el cuarto requisito del artículo 62 de la Convención, o sea que el tratado no haya establecido una frontera, pues los tratados fronterizos constituyen precisamente el supuesto característico de aplicación de la cláusula en el Derecho Consuetudinario.

Tanto en el Derecho Consuetudinario como en la Convención de Viena, la aplicabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus* es la consecuencia de la combinación de dos premisas: Una, relativa a la naturaleza de las circunstancias sobre las que ha de operar el cambio; y otra, relativa a la índole del resultado que tales cambios produzcan. Lo que ocurre es que, mientras el Derecho Consuetudinario admite cuatro posibles combinaciones entre las premisas relativas a la naturaleza de las circunstancias afectadas y las premisas relativas a la índole del resultado de los cambios, la Convención de Viena sólo admite una posible combinación entre los dos grupos u órdenes de premisas, con lo cual las posibilidades de aplicar la cláusula se reducen drásticamente.

Como ya se ha adelantado, el primer orden de premisas lo componen las circunstancias que pueden resultar afectadas por los cambios, las cuales pueden ser de dos clases: Circunstancias que constituyeron **la base esencial** del tratado, es decir, las circunstancias que motivaron directamente el tratado; y circunstancias que, aun no constituyendo la base esencial del tratado, constituyeron no obstante **el contexto** o situación de hecho o de derecho existente al suscribirse el tratado, y que las partes habían de asumir lógicamente que seguiría vigente durante el desarrollo o ejecución del mismo.

El segundo orden de premisas se compone de los distintos resultados que pueden producir los cambios experimentados por las circunstancias, y que son igualmente de dos clases: **Agravar** la situación en que una de las partes haya quedado como consecuencia del tratado, haciendo más duras o difíciles las obligaciones o limitaciones que aun queden pendientes o vigentes; o, sencillamente, provocar **la obsolescencia** del tratado, es decir, su inadecuación a las nuevas circunstancias producidas como consecuencia del cambio.

Como hemos advertido, entre estos dos grupos u órdenes de premisas, el Derecho Consuetudinario admite cuatro posible combinaciones para justificar, sobre la base de cualquiera de ellas, la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus; combinaciones que consisten en relacionar cualquiera de las premisas del primer grupo - relativas a la naturaleza de las circunstancias en que se haya producido el cambio- con cualquiera de las premisas del segundo grupo - relativas a la índole del resultado producido por el cambio -. Así, para el Derecho Consuetudinario, la cláusula puede aplicarse siempre que se dé cualquiera de las siguientes combinaciones:

a) Que se produzca un cambio en las circunstancias que constituyeron la **base esencial** del tratado; y que ese cambio tenga por resultado un **agravamiento** de las obligaciones aun pendientes a cargo de alguna de las partes.

b) Que se produzca un cambio igualmente en las circunstancias que constituyeron la **base esencial** del tratado; y que ese cambio tenga por resultado producir la **obsolescencia** del tratado.

c) Que se produzca un cambio en las circunstancias que, aun no constituyendo la base esencial del tratado, constituyeron el **contexto** del tratado, es decir, la situación de hecho o de derecho en que se suscribió y que era, en aquel momento, previsiblemente perdurable; y que ese cambio produzca un **agravamiento** de las obligaciones o limitaciones exigibles a alguna de las partes como consecuencia del tratado.

d) Que el cambio se produzca igualmente en las circunstancias que constituían el **contexto** previsiblemente perdurable en que se otorgó el tratado; y que el resultado de ese cambio sea la **obsolescencia** del mismo, es decir, su inadecuación a las nuevas circunstancias.

Pues bien, a diferencia del Derecho Consuetudinario, la Convención de Viena sólo admite una posible combinación entre las premisas del primer grupo y las del segundo, y concretamente la que se recoge en el supuesto a) del esquema anterior, es decir, un cambio que se produzca en las circunstancias que constituyeron la **base esencial** del tratado, y que dé lugar a un **agravamiento** de las obligaciones que aun deban cumplirse, o de las limitaciones a que aun haya de someterse alguna de las partes, como consecuencia del tratado.

No es necesario seguir profundizando en el análisis del artículo 62 de la Convención de Viena para comprender que su redacción constituye una considerable restricción de las posibilidades que el Derecho Consuetudinario ofrece para aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*, hasta el punto de que, como dice David ⁽⁶⁾, **“su formulación puede rechazar casi cualquier demanda de terminación (pues) nunca en su larga historia el principio había sido tan restringido y diluido como en nuestro tiempo”**. Las razones del criterio restrictivo con que fue redactado el precepto fueron, como señala el mismo autor, **“consideraciones de orden político, y particularmente la superenfaticada aspiración a la estabilidad”**, entendida ésta por la Comisión de Derecho Internacional, y especialmente por sus sucesivos relatores generales, los británicos Lauterpacht, Fitzmaurice y

(6) David, Ari E. *The strategy of treaty termination*, Yale Univ. Press, New Haven y Londres, 1975, pág. 54.

Waldock, como la congelación del statu quo que resultase de la segunda guerra mundial, es decir, de los tratados que se fueran firmando a consecuencia de la guerra, como si la estabilidad realmente dependiese de que la cláusula rebus sic stantibus pudiera dar lugar a reivindicaciones que pasaran del mundo del Derecho a la esfera de los hechos, y concretamente a la agresión armada, cuando, en realidad, como dice Lissitzyn, citado por el mismo David, **“la idea de que la doctrina rebus sic stantibus puede desempeñar un papel significativo en desencadenar determinados agresores e infractores de la ley, tales como Hitler, es fantástica (pues) los grandes asuntos políticos no se deciden por el Derecho Internacional”**.

Comprender la diferencia entre la fórmula del artículo 62 de la Convención de Viena sobre la cláusula rebus sic stantibus, y la doctrina del Derecho Consuetudinario sobre la misma cuestión, es esencial cuando nos disponemos a analizar en qué medida el principio de que se trata es aplicable al tratado de Utrecht entre España y Gran Bretaña; pues, como expondremos más adelante, desde la suscripción de dicho tratado hasta la fecha se han producido cambios en las circunstancias que constituyeron la base esencial del tratado, y cambios en las circunstancias que constituían el contexto en que éste fue firmado; y, de esos cambios, unos han supuesto un agravamiento de la condición en que España quedó inicialmente como consecuencia de la cesión de Gibraltar, mientras que otros han convertido el tratado en un instrumento obsoleto, inadecuado a las nuevas circunstancias. Nuestra labor va a consistir en demostrar, primero, que la formulación restrictiva de la cláusula en la Convención de Viena es, en efecto, sólo una de las cuatro combinaciones que admite el Derecho Consuetudinario; y, segundo, que los cambios producidos en las circunstancias que constituyeron la base esencial del tratado, y en las circunstancias que constituían su contexto previsiblemente perdurable, combinados o puestos en relación con los resultados que esos mismos cambios han producido, encajan en los distintos supuestos que el Derecho Consuetudinario admite como justificación para aplicar la cláusula rebus sic stantibus a cualquier tratado anterior a la Convención de Viena, como es el caso, obviamente, del que aquí nos ocupa.

CAPITULO III

EL DERECHO CONSUETUDINARIO ADMITE QUE EL CAMBIO SE PRODUZCA TANTO EN LAS CIRCUNSTANCIAS QUE CONSTITUIAN LA BASE ESENCIAL DEL TRATADO, COMO EN LAS QUE CONSTITUIAN SU CONTEXTO PREVISIBLEMENTE PERDURABLE.

No es necesario demostrar que el Derecho Consuetudinario admite que la cláusula *rebus sic stantibus* se aplique cuando el cambio se produzca en aquellas circunstancias que constituyeron la base esencial del tratado, pues eso es algo que se recoge expresamente en el artículo 62 de la Convención de Viena, lo que supone el reconocimiento por ésta, y por lo tanto por el Derecho Internacional moderno, de una institución preexistente. La Convención, en efecto, no crea una nueva institución; codifica una institución que reconoce preexistente, si bien reduciendo sus posibilidades de aplicación a los tratados futuros, lo que significa que la única posibilidad de aplicación que admite ya existía en el Derecho Consuetudinario, sin perjuicio de que éste también admitiera otras que no se recogen en la Convención.

La cuestión estriba, precisamente, en demostrar que, para el Derecho Consuetudinario, y aunque no se haya recogido así por la Convención, *también resulta aplicable la cláusula cuando el cambio se haya producido, no en las circunstancias que constituyeron la base esencial del tratado, sino en aquéllas que constituyeron la situación de hecho o de derecho que existía y que era previsiblemente perdurable cuando el tratado fue otorgado, y que configura-*

ban por consiguiente el contexto en que era de prever que había de desarrollarse el tratado. De hecho, la práctica internacional del siglo y medio precedentes a la Convención ofrece ejemplos suficientes como para permitirnos afirmar que tal tipo de cambios se ha venido considerando apto para denunciar un tratado sobre la base de la cláusula *rebus sic stantibus*. En efecto, aunque Austria-Hungría en 1869, Turquía en 1922, Bélgica en 1927, Bolivia en 1928 y el Tribunal Permanente de Justicia Internacional en 1932 parecen haber exigido que el cambio se produjera en la circunstancias que constituyeron precisamente la base del tratado, otros, como la propia Austria-Hungría, Rusia y Gran Bretaña en 1870 y 1871, China en 1925 y 1929, Alemania en 1935 y 1936, Turquía también en 1936, Estados Unidos en 1945, Suiza en 1938, Finlandia y Suecia en 1939, Gran Bretaña, Australia, Nueva Zelanda, Francia, África del Sur, India y Canadá en 1939, el Secretario de las Naciones Unidas en 1950, y Francia en 1966 entendieron que para aplicar la cláusula basta con que se produzca un cambio en las circunstancias que existían cuando se suscribió el tratado, aunque tales circunstancias no constituyesen la base esencial del mismo. Tal es la equidad de esta doctrina que un autor como Vamvoukos considera inadmisibles que se entienda, como se entiende por el art. 62 de la Convención de Viena, como algo inherente a la cláusula, el que el cambio se haya de producir precisamente en las circunstancias que constituyeron la base esencial del tratado, si la cláusula se ha de entender, como reconoció la Comisión de Derecho Internacional que preparó la Convención de Viena, como una norma objetiva: **“Cambios en circunstancias que las partes no tomaron en consideración - dice el citado autor ⁽⁷⁾ - y que no constituyeron originalmente una base del tratado, también caen en el ámbito de la doctrina** (es decir, de la cláusula *rebus sic stantibus*) ; **si bien el cambio debe producirse en relación con la situación que existía al tiempo de conclusión del tratado. Tal interpretación - termina Vamvoukos - fluye de la concepción de la doctrina como una regla objetiva de Derecho”**. Es decir, desde el momento en que se reconoce que la cláusula *rebus*

(7) Vamvoukos, A., op.cit. pág. 189.

sic stantibus no es un ***“implied term”***, es decir, una previsión adoptada tácita, pero conscientemente, por las partes en el momento de otorgar el tratado, sino una norma objetiva de Derecho que está llamada a actuar independientemente de cuál fuera la intención de las partes al otorgarlo, por considerarse que en cualquier caso es contrario a la equidad que un tratado siga surtiendo efecto cuando las circunstancias hayan cambiado radicalmente, no tiene sentido exigir, para permitir la aplicación de la cláusula, que el cambio se produzca precisamente en las circunstancias que constituyeron la base del tratado, es decir, en las circunstancias que motivaron la decisión de las partes de otorgar el tratado, pues, como dice Fitzmaurice, citado por el propio Vamvoukos, ***“ hablar de la intención de las partes en este contexto es en gran medida una ficción, ya que equivale a atribuirles ideas que nunca tuvieron, pues, en efecto, si las partes hubiesen previsto la posibilidad de cambios, pero no hubieran incluido ninguna norma para el caso de que éstos ocurrieran, esto sería en todo caso motivo suficiente para no aplicar el principio rebus.”*** ***“Por eso - continúa ahora Vamvoukos - el cambio puede consistir en la desaparición de una situación preexistente; en la no producción de un evento esperado; y en la producción de un evento no esperado, ...pudiendo observarse que ni el Derecho Internacional Consuetudinario ni varias legislaciones nacionales parecen insistir en que , para aplicar la cláusula rebus sic stantibus, tengan que darse acumulativamente la condición subjetiva (intención de las partes) y la objetiva (transformación radical de las obligaciones , desequilibrio de las prestaciones recíprocas, gravamen intolerable), pues con una de ellas basta”*** ⁽⁸⁾. Para Remiro, la opinión de Vamvoukos resulta ***“sugestiva y compatible con una interpretación avanzada del artículo 62,1,a), que no impide psicoanalizar a las partes para descubrir lo que reposaba en lo más profundo de su proceso decisorio... Aceptarla - continúa Remiro - daría al cambio de las circunstancias perfilado en el artículo 62 la oportunidad de desempeñar el papel que frecuentemente se ve frustrado por exégesis estrictas”***.

(8) Vamvoukos, A., op. cit. pág. 195.

Lo que Remiro sugiere en el párrafo anterior es la conveniencia de adoptar una interpretación del artículo 62 de la Convención, sobre la base del razonamiento de Vamvoukos, más amplia o flexible que lo que resulta de su tenor literal, que permitiese sortear los escollos tan astutamente dispuestos por la Comisión de Derecho Internacional con la intención de que, en la práctica, la cláusula casi nunca pueda aplicarse. Mas lo que aquí nos interesa no es adoptar una interpretación del artículo 62 de la Convención que permita aplicar la cláusula cuando el cambio afecte a circunstancias distintas a las que constituyeron la base esencial del tratado, sino comprobar que la exigencia, que el artículo 62 de la Convención indudablemente consigna, de que el cambio afecte precisamente a las circunstancias que constituyeron la base esencial del tratado, **no es una exigencia absoluta del Derecho Consuetudinario**; y que, por lo tanto, esa exigencia no puede predicarse como condición para aplicar la cláusula a tratados anteriores a la Convención, los cuales podrán consiguientemente terminar tanto por cambios que ocurran en las circunstancias que constituyeron su base esencial, como por cambios que ocurran en circunstancias que simplemente existían cuando se otorgó el tratado, y que resultaban previsiblemente perdurables como contexto en que el tratado había de desarrollarse y surtir sus efectos. Como explica Verdross, “ **es seguro que el término de validez de cualquier tratado ha de deducirse primeramente del tratado mismo. Mas ello no agota de modo alguno nuestro problema. El problema comienza más bien cuando no puede obtenerse respuesta alguna de las partes, por producirse circunstancias en las que las partes no pensaron al firmar el tratado... En la cláusula rebus sic stantibus no se trata, pues, en verdad, de una cláusula convencional efectiva o sobreentendida, sino de un principio jurídico-internacional objetivo, por lo cual, lo que se pregunta no es lo que las partes efectivamente quisieron... Se pregunta más bien si las partes se hubieran obligado también para el caso de producirse estas circunstancias si hubieran previsto dicha alteración en el momento de firmar el tratado... y es que - continúa Verdross - si se quiere penetrar en la esencia de la cláusula rebus sic stantibus, hay que contraponer a la teoría subjetiva una teoría objetiva. Y efectivamente, una teoría objetiva se va abriendo paso en la jurisprudencia”** (el subrayado es nuestro).

La cita de Verdross es de la página 166 de la edición española, que se hizo sobre la cuarta edición alemana, que es de 1959 ⁽⁹⁾ . Diez años más tarde, la Convención de Viena configuraría efectivamente la cláusula *rebus sic stantibus*, de acuerdo con la opinión anticipada por Verdross, como una norma objetiva de Derecho Internacional, una concepción con la que resulta abiertamente contradictoria , por la razón acertadamente expuesta por Vamvoukos, y por el propio Verdross en su día, la exigencia del artículo 62 de la Convención de Viena de que el cambio se haya de producir necesariamente en las circunstancias que constituyeron la base esencial del tratado al que se pretende aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*. Es decir, resulta contradictorio definir la cláusula *rebus* como una norma objetiva, o sea, independiente de la intención de las partes y basada únicamente en la equidad, y supeditar su aplicabilidad a un criterio tan eminentemente subjetivo como el de exigir que el cambio se produzca precisamente en las circunstancias que constituyeron la base esencial del tratado, es decir, su motivación, pues en el mismo concepto de motivación hay un factor subjetivo incompatible con el pretendido carácter objetivo con que se configura la norma. Por eso, como señala David , **“llamar objetiva a una norma como la del artículo 62 es efectivamente una ofensa a la ética de la exactitud lingüística ”**, o, como traduce Remiro , **“de la moral del lenguaje”**.

En cualquier caso, el problema de si, en un caso determinado, habida cuenta de tan clara contradicción, ha de prevalecer la naturaleza objetiva con que se concibe la norma, o el contenido tan subjetivo que resulta de su plasmación concreta en el artículo 62 de la Convención, es un problema que sólo afecta a los tratados posteriores a la Convención, pues no existiendo en el Derecho Consuetudinario ninguna formulación tan restrictiva como la de la Convención, es claro que, reconocida por la Comisión de Derecho Internacional la naturaleza objetiva de la cláusula, dicha naturaleza impide restringir los casos de aplicación de la misma en el Derecho

(9) Verdross, *op.cit.*, pág. 166.

Consuetudinario a aquéllos en que hayan cambiado radicalmente las circunstancias que constituyeron la base esencial del tratado, *pues el dato objetivo no vendría suministrado por el hecho de que las partes hubiesen otorgado el tratado precisamente sobre la base de, o en consideración a unas circunstancias concretas, y hubiesen asumido implícitamente que la desaparición de esas circunstancias daría lugar a la terminación del tratado, sino por el simple hecho de que esas circunstancias, al igual que otras que las partes no hubiesen considerado especialmente, pero sin cuya concurrencia no hubiesen otorgado el tratado, o no lo hubiesen otorgado en la forma en que lo hicieron, existían en el momento de otorgarse éste, y constituían el contexto razonablemente previsible en que el tratado debería desarrollarse, sin que para esta conclusión sea precisa otra razón que la de que resulta inequitativo y por consiguiente injusto que un tratado siga vigente en unas circunstancias que sean radicalmente distintas de aquéllas en que se otorgó.* Y el hecho de que las circunstancias que hayan cambiado radicalmente sean precisamente aquéllas que constituyeron la base esencial del tratado no supone en el Derecho Consuetudinario sino que, admitido que el tratado termine por un cambio radical en *cualquiera* de las circunstancias fundamentales que concurren cuando el tratado se otorgó, aunque no constituyeran su base esencial, es decir, su motivación específica, con mayor razón debe terminar el tratado cuando el cambio se produzca precisamente en alguna de las circunstancias que constituyeron esa base esencial. Que esto signifique introducir un elemento subjetivo no desvirtúa el hecho de que *lo decisivo y suficiente sea el dato objetivo de que el tratado termine cuando cambie radicalmente cualquiera de las circunstancias fundamentales, tanto si se trata de las circunstancias que constituyeron su base esencial, como si se trata simplemente de las circunstancias que constituyeron el contexto en que se otorgó y en el que era razonablemente previsible que el tratado se desarrollase.*

CAPITULO IV

EL DERECHO CONSUETUDINARIO ADMITE QUE EL RESULTADO DEL CAMBIO CONSISTA TANTO EN *AGRAVAR LAS OBLIGACIONES PENDIENTES DE UNA DE LAS PARTES, COMO EN CONVERTIR EL TRATADO EN UN INSTRUMENTO OBSOLETO O INADECUADO.*

De la misma manera que el simple hecho de que la Convención de Viena admita que el cambio en las circunstancias que constituyeron la base esencial del tratado sea una de las premisas para la aplicación de la cláusula demuestra, sin más, que esto ya se admitía así en el Derecho Consuetudinario anterior a la Convención, también el simple hecho de que la Convención admita que la cláusula *rebus sic stantibus* pueda aplicarse cuando el resultado del cambio sea un agravamiento de las obligaciones pendientes de una de las partes demuestra, por sí solo, que esto también se admitía en el Derecho Consuetudinario. Es decir, el hecho de que el artículo 62 de la Convención recoja determinadas premisas, relativas unas a la naturaleza de las circunstancias en que se producen los cambios, y otras, a la naturaleza de los resultados que esos cambios producen, demuestra que esas premisas ya eran aceptadas en el Derecho Consuetudinario anterior a la Convención, pues ésta recoge, para codificarla, una institución que ya existía en el Derecho Consuetudinario, si bien reduciendo, por lo que respecta a los tratados futuros, sus posibilidades de aplicación; lo que significa que, por lo menos, las posibilidades de aplicación de la cláusula que la Convención recoge ya existían en el Derecho Consuetudinario. Por

eso no necesitamos demostrar que el Derecho Consuetudinario permite la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* cuando el cambio tenga por resultado un agravamiento de las obligaciones que aun hayan de cumplirse como consecuencia del tratado. En el capítulo anterior, hemos procurado demostrar que en el Derecho Consuetudinario los tratados pueden terminar no sólo cuando el cambio afecta a las circunstancias que constituyeron su base esencial, sino también cuando afecta a circunstancias que simplemente constituían el contexto fáctico, o jurídico, en que se suscribió el tratado, y en el que previsiblemente habría de cumplirse y surtir todos sus efectos. Es decir, nos fijábamos en la naturaleza de las circunstancias que tienen que haber cambiado para poder aplicar la cláusula. En el presente capítulo, procuraremos demostrar que *en el Derecho Consuetudinario los tratados pueden terminar, no sólo cuando el cambio radical de las circunstancias agrave las obligaciones que una de las partes aun haya de cumplir a consecuencia del tratado, sino también cuando, a consecuencia del cambio, el tratado se convierta en obsoleto o inadecuado a la nueva situación creada por las nuevas circunstancias*, excediendo, al seguirse aplicando en las nuevas circunstancias, el objetivo y el propósito que las partes tenían al asumirlo, e incluso el propio objetivo y propósito del tratado, en cuanto puede distinguirse un objetivo y un propósito del propio tratado, distintos de los que albergaban las partes. Es decir, nos fijaremos en la naturaleza del resultado que los cambios tengan que haber producido para poder aplicar la cláusula.

La posibilidad de que, en el Derecho Consuetudinario, se admita que la cláusula pueda aplicarse cuando el cambio convierte al tratado en un instrumento obsoleto es algo que también se demuestra con la doctrina, la labor codificadora y la práctica de los Estados durante el siglo y medio inmediatamente anterior a la Convención de Viena. Así, Berber admite la aplicabilidad de la cláusula no sólo cuando la continuación de la vigencia del tratado suponga exigir al deudor de cualquier obligación convenida un esfuerzo superior a lo que de buena fe procedería reclamarle, sino también “ **cuando el cambio de las circunstancias destruyese el equilibrio de las prestaciones que correspondería a un tratado razo-**

nable, de forma que ya no existiese equivalencia , y que lo que era justo se convierta en injusto” ⁽¹⁰⁾. En el mismo sentido, ya Bluntschli justificaba la terminación de un tratado cuando éste hubiera dejado de tener sentido, añadiendo que **“los Estados deben poder liberarse de los tratados cuando éstos ya no estén en correlación con los hechos”** .

El mismo criterio se observa en los proyectos de codificación anteriores a la Convención de Viena. Así el artículo 19 de la Carta de la Sociedad de Naciones preveía expresamente la revisión de los tratados que se hubieran vuelto inaplicables, entendiendo por tales aquéllos en que la situación existente en el momento de la conclusión hubiese experimentado cambios tan radicales , material o moralmente, que su aplicación hubiese dejado de ser razonablemente posible. También la Convención de La Habana de 1928, en su artículo 15, permitía la terminación de los tratados **“siempre que las causas que les dieron origen hayan desaparecido, y pudiera lógicamente deducirse que no se plantearán en el futuro”**. E, igualmente, el proyecto de Harvard de 1935, en su artículo 28, admitía la aplicación de la cláusula simplemente **“ cuando la situación de hecho, cuya continuación se había tomado por las partes como factor determinante para asumir las obligaciones estipuladas, hubiese cambiado sustancialmente”**.

Esta idea de que para aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* no sea necesario que el cambio en las circunstancias produzca un agravamiento de las consecuencias que el tratado acarree a una de las partes, sino que basta con que el tratado no responda a las nuevas circunstancias, se puede igualmente rastrear con éxito en las práctica de los Estados durante el siglo y medio anterior a la Convención de Viena. Así, la terminación del Concordato de 1855 entre Austria-Hungría y la Santa Sede, en que los cambios alegados consistieron en el restablecimiento del régimen constitucional en Austria-Hungría y la declaración de la infalibilidad del Papa, cambios que no agravaban especialmente las consecuencias del Concordato,

(10) Berber, Friedrich, *Lehrbuch des Völkerrechtes*. C.H. Beck Verlag, Munich y Berlín, 1960, págs. 463 y 464.

pero que en opinión de la monarquía bicéfala hacían del Concordato un instrumento inadecuado. También en la terminación del régimen de neutralización del Mar Negro se alegaron por Rusia, además de los cambios experimentados en la tecnología naval, que sí agravaban las consecuencias que para Rusia tenía el cumplimiento del tratado de París de 1856, los cambios experimentados en la política internacional, concretamente la unión de Moldavia y Valaquia. La nota producida por Rusia en dicha ocasión constituye, en realidad, más una demostración de la admisibilidad por el Derecho Internacional de que el cambio puede consistir en una modificación del contexto en que se suscribió un tratado. Pero la respuesta británica, como potencia firmante del tratado de París de 1856, de que **“si hubiese algo en las estipulaciones (del tratado de París) que, por haber cambiado las circunstancias, fuese innecesario para la adecuada defensa de Turquía, Gran Bretaña no habría rehusado examinar la cuestión”**, constituye un claro reconocimiento de la posibilidad de que la simple obsolescencia de un tratado, como consecuencia de un cambio radical de circunstancias, permita considerar y decidir su terminación. Análogamente, la revisión del tratado Bulwer-Clayton constituye también más una demostración de que puede terminar un tratado, conforme al Derecho Consuetudinario, por un cambio en las circunstancias que constituirían el contexto en que se suscribió el mismo, que una admisión expresa de la simple obsolescencia como causa de terminación, pues lo que invocaron los Estados Unidos en aquella ocasión para terminar el tratado fue el gran desarrollo experimentado por la costa del Pacífico, y el haber desaparecido las circunstancias que existían cuando se suscribió el tratado. Pero no es menos cierto que la misma modificación radical de las circunstancias hace que, en aquellos supuestos en que el cambio no determine un agravamiento de las obligaciones a que siguen sometidas las partes, el tratado se convierta cuando menos, en algo obsoleto. De hecho, el Secretario de Estado norteamericano en dicha ocasión argumentó expresamente que el tratado resultaba anulable porque los artículos relativos al canal se habían vuelto obsoletos. Del mismo modo, la terminación de los tratados sobre comercio de esclavos, suscritos entre Gran Bretaña y varios países suramericanos y escandinavos, según las

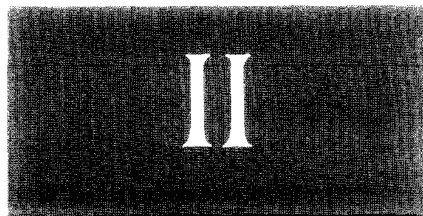
notas británicas intimando a su terminación **“de acuerdo con la práctica de abolir los tratados obsoletos desde que las circunstancias en que fueron negociados están felizmente pasadas”**, constituyen, como señala Vamvoukos, **“una buena ilustración de la obsolescencia de los tratados como consecuencia de la completa desaparición de su objeto o razón de ser”** ⁽¹¹⁾. También la terminación del tratado de 1907 que consagró la independencia de Noruega es prueba de que el Derecho Consuetudinario ha admitido como causa de terminación de un tratado su obsolescencia, aunque del cambio de circunstancias no se haya seguido ningún agravamiento de las obligaciones existentes. La denuncia noruega en 1922 se basó en que, respecto a Alemania y Rusia, firmantes del tratado con Francia y Gran Bretaña, **“el tratado había perdido su base principal debido a los sucesos que habían ocurrido en ambos países”**, con expresa referencia a la primera guerra mundial, a los tratados de Versalles, y a la revolución soviética. Es claro que si el cambio de circunstancias se alegó por Noruega sin necesidad de que se hubiese producido un agravamiento de su condición a consecuencia del tratado, es porque los eventos mencionados dejaban sin sentido las garantías que el Imperio Alemán y la Rusia zarista habían ofrecido en 1907. Un caso de invocación expresa de la obsolescencia como causa de terminación de los tratados se ofrece en la derogación de sus respectivos regímenes de capitulaciones de extraterritorialidad por Turquía, por China y por Egipto, sobre la base, similar en todos los casos, de que las capitulaciones ya no respondían al desarrollo de **“las reglas jurídicas del siglo”** ni a **“las necesidades modernas”**. Turquía aludía expresamente a la obsolescencia del régimen; y, en la Conferencia de Montreux, que abolió las capitulaciones con Egipto, se reconoció que este régimen **“ya no está(ba) en armonía con la nueva situación”**.

De la misma manera, la suspensión por Francia en 1932 del pago de su deuda de guerra a los Estados Unidos no se basaba en ningún empeoramiento de la situación francesa, sino en que **“había**

(11) Vamvoukos, A. op. cit., pág. 81.

que adaptar los tratados y acuerdos internacionales a las realidades económicas actuales”, alegando expresamente la cláusula rebus sic stantibus. La denuncia por Egipto en 1945 del tratado angloegipcio de 1936, que permitía al Reino Unido mantener fuerzas en Egipto, y establecía un condominio sobre el Sudán, no se basó tampoco en ningún agravamiento para Egipto de su condición a consecuencia de la evolución de las circunstancias, sino en que el tratado ya no respondía a las nuevas circunstancias de 1945, habiendo **“outlived its purpose”**, es decir sobrevivido a su propósito. Similarmente, la terminación unilateral por Persia en 1959 del tratado soviético-iraní de 1921, que permitía a la URSS perseguir dentro del territorio persa a las fuerzas zaristas o contrarrevolucionarias que en él se refugiaban, se fundamentó por Persia en que el citado tratado, **“concluido en especiales circunstancias después de la gran revolución rusa, se había vuelto obsoleto y, de hecho, había dejado de ser válido”**. La denuncia por Irak en 1959 de sus acuerdos militares con Estados Unidos se formuló similarmente sobre la base de que la revolución iraquí de 1958 había orientado su política exterior hacia una postura de neutralidad. La retirada de Francia de la OTAN en 1966 se justificó por considerar que, alcanzada la paridad estratégica por la URSS, Francia no podía seguir confiando en las garantías americanas, es decir, porque consideraba obsoleto o inadecuado a las nuevas circunstancias la integración de las fuerzas francesas con las de los demás países del Atlántico Norte; y, en fin, en 1969, la denuncia por Irán del tratado de 1937, suscrito con Irak para la fijación de límites en Shatt El Arab, que se basó en la desaparición de la situación colonial que había condicionado en su día los términos del tratado, constituye un ejemplo más de aplicación expresa o tácita de la cláusula rebus sic stantibus a situaciones en las que han cambiado las circunstancias radicalmente, pero en las que el resultado del cambio no consiste en un agravamiento de la situación de una de las partes, sino en la *obsolescencia o inadecuación* del tratado a la nueva situación creada por las nuevas circunstancias.

LOS CAMBIOS OPERADOS EN LA BASE ESENCIAL DEL TRATADO



CAPITULO V

LAS CIRCUNSTANCIAS QUE MOTIVARON LA SUSCRIPCION DEL TRATADO DE UTRECHT ENTRE GRAN BRETAÑA Y ESPAÑA HAN CAMBIADO RADICALMENTE A LO LARGO DE LOS AÑOS TRANSCURRIDOS DESDE ENTONCES.

Difícilmente se encontrará en la historia internacional de los últimos tres siglos otro caso en que las circunstancias que constituyeron la base esencial de un tratado , es decir , las circunstancias en consideración a las cuales se haya suscrito un tratado, hayan cambiado de manera tan radical como lo han hecho las circunstancias que constituyeron la base del tratado de Utrecht entre España y Gran Bretaña, y especialmente su artículo X, en el que se estipula la cesión de Gibraltar.

El tratado de Utrecht, suscrito entre los reyes Felipe V de España y Ana de Gran Bretaña, fue uno más, sin menoscabo de su importancia, de la serie de tratados suscritos en aquella ciudad holandesa, en la primavera de 1713, entre las potencias que habían participado en la guerra de sucesión española, y que, junto con el tratado de Ratstadt, firmado entre Francia y Austria en 1714, y el de Madrid entre España y Holanda, pusieron fin a una época en la que Luis XIV había pretendido imponer la hegemonía francesa, y establecieron una nueva ordenación del equilibrio europeo, en la que la formación de un nuevo bloque francoespañol se compensaba con la *reducción de los dominios franceses en Europa a su tradicional hexágono*, y con la pérdida por parte de España de sus anteriores dominios en Europa, así como la plaza de Gibraltar y la isla de

Menorca, cedidas a Gran Bretaña. España conservaba su imperio americano, pero perdía, con el navío de permiso y el derecho de asiento, su importante monopolio comercial. Francia perdía a favor de Gran Bretaña los territorios americanos del Hudson, Terranova y Nueva Escocia; mientras que el emperador de Austria se compensaba de la renuncia a la corona de España, y a la potenciación que ello habría supuesto para el imperio, con la adquisición de Nápoles, Milán y Cerdeña, también perdidas por España. Sicilia, en fin, pasaba de España a la casa de Saboya; y los Países Bajos españoles - la actual Bélgica - pasaban a la Casa de Austria, con el derecho de Holanda a establecer una barrera de plazas fuertes entre los Países Bajos españoles y Francia, como medida de seguridad contra un posible renacer del expansionismo francés. En suma, lo que se pretendió fue establecer un esquema global de equilibrio que compensara la potenciación que Francia adquiriría al pasar la corona española a un miembro de la dinastía francesa, con la debilitación estratégica y económica del bloque francoespañol mediante la pérdida por éste de una serie de territorios y plazas fuertes que fortalecían correlativamente a los restantes Estados europeos, especialmente a los dos principales protagonistas del bando aliado contra los Borbones, Gran Bretaña y Austria. En la configuración del nuevo orden mundial - y lo era en la medida en que afectaba a Europa y América -, había sido decisivo el entendimiento entre Luis XIV, consciente, después de las batallas de Ramillies, Oudenarde y Malplaquet, de que la victoria se le escapaba, y el Gobierno inglés, que, al final de la guerra, ya no deseaba que la corona española pasara al pretendiente austríaco, apoyado hasta ese momento por Gran Bretaña, pues éste ya era demasiado poderoso tras la conquista de Bélgica y de Italia. Así, en octubre de 1711, año y medio antes de que se firmasen los tratados de Utrecht, ya Gran Bretaña y Francia, a espaldas de sus respectivos aliados, habían acordado entre ellas las líneas fundamentales del nuevo equilibrio europeo. Los plenipotenciarios españoles en Madrid y en Utrecht no pudieron hacer nada contra unos acuerdos que ya eran un hecho consumado.

Tanto las guerras coloniales que tuvieron lugar en América del Norte a lo largo del siglo XVIII, como las que se desarrollaron en

Europa, demostraron la racionalidad del esquema de equilibrio diseñado en Utrecht, pues las dos potencias que habían protagonizado con su rivalidad la guerra de Sucesión española, Gran Bretaña y Francia, continuaron siendo rivales en los conflictos más importantes del siglo XVIII: La guerra de Sucesión austríaca (1744 – 1748) y la guerra de los Siete Años (1756-1763). La firma en 1733, 1740 y 1761 de los sucesivos “pactos de familia” confirmó, ya bien entrado el siglo, y una vez superadas definitivamente las diferencias “coyunturales” que habían enfrentado a España y la Triple y Cuádruple Alianzas, de las que formaba parte Francia, con motivo de las campañas de Felipe V en Cerdeña y en Sicilia, y la provisional – por “antinatural” aproximación de España a Austria, el alineamiento francoespañol que había constituido el presupuesto decisivo de “la paz de Utrecht”, es decir de todos los acuerdos que pusieron fin a la guerra de Sucesión española. Así, durante el siglo XVIII, la ocupación por Gran Bretaña de las bases españolas de Gibraltar y Menorca cumplió exactamente la finalidad prevista al otorgarse el tratado de Utrecht entre Gran Bretaña y España: Servir, si no para yugular completamente la fluidez de movimientos de la flota francesa entre el Mediterráneo y el Atlántico, sí como bases de suministro y reparaciones, y como puestos de control de los movimientos españoles y franceses, especialmente en el estrecho. Gibraltar resultó de importancia capital en la preparación de la batalla del Nilo y en la recuperación de Malta por Gran Bretaña.

Las guerras napoleónicas supusieron, por una parte, el definitivo alejamiento español de la órbita francesa, lógico después de la guerra de la Independencia, en la que España fue sustancialmente auxiliada por Gran Bretaña; y, por otra, al desaparecer Napoleón de la escena, el atemperamiento de la tradicional rivalidad anglofrancesa, que tan profundamente había marcado la historia europea durante el siglo XVIII. No es que entre Francia y Gran Bretaña hubiesen desaparecido absolutamente todos los motivos de fricción, especialmente en el espacio colonial. Es que el crecimiento de Prusia hacia el centro de Europa, y la presión de Rusia hacia el Mediterráneo supusieron nuevos motivos de preocupación para Francia y para Gran Bretaña, que sirvieron para ir fraguando una

“entente” cada vez más sólida, que ya se manifestó en las guerras de Crimea y Los Balcanes, en las que ambas potencias lucharon en el mismo bando. Las diferencias coloniales se enterraron definitivamente en el tratado anglofrancés de 8 de Abril de 1904; y el cada vez más sólido entendimiento se confirmó en la conferencia de Algeciras, en la que también estuvieron unidas frente a las pretensiones de una Alemania que desde la victoria de Sedán venía manifestando ostensiblemente sus aspiraciones hegemónicas.

No es necesario, sin embargo, llegar hasta el siglo XX y comprobar cómo la “entente” anglofrancesa se materializó definitivamente en las dos guerras mundiales, para tomar constancia de que el esquema de equilibrio que había constituido el objetivo y la base esencial de todos los tratados en que se materializó la “paz de Utrecht”, incluidos los de Madrid y Ratstadt, como partes de un único sistema global lo más perfecto posible - que había sido sustancial e incluso expresamente confirmado en los tratados de Viena y Aquisgrán que pusieron fin en 1740 y 1748, respectivamente, a las guerras de Sucesión de Polonia y de Austria - ya no respondía a la realidad. En efecto, después de Trafalgar, Abukir y Waterloo, ni Francia ni España estaban ya en condiciones de seguir contestando la supremacía británica, ni mucho menos de amenazar la seguridad de las islas británicas ni la de su floreciente imperio en La India, en el Canadá, en Oceanía y en Africa. La razón estratégica concreta que había justificado, entre todos los ajustes estratégicos que se habían concertado en Utrecht, la cesión de Gibraltar - poner a disposición de Gran Bretaña una base desde la que contrarrestar el predominio natural de Francia y España en el Mediterráneo y en el estrecho - dejó de existir desde que ese predominio natural de las dos potencias continentales desapareció con los sucesivos reveses de sus flotas; desde que se separaron a raíz de la guerra de la Independencia española; y desde que, con algunas décadas de diferencia, la liquidación de sus respectivos imperios americanos hizo desaparecer una de las principales causas de antagonismo con Gran Bretaña, tanto para Francia como para España. Rota nuestra alianza con Francia, y en paz, por fin, con Gran Bretaña, la cesión de Gibraltar constituyó para España, desde la experiencia napoleónica,

una pérdida neta, que ya no se justificaba por la potenciación recíproca que en alguna ocasión, como en la reconquista de Menorca, o en la guerra de la Independencia de los Estados Unidos, había supuesto la alianza con Francia. Durante el siglo XIX, la progresiva "entente" anglofrancesa iría aumentando el desequilibrio en la misma medida en que aquélla se iba consolidando, y España iba quedando fuera de todas las esferas de influencia. Así, en el tratado de 8 de Abril de 1904, los dos miembros de la "entente" se comprometieron a no permitir la fortificación de la costa del Rif, con lo que se producía la situación, paradójica si se la compara con el escenario previsto en Utrecht, de que, habiendo obtenido Gran Bretaña la cesión de Gibraltar para contrarrestar el predominio natural que el bloque francoespañol configurado en Utrecht ostentaba en el estrecho, los dos grandes adversarios de la guerra de Sucesión española se pusieran de acuerdo dos siglos más tarde para contrarrestar el predominio natural que a España le correspondía por su implantación en la orilla norte del estrecho, y como titular de una futura zona de influencia en el Rif, según se preveía en el frustrado tratado francoespañol de 1902. Más que de un cambio de circunstancias, puede hablarse de un vuelco total respecto a la situación internacional y a las relaciones existentes entre las tres naciones a que respondían los tratados de Utrecht y concretamente el artículo X del suscrito en aquella ciudad entre Gran Bretaña y España. Ni ésta era ya la aliada de Francia, ni Francia seguía siendo rival de aquélla, configurándose en cambio como su principal aliada ante la crisis europea que se avecinaba y que había de conducir a la gran guerra. Y, lo que es más, mientras las otras dos potencias se disponían a culminar el reparto de Africa, España había pasado a ser un poder totalmente secundario, sin protagonismo en la política internacional, sin capacidad naval decisiva, y que, incluso para sus modestas aspiraciones coloniales en una zona que tanto le afectaba, como fue el caso del norte de Marruecos, necesitaba la tolerancia de aquéllas. La cesión de Gibraltar, que en 1713 constituía una pieza importante para la consolidación del equilibrio europeo, se había convertido en 1904 en un factor que aumentaba el desequilibrio que la disparidad de fuerzas ya determinaba entre las otras dos potencias por una parte, y España por la otra.

Que España, desde que a principios del siglo XIX saltase por los aires el equilibrio diseñado en Utrecht, ya no encontrase ninguna ventaja estratégica o simplemente diplomática que le compensase siquiera remotamente de la pérdida de Gibraltar no significa que, dos siglos después, el Reino Unido no encontrase en su ocupación una utilidad renovada en un contexto internacional harto diferente al que constituía el marco de los tratados de Utrecht; pues, tanto Alemania en el curso de las dos guerras mundiales, como la Unión Soviética o, si se quiere, el Pacto de Varsovia, desde de 1945 hasta la caída del muro de Berlín y todo lo que éste acontecimiento simbolizó en términos estratégicos e incluso históricos, ocuparon en las aprensiones británicas el mismo lugar que en 1713 ocupaba la amenaza francesa; y ello, aunque el Reino Unido, no fuese ya en el siglo XX sino un componente, aunque siempre importante, del bloque aliado en las dos guerras mundiales, y, después, del bloque occidental materializado en la Alianza del Atlántico Norte. Así, Gibraltar continuó prestando en este siglo, primero en beneficio del bando aliado, y, después, en beneficio de la OTAN, la misma utilidad, aunque adaptada a las nuevas circunstancias, que había justificado su cesión al final de la guerra de Sucesión española: Controlar y, en la medida de lo posible, yugular la relación de las flotas adversarias entre el Mediterráneo y el Atlántico. En realidad, la ventaja que Gibraltar supuso para Gran Bretaña durante su secular contienda con Francia y con España no puede compararse favorablemente con la función decisiva que el Peñón estaba llamado a desempeñar en la segunda guerra mundial y en los cuarenta años de guerra fría, aumentando su importancia a medida que el arma submarina se fue convirtiendo en la pieza fundamental, por su mayor invulnerabilidad, de la estrategia nuclear y por ende de la política disuasoria de la OTAN y del Pacto de Varsovia, no por supuesto sin que este privilegiado protagonismo de Gibraltar se mantuviese imponiendo, como después veremos, una pesada servidumbre estratégica y nuclear sobre España, que ni estaba prevista ni era siquiera previsible cuando se firmó el tratado de Utrecht entre España y Gran Bretaña.

En los últimos años, sin embargo, el desarrollo de los acontecimientos ha reducido de forma drástica la utilidad que la OTAN y,

por consiguiente, el mismo Reino Unido, venían obteniendo de Gibraltar. En 1982, la adhesión de España a la Alianza Atlántica, supuso necesariamente una devaluación de la utilidad de Gibraltar, desde el momento en que la OTAN podía contar, en el supuesto de cualquier crisis, no sólo con las facilidades que ya suponían las bases americanas en España, sino también con la superior implantación de España a naciente, a poniente, e incluso al sur del estrecho.

Pero si la adhesión de España a la Alianza Atlántica supuso necesariamente una disminución de la importancia de Gibraltar, el derrumbamiento del bloque militar soviético, el relativo desmantelamiento del arsenal nuclear, y la misma quiebra de todo el pensamiento militar eminentemente agresivo que caracterizaba al fenecido Pacto de Varsovia, que había supuesto durante cuarenta años una auténtica amenaza para los países de Occidente, dejaron a Gibraltar sin una función estratégica que cumplir, ni en beneficio de una OTAN que se ha quedado ostensiblemente sin adversario, ni en beneficio de un Reino Unido que, perdidos sus intereses en La India, en el Medio Oriente y, por supuesto, en el Mediterráneo occidental, sólo retira de Gibraltar el dividendo, claramente gratuito, de poder intervenir como protagonista en el momento conveniente, mediante su presencia militar, en el desarrollo político internacional de una zona donde no tiene ningún interés nacional primordial que lo justifique. La integración de España en la estructura militar de la OTAN en diciembre de 1997, la creación en España de un mando de tercer nivel y la supresión del mando de cuarto nivel que hasta esa fecha existía en Gibraltar suponen la devaluación definitiva del papel a desempeñar por el Reino Unido desde esa plaza, en cualquier coyuntura imaginable, y esto en términos tan evidentes que la presencia militar británica en Gibraltar, por pequeña que sea, e independientemente de que si lo desea puede incrementarla sin más límites que los que imponga su reducido espacio, constituye un supuesto paradigmático de abuso de derecho, en el sentido de que sólo aprovecha marginalmente a quien lo ejerce, y perjudica gravemente a quien lo padece. Desde el punto de vista estratégico, que es el que propició su cesión a Gran Bretaña, Gibraltar ha llegado así al fin de su historia. Ni su pérdida se compensa desde hace mucho

tiempo por España con ninguna de las razones que en su día justificaban su cesión, ni el Reino Unido necesita ya seguir ocupando el Peñón para defender una seguridad nacional que nadie amenaza, ni la de un imperio hace tiempo inexistente, ni la de una Alianza militar a la que España pertenece inequívocamente y a la que aporta todos los recursos humanos y logísticos necesarios. Independientemente de las ventajas financieras que determinadas empresas británicas o no británicas, incluso españolas, puedan retirar de la peculiar condición fiscal de Gibraltar, la evolución de la situación internacional ha ido configurando, pues, una realidad estratégica que ya no se corresponde ni remotamente con la que en 1713 constituía la base esencial a que respondieron los distintos tratados en que se desglosó “la paz de Utrecht”, entre ellos el suscrito entre Gran Bretaña y España. El cambio se ha producido precisamente en la situación en cuya consideración se otorgó el tratado, o que constituía su “base esencial”, que es, como vimos en los capítulos anteriores, la primera premisa que exige la Convención de Viena para aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* a aquellos tratados a que la Convención sea aplicable, constituyendo igualmente una de las posibles premisas que exige a tales efectos el Derecho Consuetudinario.

CAPITULO VI

LAS CIRCUNSTANCIAS QUE HAN CAMBIADO COMO CONSECUENCIA DE LA SITUACION INTERNACIONAL CONSTITUIAN PRECISAMENTE LA BASE ESENCIAL DEL TRATADO DE UTRECHT ENTRE GRAN BRETAÑA Y ESPAÑA.

En la evolución de la situación internacional durante los últimos tres siglos se pueden distinguir tres acontecimientos que supusieron sucesivas, y progresivas, rupturas con aquellas circunstancias que constituyeron la base esencial del Tratado de Utrecht entre Gran Bretaña y España: El primero fue la quiebra del mundo de Utrecht ocasionada por el nuevo hegemonismo francés, impuesto, aunque por corto plazo, por las campañas napoleónicas, y que tuvo por lógica consecuencia el final de la alianza francoespañola del siglo XVIII. El segundo fue la creciente "entente" anglofrancesa, que caracterizó a todo el siglo XIX desde Waterloo en adelante, la ascensión imperial de Francia y Gran Bretaña, y la disminución del papel internacional de España, reducida, con la pérdida de su imperio americano y ya sin posesiones en Europa, al nivel de una potencia estrictamente secundaria. Y el tercero, ya en la segunda mitad del siglo XX, la participación de Francia y el Reino Unido, y, finalmente, también la de España, en las dos grandes organizaciones supranacionales, la OTAN y la Unión Europea, mucho más sólidas que cualquiera de las alianzas coyunturales del pasado, en cuanto ambas organizaciones responden a motivaciones permanentes e implican importantes transferencias de soberanía, y en las que queda por definición superada cualquier tensión entre sus miembros

que pudiera justificar la obtención o la perpetuación de seguridades mediante la posesión de bases militares o plazas fuertes, contra supuestas amenazas recíprocas. Que cualquiera de estos acontecimientos ha significado un cambio radical de las circunstancias que constituyeron la base esencial en cuya consideración se otorgó el tratado de Utrecht entre España y Gran Bretaña es algo demasiado evidente para necesitar demostrarlo; como lo es el que el resultado final de esta evolución - la integración de Francia, España y el Reino Unido en las dos grandes organizaciones occidentales - supone la superación definitiva del esquema diseñado en Utrecht, sustituido por un concepto totalmente novedoso de paz europea y atlántica, basado en una integración progresiva de las naciones occidentales de uno y otro lado del Atlántico, que, al excluir cualquier posibilidad de guerra entre ellas, hace innecesaria y, por lo mismo obsoleta, la idea de equilibrio, que era consubstancial al esquema de seguridad diseñado en Utrecht y sólo concebible entre potencias al menos virtualmente rivales.

Como hemos visto en el capítulo anterior, el que los cambios se produzcan precisamente en las circunstancias en cuya consideración se otorgó un tratado no constituye un requisito indispensable para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* cuando el tratado en cuestión, como ocurre en el que estamos considerando, es anterior a la Convención de Viena, y se rige consiguientemente por el Derecho Consuetudinario. La comprobación, sin embargo, de que han cambiado precisamente las circunstancias en cuya consideración se otorgó el tratado demuestra, no sólo el cumplimiento de una de las condiciones exigidas por el Derecho Consuetudinario, sino el cumplimiento de la condición exigida por la normativa más estricta del artículo 62 de la Convención de Viena, lo que evidentemente redundará a favor de la aplicación de la cláusula en un caso en que no rige la Convención, sino el Derecho Consuetudinario, pues ello supone añadir, al dato **objetivo** del cambio radical de circunstancias, el dato **subjetivo** de que esas circunstancias son precisamente aquéllas en cuya consideración se otorgó el tratado. La cláusula *rebus sic stantibus* es una norma objetiva, pero la concurrencia de un factor subjetivo, que no es imprescindible para

la aplicación de la cláusula, refuerza la racionalidad y justicia de su aplicabilidad.

Que los tres acontecimientos que progresivamente cambiaron el mundo de Utrecht por una situación totalmente diferente afectaron precisamente a las circunstancias que constituyeron la base esencial del tratado de Utrecht entre España y Gran Bretaña se demuestra, como señala Vamvoukos ⁽¹²⁾, contrastando los cambios operados en las circunstancias con la **intención** de las partes al suscribir el tratado, y con el **objeto** y el **propósito** del tratado.

“En primer lugar – explica dicho autor - hay que distinguir entre los motivos y aspiraciones de una parte y la común intención de ambas partes (de suerte que) las expectativas e ideas asumidas de una parte sólo son relevantes si fueron de la mayor importancia para que esa parte concluyera el tratado, y fueron, no sólo dadas a conocer a la otra parte, sino reconocidas por ésta como de principal importancia. En contraste, la común intención de las partes desempeña una función principal. Así, si es evidente que ambas partes concluyeron el tratado sobre la base y la razón de que existía una situación determinada cuya continuación entendieron como fundamental para la obligación dimanante del tratado, el cese o alteración radical de ese estado de cosas determina la aplicación de la cláusula. Es esencial - continúa Vamvoukos – distinguir a este respecto entre *la intención de las partes y los objetivos y propósito del tratado* (las cursivas son nuestras). Son éstos, más que la intención de las partes, lo que protege el orden jurídico. Si un tratado, a consecuencia de un cambio de circunstancias, pierde subsidiariamente sus objetivos y propósitos jurídicamente relevantes, desaparece la base jurídica necesaria para continuar la aplicación del tratado”.

Como todos los tratados que se suscribieron en Utrecht, el de España con Gran Bretaña tenía un **objetivo** y un **propósito** concretos: Poner fin a la guerra de Sucesión española, y regular un nuevo sistema de equilibrio internacional basado en la redistribución de los

(12) Vamvoukos, A. op. cit. pág. 190.

territorios coloniales y de los propios territorios europeos, en la concesión de derechos comerciales, y en la adopción de medidas de marcado carácter estratégico, como la cesión de Gibraltar y Menorca, la ocupación por Holanda de plazas fuertes en la frontera belgofrancesa, y en la demolición de las fortificaciones de Dunkerke. Las consideraciones estratégicas fueron indudablemente trascendentales también en la distribución de territorios continentales, y concretamente de los situados en Italia. De hecho, ya en vida de Carlos II, y siendo evidente que dicho monarca moriría sin descendencia, las potencias europeas habían acordado varios tratados “de partición” de la herencia española, que habrían de entrar en vigor cuando el rey falleciera, pues la consecución del necesario equilibrio exigía que la impresionante herencia española no pasara íntegramente a manos de un soberano que ya poseyera la Corona de Francia o la de Austria, o que, por pertenecer a una de las dinastías allí reinantes, supusiera un factor, es decir un peligro de concentración de demasiados recursos a disposición de una única potencia. Aunque el esquema finalmente diseñado en Utrecht fue distinto a todos los tratados “de partición” anteriores a la guerra, respondía al mismo objetivo de impedir que todos los activos territoriales, demográficos y estratégicos de la Corona española fueran a parar a un solo monarca, o a una única dinastía reinante. El mundo anterior a Utrecht, en cuanto estaba caracterizado fundamentalmente por una tensión entre España y Francia, era un mundo equilibrado. Pero, durante los reinados de Felipe IV y Carlos II, España ya era una potencia decreciente, derrotada reiteradamente en los campos de batalla, con gravísimos problemas en Cataluña, e incapaz de impedir la secesión de Portugal. Así, en los años anteriores a la muerte de Carlos II, la tensión dominante ya era la de Francia con Gran Bretaña, hasta el punto, harto significativo, de que la guerra de Sucesión española comenzó como una guerra entre Gran Bretaña y Francia. Por el contrario, la tradicional tensión entre España y Francia dejaba paso, con el testamento de Carlos II, a una alianza dinástica, implícita realmente, pese a las protestas formales españolas, desde que se convino el matrimonio de la infanta María Teresa con Luis XIV. Y esta alianza dinástica francoespañola, que en realidad suponía la puesta de todos los recursos del imperio español a

disposición de la política internacional francesa, pues no en balde era un príncipe francés quien venía a reinar en España, y no al revés, constituía el elemento fundamental del nuevo orden.

La esencia de este nuevo orden consistía en que la inevitabilidad del bloque francoespañol se compensaba, como ya hemos visto, con la potenciación directa o indirecta de Gran Bretaña y de Austria, de forma que el equilibrio internacional quedaba garantizado, con toda suerte de detalles, hasta donde permitían las circunstancias. Al margen de este objetivo global, compartido por todos los demás tratados suscritos en Utrecht con las demás y por las demás potencias que habían participado en la guerra, el tratado angloespañol **careció completamente de lógica, de justificación, de objetivo y de propósito**; y, precisamente por esto, la única concesión de Gran Bretaña en un tratado en que tantas concesiones se hacen a su favor por España, consiste en reconocer a Felipe de Anjou como rey de España. Y constituye un desenfoque considerar al tratado de Utrecht entre España y Gran Bretaña, y concretamente la cesión de Gibraltar, como un título abstracto no relacionado con el contexto diplomático en que España **tuvo** que firmarlo; pues, en realidad, todos los tratados que se firmaron en aquella ciudad holandesa, con el de Madrid entre España y Holanda y el de Rastadt entre Francia y Austria, no fueron sino el desglose en múltiples tratados bilaterales de un gran esquema multilateral -“la paz de Utrecht”- que ponía fin a la guerra, diseñando un nuevo orden que afectaba a todos los Estados europeos, y cuyas líneas fundamentales habían sido negociadas y decididas previamente entre Francia y Gran Bretaña. Así, esta última no se compensaba únicamente con Gibraltar y Menorca, sino que recibía también las colonias francesas de América del Norte. Y aunque Gran Bretaña no fue la que recibió los territorios de Nápoles, Milán, Cerdeña y Países Bajos, transmitidos a las Coronas de Austria y de Saboya, su pérdida por España, es decir por el nuevo bloque francoespañol, también compensaba a Gran Bretaña, al disminuir el potencial de ese bloque. Austria adquiriría la mayor parte de las posesiones europeas de España, pero su renuncia obligada a la Corona española también equilibraba la situación. Y la misma pérdida por España de sus posesiones europeas benefició indirecta-

mente a su nueva aliada, Francia, pues es claro que Luis XIV pagó con las posesiones españolas en Europa la intangibilidad del tradicional hexágono francés. Visto en este contexto el tratado de Utrecht entre España y Gran Bretaña, es claro que no respondió ni a un intercambio libremente asumido por los dos Estados, ni tampoco a la necesidad de poner fin a ninguna guerra específica entre las dos naciones. La guerra fue una guerra global, en la que Gran Bretaña había luchado en apoyo del pretendiente austríaco, al que abandonó cuando sus victorias le parecieron excesivas, y en la que los distintos reinos o “provincias” españolas habían dividido sus lealtades entre los dos pretendientes. Ni Gran Bretaña podía considerarse vencedora de la guerra en España, pese a las brillantes victorias de Marlborough en otros escenarios, ni Felipe V podía considerarse derrotado en la guerra en España, de la que expulsó a todos sus adversarios británicos, austríacos y portugueses, por más que Francia perdiese decisivas batallas en Europa.

El tratado angloespañol de Utrecht no se justifica, pues, ni por una guerra específica entre las dos naciones, que no existió, ni por el resultado de los encuentros que entre sus fuerzas respectivas tuvieron lugar - Brihuega, Villaviciosa - y que fueron saldados a favor de Felipe V. El tratado se justifica como parte de un esquema general de nuevo equilibrio, al que España no estaba en condiciones de sustraerse. La bilateralidad de este como de los demás tratados no fue sino la forma elegida para desarrollar ese sistema general de equilibrio, que respondía fundamentalmente a lo negociado dos años antes por Gran Bretaña y Francia, a espaldas de sus respectivos aliados, Austria y España. Y precisamente porque el tratado angloespañol no tenía otro objetivo, ni otro propósito, ni otra razón de ser que constituir una pieza más de aquel nuevo orden mundial, la perpetuación de su vigencia, casi dos siglos más tarde de que aquel orden saltara en mil pedazos, y desaparecieran e incluso se invirtieran las circunstancias en cuya atención se había suscrito el tratado, resulta totalmente injustificada, si admitimos que, en el Derecho Internacional, como dice Vamvoukos, **“si como consecuencia de un cambio fundamental de circunstancias, un tratado subsiguientemente pierde sus objetivos y propósitos jurídicamente relevantes,**

no queda base legal para continuar la exigibilidad del tratado. A los ojos del Derecho, tales tratados carecen de sentido, han excedido sus propósitos, se han consumido a sí mismos” ⁽¹³⁾. En este sentido, la condición del tratado de Utrecht entre Gran Bretaña y España es sustancialmente la misma que si en aquella ciudad holandesa se hubieran reunido en un solo acto todas las potencias interesadas en la guerra, y hubieran estipulado en un gran tratado multilateral, en cuyo preámbulo se definiera claramente el objetivo global de establecer un nuevo sistema de equilibrio europeo, todos los acuerdos que en la realidad se desglosaron en varios tratados bilaterales. En la hipótesis de un único tratado multilateral, la desaparición de las circunstancias que lo originaron sería tan evidente que nadie podría oponerse a declarar la extinción de todo el tratado, aunque la extinción se fuese practicando punto por punto, alcanzando a todos los acuerdos que por su propia naturaleza fueran susceptibles de revocarse, lo que, de hecho, ya ha tenido lugar en aquellos casos en que los tratados de Utrecht establecieron derechos localizados o que afectaban a plazas fuertes, con la única excepción de Gibraltar. Si consideramos que la cesión de Gibraltar es susceptible, por su propia naturaleza, de ser revocada, y comprobado que el objetivo y el propósito del tratado angloespañol de 1713 dejaron de tener sentido un siglo más tarde al producirse la conmoción que supusieron las campañas napoleónicas, su extinción está tan justificada como lo estaría ese hipotético tratado multilateral que hubiese englobado todos los tratados bilaterales de Utrecht, más los de Madrid y Ratstadt, pues el Derecho Internacional autoriza la terminación de un tratado cuando su objetivo y su propósito han dejado de tener sentido, y no sólo el tratado angloespañol, sino todos los que configuraron “la paz de Utrecht”, hace tiempo que perdieron el suyo.

En cuanto a la intención común de las partes, es decir, la intención compartida por ambas al suscribir el tratado, la misma puede distinguirse, *en teoría, como explica el mismo Vamvoukos*, del objetivo y del propósito del tratado propiamente dicho. Cierto que la intención compartida de las partes puede no coincidir con las

(13) Vamvoukos, A. op. cit. pág. 192.

intenciones individuales respectivas, en la medida en que una parte pueda albergar al suscribir un tratado una intención individual que no pone en conocimiento de la otra, o que la otra, conociéndola, no la acepta o no le concede relevancia. Pero parece difícil distinguir entre la intención común de las partes y el objetivo y propósito del tratado propiamente dicho, dada la dificultad de reconocer al tratado una intencionalidad independientemente de la intención común con que fue suscrito por las partes. En cualquier caso, en el tratado angloespañol de 1713, la identidad entre el objetivo y el propósito del tratado y la intención compartida por las partes al suscribirlo parece absoluta, pues, por el mismo hecho de que no obedece este tratado a problemas bilaterales específicos de las partes, sino que es consecuencia de un esquema global, no hay otra intención compartida por las partes que la de aceptar ese esquema global en los términos en que fue diseñado con la conformidad de todos los Estados afectados por la guerra de Sucesión española. Ciertamente que a esa intención compartida llegaron las partes con actitudes diferentes: Para Gran Bretaña, que había negociado previamente con Francia las condiciones de la paz, el tratado suscrito con España respondía a la propia concepción británica de lo que debía ser el nuevo equilibrio europeo, ante el cual Gran Bretaña se colocaba en las mejores condiciones posibles que permitían las circunstancias. Para España, que veía como desaparecían sus dominios europeos, y cómo se le enajenaban dos activos estratégicos de la importancia de Gibraltar y Menorca, los términos del tratado hubieron de asumirse como un hecho consumado, pues habían sido negociados y aceptados previamente por Luis XIV, sin cuya ayuda Felipe V no habría podido proseguir la guerra, y habían sido asumidos, como parte del nuevo equilibrio, por todos los Estados europeos. Pero es claro que, en la medida en que puede hablarse de una intención española compartida por Gran Bretaña al suscribir el tratado, ésta no fue otra que poner fin a la guerra de Sucesión española, y establecer las bases de un nuevo equilibrio que España, en definitiva, aceptaba, aunque le doliese salir tan malparada. Así, ambas partes compartían una misma intención en todo coincidente con el objetivo y el propósito del tratado, y, por la misma razón, esa intención compartida, ya carente de sentido tres siglos más tarde, autoriza la terminación del

tratado al cambiar como han cambiado las circunstancias que lo motivaron. Como dice el mismo Vamvoukos, **“la intención común de las partes desempeña un papel principal en la determinación de si la cláusula rebus sic stantibus resulta aplicable . Así, si es evidente que las dos partes otorgaron el tratado sobre la base y como consecuencia de un cierto estado de cosas cuya continuación consideraron fundamental para la obligación resultante del tratado, el cese o la alteración radical de dicho estado de cosas hace que la cláusula entre en acción”** ⁽¹⁴⁾.

Evidentemente, si la cláusula resulta aplicable por haber cambiado las circunstancias cuya continuación constituía el objetivo y propósito del tratado y la común intención de las partes, no es necesario comprobar si la continuación de tales circunstancias constituía también la intención individual de la parte que invoque la cláusula rebus sic stantibus para terminar el tratado, o un aspecto del tratado, pues la cláusula ya resulta aplicable , sin necesidad de analizar la intención individual de las partes, por el mero hecho de cambiar las circunstancias cuya perpetuación constituía el objetivo y el propósito del tratado y la intención común o compartida de las partes. Por lo demás, la única intención de España al suscribir el tratado era poner fin a la guerra, y que se aceptara por Gran Bretaña la entronización de Felipe de Anjou; pero esto no era otra cosa que la aceptación por parte británica de la alianza dinástica francoespañola que constituía la base de todo el sistema diseñado en Utrecht, o, más exactamente, diseñado dos años antes entre Luis XIV y el ministro británico St. John. Así, pues, no hubo una intención individual española distinta de la intención compartida con Gran Bretaña, y con todas las demás potencias europeas participantes primero en la guerra y, después, en la “paz de Utrecht”, de contribuir a la configuración del nuevo sistema de equilibrio; y mal podía haber otra intención individual española en un tratado donde la única concesión británica, frente a todas las que tiene que hacer España, era la aceptación implícita por Gran Bretaña de la entronización en España de un rey de la casa de Borbón.

(14) Vamvoukos, A. op. cit. pág. 191

Precisamente, porque todas las concesiones estratégicas y comerciales se realizaron por España, cabría pensar en intenciones individuales de Gran Bretaña, que esa potencia hubiera albergado expresa o tácitamente al suscribir el tratado. Pero, en un momento en que todavía era imprevisible el desarrollo de un imperio británico entre Egipto y la India, las intenciones británicas al exigir la entrega de Gibraltar y de Menorca no podían ir tampoco mucho más allá de querer controlar y en lo posible estorbar los movimientos de las flotas francesa y española, y de contar con unas bases desde las que apoyar las actividades de la propia flota británica en el Mediterráneo, lo que en gran medida era un complemento importante para que no se desvirtuase en una zona tan vital como es dicho mar , al que se asomaban no sólo España y Francia, sino también Austria desde sus nuevos dominios de Italia, el equilibrio territorial y estratégico que se había diseñado con tanto cuidado en el continente, y que constituía el objetivo y el propósito del tratado. Así que tampoco había , por lo que respecta a Gibraltar y Menorca, un interés británico distinto al objetivo primordial del tratado y al esquema global al que el tratado obedecía y del que de formaba parte. Los cambios operados en la situación internacional respecto al esquema diseñado en Utrecht afectan, por consiguiente, precisamente a las circunstancias cuya realización constituía tanto el objetivo y propósito del tratado, como la intención común o compartida de las partes, sin que puedan identificarse intenciones individuales de las partes , distintas a la común o compartida. Dichas circunstancias constituyeron, por consiguiente, la base esencial del tratado entre España y Gran Bretaña, y su desaparición, con el transcurso del tiempo, autoriza la invocación de la cláusula *rebus sic stantibus* para terminar el tratado en el marco del Derecho Consuetudinario, e incluso la autorizaría en el más estricto del artículo 62 de la Convención de Viena.

CAPITULO VII

EL CAMBIO EN LAS CIRCUNSTANCIAS QUE CONSTITUYERON LA BASE ESENCIAL DEL TRATADO LO HAN CONVERTIDO EN UN INSTRUMENTO OBSOLETO, QUE YA NO RESPONDE A LAS CIRCUNSTANCIAS ACTUALES.

Ciertamente, los dos primeros cambios operados en las circunstancias que sirvieron de base al tratado de Utrecht entre España y Gran Bretaña, es decir, la quiebra de la alianza hispanofrancesa y la configuración de una entente anglofrancesa, modificaron radicalmente, agravándola, la condición en que España había quedado como consecuencia de la cesión de Gibraltar. La alianza con Francia había supuesto por definición, para España, un refuerzo que aminoraba el perjuicio que, también por definición, había supuesto la introducción de Gran Bretaña en el control del estrecho; es decir, de la misma manera que, con Gibraltar en su poder, Gran Bretaña compensaba relativamente el predominio natural de España y de su aliada Francia en el estrecho, la alianza con Francia permitía a España relativizar la desventaja que suponía la presencia británica en el Peñón. La cesión de Gibraltar (y de Menorca) era el precio que España pagaba por la aceptación de la existencia de un bloque francoespañol; y, al revés, la existencia de un bloque francoespañol compensaba, al menos en teoría, la desventaja que suponían Gibraltar y Menorca en manos británicas. No es que España hubiese estado animada por un interés nacional concreto para firmar este tratado ni ninguno; pues, en realidad, España, como nación, perdía en Utrecht en todos los sentidos, ya que perdía sus posesiones europeas, perdía

Gibraltar y Menorca, y perdía el monopolio del comercio americano; y tampoco era España, sino Francia, la principal beneficiaria de la alianza francoespañola. Para España, una vez perdidas sus posesiones europeas, no tenía demasiada utilidad la superación de sus dificultades con Francia, pues desaparecidas nuestras posesiones, ya no existían las dificultades que habían marcado las relaciones hispanofrancesas durante los reinados de Felipe IV y de Carlos II ; e , incluso, cuando el recién instaurado Felipe V quiso recuperar las antiguas posesiones españolas en Italia, Francia formó parte de las alianzas que se opusieron a las pretensiones del flamante monarca español. De cualquier forma, y superada esta diferencia coyuntural, que sólo duró siete años en todo el siglo, la alianza con Francia, confirmada en los sucesivos pactos de familia, significaba una potenciación relativa de la posición española, pues permitía contar con un aliado para reconquistar, por lo menos, Menorca y Gibraltar, o para luchar contra los británicos en América del Norte. Por eso, la ruptura definitiva con Francia, como consecuencia de la Revolución Francesa y de las campañas de Napoleón, y la posterior entente de Francia con Gran Bretaña fueron agravando, hasta un extremo absolutamente imprevisto y prácticamente imprevisto en Utrecht, la servidumbre que para España suponía la cesión de Gibraltar. España pasaba, en efecto, de haber sido durante el siglo XVIII un miembro de una alianza de dos en contra de uno, a ser durante el siglo XIX uno solo, si no frente a una alianza formal, si de una entente de dos, que si no manifestaban actuaciones hostiles hacia España era simplemente porque España ya no era sino un poder secundario, sin capacidad para oponerse seriamente a los designios de Francia y Gran Bretaña. No es ciertamente nada extraño que fuese durante el siglo XIX cuando se consolidase, contra los mismos términos del tratado de Utrecht, una jurisdicción británica de facto, no por ello menos irreversible, sobre el istmo y sobre parte de la bahía de Algeciras.

Este empeoramiento que los referidos cambios de la situación internacional , es decir, de las circunstancias que habían servido de base esencial al tratado, produjeron en las consecuencias que la cesión de Gibraltar significaba para España habría justificado que España invocase ya en el siglo XIX la cláusula *rebus sic stantibus*. Es claro, sin embargo, que en todo el siglo XIX, que comenzó con la

guerra de nuestra Independencia, en la que España contó con el apoyo sustancial de Gran Bretaña, y que acabó con las de Cuba y Filipinas, en las que España contó con algunas seguridades británicas, no se dieron en absoluto las condiciones políticas para una aventura diplomática de este tipo, por lo que las condiciones jurídicas no resultaban en modo alguno practicables. Es más. Las mismas seguridades que Gran Bretaña dio a España durante la dramática guerra de Cuba tuvieron como contrapartida una debilitación de la presión española sobre Gibraltar, que se concretó incluso en el desmantelamiento de las fortificaciones españolas.

Pero este empeoramiento que el cambio de las circunstancias produjo en las consecuencias de la cesión de Gibraltar difícilmente podría invocarse ahora, a estas alturas de la historia, pues, sin ninguna tensión con el Reino Unido más allá de la que suscita la propia presencia británica en el Peñón, y con una profunda imbricación de los intereses comerciales y económicos, tanto de España y el Reino Unido, como de la misma Francia, en la Alianza Atlántica y en la Unión Europea, el empeoramiento que la ruptura de la alianza con Francia, y la progresiva entente anglofrancesa produjeron en las consecuencias de la cesión de Gibraltar es algo que pertenece a un pasado definitivamente superado. Era la situación de guerra o de conflicto de intereses con Gran Bretaña lo que hacía que la alianza con Francia supusiera un apoyo valuable para España en el conflicto permanente que suscitaba la presencia británica en el Peñón. Y era el dinamismo de la situación internacional propio de la época de la expansión colonial lo que determinaba que la configuración y progresiva consolidación de la entente anglofrancesa potenciara, en perjuicio de España, el valor de la ocupación de Gibraltar por Gran Bretaña, que, ya con la aquiescencia francesa, aparecía legitimada para intervenir decisivamente en el desarrollo de la zona, relegando a España a un papel subalterno, como se demostró cumplidamente en la frustración del tratado francoespañol de 1902 sobre Marruecos, en el tratado anglofrancés de 1904, al que España sólo pudo adherirse, y en la conferencia de Algeciras.

En el año 2001, aquel agravamiento de las consecuencias de la presencia británica en Gibraltar, producido por los cambios radi-

cales operados en las circunstancias que habían servido de base esencial a la suscripción del tratado angloespañol de 1713, ha, sencillamente, desaparecido, al haber experimentado las circunstancias otro cambio también radical, como es, no sólo la superación de todo conflicto de intereses territoriales o estratégicos entre España y el Reino Unido, sino especialmente la participación de ambas naciones, y de Francia, en las dos grandes alianzas occidentales de nuestro tiempo, la Organización del Tratado del Atlántico Norte, y la Unión Europea.

Pero, aunque el agravamiento de las consecuencias de un tratado, por cambio radical de las circunstancias que constituyeron su base esencial, constituye la única posibilidad que admite el artículo 62 de la Convención de Viena para poder invocar válidamente la cláusula *rebus sic stantibus*, dicha combinación es solamente una de las cuatro posibilidades que admite el Derecho Consuetudinario para invocar válidamente la cláusula. Para el Derecho Consuetudinario, en efecto, la cláusula puede igualmente invocarse, como ya vimos en el Capítulo II, cuando el cambio producido, sea en las circunstancias que constituyeron la base esencial del tratado, sea en las que constituyeron únicamente su contexto previsiblemente perdurable, convierta el tratado en un instrumento inadecuado para seguir regulando o decidiendo la nueva situación producida por el cambio de circunstancias, aun cuando dicho cambio no agrave especialmente las consecuencias del tratado para alguna de las partes.

En los capítulos anteriores ha quedado suficientemente explicado cómo la evolución de las relaciones entre el conjunto de las naciones europeas y, concretamente, entre Gran Bretaña, España y Francia, ha dado lugar a situaciones sucesivas cada vez más alejadas de la que constituyó la base esencial del tratado angloespañol de 1713, hasta llegar a una situación - la actual - que puede justamente considerarse como la más opuesta posible a la situación original. Por eso, si el empeoramiento que, en las consecuencias de la cesión de Gibraltar, habían supuesto para España la quiebra de su alianza con Francia y la progresiva entente anglofrancesa puede considerarse justamente cosa del pasado, es claro, sin embargo, que

ambos episodios constituyeron progresivos alejamientos de la situación circunstancial que había servido de base esencial a todos los tratados que pusieron fin a la guerra de Sucesión española; **alejamientos** que, a diferencia de lo ocurrido con el **empeoramiento** que los cambios supusieron en su día para la situación en que España quedaba como consecuencia de la cesión de Gibraltar, no han sido corregidos por el tiempo, sino que, por el contrario, éste se ha encargado de aumentar, de suerte que ni las circunstancias que sirvieron de base esencial al conjunto de tratados que configuraron “la paz de Utrecht”, ni el sistema de equilibrios que entonces se dispusieron para garantizar, en la medida de lo posible, la seguridad respectiva de las distintas naciones del continente, han conservado su vigencia hasta nuestros días, ni la conservaron en realidad durante más de un siglo, si exceptuamos las situaciones que se consolidaron, no tanto por el efecto jurídico de los tratados, como porque los propios acontecimientos se encargaron de consolidarlas, como fue el caso de la cesión por Francia a Gran Bretaña de los territorios del Hudson, Nueva Escocia y Terranova, irreversible desde que dichos territorios fueron poblados por colonos ingleses y pasaron a integrarse en el dominio del Canadá. El mundo de Utrecht, y “la paz de Utrecht”, es decir el esquema de equilibrios tan meticulosamente calculado después de la guerra de sucesión española, comenzó, en efecto, a resquebrajarse cuando la invasión de Silesia por Prusia abrió un nuevo ámbito de conflictividad; y desapareció para siempre con la sacudida que toda Europa experimentó con las campañas napoleónicas, de lo que dieron fe los tratados de Chaumont y de París, el Congreso de Viena y la misma creación de la Santa Alianza, mientras Rusia y Prusia acrecentaban un protagonismo que hacía depender cada vez más fundamentalmente el destino de Europa del desenlace de las tensiones que se suscitaban en su centro.

Así, en 1815, ninguno de los tratados que habían configurado “la paz de Utrecht” seguía respondiendo a las nuevas circunstancias, porque éstas habían cambiado radicalmente: El bloque francoespañol, que tantos recelos había suscitado, no pudo resistir, lógicamente, a la instauración de la República en Francia ni a nuestra guerra de la Independencia; ni a Francia, en realidad, le interesaba

ya renovar la alianza con una España cuyo imperio desapareció en 1825, y cuyo peso en el mundo no valía el compromiso de Francia. La misma tensión entre Francia y Gran Bretaña, que había sido determinante de aquel sistema, quedaba reducida a diferencias coloniales, ya sin la dimensión que habían tenido las del siglo XVIII en el continente americano. Y nuevas tensiones en el centro de Europa y en los Balcanes exigían nuevos entendimientos para enteramente nuevas circunstancias. Así, todas las cautelas adoptadas entre 1713 y 1715 para equilibrar la potencia de las tres naciones que habían protagonizado la guerra de Sucesión española, esto es, Gran Bretaña, Francia y Austria, y en las que era fundamental considerar de qué manera el peso del imperio español podía decidir o apoyar el hegemonismo de Francia, quedaron obsoletas, tanto por haber desaparecido las circunstancias a que dichas cautelas respondían, como por su absoluta inadecuación para regular las nuevas circunstancias en un mundo caracterizado por nuevos problemas, que se suscitaban principalmente en un nuevo ámbito, que protagonizaban naciones que no habían intervenido en la guerra de Sucesión española, como Rusia y Prusia, y en el que el dato principal en torno al que había girado “la paz de Utrecht”, es decir, el imperio español, había dejado, primero, de jugar un papel interesante, desde la ruptura de la alianza francoespañola, y desaparecido después con la revolución de las colonias hispanoamericanas. Por eso, aquellas consecuencias directas de los tratados de Utrecht que, un siglo más tarde de su firma, no habían sido sencillamente barridas de la escena por el curso de los acontecimientos, como ocurrió con la cesión de Menorca a Gran Bretaña, o la de Nápoles a Austria, o que los mismos acontecimientos no habían hecho irreversibles con independencia de la fuerza jurídica de los tratados, como la cesión de Terranova, Nueva Escocia y los territorios del Hudson a Gran Bretaña, fueron derogadas precisamente por no responder ya a las nuevas circunstancias. Así, en el Tratado de Fontainebleau de 1875, Holanda se avino, a requerimiento de Austria, a retirar sus guarniciones de las fortificaciones que todavía ocupaba en la frontera belga en virtud de lo acordado en el tratado de Utrecht de 1715 entre Holanda y Austria. Y todavía en el tratado anglofrancés de 1904, que puso fin a todas sus diferencias coloniales, se derogó el

derecho que el tratado de Utrecht de 1713 entre ambas potencias había reconocido a los pescadores franceses para seguir faenando en las aguas y en las playas de Terranova; siendo significativas las palabras del ministro británico de colonias, Chamberlain, citado por Vamvoukos, acusando a Francia de equivocarse **“al invocar la santidad de las provisiones de un viejo tratado de doscientos años y caído en desuso”**, así como las de otro protagonista del episodio, igualmente citado por Vamvoukos, para quien **“había llegado el momento de decirle claramente a Francia que (Gran Bretaña) no podía tolerar en territorio británico (Terranova) una anarquía destinada a preservar la sombra de un derecho garantizado en 1713 en circunstancias enteramente diferentes”** ⁽¹⁵⁾. La extinción de estas provisiones de los tratados suscritos en Utrecht en 1715 y 1713 respectivamente entre Austria y Holanda, y entre Francia y Gran Bretaña, que ya en la fecha de su terminación eran reliquias de un sistema de equilibrios fenecido, resalta el carácter anacrónico de la ocupación de Gibraltar por parte del Reino Unido, que fue pieza fundamental en su día para el funcionamiento del sistema de equilibrio diseñado en aquella ciudad holandesa, pero que a estas alturas de la historia encuentra menos justificación que la que podía conservar, ya en 1785, la ocupación por Holanda de una cadena de plazas fuertes en el sur de Bélgica como seguridad contra una hipotética reedición del expansionismo francés, hipótesis no tan disparatada si se piensa que pocos años después Napoleón había de llevar sus estandartes por toda Europa.

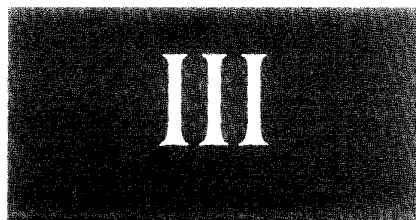
Convenida específicamente para compensar la consolidación de un bloque hispanofrancés en un mundo caracterizado por un conflicto global de intereses entre Gran Bretaña, por un lado, y España, pero sobre todo Francia, por otro, la cesión de Gibraltar dejó de servir al propósito específico para el que fue convenida, desde que las preocupaciones que habían servido de base esencial a los tratados de Utrecht desaparecieron en la gran crisis europea de finales del siglo XVIII y principio del XIX. Y, aun admitiendo que el Reino Unido ha seguido retirando de Gibraltar servicios similares a

(15) Vamvoukos, A., op. cit. pág. 268.

los previstos en Utrecht, aunque en contextos históricos sumamente diferentes, es claro que, superadas las grandes guerras del siglo XX, cancelada la guerra fría, y partícipes tanto España como el Reino Unido y Francia de decisivas organizaciones supranacionales, no queda en la actualidad ni un residuo de potencial conflictividad que afecte a los intereses británicos y que puedan identificarse, ni siquiera por analogía, con las preocupaciones que decidieron a Gran Bretaña a dictar y aceptar los términos de aquel tratado, y que pudieran servir a estas alturas de justificación a la perpetuación de su vigencia. La cesión de Gibraltar ha sobrevivido, pues, en demasía, no sólo al objetivo y al propósito del tratado en que fue convenida, sino a todas las previsiones que los diversos tratados de Utrecht y sus complementarios de Madrid y Rastadt introdujeron en la configuración de Europa contrariando el destino histórico natural de cada territorio y de sus respectivos nacionales. De Utrecht, en efecto, sólo ha permanecido, con la sola excepción de Gibraltar, aquello que suponía una restitución de las cosas a su condición histórica natural, como la devolución por Luis XIV de varias plazas a los Estados Generales, o la devolución de Lille a Francia; o la cesión por Francia y por España de Saboya y Sicilia al Duque de Saboya, en definitiva, un príncipe italiano. Pero, obviamente, ni Nápoles, ni Milán, ni Cerdeña siguen perteneciendo a Austria, ni los Países Bajos, tampoco; ni Holanda sigue manteniendo guarniciones en la frontera belgofrancesa; ni el Reino Unido conserva el navío de permiso ni el derecho de asiento, lo que sería además absurdo después de la desaparición del imperio español; ni Menorca, por supuesto, sigue en manos británicas. Es decir, todas las previsiones que “la paz de Utrecht” estableció, en aras del equilibrio, violentando los que hoy reconocemos como principios del Derecho Internacional, y concretamente la libre determinación de los pueblos, en su doble aspecto de derecho de los pueblos a la independencia y respeto a la integridad territorial de los Estados, han desaparecido, salvo en aquellos casos en que la propia evolución histórica se ha encargado de consolidar una nueva realidad, ya con total independencia de la fuerza jurídica de un tratado, como es el caso de la incorporación de los territorios franceses en América del Norte al Dominio del Canadá. Sólo la cesión de Gibraltar continúa vigente en contra de su

destino histórico natural y obvio, rompiendo la integridad territorial de España, sin más justificación que la que pueda seguirle proporcionando un tratado, injustificado e ininteligible en sí mismo si se lo extrae del contexto en que sus términos fueron concebidos y firmados, es decir, del contexto de todos los demás tratados que pusieron fin a la guerra de Sucesión española, cuya obsolescencia y anacronismo han dado lugar a su derogación o a su desuso en todos los casos contemplados. Tal obsolescencia, producida por el cambio radical que han experimentado las circunstancias que sirvieron de base esencial a todos los demás tratados que conformaron "la paz de Utrecht", es, por supuesto, predicable por las mismas razones del tratado angloespañol de 1713, y permite invocar la cláusula *rebus sic stantibus*, de acuerdo con una de las posibilidades que para ello autoriza el Derecho Consuetudinario, es decir, la obsolescencia o inadecuación de un tratado como consecuencia de un cambio radical en las circunstancias que constituyeron su base esencial.

LOS CAMBIOS OPERADOS EN EL CONTEXTO DEL TRATADO



CAPITULO VIII

ADEMAS DE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE CONSTITUYERON LA BASE ESENCIAL DEL TRATADO, HAN CAMBIADO TAMBIEN LAS QUE CONSTITUYERON SU *CONTEXTO* PREVISIBLEMENTE PERDURABLE.

En la suscripción de un tratado como el de Utrecht entre España y Gran Bretaña, que, como todos los demás suscritos en aquella ciudad holandesa, contribuía a poner fin a una contienda que durante tres lustros había devastado el continente europeo, consumido innumerables recursos, y exigido un alto precio en vidas humanas, concurrieron dos tipos de circunstancias, en las que la guerra era necesariamente la principal consideración: Unas, que constituían la base esencial del tratado, que consistían en los objetivos que en coordinación con los demás tratados se trataba de conseguir, y a los que nos hemos referido en los capítulos anteriores; y otras, que configuraban el contexto en que cabía razonablemente prever que el tratado se cumpliría y surtiría sus efectos, y que consistían en la naturaleza y capacidad ofensiva y defensiva del armamento entonces existente, y de los medios, fundamentalmente navales, que se utilizaban para lo que hoy llamaríamos proyección de fuerza. El primer tipo de circunstancias dependía absolutamente de los motivos y de las intenciones de las partes: “La paz de Utrecht” se configuró en los términos que resultan de los diversos tratados suscritos al final de la guerra de Sucesión española, porque las naciones que marcaron la pauta - Gran Bretaña y Francia - y las que se encontraron con la pauta ya marcada - todas las demás, empezando por Austria e incluyendo, por supuesto, a España - quisieron o aceptaron que el sistema de equilibrio que garantizase en un futu-

ro previsible la estabilidad de Europa fuera exactamente el diseñado.

Las circunstancias del segundo tipo, es decir, la naturaleza del armamento entonces existente y de los medios con que se contaba para transportarlo, no dependían por supuesto de los motivos e intenciones de las partes, sino de las capacidades tecnológicas de una época en que, por no haberse iniciado la revolución industrial, los progresos técnicos se producían lentamente, y no eran en ningún caso espectaculares. Pero precisamente porque estas circunstancias constituían una realidad, eran igualmente actuantes; es decir, eran igualmente decisivas a la hora de inducir la voluntad de los Estados en orden a suscribir o no suscribir determinados tratados, ya que el concepto mismo de equilibrio, fundamental en Utrecht, dependía de la combinación del territorio con la fuerza, y con la capacidad para proyectarla; por lo que, no sólo resultaba decisiva la extensión y la naturaleza específica de los territorios que se transferían o se conservaban, sino también la fuerza que, con los medios de la época, se podía ejercer desde ellos o sobre ellos. Por eso, como todos los demás tratados que implicaban lo que hoy llamaríamos arreglos de seguridad, el tratado entre España y Gran Bretaña, en lo que afectaba a la cesión de Gibraltar y Menorca, se suscribió ciertamente en consideración a un determinado sistema de equilibrio (la base esencial del tratado), pero también dando por sobreentendido que ese sistema de equilibrio, en consideración al cual se suscribía el tratado, había de desarrollarse en un contexto en que las consecuencias estratégicas estarían posibilitadas, pero también limitadas, por la naturaleza del armamento existente y de los medios existentes para proyectarlo (contexto del tratado). Naturalmente, el grado en que este tipo de circunstancias “contextuales” constituyó un dato sobreentendido por las partes al suscribir los distintos tratados de Utrecht y sus complementarios de Madrid y Rastadt, fue completamente diferente según el objeto de cada tratado o de la índole de cada una de sus cláusulas particulares. En unos casos, como en la cesión de los territorios franceses de El Canadá, o la concesión del navío de permiso o del derecho de asiento, la naturaleza y el alcance de los medios militares y navales constituía un contex-

to en cualquier caso inoperante, pues los intereses implicados en tales acuerdos no eran estratégicos, sino económicos, ya que los territorios e intereses en juego no se consideraban por su valor estratégico, sino por su dimensión económica. En otros, como la cesión de Nápoles a Austria, o la disposición de una barrera de territorios tampón alrededor de Francia, las características del armamento existente en el arsenal de la época tampoco constituyeron un contexto que se asumiese por las partes como un dato de mayor relevancia, pues los aspectos territoriales y demográficos eran tan importantes, dada la extensión o ubicación de los territorios considerados, que las circunstancias del armamento resultaban poco interesantes: Lo importante era que Austria contase con el territorio (y la población) de Nápoles para ejercer una influencia en el Mediterráneo: Lo de menos, los medios concretos con que esa influencia había de ejercerse.

En el caso de Gibraltar, como en el de Menorca, por el contrario, la naturaleza del armamento existente y la de los medios navales de la época hubo de ser asumida de una manera necesariamente consciente por ambas partes como un contexto decisivo. Lo importante, en efecto, no era la magnitud superficial de Gibraltar o de Menorca, sino su ubicación, su inexpugnabilidad, la actividad militar y especialmente naval que desde ambas podía ejercerse, y la capacidad estratégica que dicha actividad podía generar. La considerable superficie del Reino de Nápoles potenciaba la capacidad ofensiva y defensiva del ejército y de la armada austríacos en el Mediterráneo. El desarrollo concreto a que las armas de fuego y la técnica naval habían llegado en el siglo XVIII potenciaba la rentabilidad estratégica de Gibraltar y de Menorca mucho más allá de lo que correspondería estrictamente a la superficie respectiva de tan pequeñas posesiones, especialmente en el caso de Gibraltar, pero, al mismo tiempo, limitaba el daño que la pérdida de unas posiciones tan estratégicamente ubicadas representaba para la seguridad española. Para Gran Bretaña, la adquisición de Gibraltar y Menorca era importante por todo lo que los medios militares y, especialmente, los navales, de la época le permitían realizar desde sus nuevas posesiones. Para España, la pérdida de Gibraltar y Menorca era asumible

porque los mismos medios existentes limitaban el daño, que dicha pérdida suponía, a una dimensión aceptable. Por eso, al exigirse por Gran Bretaña y aceptarse por España la cesión de Gibraltar y de Menorca, las capacidades ofensivas y defensivas de los medios técnicos de la época hubieron de constituir un elemento conscientemente sobreentendido, pues, si Gran Bretaña consideraba satisfecha con Gibraltar y Menorca su necesidad de contrapesar la preeminencia de Francia, España y Austria en el Mediterráneo, era porque, con los medios de la época, ambas posesiones resultaban relativamente inexpugnables, y porque desde ambas podía aspirar razonablemente a mantener una presencia estratégica importante en el Mediterráneo. Y si España, a su vez, se avino a ceder dichas posesiones, fue también porque con los medios de la época era imposible que Gran Bretaña causara desde ellas perjuicios más graves a los intereses españoles que el resultante de que dicha potencia contase con dos bases desde las que ejercer una presencia en el Mediterráneo que, en cualquier caso, estaba dispuesta a ejercer aunque no contase con dichas bases. Buena prueba de que la cesión concreta de Gibraltar era un riesgo calculado, y calculado precisamente en atención a los medios militares y navales de la época, son las cláusulas que prohíben el acceso a Gibraltar de buques de guerra "moriscos", para evitar que los mismos pudiesen obstruir el tráfico entre la península y Ceuta, o que pudiesen "infestar" con incursiones de "moros" las costas españolas. Así, la posibilidad de que la cesión de Gibraltar implicara algún peligro para España, especialmente con motivo de un conflicto armado que no tuviese lugar precisamente entre España y Gran Bretaña, quedaba completamente excluida.

En el capítulo III hemos comprobado que el Derecho Consuetudinario admite la invocación del cambio de circunstancias para terminar un tratado, no sólo cuando el cambio se haya producido en las que constituyeron su base esencial, sino también, alternativamente, en las que constituían simplemente el contexto en que se negoció el tratado, y que fuesen, de acuerdo con las pautas normales del razonamiento, previsiblemente duraderas; y esto, tanto si dichas circunstancias fueron consideradas de una manera conscien-

te, como si las partes no les prestaron especial atención, precisamente porque su existencia en el momento de establecer el tratado y la probabilidad de su perdurabilidad eran tan evidentes que dichas circunstancias constituían el orden de cosas en que, en el planteamiento que pudieran hacerse razonablemente las partes, se había de desarrollar el tratado. También hemos visto que el Derecho Consuetudinario admite la invocación de la cláusula *rebus sic stantibus*, tanto si el cambio operado ha tenido la virtualidad de convertir en más gravosa la condición de una de las partes, como si su efecto ha sido el de convertir el tratado en un instrumento obsoleto. Como dice Vamvoukos, **“cambios en circunstancias que las partes no tomaron en consideración y que no constituyeron originalmente una base del tratado caen también en el ámbito de la doctrina siempre que se produzcan en relación a un estado de cosas o a una situación de hecho que existiera al tiempo de la conclusión del tratado (y que) puede consistir en la desaparición de una situación existente; en la no producción de un suceso esperado; y en la producción de un suceso no esperado”**. El mismo autor explica que **“pueden haber circunstancias, condiciones y situaciones que no estuviesen presentes en el pensamiento de las partes cuando suscribieron el tratado, a las que no concedieron ninguna importancia o para las que no establecieron ninguna previsión en el tratado, precisamente porque las dieron por supuestas (*for granted*), o porque consideraron evidentemente que tales circunstancias continuarían existiendo sin experimentar ningún cambio.... La subsiguiente desaparición o transformación radical de esas circunstancias pone en marcha la regla *rebus sic stantibus* si, como resultado directo de tales eventos, el tratado pierde su razón de ser; o si el objeto y propósito del tratado quedan destruidos o frustrados; si el fundamento de la transacción se ha alterado radicalmente o ha desaparecido; o si el tratado ha sobrepasado (*outlived*) su propósito y utilidad”**(13).

Evidentemente, las circunstancias que no constituyeron la base esencial de un tratado, sino simplemente su contexto, pueden dividirse en dos clases: aquéllas que fueron de alguna manera consideradas por las partes; y aquéllas que simplemente constituyeron la situación de hecho existente en el momento de suscribirse el tra-

tado , y que, precisamente por ser, como dice Vamvoukos, **“self evident”**, no se tomaron en consideración por las partes; en cuyo caso, como dice Verdross, **“ cuando se producen circunstancias en las que no pensaron las partes al firmar el tratado , ... lo que se pregunta (es decir, lo que hay que preguntarse) es si las partes se hubieran obligado tambien para el caso de producirse estas circunstancias si hubieran previsto dicha alteración en el momento de firmar el tratado”** ⁽¹⁶⁾. Así , un cambio radical que se produzca en cualquiera de esas circunstancias puede poner en marcha la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus; siendo obvio que, si la cláusula puede entrar en acción cuando las circunstancias que constituyeron el contexto en que cabía esperar que se desarrollase el tratado no fueron en absoluto consideradas por las partes al suscribirlo, por ser evidentes, con mayor razón entrará dicha cláusula en aplicación cuando el cambio se haya producido en circunstancias que, aunque no constituyeron la base esencial del tratado, sí fueron, por su propia naturaleza, tomadas conscientemente en consideración por las partes. Y, de la misma manera, resulta tambien evidente que, si la cláusula puede entrar en acción cuando como consecuencia del cambio el tratado pierda su razón de ser, sobrepase su objetivo y su propósito, desaparezca su fundamento, o devenga inadecuado a la nueva situación, u obsoleto, con mayor razón ha de entrar la cláusula en acción cuando, como consecuencia del cambio, se agrave la condición a que una de las partes hubiese quedado sometida a consecuencia del tratado. Como dice el mismo Vamvoukos, **“la base del tratado debe considerarse desaparecida cuando el cambio convierta el cumplimiento de la obligación en algo enteramente diferente de lo originalmente convenido en el tratado,.... o si el evento imprevisto destruye el equilibrio original de las prestaciones recíprocas de una manera excesiva, ... o si el cumplimiento de la obligación impone a una de las partes una carga intolerable o un sacrificio no razonable que no estaba previsto en el tratado, y que, por consiguiente, no había sido considerado por la parte”** ⁽¹⁷⁾.

(16) Verdross, op.cit. pág. 166.

(17) Vamvoukos, A , op. cit. pág. 194.

Así, pues, como ya explicábamos en el capítulo II, la cláusula *rebus sic stantibus* puede entrar lícitamente en acción, no sólo cuando el cambio se produce en las circunstancias que constituyeron la base esencial del tratado, sino también cuando se produce en las que constituyeron su contexto previsiblemente perdurable, especialmente cuando dicho contexto fue conscientemente considerado. Y puede igualmente entrar en acción, tanto si el resultado del cambio operado es un agravamiento de la condición en que una de las partes quedó a consecuencia del tratado, como si es la obsolescencia o inadecuación del tratado a las nuevas circunstancias. En los capítulos precedentes hemos visto que los cambios producidos en las circunstancias que constituían la base esencial del tratado de Utrecht entre España y Gran Bretaña, aunque en su día agravaron la condición en que España quedaba a consecuencia de la cesión de Gibraltar, hoy se limitan a convertir el tratado angloespañol de 1713 en un instrumento obsoleto. En los próximos capítulos vamos a ver cómo los cambios producidos en las circunstancias que constituían el contexto previsible en que se había de desarrollar el tratado, aunque no constituían su base esencial, han determinado un agravamiento de la posición de España, es decir de la posición en que España quedaba como consecuencia del tratado y concretamente como consecuencia de la cesión de Gibraltar, lo que justifica igualmente la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. No se da ciertamente la única combinación que admite la Convención de Viena para poder aplicar la cláusula, entre *las circunstancias que sean objeto del cambio y los resultados que el cambio produzca*, es decir, la combinación de circunstancias que constituyeran la base esencial del tratado y el resultado de que se agrave la condición de alguna de las partes; pero sí se dan, no sólo una, sino dos de las combinaciones que admite el Derecho Consuetudinario para poder aplicar la cláusula, a saber, un cambio en las circunstancias que constituyeron la base esencial del tratado y que convierte al tratado en un instrumento obsoleto; y un cambio en las circunstancias que constituyeron el contexto previsiblemente perdurable, y que agrava la condición en que una de las partes quedó como consecuencia del tratado. La primera combinación ha sido estudiada en los capítulos precedentes. La segunda será estudiada en los que siguen.

CAPITULO IX

LAS NUEVAS TECNICAS MILITARES CONSTITUYEN UN CAMBIO RADICAL EN LAS CIRCUNSTANCIAS EN CUYO CONTEXTO SE OTORGO Y ERA PREVISIBLE QUE SE DESARROLLARA EL TRATADO.

Durante muchos años (siglos XVIII y XIX) , la tecnología naval y militar realizó progresos importantes, pero en cualquier caso discretos, proporcionales a los avances que en todos los campos experimentaban las ciencias; destacando, en la medida en que su aparición revolucionó las concepciones estratégicas preexistentes, la introducción de los acorazados, la propulsión a vapor y, finalmente, aunque ya en el siglo XX, la aviación. Parece indiscutible que los nuevos recursos puestos a disposición de la marina de guerra potenciaron la rentabilidad que Gran Bretaña podía extraer de su presencia en Gibraltar hasta un nivel impensado e impensable al suscribirse el tratado de Utrecht con España. Como es obvio, esta revalorización de la utilidad estratégica de Gibraltar no convertía al tratado de Utrecht en un instrumento obsoleto, sin perjuicio de que ya lo fuese por haber cambiado la situación internacional que había constituido la base esencial del tratado. Ni estos progresos técnicos agravaban especialmente la condición en que España había quedado a consecuencia del tratado, pues, con propulsión a vapor o sin ella, la mediatización que Gran Bretaña ejercía desde Gibraltar sobre el predomino natural que a España correspondía sobre la mitad norte del estrecho era la misma, ya que la reducción de España al papel de potencia secundaria, proceso iniciado en el siglo XVIII y consumado en el XIX, sin intereses en el Mediterráneo o el Atlántico que resultaran contradictorios con los británicos, hizo que

la potenciación que los nuevos inventos producidos al calor de la revolución industrial supusieron para la armada británica y, por consiguiente, para Gibraltar, no se hiciera a costa de los intereses de España, que quedaban salvaguardados con la conservación de su territorio metropolitano e islas adyacentes y de las últimas posesiones de ultramar, Cuba y Filipinas, que en nada interferían con los intereses británicos, así como con la conservación de un reducido margen de actuación en el norte de Africa. Por lo demás, con todos los inconvenientes de su retraso industrial, bien evidenciado en las guerras finiseculares de Cuba y Filipinas, España acabó por incorporar los adelantos tecnológicos de la época, con lo que, al menos en teoría, la situación, desde este punto de vista, podía considerarse equilibrada. Habría que esperar a la segunda guerra mundial para que la introducción de la aviación en la batalla por la anulación de Gibraltar ocasionara a España perjuicios absolutamente imprevistos e imprevisibles en Utrecht, pues parte de las bombas lanzadas desde el aire sobre Gibraltar cayeron en territorio español, lo que suponía un cambio de circunstancias que en teoría hubiera permitido invocar la cláusula *rebus sic stantibus* con razones incontrovertibles. Tratábase, sin embargo, de un cambio que hubiera sido ingenuo, por no decir pueril, invocar en plena guerra, y que, además, desapareció, aun antes de que ésta terminase, al producirse el repliegue de las fuerzas alemanas e italianas que operaban en este sector del Mediterráneo; pero qué duda cabe de que este episodio ya demostraba que la exigüidad superficial de Gibraltar y su contigüidad con el territorio español hacían prácticamente imposible que no repercutieran directamente en España las consecuencias de un ataque realizado con armas como la aviación, impensables al suscribir el tratado de Utrecht, y que esas consecuencias se sufrieran por España a pesar de que se produjeran con motivo de un conflicto en el que España ni siquiera fuera beligerante.

En 1945, la explosión de una bomba atómica sobre la ciudad de Hiroshima había de suponer, más que un simple cambio, la mayor revolución jamás operada en la concepción de la guerra y en el mismo significado de todos los conceptos estratégicos tradicionales. Como dice Roberto Gaja ⁽¹⁸⁾, "**acaso ningún descubrimiento tec-**

nológico ha tenido, en toda la historia de la humanidad, consecuencias políticas tan rápidas y tan definitivas como las del arma nuclear". Términos como frontera, alianzas, bases, pasaron a tener una virtualidad y un significado diferente. Como explica el mismo autor ⁽¹⁹⁾, **"si en la sociedad internacional anterior a 1945 el objetivo de la política exterior era la conquista,...la característica del arma atómica ya no es la conquista, sino la destrucción"**. Este énfasis en la destrucción hizo que, en un primer momento de la era atómica, el objetivo inmediato de la política exterior ya no fuese la configuración de alianzas que conjugasen, como se había procurado en el pasado, la profundidad estratégica y la potencia demográfica, sino la disponibilidad de bases de lanzamiento para los misiles portadores de las cabezas nucleares. A la larga, la vulnerabilidad de los misiles albergados en silos inclinaría a las grandes potencias a confiar al arma submarina una proporción cada vez más importante de sus arsenales atómicos, precisamente por su superior invulnerabilidad. Se comprende fácilmente que este trascendental desarrollo estratégico tenía que potenciar y, por consiguiente, revalorizar la función de Gibraltar, fundamentalmente porque su extraordinaria situación en el estrecho había de permitirle durante la guerra fría un control del paso de los submarinos soviéticos entre el Mediterráneo y el Atlántico, lo que resultaba fundamental para la seguridad de occidente. Como decía Robert Osgood, citado por Truver ⁽²⁰⁾, **"para los Estados Unidos (es decir, para la OTAN) hay tres estrechos importantes en el mundo: Lombok, Ombai Wetar y Gibraltar"**. Además, Gibraltar podía desarrollar otra función consistente en servir de base de reparaciones y avituallamiento a los buques de superficie y a los submarinos que la OTAN desplegara en el Mediterráneo.

Como expusimos en el Capítulo I, la confesión por parte británica de que Gibraltar constituía una pieza importante en el despliegue estratégico de la OTAN hubiera resultado impresentable ante el Comité de los Veinticuatro. De ahí que el Reino Unido haya

(18) Gaja, Roberto, *Introduzione alla politica estera dell'era nucleare*, Edit. Franco Angelli. Milán, 1986, pág. 20.

(19) Gaja, Roberto, op. cit. pág. 22.

(20) Truver, Scott C., *The Strait of Gibraltar and the Mediterranean*, Sijthoff & Noordhoff, 1986, pág. 86.

invocado sistemáticamente los supuestos derechos de la población de Gibraltar a decidir el destino de la plaza, y haya también negado sistemáticamente su condición primordial de base militar, aun reconociendo su utilización por buques y submarinos sin o con armamento o propulsión nucleares. Basta, sin embargo, con comprobar con qué tenacidad el Reino Unido ha intentado bloquear la configuración de la nueva estructura de la OTAN, la integración de las fuerzas armadas españolas en el dispositivo operativo de la organización atlántica, y la creación y atribución a España de un mando subregional, que traería consigo la desaparición del mando de cuarto nivel que hasta en 1998 ha existido en Gibraltar, y cómo ha intentado supeditar la retirada del veto a dichos pasos fundamentales para la nueva estructura, decidida por todos los miembros de la Alianza, al levantamiento de las restricciones establecidas por España a los vuelos militares que tengan su origen o su destino en el Peñón, para convencer al más ingenuo de que los supuestos derechos de los gibraltareños no son en absoluto lo que realmente está en juego en este asunto, sino la supervivencia de una base militar británica en el estrecho de Gibraltar.

Tratándose de una base aeronaval, no de una base de lanzamiento de misiles, la distinción entre base nuclear y base utilizada por buques y submarinos con propulsión o armamento nucleares es una distinción irrelevante a los efectos que aquí nos ocupan, pues para la potencia que sufre las consecuencias del tratado que aquí estamos examinando, es decir, España, lo importante es que en cualquier momento en que el Estado Mayor británico lo considere oportuno, Gibraltar puede recibir la visita de cualquiera de los numerosos buques de su armada con capacidad nuclear, entre los que se cuentan varios portaaviones y varios submarinos, o de algunos de los más de doscientos aviones con capacidad nuclear con que cuenta la Royal Navy. Gibraltar se citaba por Handler y Arkin, ambos consultores de *Greenpeace* ⁽²¹⁾, junto con Kindley Nas (Bermudas), Keflavik (Islandia), Omán y Australia, como base de despliegue periódico de los aviones antisubmarinos Nimrod con capacidad

(21) Handler y Arkin, *Accidentes Navales*, Greenpeace, 1988.

nuclear, y como astillero y base temporal de descanso de los buques británicos asignados a las fuerzas de la OTAN en el Mediterráneo, algunos de los cuales poseen igualmente capacidad nuclear; y, en otro trabajo de la misma *Greenpeace*, Arkin y Fieldhouse ⁽²²⁾, mencionan a Gibraltar como base de una o dos fragatas o destructores armados con helicópteros Lynx o Wasp preparados para la lucha nuclear antisubmarina. También Sánchez Gijón citaba las palabras del almirante Crowe, para quien Gibraltar contaba, hace una década, con la única “facilidad” de reparación de submarinos nucleares en el Mediterráneo Occidental ⁽²³⁾.

No se nos oculta que, en el año 2001, con la guerra fría felizmente superada, y con algunas de las naciones del antiguo Pacto de Varsovia ya integradas en la OTAN, y con otras esperando para hacerlo, el peligro mayor de que en Gibraltar pueda producirse una catástrofe nuclear, con devastadoras consecuencias también para un sector considerable de la provincia de Cádiz, ya no es el de un ataque por sorpresa sobre la plaza, sino el que se produzca un accidente en el armamento o en los sistemas de propulsión nucleares de los buques o submarinos surtos en el puerto, o de los aviones que aterricen o despeguen en el aeródromo, fenómeno al que todas las aviaciones y todas las armadas del mundo están permanentemente expuestas tanto por su propia naturaleza como por la naturaleza del medio en que se mueven. Como dicen los antes citados Handler y Arkin, “ **los accidentes navales ocurren en un medio especial. Los océanos pueden ser violentos y desasosegados. La naturaleza de las operaciones navales , maniobrando en espacios reducidos en un medio sin límites, la presencia de explosivos y otros materiales combustibles, el hecho de que los barcos son sitios peligrosos, llenos de maquinaria en movimiento y equipo eléctrico, aumentan las posibilidades de accidentes, sea por fuerza mayor, sea por error humano** ” . Según los mismos autores, entre 1945 y 1988, las principales armadas experimentaron no menos de 1,276 accidentes, sin contar con los que, principalmente ocurridos en la armada soviéti-

(22) Arkin y Fieldhouse, *El campo de batalla nuclear*, Edit. Ariel.

(23) Sánchez Gijón, A. op. cit. pág. 19

ca, no eran conocidos en la fecha en que dichos autores publicaron su trabajo. En los mismos años, siempre según dichos autores, se pudieron confirmar 212 accidentes en buques de propulsión nuclear, de los que 49 eran submarinos provistos, además, de misiles de crucero con cabezas nucleares, 13 eran portaaviones, y, buques de superficie, también de propulsión nuclear. Como señalan los mismos autores , **“ después de investigar y documentar la información naval, la conclusión abrumadora es que los accidentes continuarán ocurriendo, y que ninguna proporción de requisitos de ingeniería o mecánica eliminará los fallos que acompañan a los mecanismos y operaciones complejas. En todas las historias, el elemento común es el error y la falibilidad humanas”**.

Como si se tratara de confirmar las peores aprensiones de los expertos, la tragedia del *Kursk* en el mar de Barents en Agosto del año 2000, que atrajo la atención mundial, ha vuelto a evidenciar la incapacidad de la técnica para evitar que los submarinos nucleares produzcan o hagan temer para el futuro los peores escenarios; y, por lo que respecta al propio Gibraltar, la recalada en sus aguas el 19 de mayo de ese mismo año del submarino británico *Tireless*, cuya reparación tardó un año en llevarse a cabo, confirma que el Reino Unido conserva en el Peñón otros intereses que nada tienen que ver con las aspiraciones “de libertad” del pueblo de Gibraltar. Que esto es así se demuestra porque la propia población de Gibraltar se tuvo que manifestar públicamente el 15 de Agosto del mismo año 2000 para protestar ante las autoridades británicas contra la continuidad del *Tireless* en el puerto tres meses después de que entrara para ser reparado. No sería un disparate suponer que el episodio del *Kursk* añadiera un factor de urgencia a la primera manifestación en que los gibraltareños desapruaban la política de la metrópoli. La oportunidad ha sido, en cualquier caso, magnífica para ver qué es lo que en realidad se alberga detrás de la convicción con que el Reino Unido pone siempre sobre la mesa “los intereses” de la población de Gibraltar para justificar la “imposibilidad” de devolver la plaza a España.

Una evaluación del daño que podría causar un accidente que afectase a una sola cabeza nuclear que se encuentre a bordo de un

buque o submarino, o que afectase al reactor de su sistema de propulsión nuclear, fue realizada en 1990 por dos físicos españoles de la Universidad Complutense, suponiendo que el buque accidentado se encontrase fondeado a 3,500 metros de la playa de Benidorm, y que el reactor fuese del tipo standard utilizado por la marina de los Estados Unidos. Las conclusiones del estudio arrojaban un pronóstico de 50 a 2,400 víctimas mortales en Benidorm, y de otras 50 a 2,100 en la cercana Villajoyosa, como consecuencia de la radiación que se produciría sólo con motivo del incendio de una cabeza nuclear; y de 5 a 1,300 víctimas en Benidorm, y de 20 a 790 víctimas en Villajoyosa, en caso de que el accidente tuviera lugar en el reactor de la nave; advirtiendo los autores del informe que el número de víctimas podría aumentar en función de la dirección del viento, y que, por supuesto, las cifras son proporcionales a la población de las dos ciudades, 185,000 habitantes en Benidorm, y 23,000 personas en Villajoyosa. Parece una curiosa coincidencia que la población del Campo de Gibraltar sea similar a la de Benidorm, y que la de Villajoyosa sea similar a la población, no de derecho, pero sí de hecho, de la plaza de Gibraltar.

Invocar el peligro de accidente nuclear que supone el uso rutinario de la base de Gibraltar por parte de la armada británica, o del que supondría en otras circunstancias un acto de guerra deliberado, podría parecer contradictorio con la *aquiescencia española* a que tanto nuestro territorio como nuestro espacio aéreo y marítimo hayan sido utilizados durante la segunda mitad de este siglo, incluso en los momentos más delicados de la guerra fría, por la aviación estratégica de los Estados Unidos, y a que tanto los puertos del sur de la Península como los del Mediterráneo hayan servido como puertos de recalada o, en el caso de Rota, como base permanente de las fuerzas estratégicas norteamericanas, cuya capacidad nuclear está sobradamente confirmada. Según información de "El País" del 25 de junio de 2001, entre marzo de 2000 y abril de 2001 habían hecho escala en la base naval de Rota cinco buques estadounidense y un submarino francés, todos de propulsión nuclear. Sería injusto, sin embargo, suponer que la utilización del espacio español por las fuerzas norteamericanas, y el peligro nuclear que ello ha atraído sobre grandes

zonas del territorio español, fue algo asumido con entera libertad por los gobiernos españoles que suscribieron los sucesivos tratados llamados "de amistad" con los Estados Unidos. La verdad es que la disponibilidad de nuestro espacio por las fuerzas aeronavales norteamericanas fue en todo momento el precio que el anterior régimen español tuvo que pagar a cambio de una mínima aceptación internacional que sólo podía venir, especialmente en 1953 y en 1975/76, de la mano de los Estados Unidos, y que permitió romper, en ambos momentos, una situación de ostracismo deliberado, política y económicamente insostenible por España. Como injusto sería no reconocer una voluntad constante y decidida por parte de España de desnuclearizar al máximo la naturaleza de la presencia norteamericana, o desconocer el énfasis que la no nuclearización de nuestro territorio recibió en los primeros años de la década de los ochenta con ocasión del proceso de incorporación de España a la OTAN, como expresamente acreditan los términos del referendun convocado al efecto. Así, ya en el tratado de 1976, firmado por España bajo una formidable presión internacional, no sólo de Estados Unidos, sino de todos los países occidentales, se estableció el compromiso de retirar de la base de Rota los submarinos Polaris provistos de misiles nucleares, y se acordó que Estados Unidos no almacenase en territorio español dispositivos nucleares ni sus componentes, lo que constituyó un extraordinario precedente, máxime partiendo de un país mediatizado, que nunca se había aceptado por Estados Unidos en tratados similares. Tal compromiso se reiteró en el tratado de 1982, en el que dicho almacenamiento o instalación se subordina al consentimiento del Gobierno español. Esto no excluye la presencia en puertos españoles de buques y submarinos con propulsión y armamento nucleares, pero demuestra que en las relaciones hispano norteamericanas se ha iniciado un proceso, que España tampoco ha estado en condiciones de culminar abruptamente, pues habría supuesto una ruptura demasiado brusca del statu quo, pero cuyo lógico final es la total desnuclearización militar del territorio español y de sus correspondientes espacios aéreo y marítimos.

Pero, mientras las facilidades, de uno u otro tipo, con que todavía cuentan las fuerzas norteamericanas en España están, en

última instancia, sometidas a las limitaciones impuestas por la soberanía española, no existe ninguna limitación a cualquier uso que los planificadores militares británicos quieran hacer en la base de Gibraltar. Esta libertad, que puede ser ejercida de forma ciertamente absoluta, unida a la importante capacidad nuclear de las fuerzas armadas británicas, permite considerar que, al menos potencialmente, Gibraltar supone un factor de nuclearización militar situado en pleno territorio geográfico español, sobre el que el Gobierno español no tiene ningún control y ninguna capacidad de influencia. Y esta situación, de por sí incómoda en tiempos de paz, se haría especialmente grave si el Gobierno británico, como consecuencia de alguno de los conflictos a que pueden dar lugar sus compromisos o su condición de importante potencia, considera conveniente hacer *un uso indiscriminado de la base aeronaval de Gibraltar*, como ocurrió durante la guerra de las Malvinas, en cuyo curso Gibraltar fue durante un breve período base de aprovisionamiento de la expedición británica rumbo al Atlántico Sur. Qué duda cabe de que si, en aquella coyuntura, se hubiese producido un accidente nuclear mientras la flota británica se encontraba en el puerto, o si los argentinos hubiesen estado en disposición de realizar un “raid” sobre la flota británica surta en Gibraltar, la guerra de las Malvinas habría dejado de ser, por lo que a España se refiere, aquella guerra “distinta y distante”, como la calificara el presidente Calvo Sotelo.

Si contrastamos esta situación de riesgo potencial con la que existía en relación con la capacidad destructiva y de proyección de fuerza en la época en que se suscribió el tratado de Utrecht entre España y Gran Bretaña, y con la que podía razonablemente preverse en aquel momento, la contradicción es, más que evidente, abrumadora. Ni la imaginación más exaltada podía sospechar a principios del siglo XVIII la aparición de un arma con el poder destructivo de la bomba atómica o de ingenios tan delicados y por consiguiente tan peligrosos como los reactores nucleares que impulsan buques y submarinos; por lo que, tratándose como se trata de un cambio absolutamente radical y no sólo imprevisto, sino imprevisible al negociarse y suscribirse el tratado, si nos preguntáramos ahora, como prescribe Verdross qué ha de hacerse en estos casos, “**si las**

partes se hubieran obligado también para el caso de producirse estas circunstancias si hubiesen previsto dicha alteración en el momento de firmar el tratado”, tendríamos que contestar que, para que un gobierno español hubiera aceptado en Utrecht una cesión que implicase, siquiera teóricamente, el riesgo de que el territorio español resultase afectado por una catástrofe nuclear, tendría que haber sufrido una presión muy superior a la que de hecho experimentó al término de la guerra de Sucesión española; o habría, en el caso más extremo, admitido la cesión con la condición firmemente garantizada de que bajo ningún concepto se instalasen o almacenasen en la plaza, o se transportasen en los buques que accedieran a su puerto, ingenios con tamaño poder destructivo, que, precisamente por tenerlo, son susceptibles de propiciar un ataque preventivo por parte de una tercera potencia, riesgo que, por cierto, fue expresamente reconocido por eminentes analistas occidentales en los años de la guerra fría. Ciertamente, si los plenipotenciarios españoles tuvieron tan especial cuidado en limitar las consecuencias de la cesión de Gibraltar, de manera que no se acogieran en su puerto navíos de naciones africanas que pudieran estorbar las comunicaciones con Ceuta, o “infestar” (sic) las costas españolas con incursiones de “moros”, qué cautelas no habrían introducido para evitar que Gibraltar pudiera convertirse en un factor de riesgo nuclear, todo lo improbable que se quiera. El mismo concepto de equilibrio, prevalente en todo el sistema de Utrecht, que indudablemente justificó la cesión de Gibraltar y Menorca, habría privado de toda justificación a esta cesión si en lugar de existir el nivel de tecnología militar que existía, hubieran existido las armas nucleares, los submarinos, aviones y misiles balísticos que existen actualmente. Pues bastaría, en efecto, con que, en una situación de crisis internacional, el Reino Unido llevase a cabo en Gibraltar, u otra potencia enemiga en la proximidad de Gibraltar, un despliegue ostensible de buques con armamento nuclear, para ejercer una presión prácticamente insoportable sobre España, incompatible con el concepto mismo de equilibrio que constituía el objetivo de aquel tratado, pues cualquier gobierno español tendría que contemplar con auténtico terror la simple posibilidad de un enfrentamiento en las proximidades de Gibraltar entre el Reino Unido y otra potencia, que pudiera

“escalarse” hasta el nivel nuclear. La respuesta a la pregunta de Verdross es, por consiguiente, que España nunca habría cedido Gibraltar si en la época de Utrecht hubiesen existido armas atómicas y la capacidad de proyección de fuerza que existen en la actualidad, ni siquiera aunque se hubiese contado con la garantía de que en ningún caso serían introducidos en Gibraltar armas o medios de propulsión nucleares, pues ello no garantizaría que Gibraltar no fuese atacado, o simplemente amenazado con armas nucleares en un conflicto o en una crisis en que España no fuera beligerante ni partícipe. De hecho, la cesión de Gibraltar se llevó a cabo en un contexto estratégico en el que Gran Bretaña no podía tener en el Mediterráneo occidental otros enemigos de suficiente entidad que la propia España y Francia, fundamentalmente aliada de España, lo que de por sí excluía cualquier ataque sobre Gibraltar que pudiera repercutir sobre el territorio español, más allá de los límites de la plaza.

Si existen numerosos precedentes de la invocación por los Estados de la cláusula *rebus sic stantibus* como justificación para terminar un tratado cuando cambian las circunstancias internacionales de carácter diplomático, político o económico, resulta, por el contrario, difícil encontrar precedentes de invocación de la cláusula como causa de extinción de un tratado por un cambio consistente en un desarrollo de la tecnología militar o de los medios de proyección de fuerza. La explicación es que, hasta el advenimiento de la era atómica y la diferenciación de los Estados en nucleares y no nucleares, y aun entre Estados con capacidades nucleares diferentes, cualquier desarrollo tecnológico alcanzaba casi simultáneamente a todas las potencias, y ningún desarrollo tecnológico era, por sí solo, capaz de influir en términos decisivos en las situaciones preestablecidas; de suerte que tenían que concurrir condiciones muy especiales para que un avance tecnológico pudiera ser aprovechado por unas potencias en términos decisivos en detrimento de otras. Es exactamente lo que ocurrió cuando Rusia invocó la cláusula *rebus sic stantibus* para extinguir el régimen de neutralidad del Mar Negro en 1870, sobre la base, entre otros argumentos, de que la introducción de acorazados, **“desconocidos e imprevistos al suscribirse el tratado, aumentaba el peligro para Rusia en caso de guerra, aumen-**

tando considerablemente la ya patente desigualdad de las respectivas fuerzas navales". En opinión de Sico ⁽²⁴⁾, este dato no constituía, quizás, "*un fatto idoneo a determinare l'estinzione del regime di neutralità*". Sin embargo de esta opinión, es evidente que la posibilidad que tenían tanto Turquía, como las demás potencias, de concentrar sus fuerzas navales al otro lado de los Dardanelos, y la imposibilidad para Rusia de traer hasta el Mar Negro su flota del Báltico, determinaban que el acorazamiento de los buques aumentara el desequilibrio en contra de Rusia, pues la mayor invulnerabilidad que suponía la coraza de los buques hacía menos decisiva la intervención de las baterías costeras, que, en otro caso, habrían compensado la previsible inferioridad numérica de la flota rusa en el Mar Negro. Fuera de este precedente ciertamente famoso, habría que llegar hasta la era atómica para encontrar otro ejemplo de extinción de un tratado por un cambio en las circunstancias consistente en un desarrollo de la tecnología militar. La razón es que, a diferencia de lo que ha constituido la regla con las armas convencionales, desarrolladas similarmente por todos los Estados civilizados, las armas atómicas han resultado susceptibles de desarrollos tan diferentes que pueden, por sí solas, determinar una superioridad decisiva de unos países sobre otros: En 1966, Francia se retiró de la OTAN argumentando que "la paridad estratégica" alcanzada por la Unión Soviética había convertido en insuficiente la garantía que hasta entonces había supuesto la capacidad nuclear de los Estados Unidos, por lo que Francia prefería confiar en sus propias fuerzas disuasorias que en una incierta respuesta norteamericana.

Como se aprecia, tanto la denuncia por Rusia del Tratado de París que neutralizaba el Mar Negro, como la retirada de Francia de la Organización del Atlántico Norte, se basaban en sendos cambios operados en la naturaleza del armamento que había constituido el contexto en que había sido de esperar que se desarrollaran los respectivos tratados, es decir, un mundo sin acorazados en el primer caso, y un mundo con superioridad nuclear de los Estados Unidos,

(24) Sico, Luigi, *Gli effetti del mutamento delle circostanze sui trattati internazionali*, Padua, 1983, Pág. 15.

en el segundo. En el primer caso, el cambio experimentado por las circunstancias - la aparición de los acorazados - hacía más gravosa la situación en que una de las partes había quedado a consecuencia del tratado. En el segundo, el cambio - la adquisición por la Unión Soviética de la paridad estratégica con Estados Unidos - convertía el correspondiente tratado, en opinión de Francia, en un instrumento obsoleto. En ambos, un cambio consistente en un desarrollo de la tecnología militar, imprevisto al suscribirse el tratado, fue, en definitiva, suficiente para lograr el efecto deseado, es decir, para terminar el correspondiente tratado al amparo de la cláusula *rebus sic stantibus*, o, por lo menos, para terminarlo al cabo de una negociación en la que el argumento alegado por la potencia que quería extinguir el tratado era el cambio operado en las circunstancias como consecuencia del desarrollo experimentado por la tecnología militar.

CAPITULO X

LA INTRODUCCION DE UN RIESGO NUCLEAR ES UN MOTIVO PARADIGMATICO DE INVOCACION DE LA CLAUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* POR CAMBIO EN LAS CIRCUNSTANCIAS QUE CONSTITUYERON EL *CONTEXTO* DEL TRATADO Y POR EL CONSIGUIENTE AGRAVAMIENTO DE LA SITUACION DE UNA DE LAS PARTES.

En el capítulo anterior hemos advertido de la dificultad de encontrar precedentes de invocación de la cláusula *rebus sic stantibus* con motivo de un desarrollo inesperado de la tecnología militar, exponiendo como razón de tal dificultad el hecho de que, hasta el advenimiento de la así llamada era atómica, el desarrollo de la técnica militar estaba en mayor o menor medida al alcance de todos los Estados, lo que no ocurre en absoluto con la técnica nuclear, distinguiéndose nitidamente entre países nucleares y no nucleares. Tampoco debe sorprendernos que la introducción o la ampliación de un riesgo atómico en la economía de los tratados no se haya utilizado más frecuentemente que en algún caso aislado, notoriamente el de Francia en 1966, como fundamento para la invocación explícita o implícita de la cláusula *rebus sic stantibus*; y ello, porque en la mayoría de los casos, los países quedan expuestos a riesgos atómicos como consecuencia de los esquemas estratégicos de las grandes potencias, precisamente en virtud de tratados que ya involucran directa o indirectamente riesgos de esta clase, como es el caso de todos los que han permitido a los Estados nucleares de la OTAN, especialmente a Estados Unidos, y a la Unión Soviética entre

los del Pacto de Varsovia, desplegar sus dispositivos nucleares, fijos o móviles, por zonas muy dispares del mundo, lo que excluye el factor de imprevisión o imprevisibilidad necesario para que un cambio de circunstancias pueda ser invocado como argumento para terminar un tratado.

Por eso, la invocación de un riesgo nuclear como argumento para terminar un tratado por cambio de circunstancias sólo puede llevarse a cabo con propiedad cuando el aumento de ese riesgo concreto sea de tal intensidad que destruya el equilibrio existente cuando se suscribió un tratado que ya implicaba cierto nivel de compromiso y de riesgo nuclear, como fue el caso de Francia en 1966, al menos desde la interpretación francesa; o cuando, como consecuencia de un tratado que en principio no implicaba absolutamente ningún riesgo nuclear, quede una de las partes sometida contra su voluntad a esta clase de riesgo, que es precisamente lo que le ocurre a España como consecuencia de la presencia británica en Gibraltar. Es, naturalmente, la inexistencia en plena era atómica de situaciones tan anacrónicas como la de Gibraltar lo que explica la escasez de precedentes de este tipo.

Pero esta explicable ausencia de precedentes no desvirtúa la fuerza del argumento, pues basta comprobar con qué energía han reaccionado los juristas, los parlamentos y la opinión pública, incluso de países que forman parte de una organización como la del Atlántico Norte, que implica por definición un cierto riesgo de guerra nuclear, cuando han tenido que soportar en su propio suelo el despliegue de misiles con cabeza nuclear y, por lo mismo, susceptibles de provocar, en caso de crisis, un ataque preventivo del adversario, para tener que admitir que difícilmente puede concebirse en la "opinio iuris" internacional un ejemplo de cambio de circunstancias que con mayor razón justifique la invocación de la cláusula *rebus sic stantibus*, que la introducción de un riesgo atómico en las consecuencias de un tratado, cuando dicho riesgo no fue previsto ni era siquiera previsible en el momento de suscribirlo.

Esto quedó claramente demostrado cuando el Consejo de la OTAN adoptó el 12 de Diciembre de 1979 la decisión de desplegar

en Europa Occidental 108 misiles "Pershing" y 464 misiles "de crucero". A pesar de que ésta era una medida racionalmente adecuada y hasta imprescindible para contrarrestar la amenaza que suponía el despliegue anterior por el Pacto de Varsovia de sus propias armas "de teatro" - los famosos, y temidos, SS-20 -, se produjeron vivísimas reacciones en los países occidentales designados como huéspedes de los flamantes "euromisiles", ante la evidencia de que si algún día había de tener lugar un ataque preventivo por parte del Pacto de Varsovia, éste habría de concretarse precisamente sobre sus cabezas; discutiéndose, incluso, en aquella ocasión, en los países "agraciados", la validez jurídica del Tratado del Atlántico Norte para autorizar la ejecución del despliegue sin contar con una autorización expresa de los parlamentos de los países afectados, por entender que el sistema de "llave única", que permitía que la activación de los "euromisiles" se decidiera en solitario por los Estados Unidos, podía arrastrar a los aludidos países a una guerra nuclear con el Pacto de Varsovia, incluso en contra de la voluntad de sus gobiernos respectivos ⁽²⁵⁾. Ciertamente, en ningún momento de aquella tensa discusión se invocó la cláusula *rebus sic stantibus*, lo que es lógico, pues los juristas que participaron en la protesta prefirieron demostrar que el Tratado del Atlántico Norte no autorizaba a los gobiernos europeos a ejecutar la decisión del Consejo Atlántico sin una autorización expresa de los respectivos parlamentos, antes que atacar, vía cláusula *rebus sic stantibus*, la vigencia del propio Tratado del Atlántico Norte, que ni siquiera los grupos que protestaban del despliegue tenían interés en cancelar, conscientes de la seguridad que el tratado en definitiva reportaba a todos los Estados miembros ¡especialmente a los europeos!

Mas lo que importa de este episodio no es el encontrar un precedente de invocación del cambio de circunstancias para terminar un tratado, sino tomar debida cuenta de cómo incluso para países que habían suscrito un tratado defensivo con potencias atómicas, alguno de los cuales, como es el caso del Reino Unido, eran ya ellos

(25) Willens, J.C.M., *Aspects juridiques des armes nucléaires aux Pays-Bas*, en "*Les conséquences juridiques de l'installation éventuelle de missiles Cruise et Pershing en Europe*", Fdit Bruylant, Bruselas, 1984.

mismos potencias atómicas, e inmersos todos en una perpetua tensión con otra gran potencia atómica como era la Unión Soviética, la concreción y el consiguiente aumento de riesgo que suponía el despliegue, en localidades determinadas, de las nuevas armas atómicas asignadas por la OTAN al “teatro” europeo se consideró por un sector nada despreciable de los países destinatarios del despliegue como un factor de extrema inseguridad, que violaba su soberanía, y que ponía en peligro su misma supervivencia. Obvio es que si, en vez de producirse en el marco de un tratado defensivo, suscrito con entera libertad y hasta con entusiasmo por todos sus miembros, como es el caso del Tratado del Atlántico Norte, el despliegue de los “euromisiles” se hubiera producido como consecuencia de un tratado que, al menos para los países destinatarios a albergarlos, ya no respondiese a las nuevas circunstancias, el agravamiento de las consecuencias que supondría el despliegue para tales países habría sin duda motivado la invocación de la cláusula rebus sic stantibus para terminar el tratado, siendo interesante dejar constancia de que uno de los países en que surgió la protesta más enérgica y articulada contra el despliegue de los “euromisiles” fue precisamente el Reino Unido, y concretamente Inglaterra ⁽²⁶⁾.

Qué duda cabe de que la posición de España como consecuencia de la presencia británica en Gibraltar, y de la amplísima libertad de que el Reino Unido ha dispuesto, es decir, dispone, para utilizar aquella base aeronaval en función de sus necesidades estratégicas, incluidas las de índole nuclear, ha sido en cierto modo peor que la de los países europeos en que se desplegaron los “euromisiles”, pues, aunque el Pacto de Varsovia sabía a ciencia cierta que había 108 misiles Pershing y 464 “de crucero” desplegados entre Alemania, el Reino Unido y el Benelux, la misma incertidumbre sobre qué tipo de armas podían encontrarse en la base de Gibraltar o a bordo de aviones o buques surtos en su base, y sobre quién, cómo y cuándo se podía adoptar la decisión de activarlas, constituía un factor de inseguridad para el Pacto de Varsovia superior al que

(26) Myrdal, Alva y otros, *Protest and survive*, Penguin Books, 1980.

constituían los “euromisiles” instalados en Europa occidental, lo que podía hacer más razonable, en caso de crisis, un ataque preventivo del Pacto de Varsovia sobre Gibraltar que sobre Greenham Commons . Al fin y al cabo, todos los “euromisiles” , disparados al mismo tiempo, podían devastar ciertamente Hungría, Polonia, Alemania Oriental y Checoslovaquia, pero una salva de SLBM disparada desde aguas próximas a Gibraltar podía alcanzar los silos de los misiles intercontinentales en el corazón de la Unión Soviética. Por eso los “euromisiles” eran armas “tácticas”, o “de teatro”, adecuadas a un primer nivel de la escalada nuclear en aplicación de la doctrina de la “respuesta flexible”, mientras que los SLBM se clasificaban como armas “estratégicas”, destinadas a la última - y definitiva - fase de un intercambio nuclear , previsiblemente masivo . Y lo que es más - desde otro punto de vista -, en los países destinatarios de los “euromisiles”, la protesta se alzó contra la aquiescencia de sus propios gobiernos a cumplimentar el acuerdo del Consejo Atlántico, mientras que en el caso de Gibraltar, el Gobierno español no tiene absolutamente la menor posibilidad, no ya de tomar ninguna decisión, sino simplemente de influenciar una decisión británica en un asunto que de tal manera afecta a la seguridad española, hasta el punto de que no es en absoluto exagerado afirmar que la seguridad de España, en materia de riesgo nuclear, depende enteramente de la voluntad del Gobierno británico, sólo limitada por conceptos de Derecho Internacional de interpretación tan laxa y aplicación tan utópica como el respeto a las relaciones de vecindad y la interdicción del abuso del Derecho. Cómo apuntaba Remiro en 1982, cabe plantearse, lo que significa que hay que plantearse, **“qué sentido tiene declarar a España Estado no nuclear, cuando los silos franceses están a trescientos kilómetros de la frontera, y los británicos cuentan con toda probabilidad con armas nucleares en el Peñón de Gibraltar”**; sugiriendo el mismo autor que **“la reivindicación de soberanía sobre la base tal vez encuentre en este punto su más profunda razón de ser en el tiempo en que vivimos..... Una adhesión incondicional (de España) al TNP (Tratado de no proliferación de armas nucleares) sería, en el mejor de los juicios, superflua. Esta adhesión podría, en cambio, ser mantenida como baza negociadora en lo mucho o poco que valga en relación con proyectos, aun**

inmaduros, como la creación de una zona desnuclearizada en la Península Ibérica o, por lo menos, la garantía de que Gibraltar será una base no atómica aun en manos británicas” ⁽²⁷⁾.

Los tratados de Reikiavik y Washington, primero, y, después, el propio desmoronamiento de la Unión Soviética y del Pacto de Varsovia, y los subsiguientes acuerdos alcanzados entre Rusia y Occidente para el desmantelamiento de armas nucleares han reducido a un mal sueño, del que ya nadie quiere acordarse, las preocupaciones nucleares que la sociedad europea tan vivamente experimentó durante los cuarenta años de la guerra fría, y especialmente en algunos momentos críticos, como cuando el Pacto de Varsovia insistió en desplegar sus misiles en Cuba, o como cuando, hace unos veinte años, los “euromisiles” se desplegaron en Europa. Parece razonable considerar que, una vez desactivada la guerra fría, la utilización de Gibraltar por el Reino Unido como base de una estrategia nuclear carece mayormente de sentido. La posibilidad, sin embargo, como evidenció hasta la saciedad el episodio del *Tireless*, sigue siendo la misma que en el pasado de que Gibraltar sea utilizado como base de buques o de aviones que transporten armamento nuclear, sin que el Gobierno español tenga la menor posibilidad de impedirlo o controlarlo. Así, en la crisis de los primeros meses de 1998 entre Estados Unidos e Irak, la gran potencia americana necesitó el consentimiento del Gobierno español para utilizar sus facilidades en España como base para sus bombarderos. Es claro que el Reino Unido no necesitó el consentimiento del Gobierno español para hacer en dicha ocasión el uso que consideró necesario de la base de Gibraltar para el servicio de las fuerzas aeronavales comprometidas para la ocasión por el Gobierno británico, lo que confirma la supeditación de la seguridad de España a las decisiones que el Gobierno británico adopte en función de sus necesidades estratégicas. Y es claro que si, con motivo de alguna crisis en el Norte de Africa, en el Oriente Medio, en el Cáucaso, o en los Balkanes, en la que el Reino Unido intervenga sustancialmente, como interviene en

(27) Remiro Brotons, A., *Las Naciones Unidas y el desarme nuclear*, Univ. Autónoma de Madrid, 1985, pág. 87.

todos los grandes conflictos en función de su *status de potencia* de primer o casi primer rango, mientras que España no lo haga, o lo haga marginalmente como en la “Guerra del Golfo” o en Yugoslavia, una represalia desesperada sobre Gibraltar tendría consecuencias tan dramáticas para el propio Gibraltar como para su “hinterland” en la provincia de Cádiz.

Esta simple posibilidad de que una cesión, establecida a principios del siglo XVIII, de una superficie ínfima, y sin virtualidad para ejercer, con la tecnología naval y militar de la época, influencia alguna sobre el resto del territorio español, con el que, incluso, toda comunicación terrestre quedaba cortada, pueda utilizarse, tres siglos más tarde, por una importante potencia nuclear, como base de fuerzas aeronavales de propulsión y armamento nucleares, y como centro de observación de la guerra antisubmarina, sin ningún control por parte de España, y pueda, por la misma razón, ser susceptible de un ataque enemigo, o de un acto terrorista, que den lugar a un episodio con consecuencias nucleares, supone indudablemente, en cuanto dicha posibilidad introduce el riesgo de unas consecuencias absolutamente insoportables, más que un cambio radical en las circunstancias que constituían el contexto del tratado de Utrecht, una total distorsión de lo que ambas partes asumieron como lógicas consecuencias del tratado, hasta el punto de que puede afirmarse, sin exageración, que jamás un tratado ha servido para una finalidad tan distinta a la prevista, ni ha atraído sobre una de las partes un riesgo tan imprevisible y de tan graves consecuencias como el tratado de Utrecht entre España y Gran Bretaña. Se trata, en efecto, de un ejemplo paradigmático de cómo un cambio en las circunstancias que constituyeron el contexto previsiblemente perdurable, en que era de esperar que se desarrollara el tratado, supone un agravamiento en la posición en que una de las partes quedó como consecuencia del mismo, lo que constituye una de las situaciones que, con arreglo al Derecho Consuetudinario, permiten la invocación de la cláusula *rebus sic stantibus* para terminarlo.

EL PROBLEMA DE LOS TRATADOS TERRITORIALES

IV

CAPITULO XI

LA CLAUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* PUEDE SER APLICABLE A LOS TRATADOS DE CESION TERRITORIAL, TANTO EN EL MARCO DE LA CONVENCIÓN DE VIENA COMO EN EL DEL DERECHO CONSUECUDINARIO.

El principal escollo que el artículo 62 de la Convención de Viena establece para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* es la prohibición de aplicar la cláusula a los tratados que hayan establecido una frontera. Como hemos visto en los capítulos anteriores, el tratado de Utrecht entre España y Gran Bretaña, por ser anterior a la Convención de Viena y no tener ésta efectos retroactivos, debe someterse a las reglas del Derecho Consuetudinario; y, precisamente por eso, la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* para terminar este tratado no tiene por qué someterse al estricto cauce del artículo 62 de la Convención.

Pero, incluso en la hipótesis de que la Convención fuese aplicable a un tratado tan antiguo, y que la aplicación de la cláusula tuviese que pasar por el filtro de su artículo 62, la prohibición de aplicar la cláusula a tratados que hayan establecido una frontera no debería surtir efecto en este caso, pues ni el tratado de Utrecht entre España y Gran Bretaña estableció propiamente una frontera en Gibraltar; ni es clara la identificación de la expresión “establecer una frontera”, que utiliza el artículo 62 de la Convención, con cualquier cesión territorial; ni era Gibraltar, en el momento de su cesión, ni lo es ahora, un territorio propiamente dicho, sino una plaza fuerte o, como diríamos ahora, una base militar, es decir, un activo que

por su naturaleza específica requiere, como veremos después, un tratamiento distinto, incluso en el marco de la Convención de Viena, al que corresponde genéricamente a los tratados que transfieren la propiedad, o la soberanía, de territorios propiamente dichos, de auténticos territorios.

En efecto, por lo que se refiere al establecimiento de una frontera, cuando se lee el artículo X del tratado, salta a la vista que en él no se establece ninguna. Ciertamente que la descripción de lo cedido - **“la ciudad y el castillo de Gibraltar, juntamente con su puerto, defensas y fortalezas que le pertenecen”** - parece hacer innecesaria la descripción de una frontera; pero la realidad es que la total ausencia de tal descripción habría de originar una considerable discusión en los siglos siguientes, como se aprecia en el intercambio de notas cursadas con tal motivo por las autoridades españolas y británicas. Así, el Ministro británico de Asuntos Exteriores, Mr. Canning, citado por Truver ⁽²⁸⁾, escribía el 30 de Noviembre de 1826, es decir, a más de un siglo de Utrecht, en su carta al embajador español en Londres, que **“en la ausencia de toda mención por el tratado de Utrecht de cualquier frontera (any boundary) real o imaginaria,...se hace necesario en primer lugar buscar una frontera natural en la forma de la costa”**. Y, todavía en su nota del 16 de Noviembre de 1851 a su embajador en Madrid, el ministro británico de Asuntos Exteriores, a la sazón Lord Palmerston, también citado por Truver, afirmaba que la exclusión de toda jurisdicción territorial británica constituía, contra lo que entendía el Marqués de Miraflores en otra nota anterior, **“una prueba presuntiva de que, al tiempo en que el tratado de Utrecht fue concluido, se admitía que el Puerto de Gibraltar se extendía hasta Punta Mala”**, curiosa interpretación que, aparte de convertir la negación de toda jurisdicción en una extensión de jurisdicción más allá de lo estrictamente cedido, sólo era posible, como cualquier otra interpretación que se hiciese sobre esta cuestión, por la ausencia de toda delimitación realizada por el tratado entre la plaza cedida y su hinterland reservado a España. La conclusión es que si se interpreta literalmente el

(28) Truver Scott C., op. cit. pág. 248.

artículo 62 de la Convención de Viena como un mecanismo que garantiza la no revisión de los tratados que hayan establecido una frontera, es decir, de los tratados “de delimitación”, tal limitación no podría aplicarse a este tratado en ningún caso, es decir, aunque le fuera aplicable la Convención en vez del Derecho Consuetudinario, pues el objetivo del tratado no fue de ninguna manera establecer una delimitación fronteriza.

Por otra parte, y como ya hemos adelantado, la expresión “establecer una frontera”, que utiliza el artículo 62 de la Convención, no puede ser sin más equiparado a cualquier tratado de cesión territorial, tanto si delimita una frontera, como si no. En efecto, los trabajos preparatorios de la Comisión de Derecho Internacional testimonian una prolongada discusión sobre el texto de dicha prohibición, que fue evolucionando desde el proyecto originario del “relator” Waldock, deseoso de que la prohibición abarcara no sólo a los tratados que **fijasen** una frontera, sino también a aquéllos que implicasen una cesión territorial, hasta el texto final, que sólo prohíbe expresamente aplicar la cláusula a los tratados que **establezcan** una frontera. Cierto que la expresión “establecer una frontera” fue introducida por el mismo Waldock en sustitución de la expresión “fijar una frontera”, por considerar que aquélla, que es la que al final prevaleció, abarcaba no sólo los casos de delimitación, sino también los de cesión de territorios (Acta de la sesión de 18 de Enero de 1966); pero cierto también que, después de que el propio Waldock propusiera en el 5º Informe un texto que prohibía expresamente la aplicación de la cláusula a los tratados por los que se hubiese “fijado una frontera, **o efectuado un traspaso de territorio**”, en el texto del proyecto de artículos revisados, de 13 y 14 de Julio de 1966, se volvió a redactar el entonces artículo 44, que después sería el 62 de la Convención, prohibiendo la aplicación de la cláusula a los tratados que “establezcan” una frontera, sin mencionar para nada los tratados de cesión territorial. Es decir, se escogió la expresión “establecer una frontera”, propuesta anteriormente por Waldock como más amplia que la de “fijar una frontera”; pero se suprimió la mención expresa a los “traspasos de territorio” que el propio Waldock había propuesto, sin duda por considerar insufi-

ciente la expresión “establecer una frontera”, en el 5º Informe. Para Sico ⁽²⁹⁾, la interpretación del resultado final de este proceso en el seno de la C.D.I. es que, de las normas que en los proyectos preparatorios limitaban el ámbito de la cláusula rebus sic stantibus, ha quedado en el texto aprobado por la Conferencia solamente una disposición que veda su aplicación en los casos de los tratados “de delimitación”. Como dice el profesor italiano, **“ de las dos limitaciones que el primitivo artículo 22 del proyecto Waldock establecía , es decir la prohibición de aplicar la cláusula a los tratados de cesión y a los tratados de delimitación, sólo quedó esta última exclusión a partir del proyecto aprobado en la sesión de 1963”** , lo que significa que, en opinión de este autor, la Convención prohíbe aplicar la cláusula a los tratados “de delimitación”, pero no a los de cesión territorial: **“Del inequívoco testimonio de los trabajos preparatorios - continúa Sico - se debe deducir que los autores de la Convención quisieron consagrar la intangibilidad de las fronteras ante los cambios de circunstancias que sobrevinieran después de la estipulación del tratado que las hubiese fijado; y que, por consiguiente, consideraron los tratados de delimitación no tanto en su calidad de actos internacionales que producen derechos y obligaciones, como, sobre todo, en la calidad de documentos que comportan la descripción auténtica del trazado de una frontera.”**

En cualquier caso, es decir, cualquiera que sea la interpretación correcta de la expresión “establecer una frontera”, y del significado que consiguientemente alcance la limitación que con tal expresión establece el artículo 62 de la Convención de Viena, es claro que la introducción de dicha limitación en el artículo 62 constituyó una innovación de la Comisión de Derecho Internacional, que, desde luego, obedecía más a su preocupación, eminentemente política, por evitar en el futuro motivos de inestabilidad que se pudieran producir como consecuencia de revisiones de los tratados con implicaciones territoriales, que al propósito estrictamente técnico jurídico de tipificar y codificar el Derecho Consuetudinario de los

(29) Sico, Luigi, op. cit. págs. 307 y 308.

tratados. Este, en efecto, no sólo no prohibía, es decir, no prohíbe la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* a los tratados con implicaciones territoriales, sino que tales tratados han constituido tradicionalmente, como escribía Cavaré en 1950, ***“le domaine normal de la clause.”*** La explicación de esta diferencia es fácil: En el Derecho Consuetudinario no existía este ***“overemphasized goal for stability”*** que, como dice David, se había apoderado de los miembros de la Comisión de Derecho Internacional que prepararon la Convención de Viena, los cuales no comprendieron que, al suprimir la válvula de seguridad que supone la cláusula *rebus sic stantibus* para resolver situaciones injustas originadas por un tratado “territorial”, lejos de favorecerse la estabilidad de las relaciones internacionales, lo que se hace es alimentar las tensiones internacionales que toda situación injusta provoca a largo plazo si se bloquea la única posibilidad pacífica de resolver la controversia, que es precisamente la invocación de una norma de Derecho. Se comprende, desde luego, que la convicción de que una revisión cualquiera de las mutaciones territoriales operadas concretamente en Europa a raíz de la segunda guerra mundial podría desencadenar la tercera indujese a la Comisión de Derecho Internacional a cerrar toda posibilidad jurídica a tales revisiones, prohibiendo la invocación del argumento que mejor podía haber justificado previsiblemente cualquier reivindicación de este tipo, como es precisamente la cláusula *rebus sic stantibus*. La prohibición plasmada en el artículo 62 de la Convención de Viena es, pues, una creación de la Comisión de Derecho Internacional, no una norma que viniese siendo admitida por el Derecho Consuetudinario. Nada se opone, pues, sea cual sea el significado de la expresión “establecer una frontera” y a pesar de tratarse de un tratado “de cesión”, a que la cláusula *rebus sic stantibus* se aplique a un tratado como el de Utrecht, anterior a la Convención, y gobernado consiguientemente por el Derecho Internacional Consuetudinario.

Ahora bien, aunque en el Derecho Consuetudinario no existe una prohibición de aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* a los tratados territoriales, lo que sí existe, igual que en la Convención de Viena, es la limitación de la aplicación de la cláusula a aquellos tra-

tados que continúan generando obligaciones, lo que excluye la aplicación de la cláusula a los tratados que ya hayan sido completamente ejecutados o consumados. Así Berber escribía en 1969, justo antes de promulgarse la Convención de Viena, que la aplicación de la cláusula exige **“que la continuación de las obligaciones dimanantes de un tratado sea algo tan difícil que exija esfuerzos superiores - überobligationsmäßige Anstrengungen” - a lo que en principio éstas supondrían**⁽³⁰⁾; lo que significa que la cláusula sólo se puede aplicar - también en el Derecho Consuetudinario - a tratados de los que sigan dimanando determinadas obligaciones. Evidentemente, si se equipara todo tratado de cesión territorial con un tratado ya consumado, y se entiende que de tales tratados ya no pueden seguir dimanando obligaciones una vez cumplida la de entregar el territorio cedido, es claro que el tratado de Utrecht sería inaccesible a una aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, no ya en el contexto de la Convención de Viena, sino en el del propio Derecho Consuetudinario.

Para un sector de la doctrina, en efecto, todos los tratados territoriales se equiparan a los tratados ya ejecutados. Así, Sico, para quien **“los tratados de delimitación pertenecen al *genus* de los tratados de ejecución instantánea, en cuanto su cumplimiento puede decirse por lo general completo cuando el Estado cedente retira su organización soberana del territorio cedido**”⁽³¹⁾. Pero, independientemente de que la reflexión de Sico se refiere concretamente a los tratados “de delimitación”, una identificación absoluta entre tratados territoriales y tratados completamente ejecutados no puede aceptarse sin serias limitaciones; e incluso una interpretación sistemática del artículo 62 de la Convención de Viena permite sostener que los propios redactores de la Convención entendieron que no todos los tratados con implicaciones territoriales podían identificarse sin más con los tratados de ejecución instantánea como pretende Sico, es decir, con los tratados ya ejecutados. En efecto, el propio artículo 62 de la Convención exige, como condiciones no alternati-

(30) Berber, Friedrich, op. cit.

(31) Sico, Luigi, op. y loc. cit.

vas, sino cumulativas, necesarias para poder aplicar la cláusula rebus sic stantibus, que el tratado en cuestión no establezca una frontera, y que, además, continúe generando obligaciones. Es claro que si los redactores de la Convención hubiesen considerado que todo tratado territorial pertenece por definición al “genus” de los tratados de ejecución instantánea, se habrían limitado a exigir, para permitir la aplicación de la cláusula, que del tratado continuasen dimanando obligaciones, en vez de exigir cumulativamente, es decir, además, que el tratado no “establezca” una frontera; pues, evidentemente, si todo tratado territorial, por el mero hecho de serlo, se hubiese de entender de ejecución instantánea, no habría hecho falta exigir, además, que del tratado continuasen dimanando obligaciones; lo que significa que, incluso para los redactores de la Convención, los términos tratado territorial y tratado ya completamente ejecutado no son en absoluto sinónimos ni equivalentes.

Por otra parte, como explica David, no cabe afirmar una distinción absoluta entre tratados completamente ejecutados y tratados todavía ejecutables; de donde se sigue que tampoco cabe una equiparación universal, es decir, en todos los casos, entre tratados territoriales y tratados completamente ejecutados. Para David, **“La distinción entre tratados de los que aun dimanen obligaciones y tratados ya ejecutados - aun admitiendo que todos los tratados territoriales han sido en cierto modo ejecutados por el acto inicial de delimitación o cesión - es una distinción de grado, no de naturaleza; pues incluso la transmisión de un territorio proyecta determinadas actuaciones en el futuro que implican un modelo de conducta para ambas partes respecto al territorio transferido. Como cualquier distinción de grado - continúa dicho autor - la distinción entre (tratados) ejecutados y ejecutables es difícil de practicar en determinados casos”** ⁽³²⁾. El mismo David señala que la existencia de “un área gris entre obligaciones (por una parte) y derechos territoriales (por otra) resulta avalada por la tendencia de las decisiones de terminar (un tratado) por cambio de condiciones. Así, por ejemplo - conti-

(32) David, Ari, E. op cit págs 208, 27 y 28.

núa David - **en el Harvard Research , o en el estudio de Hill sobre la doctrina rebus sic stantibus, la mayor parte de los casos consistían en reclamaciones relativas a la terminación de derechos territoriales de naturaleza mixta entre ejecutados y aun ejecutables**". Evidentemente, la conclusión trascendental de la constatación de la existencia de un "área gris" entre los tratados ejecutados y los todavía ejecutables es que no pueden identificarse sin más los tratados con implicaciones territoriales y los tratados ya ejecutados, pues puede haber tratados de delimitación o de cesión que impongan a las partes directamente o como simple consecuencia de la realidad de la cesión, **"un modelo de conducta - como dice David - respecto al territorio transferido"**; en cuyo caso, el tratado, a pesar de su carácter territorial, no podrá incluirse absolutamente en el "genus" de los tratados completamente ejecutados; lo que, a su vez, significa que, en la medida en que de ese tratado sigan dimanando obligaciones - que pueden ser del más diverso tipo, incluidas la de abstenerse respecto al territorio cedido, o a causa de la cesión, de ciertos actos que en otro caso hubieran sido normales -, quedará incluido ese tratado, si fue anterior a la Convención, y se rige por tanto por el Derecho Consuetudinario, en el ámbito de posible aplicación de la cláusula rebus sic stantibus, sin que las implicaciones territoriales sean inconveniente para ello.

Se entiende que la distinción entre tratados de los que aun dimanen obligaciones y tratados ya ejecutados no sea una distinción "de naturaleza", sino, como dice David, "de grado", si se considera que al Estado obligado por un tratado de delimitación o cesión territorial le incumbe una doble obligación: Primero, una obligación de tracto único, que, como tal, se consuma en un acto, y que es la de aceptar un cambio desfavorable de la frontera preexistente, o la de entregar un territorio; y, segundo, otra obligación, que es de tracto sucesivo, que consiste en sufrir las consecuencias de la nueva situación; y esto, no de la manera general en que los demás miembros de la comunidad internacional se ven obligados a reconocer la nueva situación creada por el tratado, que indudablemente produce efectos "erga omnes", sino de una manera especial, que es consecuencia directa de la relación, también especial, entre el territorio afec-

tado por la delimitación, cesión o constitución de un derecho localizado, y la misma población de ese territorio, con el Estado que ha perdido su soberanía o su supremacía, o que ha conferido un derecho localizado, sobre el territorio afectado por el tratado; relación que a veces continúa existiendo inevitablemente, por razones de contigüidad geográfica, o de comunidad cultural o lingüística, a pesar del primer acto de ejecución del tratado.

Cierto que estas consecuencias ulteriores son por lo general inexistentes si el territorio afectado por la delimitación o la cesión es un territorio sin el cual el Estado perjudicado territorialmente por el tratado puede desarrollar toda su actividad normal o habitual sin limitación alguna; y esto, tanto si el territorio afectado es un territorio remoto, como ocurrió con la venta de La Florida por España o de Alaska por Rusia, en ambos casos a favor de los Estados Unidos, o con la pérdida de Cuba y Filipinas por España, como si se trata de una parte del propio territorio metropolitano, sin la cual el Estado perjudicado por el tratado puede continuar ejerciendo su soberanía sin ninguna cortapisa, y sobre todo sin ningún detrimento de su independencia y de su seguridad, una vez reajustado su territorio, y su población, a los términos del tratado, como ocurrió cuando España perdió el Rosellón en el siglo XVII, o como ha ocurrido tantas veces con los reajustes territoriales que se han producido en la historia de Europa, como en Alsacia, Lorena, Schleswig Holstein, Silesia, Prusia, Karelia, etcétera.

Pero las consecuencias que continúan generando los tratados con implicaciones territoriales, mucho después de su primer acto de aplicación, son, por el contrario, evidentes cuando la remodelación de una frontera, la cesión de un territorio, o la concesión de un derecho localizado, afecta al Estado perjudicado de una manera cualitativamente diferente a lo que supone una disminución territorial o poblacional estricta, sea impidiendo o estorbando que la actividad de ese Estado se siga desarrollando, sin otras limitaciones que las que resulten de las normas generales del Derecho Internacional, en el área de influencia inmediata que la geografía y la historia han configurado como suya propia, no ya en zonas remotas del planeta a donde ese Estado se haya extendido en épocas pasadas, sino en su

propio espacio metropolitano; sea atrayendo sobre ese Estados riesgos que pongan en peligro su seguridad; pues, en tales casos, las consecuencias que el tratado ocasiona al Estado perjudicado no se agotan en una disminución territorial o poblacional estricta, sino que le impiden actuar en su propio espacio natural de influencia con la independencia y con la seguridad que son características fundamentales de todo Estado plenamente soberano. En este sentido, un tratado que suponga para un Estado una reducción territorial que no impida el ejercicio, sin limitaciones especiales, de su actividad normal en su área natural de influencia, es de la misma naturaleza, si atendemos a la forma en que ese tratado produce sus consecuencias, que un tratado que impusiera una obligación de pagar de una sola vez una indemnización a otro Estado, pues tanto la obligación resultante de dicho tratado territorial como la que resulta del otro tratado de naturaleza indemnizatoria se consuman en un único acto, de forma que una vez delimitada la frontera o cedido el territorio, o pagada la indemnización, el tratado ya no produce ulteriores consecuencias.

En cambio, la cesión de un territorio, la remodelación de una frontera, o la constitución de un derecho localizado, que por su especial relación con el resto del territorio metropolitano del Estado cedido, suponga una limitación permanente al desenvolvimiento, en su área natural de influencia, de la soberanía del Estado perjudicado, es de la misma naturaleza, si nos atenemos a la forma de generar sus consecuencias, que un tratado que establezca la obligación de pagar una indemnización periódica, pues continúa afectando de forma perpetua al Estado perjudicado, que sufre consiguientemente no sólo una disminución territorial, y consecuentemente demográfica, estricta, sino además una pérdida de aquella libertad de actuación en su área inmediata y natural de influencia, y de control soberano de ese área, que es lo que caracteriza la independencia, requisito fundamental de la misma existencia del Estado, la cual resulta, en tales condiciones, coartada en sus aspectos reales, aun permaneciendo intacta en su formulación teórica. Basta, para entender la diferencia entre los dos supuestos, considerar la nula trascendencia que para las relaciones entre Estados Unidos, por una parte, y Rusia

y España , por la otra, tuvieron las cesiones por estas últimas de los territorios de Alaska y La Florida, respectivamente, a favor de la gran nación americana; y comparar tal inocuidad con la cantidad de incidentes, prácticamente inevitables, a que ha dado lugar la ocupación de Gibraltar por una potencia extraña, y con la decisiva limitación que el predominio estratégico que a España correspondía naturalmente en la mitad norte del estrecho ha sufrido como consecuencia de la presencia de otra potencia geográfica e históricamente extraña a la zona, hasta el punto de que se puede afirmar que todas las relaciones entre España y Gran Bretaña, hoy el Reino Unido, han estado siempre de alguna manera influidas, cuando no principalmente determinadas, por la presencia británica en Gibraltar.

Lo que es peor, lejos de haberse aminorado esta conflictividad con el tiempo, la presencia británica en Gibraltar está afectando cada vez más, no sólo las relaciones entre las dos naciones, sino que, al producirse la incorporación de España a la Comunidad Económica, hoy Unión Europea, está repercutiendo en el funcionamiento de las políticas más importantes de ésta, hasta convertirse como la define Izquierdo Sans en su precisa monografía como “un obstáculo en el proceso normativo comunitario”. Así, como ha expuesto esta autora, el peculiar status comunitario de Gibraltar, que es parte de un Estado miembro, pero no Estado miembro él mismo, está afectando a la aplicación de la política comunitaria sobre transporte aéreo, al convenio sobre fronteras exteriores, al convenio sobre competencia judicial, y más recientemente, es decir después de publicada la monografía de dicha autora, al convenio sobre la corrupción; todo lo cual reaviva inevitablemente la conflictividad angloespañola, al suscitarse, como consecuencia de la pertenencia común a la Unión Europea. Esto sin contar con que el régimen excepcional de Gibraltar dentro de la Unión Europea en materia de imposición indirecta como consecuencia de su dependencia del comercio, está erosionando de forma no despreciable los intereses de la Hacienda española y - contra lo que preveía de forma harto optimista el ministro Morán cuando se abrió la verja - la economía del Campo de Gibraltar, sometida a un auténtico “dumping” desde el Peñón, como señaló el ministro Piqué en su comparecencia del

14 de Marzo de 2001 ante el Congreso de los Diputados. Con todo, la demostración más contundente de que el tratado de Utrecht sigue produciendo, al cabo de casi tres siglos, efectos que exceden notoriamente de lo que sería la simple cesión de un territorio, y modelos de conducta que no serían en absoluto precisos si nunca se hubiera suscrito el tratado, la ofrece el propio Gobierno de Gibraltar, en cuya página web se indican hasta 21 motivos de fricción con España.

Por eso, en el Derecho Consuetudinario, en el que nunca se pensó que la posibilidad de revisar los tratados con implicaciones territoriales pudiera suponer un riesgo de inestabilidad de las relaciones internacionales, sino más bien todo lo contrario, y en el que, consecuentemente, el criterio para excluir un tratado del campo de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* no ha sido nunca la naturaleza territorial del tratado, sino su condición de tratado ya absolutamente ejecutado, es decir, el hecho de ser un tratado que ya no produzca ninguna consecuencia entre las partes que lo firmaron, un tratado como el de Utrecht entre España y Gran Bretaña, que continúa afectando las relaciones entre las partes, implicando, como dice David, **“un modelo de conducta respecto al territorio transferido”**, puede ser revisado o terminado por cambio de circunstancias, sin que a ello sea obstáculo el que el tratado implique una delimitación fronteriza o una cesión territorial.

CAPITULO XII

LA DOCTRINA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LAS BASES MILITARES EXTRANJERAS CORROBORA LA APLICABILIDAD DE LA CLAUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* A LOS TRATADOS DE CESION TERRITORIAL.

Muy significativamente, las Naciones Unidas, cuyas resoluciones no son fuente de Derecho Internacional, pero se suponen aplicación de principios de Derecho Internacional establecidos en la Carta, han declarado la derogabilidad esencial de los tratados que establecen bases militares en el territorio de otro Estado por períodos indefinidos o tan largos que en la práctica equivalen a tratados perpetuos, por entender que tales tratados carecen de validez legal, y se basan, como manifestó la Asamblea General durante el debate sobre Bizerta, **“en una desigualdad de obligaciones, careciendo de fundamento en el Derecho Internacional, siendo incompatibles con las normas de éste, y, por consiguiente, nulos”**; lo que sin duda autoriza a la parte perjudicada a denunciarlos. Así, la Asamblea General, en su Resolución 1,672 S - III, citada por David, reconoció en el curso del referido debate, **“ el derecho soberano de Túnez a exigir la retirada de todas las fuerzas francesas presentes en su territorio sin su consentimiento”**, requiriendo a ambos Gobiernos para que negociasen la retirada pacífica de las fuerzas francesas ⁽³³⁾.

(33) David, Ari E., op.cit., pág. 308.

Esta derogabilidad de los tratados que establezcan por plazo indefinido o excesivamente largo bases militares en el territorio de otro Estado se justifica porque la extrema desigualdad de obligaciones recíprocas que comportan los convierte por definición en tratados desiguales, ya que uno de los Estados, aquél en cuyo territorio se establece la base militar extranjera, queda sometido a los riesgos que activa o pasivamente genere la existencia de la base, es decir, a los riesgos que genere tanto en el caso de que desde ella se lance un ataque como en el caso de que lo sufra, como también en el caso de que en la base se produzca un accidente nuclear, dado el carácter difícilmente controlable de estos accidentes; siendo, además, evidente que dicho Estado queda también sometido a las limitaciones que la existencia de la base militar extranjera suponga para su libertad de actuación en su propio ámbito natural de influencia, empujando por su propio territorio, espacio aéreo y mar adyacente.

Esta subordinación, como consecuencia de un tratado, de la seguridad e independencia de un Estado, a las decisiones que se adopten por otro, que es lo que caracteriza a la desigualdad contradictoria con el Derecho Internacional, requiere para su producción que concurren dos condiciones: Una, que el tratado establezca la base militar extranjera en el territorio metropolitano del Estado cedente; y otra, que el tratado establezca la base con carácter perpetuo o indefinido, o por plazo tan largo que equivalga en la práctica a un plazo indefinido o perpetuo. La desigualdad, en efecto, no existiría si la base se estableciese en una isla deshabitada, o en una colonia del Estado cedente, pero se hace patente cuando se establece en su territorio metropolitano, pues es éste el que resulta consubstancial para dicho Estado, y el que, al quedar afectado por las servidumbres y riesgos que resultan de la base extranjera, compromete la independencia y la seguridad de ese Estado. Y, de la misma manera, tampoco existirá la desigualdad si el tratado autoriza el establecimiento de una base militar extranjera por un período predeterminado y corto, o por un plazo sujeto al desarrollo de una coyuntura determinada; pues, en tales casos, que normalmente se dan en el marco de un tratado de alianza, no hay desigualdad entre las recíprocas prestaciones, las cuales se concretarán, por lo general, en

que el Estado más poderoso dispense su protección al más débil, a cambio de la disponibilidad de la base, que, de alguna manera, se orientará a un proyecto defensivo común; caso completamente distinto al de que un Estado tenga que sufrir perpetuamente en su territorio y contra su voluntad actual la limitación que a su seguridad y a su independencia suponen las servidumbres que continúe generando a través del tiempo la presencia de una base militar extranjera que no responde, además, a ningún designio común de los dos Estados, sino exclusivamente a los intereses estratégicos del Estado titular de la base.

Ahora bien, aunque la doctrina de las Naciones Unidas parece en principio formulada para los tratados que establecen bases militares a largo plazo como simples derechos localizados, es claro que las mismas limitaciones que dichos tratados producen sobre la seguridad e independencia del Estado en cuyo territorio se establece una base como derecho localizado se siguen produciendo igualmente, más allá del primer acto de transferencia o autorización de la instalación de la base, en los tratados que tengan por objeto la cesión de la propiedad, o de la soberanía, de una base militar; pues, aunque el territorio o ciudad en que ésta se asienta queda, por virtud de la cesión, fuera del territorio político del Estado cedente, continúa, por su misma inmediatez, dentro de su territorio geográfico, por lo que todos los riesgos inherentes a una base militar extranjera repercuten por igual sobre el Estado que ha cedido la propiedad o soberanía de la base que sobre aquél que sólo ha conferido un derecho localizado, siendo incluso peores las consecuencias para el Estado que ha cedido la propiedad o la soberanía de la base, pues, mientras el Estado que sólo confiere un derecho localizado suele, y desde luego puede, reservarse sobre ella determinados controles, como los que España se reserva sobre las bases norteamericanas, el Estado que haya cedido la propiedad o soberanía de la base no conserva ninguno, y queda enteramente a merced de las decisiones que adopte la otra potencia, como ha ocurrido en el caso de Gibraltar.

El corolario del anterior razonamiento es que si se considera contraria al Derecho Internacional la sumisión, por virtud de un tratado, de la independencia y seguridad de un Estado a los riesgos y

limitaciones de una base militar extranjera establecida en su territorio por plazo largo o indefinido, como un simple derecho localizado, también debe considerarse contradictoria con el Derecho Internacional la cesión, por medio de un tratado, de la propiedad o soberanía de una base militar en el territorio metropolitano de un Estado, pues la perpetuidad se da por definición en los tratados de cesión, y los riesgos son aun mayores por la ausencia total de control por parte del Estado cedente de la base sobre las actividades que en ella se desarrollen por la potencia que la utiliza. Y es que si, para el Derecho Internacional resulta contradictoria la sumisión, por virtud de un tratado, de la seguridad e independencia de un Estado a las decisiones unilaterales de otro, es obvio que esa contradicción debe caracterizar cualquier situación en que tal sumisión unilateral se produzca como consecuencia de un tratado, debiendo ser indiferente, a efectos de determinar su validez ante el Derecho Internacional, la índole del tratado que haya producido tal situación; pues, sea cual sea su índole, toda situación contradictoria con el Derecho Internacional, y la sumisión de un Estado a riesgos inaceptables como consecuencia de la voluntad unilateral de otro lo es, debe erradicarse. La diferente clase de tratado que en cada caso se contemple puede dar lugar, todo lo más, a una diferencia de procedimiento para terminar el tratado que haya establecido una base militar extranjera con carácter perpetuo o a largo plazo en territorio de otro Estado, o en una porción del territorio metropolitano de otro Estado que haya sido cedida con ese propósito. Según la doctrina de las Naciones Unidas a propósito de Bizerta, aunque no se dijera así exactamente, es claro que si la base se estableció como un simple derecho localizado, deberá bastar la voluntad del Estado que confirió ese derecho, para poner término al tratado, previas, por supuesto, todas las negociaciones que sean necesarias, las cuales deberán en todo caso orientarse a la terminación de éste; sin que sea preciso, según resulta de esa doctrina, que el Estado que confirió el derecho localizado para establecer una base militar extranjera, y que ahora quiera revocarlo, invoque la existencia de un cambio de circunstancias. No parece, en cambio, que, en el caso de que el tratado en cuestión sea un tratado en cuya virtud se haya cedido la propiedad o la soberanía de una base militar, pueda tal tratado revo-

carse mediante la simple denuncia unilateral del Estado cedente; pero el tratado deberá, no obstante, terminarse, si las circunstancias fundamentales han cambiado radicalmente y se invoca su cambio, sin que pueda oponerse a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* a este tipo de tratados ninguna objeción por razón de la supuesta equiparación entre tratados de contenido territorial y tratados completamente ejecutados, pues, tratándose de bases militares extranjeras, la doctrina de las Naciones Unidas a propósito de las que se hayan establecido a plazo largo o indefinido, implica el reconocimiento de que tales tratados continúan, por definición, generando servidumbres o limitaciones, y en definitiva obligaciones, a cargo del Estado que, de una manera u otra, haya cedido una porción de su territorio para el establecimiento de una base militar extranjera, obligaciones que, como hemos expuesto, se continúan produciendo, incluso con mayor gravedad, cuando se ha cedido la propiedad o soberanía de una base, que cuando se haya conferido un simple derecho localizado.

El que la terminación de los tratados de cesión de bases militares y la de los tratados en que se confiera el uso de una base militar como simple derecho localizado puedan requerir distintas formalidades no desvirtúa el hecho de que la razón de la terminación en ambos casos es el cambio de circunstancias, pues, en los tratados de cesión, salvo cuando el tratado haya sido desigual desde el principio, en cuyo caso su nulidad debe establecerse con referencia a ese principio, es el cambio de circunstancias lo que convierte al tratado de cesión en desigual u obsoleto. Y, por lo que respecta a los tratados que confieren un derecho localizado sobre una base militar, no se predica su derogabilidad, según la doctrina de las Naciones Unidas, sino cuando el tratado se establece con carácter indefinido o por un plazo tan largo que equivalga a uno indefinido, doctrina en la que va implícito, también, el principio de la terminación por cambio de circunstancias, pues se da por supuesto que éstas no tienen por qué cambiar en un plazo corto o medio, pero que cambian necesariamente en un plazo largo, sugiriéndose por David, aunque en verdad sin un riguroso fundamento, que, para que la cesión de una base no resulte contraria al Derecho Internacional, su plazo no

debe ser superior a dieciocho años. Así que, en el fondo, es el cambio de circunstancias que el tiempo naturalmente produce tanto en los tratados de cesión territorial de una base militar, como en los derechos localizados conferidos a largo plazo, lo que justifica su terminación por contradicción con el Derecho Internacional, tanto en un caso como en el otro.

La doctrina de las Naciones Unidas sobre la derogabilidad de los tratados que establecen bases militares con carácter perpetuo o similar, tal como fue formulada en la crisis de Bizerta, es de los mismos años en que comenzaron los trabajos de la C.D.I. para la redacción del texto de la Convención de Viena, por lo que, independientemente de que tanto la una como la otra se han de entender inspiradas en los principios enunciados en la Carta, parece que ambas, es decir, tanto la doctrina sobre Bizerta como el artículo 62 de la Convención de Viena, tienen que responder a las mismas preocupaciones y tienen que proponerse los mismos objetivos. Desde este planteamiento, la definición por las Naciones Unidas de los tratados que establecen bases militares con carácter perpetuo o similar, como tratados esencialmente derogables por ser contrarios al Derecho Internacional, sólo puede compatibilizarse con la prohibición en el artículo 62 de la Convención de Viena de aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* a los tratados territoriales, si partimos de la base de que en la expresión “establecer una frontera” que utiliza el artículo 62 no se incluyan, como se sugería en el Capítulo XI, los tratados de cesión territorial, sino exclusivamente los de delimitación; pues, evidentemente, si las Naciones Unidas, a pesar de estar tan preocupadas, después de la segunda guerra mundial, por la estabilidad internacional, como demuestran las cautelas del artículo 62 de la Convención de Viena, proclamaron la derogabilidad esencial de los tratados que estableciesen bases militares a largo plazo, *doctrina en la que como hemos visto está implícito el principio rebus sic stantibus*, fue obviamente porque la Asamblea General consideró que la revisión de tales tratados **no sólo no suponía ningún riesgo para la estabilidad internacional, sino que era precisamente la no derogabilidad de tales tratados la que podría implicar ese riesgo**, al consolidar unas situaciones tan contradictorias con la regla de la seguridad e independencia

recíproca de los Estados, regla que constituye el más importante principio de la Carta. Y como no tiene sentido que, en un mismo momento histórico y político, la Asamblea General proclamara la derogabilidad esencial de los tratados que estableciesen bases militares a largo plazo, y la Convención la prohibiera, hay que concluir que por lo menos aquellos tratados de cesión territorial que tengan por objeto bases militares no pueden considerarse incluidos en la expresión “tratados que establezcan una frontera” contenida en el artículo 62 de la Convención de Viena. Si no fuera así, evidentemente, no habría proclamado la Asamblea General de las Naciones Unidas la derogabilidad esencial de dichos tratados precisamente en los mismos años y en la misma coyuntura histórico política en que se procedía a redactar, en aplicación de los mismos principios, el proyecto de la Convención de Viena.

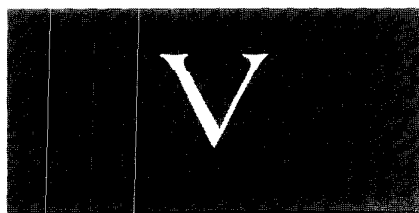
Esta distinción, a efectos de poder aplicar o no la cláusula rebus sic stantibus en el marco del artículo 62 de la Convención de Viena, según se trate de tratados “que establezcan una frontera” o de tratados que establezcan bases militares extranjeras, es absolutamente coherente con el propósito de garantizar y no perturbar la estabilidad internacional. Porque mientras los tratados territoriales que impliquen delimitación de fronteras determinan, al redefinir las características y trazado de éstas, la superficie y, con ella, la población y los recursos económicos de cada Estado, que son sus elementos estructurales, los tratados que establecen bases militares extranjeras suponen nada más que la creación o la transferencia de unas instalaciones de apoyo logístico a la proyección de fuerza de los Estados beneficiarios, lo cual no afecta, pese a su importancia estratégica, a los elementos estructurales de dichos Estados, sino a un activo eminentemente accesorio, del que los beneficiarios pueden prescindir o verse privados sin detrimento de sus elementos estructurales, por lo que la revisión y terminación de tales situaciones no tiene por qué implicar un peligro para la estabilidad internacional como podría producirse si la terminación de un tratado supusiera la remodelación de las fronteras existentes entre dos Estados, y el subsiguiente trasvase, de un Estado al otro, de grandes superficies, y de importantes recursos económicos y humanos.

Ahora bien, si la estabilidad internacional no peligra cuando se revisa un tratado que estableció una base militar como derecho localizado - y ésta es la doctrina de las Naciones Unidas elaborada durante la crisis de Bizerta -, tampoco tiene por qué peligrar cuando el tratado en cuestión haya establecido una base militar, no mediante la concesión de un derecho localizado, sino mediante la cesión de la propiedad, o de la misma soberanía, sobre una base militar preexistente, o sobre una ciudad o sobre una porción de territorio que se utilice específica, fundamental o principalmente para establecer una base militar, o de la que se haga un uso militar importante; pues, no siendo la base militar, como hemos expuesto, un elemento estructural del Estado beneficiario, sino eminentemente accesorio, en la medida en que ese Estado puede sobrevivir perfectamente sin ese activo estratégico, sin detrimento de ninguno de sus elementos estructurales (territoriales, económicos o humanos) ni de su seguridad o independencia, su pérdida no supone un peligro de inestabilidad como podría suponer en el caso de que afectase a alguno de dichos elementos estructurales.

Admitido esto, es decir admitido que la revisión de un tratado que establezca una base militar no tiene por qué afectar a la estabilidad internacional, y como quiera que la razón por la que el artículo 62 de la Convención de Viena prohíbe aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* a los tratados territoriales no es otra que, como decía David, ***“the overemphasized goal for stability”*** de los redactores de su texto, parece lógico concluir que, desde luego, la prohibición de aplicar la cláusula *rebus* a los tratados territoriales no tiene en ningún caso por qué incluir a los tratados de cesión que tengan por objeto una base militar o una ciudad o porción de territorio que se destinen total, fundamental o principalmente al establecimiento de una base militar, o de las que se haga un uso militar importante, pues no se da, en el supuesto de revisión de estos tratados, la especial peligrosidad que - según el criterio de los redactores de la Convención de Viena - podría darse para la estabilidad internacional en el caso de revisarse tratados que afecten a los elementos estructurales de los Estados, como es el caso de los tratados de delimitación.

Si el precedente análisis nos permite aplicar la cláusula rebus a un tratado que haya tenido por objeto la cesión de una base militar, aun en el supuesto de que el tratado estuviese sujeto a la Convención de Viena por haberse otorgado después de que ésta entrara en vigor, y ello a pesar de su obvia implicación “territorial”, con mayor razón podrá aplicarse la cláusula rebus a un tratado, como el de Utrecht entre España y Gran Bretaña, que es anterior a la Convención, y que está gobernado, por tanto, por el Derecho Consuetudinario, donde no sólo no existe ninguna prohibición de aplicar la cláusula rebus sic stantibus a los tratados territoriales, sino que éstos constituyen, como decía Cavaré, **“le domaine normal de la clause”**.

LA APLICACION A
GIBRALTAR DEL PRINCIPIO
DE LIBRE
DETERMINACION DE LOS
PUEBLOS



CAPITULO XIII

SOLO LOS ESTADOS CONSTITUIDOS Y LOS PUEBLOS COLONIALES TIENEN DERECHO A LA LIBRE DETERMINACION

Pero una hipotética terminación del tratado de Utrecht entre España y Gran Bretaña, obtenida fuera del marco de la descolonización, como sería la que se produjera por aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, no sería suficiente para conseguir la devolución de Gibraltar a España si su población fuese titular de un derecho de libre determinación, que ejercería previsiblemente, por no decir indudablemente, en contra de su devolución a España; o si, en tal supuesto, España no fuese, a su vez, titular de un derecho a su integridad y, por consiguiente, a su reintegración territorial. Porque, si la población de Gibraltar fuera titular de un derecho de libre determinación, o si, en tal supuesto, España no fuese titular de un derecho a su integridad territorial, la terminación del tratado de Utrecht no produciría como resultado la devolución de Gibraltar a España, sino la puesta de su soberanía a disposición de la población de la plaza, que podría determinar, libremente, ejercerla directamente o transferirla a un Reino Unido en el que Gibraltar se integraría, ya no como territorio no autónomo, sino como parte integrante de dicho reino a todos los efectos jurídico internacionales. Como ha dicho Remiro, **“la historia descolonizadora ha demostrado que la libre determinación ha prevalecido sobre los derechos de opción, retracto o tanteo establecidos en tratados coloniales”** ⁽³⁴⁾. En

(34) Remiro Brotons, A., op.cit. pág. 154.

efecto, tal hipotético derecho de libre determinación de la población de Gibraltar se interpondría entre la terminación del tratado por aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* y lo que en otras circunstancias sería su consecuencia lógica, la devolución de Gibraltar a España. Esto, por supuesto, no sería así si el contencioso de Gibraltar fuera simplemente un conflicto territorial entre dos Estados, que afectase a sus respectivas dimensiones o a la configuración de su frontera, y no a un territorio no autónomo, hipótesis adelantada por autores como Higgins, Charpentier y Cassese, citados por Paz Andrés Sáenz de Santa María ⁽³⁵⁾, para quienes el conflicto de Gibraltar es una simple controversia o reivindicación territorial que nada tiene que ver con el Derecho de la Descolonización. Pero tratándose, contra el parecer de esos autores, de un conflicto que versa sobre un territorio al que las Naciones Unidas y la propia potencia administradora reconocen la condición de no autónomo, el Derecho de la Descolonización se antepone a cualquier otra consideración. La cláusula *rebus sic stantibus* puede producir por sí sola la terminación del tratado de Utrecht entre España y Gran Bretaña, pero no puede decidir por sí sola cuál ha de ser el destino exacto del territorio no autónomo de Gibraltar una vez que se declare terminado el tratado que estableció en su día su cesión a un Estado distinto a su soberano original, pues eso es algo que ha de decidirlo el Derecho de la Descolonización, y precisamente de acuerdo con los dos criterios, o con uno de los dos criterios, que esa rama del Derecho Internacional reconoce como decisorios: El derecho de los pueblos a acceder a la independencia y el derecho de los Estados a su integridad territorial. Por eso, como dice Remiro, no hay que buscar en el tratado de Utrecht, sino en la Resolución 1,514 (XV), las limitaciones al (supuesto) derecho de libre determinación de la población de Gibraltar.

Cierto que las Naciones Unidas, en todas sus resoluciones sobre este asunto, han partido ostensiblemente de la base de que no existe ningún derecho de los gibraltareños a su libre determinación;

(35) Andrés de Santa María, Paz, *La libre determinación de los pueblos en la nueva sociedad internacional*, Cursos BANCAJA de Derecho Internacional, 1997, vol.I, págs. 149 y 150, Edit. Aranzadi, 1998.

pero ello no es obstáculo para que el Reino Unido continúe invocando ese supuesto derecho como justificación para no cumplir lo que constituye la esencia del mandato de la Asamblea General, que es la devolución de Gibraltar a España. Por otra parte, las resoluciones de las Naciones Unidas no son en sí mismas fuentes del Derecho Internacional ni resoluciones de un órgano jurisdiccional; por lo que, de hecho, pese a las resoluciones de su Asamblea General, la discusión puede seguir abierta en el terreno jurídico entre **los dos criterios mencionados que, conjunta o alternativamente, han de inspirar toda descolonización, y que, en realidad, son dos aspectos complementarios de un único principio de libre determinación: El derecho a acceder a la independencia o a integrarse en otro Estado, y el derecho de los Estados - y de los mismos pueblos que acceden a la independencia - a su integridad territorial.** Si el Reino Unido continúa alegando, frente a las clarísimas resoluciones de las Naciones Unidas, el derecho de libre determinación de la población de Gibraltar, a pesar de la vigencia del tratado de Utrecht y de la cláusula de tanteo que el tratado establece a favor de España, es obvio que continuaría amparándose, aun con más énfasis, en ese pretendido derecho, en el supuesto de que el tratado terminase por aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, o por cualquier otra causa, incluso aunque la terminación del tratado fuese decidida por un tribunal internacional. Así, el Reino Unido aprovecha lo mejor de los dos enfoques o situaciones teóricamente posibles: Fuera del marco de la Descolonización, continúa justificando su ocupación de Gibraltar en virtud de un tratado cuya vigencia no se discute por España; y, dentro del marco de la Descolonización, pretende que ésta se lleve a cabo respetando un supuesto derecho de la población de Gibraltar a la libre determinación, a sabiendas de que ésta se decantaría por la plena integración en el Reino Unido o por cualquier forma de asociación con éste que garantizase la presencia británica en condiciones aun más cómodas que las actuales, al perder en tal caso Gibraltar su condición actual de territorio no autónomo. Por eso, de la misma manera que es preciso demostrar que el tratado de Utrecht, válido en su origen, debe ya terminar, de acuerdo con el Derecho Internacional, por aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, pues la simple obligación de

terminar el tratado deslegitima la ocupación británica, **también es preciso demostrar que, igualmente de acuerdo con el Derecho Internacional**, del cual la Resolución 1,514 (XV), más que fuente es simplemente trasunto y consecuencia, **la población de Gibraltar no tiene ningún derecho de libre determinación, mientras que España sí ostenta, también de acuerdo con el Derecho Internacional, un derecho a su integridad y, por ende, a su reintegración territorial.**

Ya las Naciones Unidas, cuando resolvieron que la descolonización de Gibraltar se realizase de acuerdo con el párrafo seis de la Resolución 1,514 (XV), que prescribe el respeto a la integridad territorial de los Estados, y que en el proceso de descolonización se tuviesen en cuenta los “intereses” - no los derechos - de la población de Gibraltar, sin necesidad de que ésta fuese consultada, partían evidentemente de la base de que dicha población no es titular de ningún derecho de libre determinación, derecho que los textos de las Naciones Unidas y el Derecho Internacional reconocen únicamente a favor de los propios Estados y de los pueblos coloniales propiamente dichos, pero no a favor de las minorías o colectividades específicas que formen parte de un Estado, ni de las poblaciones no coloniales que habiten en territorios no autónomos, como es el caso de la población de Gibraltar.

En efecto, la Carta de San Francisco, que por ser un texto convencional constituye fuente de Derecho Internacional Positivo, sólo establece, a este respecto, el derecho de los Estados, ya constituídos, a disponer de sí mismos, y el derecho de los pueblos coloniales a acceder a su independencia, pero no un derecho de libre determinación de las poblaciones no coloniales que habiten en los territorios no autónomos o sometidos a tutela, ni tampoco de las minorías de cualquier índole que habiten en el territorio de los Estados.

Por lo que respecta a los Estados, el hecho de que el derecho de los pueblos a su libre determinación, tal como se proclama en el artículo 1,2 de la Carta, se subordine al objetivo de desarrollar relaciones amistosas “entre las naciones” - *“Los propósitos de las NNUU son... fomentar **entre las naciones** relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de igualdad de derechos y al de libre determinación de los pueblos”* - así lo demuestra; es decir, demuestra

que, para la Carta, el primer destinatario del derecho de libre determinación son los propios Estados, pues, identificados los “pueblos” con las “naciones”, es obligado identificarlos con los “Estados”, ya que cuando la Carta habla de “naciones” se refiere obviamente a las naciones como sujetos del Derecho Internacional, es decir, a los Estados. De hecho, es sabido que la principal preocupación de las Naciones Unidas al otorgar la Carta de San Francisco era precisamente la de establecer las bases para las relaciones amistosas entre los Estados, es decir, las bases para una nueva era de estabilidad internacional.

En cuanto a los pueblos coloniales, contra la opinión tan generalizada de que su libre determinación se reconoció por primera vez en la Resolución 1,514 (XV), conocida incluso como “la Carta Magna de la Descolonización”, y de que su acceso al Derecho Internacional Positivo se logró por vía consuetudinaria, en virtud de la aplicación reiterada del principio descolonizador a raíz precisamente de dicha resolución, entendemos que la libre determinación de los pueblos coloniales ya estaba proclamada, cuando menos como principio, en la Carta de las Naciones Unidas, pareciendo estéril la discusión de si el principio carecía en la Carta del carácter de una norma de “ius cogens”, plenamente exigible y aplicable, pues, admitida su validez como principio, aunque fuera como se ha dicho con carácter “programático”, parece claro que, como tal principio, podría haber sido invocado y aplicado si se hubieran dado las circunstancias políticas internacionales que dos décadas más tarde permitieron y hasta exigieron aplicarlo. De hecho, la propia Resolución 1,514 (XV), en el primer párrafo de su preámbulo o exposición de motivos, alude, para justificar sus conclusiones, a la proclamación, **formulada en la Carta**, de los derechos humanos fundamentales, uno de los cuales es precisamente el de libre determinación de los pueblos; y, además, en el segundo párrafo del referido preámbulo, invoca expresamente los principios de “igualdad de derechos y de libre determinación de los pueblos”, que ya se enunciaban, con las mismas palabras, en el artículo 1,2 de la Carta. Por otra parte, ésta, en su artículo 76, ya señalaba, como “*un objetivo básico del sistema de mandatos, de acuerdo con los principios de las*

Naciones Unidas en el artículo 1 de la Carta (entre los que está la libre determinación de los pueblos), la promoción del progresivo desarrollo de los habitantes de los territorios bajo mandato para acceder al autogobierno o a la independencia, según sea apropiado y resulte de los deseos libremente expresados por los pueblos en cuestión” (El subrayado es nuestro).

Para parte de la doctrina, como Guilhaudis ⁽³⁶⁾, la referencia que el artículo 76, situado en el capítulo relativo a los “territorios bajo tutela”, hace al artículo 1º resulta insuficiente para establecer un reconocimiento convencional del principio de libre determinación de los pueblos coloniales en la Carta de las Naciones Unidas; pero el texto del profesor Guilhaudis se orienta a demostrar que no existe en la Carta ningún derecho de secesión a favor de las minorías internas de los Estados, tesis que compartimos plenamente. Pero, por lo que respecta a los pueblos coloniales, es imposible no ver que la obligación, expresada en el artículo 76 de la Carta, de promover el autogobierno **o la independencia** de los pueblos sometidos a tutela en virtud del sistema de mandatos, **según los deseos libremente expresados por esos pueblos**, no es en realidad otra cosa que el reconocimiento del derecho de libre determinación que se expresa en el artículo 1º de la propia Carta, referido concretamente en el artículo 76 a los pueblos sometidos al sistema de fideicomisos que sustituyó al régimen de mandatos de la Sociedad de Naciones. Esto, claro está, sin perjuicio de que el artículo 1º de la Carta se refiera igualmente al derecho que también tienen los Estados a disponer de sí mismos, lo que es desarrollado en otros artículos de la propia Carta. Y, aunque es cierto que la promoción de la independencia de acuerdo con los *deseos* de los pueblos sólo se establece expresamente en la Carta como un derecho de los pueblos que habitan en los “territorios sometidos a tutela fideicomisaria, y no expresamente como un derecho de los pueblos naturales de los “territorios no autónomos”, tampoco se puede lícitamente ignorar que, incluso para estos últimos, el artículo 73 de la propia Carta reconocía un

(36) Guilhaudis J F. *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, Grenoble, 1976.

derecho *“al desarrollo de su autogobierno y al progresivo desarrollo de instituciones políticas libres, de acuerdo con las circunstancias particulares de cada territorio y sus diferentes grados de adelanto”*. La diferencia de tratamiento – promoción de la *“independencia”* de los territorios sometidos a tutela, y promoción del *“autogobierno”* de los territorios no autónomos - se explica porque, en la época de su promulgación, la Carta establecía diferencias entre los territorios coloniales según hubiesen estado administrados hasta entonces por los países *“enemigos”* en la segunda guerra mundial, según la expresiva dicción del artículo 77, territorios que quedaban sometidos al régimen de tutela fideicomisaria, y para los que ya se preveía expresamente la independencia; o, por el contrario, estuviesen administrados por algunas de las potencias vencedoras o simplemente neutrales en aquella guerra, los cuales pasaban a considerarse territorios no autónomos, previéndose para ellos el autogobierno y el desarrollo de instituciones políticas *“libres”*, dependiendo de su respectivo *“adelanto”*.

Qué duda cabe, sin embargo, de que, incluso para los pueblos de los territorios no autónomos, el principio ya estaba allí, es decir, ya estaba proclamado en el Derecho Internacional convencional; por lo que, al cabo de quince años, cuando la Asamblea General adoptó la Resolución 1,514 (XV), habría resultado, más que absurdo, monstruoso y, por supuesto, imposible, distinguir, a efectos de aplicación del principio, entre los pueblos de los territorios no autónomos y los de los territorios sometidos a tutela fideicomisaria, por lo que en el artículo 5 de dicha Resolución ya se alude a ambas clases de territorios coloniales conjuntamente. Así, lo que realmente hizo la Resolución 1,514 (XV) no fue extender a los pueblos coloniales por primera vez un derecho a la libre determinación que hasta 1960 hubiese estado atribuido exclusivamente a los Estados, sino decidir la aplicación, ya devenida urgente, de un derecho de libre determinación de todos los pueblos coloniales que ya había sido proclamado quince años antes por la Carta de las Naciones Unidas, pero que no se había aplicado sistemáticamente hasta la fecha en que dicha Resolución fue adoptada; pues, así como las circunstancias políticas de 1945 habían hecho necesario enfatizar el derecho

de los Estados a su libre determinación, tanto interior como exterior, las circunstancias políticas de 1960 aconsejaban enfatizar el derecho de libre determinación del otro posible sujeto de tal derecho ya contemplado por la Carta, que eran los pueblos coloniales, sin distinguir esta vez entre los pueblos de los territorios no autónomos y los de los sometidos a tutela fideicomisaria, y poner de una vez en marcha el inaplazable proceso descolonizador. La Resolución 1,514 (XV) no es, pues, ni fuente de Derecho Internacional Convencional, ni origen de una norma de Derecho Internacional Consuetudinario, sino simple aplicación y, todo lo más, confirmación, de unos principios que ya para entonces constituían Derecho Convencional Positivo por venir proclamados en la Carta de las Naciones Unidas. La misma invocación, en el preámbulo de la Resolución, de los principios proclamados en la Carta evidencia que para la Asamblea General estaba claro que la Resolución se adoptaba en el marco y con la autoridad jurídica de principios de Derecho Internacional Positivo ya establecidos precisamente en el texto fundacional de las Naciones Unidas.

Lo que es más, todavía en 1970, la “Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional Relativos a las Relaciones Amistosas y a la Cooperación entre los Estados de Acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas”, emitida como anexo a la Resolución 2,625 (XXV) de la Asamblea General, expresaba, en el epígrafe relativo al principio de igualdad y de la libre determinación de los pueblos, que *“el territorio **de una colonia u otro territorio no autónomo** tiene, **en virtud de la Carta de las Naciones Unidas**, una condición jurídica distinta y separada de la del territorio del Estado que lo administra, y esa condición jurídica distinta y separada conforme a la Carta existirá hasta que el pueblo **de la colonia o territorio no autónomo** haya ejercido **su derecho de libre determinación de conformidad con la Carta** y, en particular, con sus propósitos y principios”*. Aunque las Resoluciones de la Asamblea General no son fuentes de Derecho Internacional, tampoco puede desconocerse su valor interpretativo de las normas de Derecho Convencional producidas en el propio ámbito de las Naciones Unidas, especialmente en su Carta fundacional, por lo que no puede menospreciarse este reco-

nocimiento expreso de que el derecho de libre determinación de los pueblos coloniales, es decir tanto de los pueblos de los territorios sometidos a tutela fideicomisaria, como de los pueblos naturales de los territorios no autónomos, tiene su fuente en la misma Carta, siendo en este sentido tanto más significativo este reconocimiento por cuanto la Resolución 2,625 (XXV), que es posterior en diez años a la 1,514 (XV), no menciona a ésta para nada como fuente u origen del principio de libre determinación, refiriéndose en cambio expresamente a la Carta.

CAPITULO XIV

LOS PUEBLOS NO COLONIALES, COMO EL DE GIBRALTAR, NO TIENEN DERECHO A LA LIBRE DETERMINACION.

En el capítulo anterior hemos visto cómo el derecho de los pueblos coloniales a la libre determinación estaba ya reconocido en la Carta de las Naciones Unidas, y no necesitaba ser proclamado en la Resolución 1,514 (XV) ni ser confirmado por la práctica internacional de la segunda mitad del siglo XX. No existe, sin embargo, y esto es lo más importante a efectos del presente ensayo, ni en la Carta de las Naciones Unidas, ni por supuesto en la Resolución 1,514 (XV), ni en ningún otro texto convencional, un reconocimiento del derecho de libre determinación a favor de los pueblos no coloniales, tanto si se trata de pueblos integrados en Estados establecidos, como si se trata de poblaciones no coloniales naturales de territorios sometidos a tutela o que, como ocurre con la población de Gibraltar, habite en territorios no autónomos.

Un exponente español de la doctrina contraria es el profesor Obieta Chalbaud⁽³⁷⁾, de la Universidad del País Vasco. Para este profesor, el artículo 1º de los "Pactos Internacionales Sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales", y el correspondiente de los "Pactos Sobre Derechos Civiles y Políticos", adoptados por la Asamblea General de las NNUU el 16 de Diciembre de 1966, constituye un reconocimiento convencional del derecho de libre deter-

(37) Obieta Chalbaud, J.A., *El derecho de autodeterminación de los pueblos*, Univ. de Deusto, Bilbao, 1980.

minación de todos los pueblos, tanto coloniales como no coloniales, que quedaría así consagrado como Derecho Internacional Positivo, al constituir los Pactos un caso evidente de Derecho Convencional. Aunque cuando el profesor Obieta habla de los pueblos no coloniales se refiere a las minorías o colectividades específicas que forman parte de Estados ya establecidos, que no es el caso de Gibraltar, es claro que su teoría, sustentada en una interpretación literal de la expresión “todos” que utiliza el artículo 1º de ambos “Pactos”, podría aplicarse por la misma razón tanto a las minorías interiores de los Estados como a las poblaciones no coloniales que habitan en territorios no autónomos, como sería el caso de la población de Gibraltar. Pero, ya antes de aparecer la obra de Obieta, semejantes tentativas de extender el derecho de libre determinación a las poblaciones no propiamente coloniales habían sido rechazadas por autores como Guilhaudis, y , después, lo serían por otros como Remiro. Como explica Guilhaudis en su obra mencionada, no se puede ignorar que fue la Resolución 545 (XV) de las Naciones Unidas, de 5 de Diciembre de 1952, la que decidió incluir en los referidos Pactos Internacionales un artículo sobre el derecho de todos “los pueblos y las naciones” a disponer de sí mismos, derecho que no existía en la primitiva Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; y que fue la misma Resolución 545 (XV) la que acordó que dicho artículo, que sería precisamente el primero de los Pactos, utilizase únicamente la expresión “todos los pueblos”, por entender que “pueblos” y “naciones”, en este contexto, eran términos sinónimos, por lo que se convino conservar de las dos expresiones aquella que tenía una significación más amplia. Como explica Guilhaudis, la expresión “todos los pueblos” de los referidos Pactos Internacionales sólo significa que **“tienen derecho a la libre determinación todos los pueblos que tengan derecho a la libre determinación”**, siendo, por consiguiente, fuera de los Pactos , y no en su texto , donde hay que identificar cuáles son esos pueblos que tienen el derecho de libre determinación.

Un análisis de los mencionados Pactos evidencia, por lo demás, que en ningún momento se pensó atribuir el derecho de libre determinación a los pueblos o poblaciones no coloniales, y que el

derecho “de libre determinación” que en los mismos se invoca no tiene nada que ver con el derecho de los pueblos a acceder a su independencia.

En efecto, lo primero que llama la atención al leer el artículo 1 de dichos Pactos es que el texto de su apartado 1 – *“todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”* - coincide literalmente con la declaración número 2 de la Resolución 1,514 (XV), por lo que parece razonable concluir que “los pueblos” a que se alude en el artículo 1,1 de los Pactos son los mismos a que se alude en la declaración número 2 de la resolución referida, pues, de no ser así, cuando la Asamblea General de las NNUU redactó o aprobó dichos Pactos, no habría utilizado exactamente las mismas palabras que la Resolución 1,514 (XV), o las habría modificado o complementado para que cupieran otros pueblos distintos a los contemplados por la Resolución 1,514 (XV).

Ahora bien, los “pueblos” a que se alude en la declaración número 2 de la referida resolución son fundamentalmente los pueblos de los territorios coloniales, pero también los pueblos de los Estados ya establecidos, pues, aunque es cierto que la Resolución 1,514 (XV) se adoptó para que se llevase a debido término la libre determinación de los pueblos coloniales, también es cierto que empieza invocando los principios de igualdad de derechos **entre todas las naciones** y de libre determinación proclamados en la Carta de las NNUU, para deducir de dichos principios el derecho de los pueblos coloniales a su independencia, sin olvidar el derecho de los Estados ya establecidos a su integridad territorial, como se recuerda expresamente en las declaraciones números 6 y 7 de la resolución.

Que los pueblos coloniales se incluyeron entre los destinatarios del derecho de libre determinación proclamado en el apartado 1 del artículo 1 de los Pactos Internacionales, se demuestra, además, porque en el apartado 3 de dicho artículo se hace una referencia expresa a dichos pueblos, cuando se establece que *“los Estados partes en el presente Pacto, **incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso,***

promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación”.

Esta evidencia expresa de que los pueblos coloniales se incluyeron deliberadamente entre los destinatarios del derecho de libre determinación que se proclama en el artículo 1,1 de ambos Pactos Internacionales demuestra que **este derecho de libre determinación tiene un contenido diferente que el derecho de libre determinación que proclamó la Resolución 1,514 (XV), identificado con el derecho de dichos pueblos a acceder a la independencia y con el derecho de los Estados a la integridad territorial**; pues ningún sentido habría tenido repetir en los Pactos - que, además, no establecen normas programáticas de Derecho Internacional, sino de Derecho Interno, y que son de 1966 - el mismo reconocimiento de un derecho de acceder a la independencia y de preservar la integridad territorial que ya había sido proclamado de forma inequívoca y contundente en la Resolución 1,514 (XV), que es de 1960, y cuya virtualidad estaba siendo súmamente eficaz, según demostraba la experiencia de los últimos seis años; por lo que se ha de concluir que el derecho de libre determinación que se invoca en el artículo 1,1 de los referidos Pactos Internacionales tiene un contenido distinto al de acceder a la independencia y preservar la integridad territorial.

Este otro contenido del derecho de libre determinación que se invoca en los Pactos consiste en el derecho de los pueblos, es decir, de los pueblos de los Estados ya establecidos y de los pueblos coloniales, que ya hemos identificado como sus únicos destinatarios, a tener un gobierno democrático. Como dice J. Crawford, citado por la profesora Paz Andrés de Santa María en su citada monografía, **“el artículo 1 (de los Pactos) puede interpretarse como una afirmación del derecho de toda sociedad a ser dirigida por su propio pueblo, afirmando así el principio de la democracia en el nivel colectivo”**. Este contenido, que la citada profesora denomina, siguiendo a Thornberry, como **“el aspecto democrático de la libre determinación”**, representa la versión más reciente de ese derecho, que, curiosamente, viene a enlazar con la concepción primigenia del derecho de libre determinación, tal como fue configurado en los catorce puntos del presidente Wilson, para quien ese derecho no se identificaba en absoluto con un derecho de los pueblos coloniales a

adquirir la independencia, sino con el derecho de los pueblos, especialmente de los pueblos europeos, que en el curso de la primera guerra mundial habían caído bajo la dominación extranjera y concretamente de los imperios centrales, a elegir libremente su destino. El derecho de libre determinación que se proclama en los Pactos constituye, pues, lo que se ha llamado “el aspecto interno” del derecho de libre determinación, pues su ejercicio no afecta a las relaciones del pueblo que lo ejerce con otro u otros Estados, a diferencia del derecho de libre determinación que se proclamó en la Resolución 1,514 (XV), que se identifica con el derecho a la independencia y a la integridad territorial, constituyendo, por consiguiente, “el aspecto externo” de la libre determinación. Así, el derecho de libre determinación que se proclama en los Pactos tiene los mismos destinatarios, y no otros, que el derecho de libre determinación que se proclamó en la Resolución 1,514 (XV), y es complementario de éste, pues reconoce el derecho de los mismos pueblos, es decir, de los pueblos de los Estados ya establecidos y de los pueblos coloniales, hayan accedido o no a la independencia - como resulta del artículo 1, 3 de ambos Pactos -, a elegir su propio sistema de gobierno. **El derecho de libre determinación, tanto en su aspecto “externo” como en el “interno”, es por consiguiente atributo de los Estados y de los pueblos coloniales, no de las poblaciones no coloniales que habiten en territorios coloniales, ni tampoco de las minorías que habiten en el interior de Estados ya establecidos.**

A esta conclusión se llega también con el análisis de los propios Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos, pues el artículo 27 del Pacto Sobre Derechos Civiles y Políticos reconoce, a las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas que existan en los Estados ya establecidos, el derecho a desarrollar su propia vida cultural, a practicar su propia religión, y a emplear su propio idioma; reconocimiento que sería totalmente superfluo y hasta absurdo si a dichas minorías se les reconociese también en los propios Pactos, como pretende la teoría que defiende el profesor Obieta, un derecho de libre determinación, pues tal hipotético derecho “de libre determinación” autorizaría a las poblaciones que lo ostentasen a decidir no

sólo su condición política, según dice el artículo 1º, es decir, su dependencia o independencia, sino también su desarrollo económico, social y cultural, con lo que sobraría absolutamente, y claramente, el artículo 27, pues, si un pueblo puede acceder a su independencia, no necesita que el Derecho Internacional le reconozca expresamente un derecho a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma, pues éstas son facultades que evidentemente están implícitas en la independencia; lo que significa que si el Derecho Internacional reconoce expresamente dichas facultades a estas minorías, es porque no tienen el derecho de libre determinación que podría llevarles a la independencia.

Además, consignándose el derecho de libre determinación en el apartado primero del artículo 1º de los Pactos, y consignándose en el apartado tercero del mismo artículo la obligación de los Estados administradores de territorios no autónomos y de los sometidos a tutela fideicomisaria, de promover el ejercicio del derecho de libre determinación, obviamente de las poblaciones "sometidas", han de ser estas poblaciones aludidas en el apartado tercero - además, por supuesto, de la población de los propios Estados - los únicos titulares del derecho de libre determinación que se formula en el apartado primero del mismo artículo; pues, si también fueran titulares de ese derecho las minorías que habitan dentro de los Estados ya establecidos y las poblaciones no coloniales que habitan en los territorios coloniales, el apartado tercero del artículo 1º de los dos Pactos Internacionales se habría redactado de manera que recogiese también la obligación de todos los Estados de promover el ejercicio de la libre determinación, no sólo de las poblaciones de los territorios no autónomos o en fideicomiso que de ellos sean dependientes, sino también de las minorías que habitan en el interior de los propios Estados y de las poblaciones no coloniales de los territorios en fideicomiso o no autónomos que de ellos dependan; o habría un apartado cuarto que lo dijera; pues no hay por qué pensar que un Estado establecido esté más favorablemente dispuesto a permitir la libre determinación de sus minorías internas o de las poblaciones no coloniales de sus territorios no autónomos, que a permitir el derecho

de libre determinación de las poblaciones coloniales cuya administración le esté encomendada según los capítulos XI y XII de la Carta, pues lo que ocurre es justamente todo lo contrario; es decir, que los Estados antes reconocerán el derecho de libre determinación de las poblaciones coloniales, que el de las minorías internas o no coloniales. Por lo que, para que dichas minorías pudiesen disfrutar del derecho de libre determinación, habría sido preciso que el referido apartado 3 del artículo 1º de ambos grupos de Pactos estableciese expresamente la misma obligación estatal respecto a las minorías interiores y las poblaciones no coloniales que las expresadas para las poblaciones coloniales. No siendo éste el caso, tenemos un argumento más para demostrar que ni las minorías interiores ni las poblaciones no coloniales tienen derecho a la libre determinación.

Por otra parte, los dos Pactos sobre Derechos Humanos son de 1966, luego se encuentran exactamente a mitad de camino, en el tiempo, entre la Resolución 1,514 (XV), que es de 1960, y que, como hemos expuesto, no introdujo ninguna novedad en la esfera de los principios, pero que sí decidió, es decir, adoptó la decisión de aplicar el principio de libre determinación a los pueblos coloniales - pero no a los pueblos no coloniales -, y la Declaración de 24 de Diciembre de 1970 "Sobre Los Principios De Derecho Internacional Que Deben Regir Las Relaciones Amistosas Y La Cooperación Entre Los Estados", la cual reiteró, por una parte, el derecho a la libre determinación de los pueblos coloniales; y, por otra, estableció, en el mismo epígrafe relativo al "principio de igualdad y de la libre determinación de los pueblos", que ninguno de los párrafos relativos al ejercicio de ese derecho podría entenderse **"en el sentido de quebrantar total o parcialmente la integridad territorial de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos... y estén , por lo tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio (es decir, al territorio del Estado), sin distinción por motivos de raza, credo o color"**, texto que parece difícil poder retorcer para darle otro sentido que el de negar expresamente el derecho de libre determinación de las poblaciones no coloniales, es decir, no estricta-

mente coloniales. Y es difícil, por supuesto, que los Pactos sobre Derechos Humanos hubieran querido conceder en 1966 a los pueblos no coloniales un derecho de libre determinación que las Naciones Unidas no les quisieron reconocer en 1960 con ocasión de la Resolución 1,514 (XV), ni en 1970 con ocasión de la “Declaración Sobre Los Principios De Derecho Internacional”. Esta, en efecto, deja bien claro, en el epígrafe dedicado al principio de igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, que la obligación de todo Estado de promover dicho principio se orienta especialmente a dos fines concretos: Fomentar las relaciones de amistad entre los Estados, y poner fin rápidamente al colonialismo, lo que confirma, una vez más, si tomamos esta importante declaración, no como fuente de Derecho Internacional, pues no lo es, pero sí, como indica Brownlie ⁽³⁸⁾, como **“evidencia del consenso entre los Estados miembros de las Naciones Unidas sobre el significado y la elaboración de los principios de la Carta”**, que el derecho de libre determinación es solamente atributo de los Estados – para decidir su condición sin injerencias externas -, y de los pueblos coloniales - para acceder a la independencia -.

Y aun es más significativo, por lo que toca concretamente al presente ensayo, que, al prepararse esta Declaración de 1970, es decir en fecha en que estaba bien reciente la suscripción en 1966 de los Pactos Sobre Derechos Humanos, las Naciones Unidas rechazaron una propuesta del Reino Unido y otra de los Estados Unidos, que pretendían extender el derecho de libre determinación respectivamente a los territorios que, aun no estando habitados por un pueblo colonial propiamente dicho, fueran objeto de una ocupación militar, y a los que estuviesen separados geográficamente y habitados por una población étnica y culturalmente diferente de la que habita en la metrópoli; rechazo que evidencia una vez más la decisión de las Naciones Unidas de no reconocer, de acuerdo con la Carta, otro derecho de libre determinación que el correspondiente a los Estados y a los pueblos coloniales. Si se considera que la propuesta británi-

(38) Brownlie, Ian, *Basic documents in international law*, OUP, 1972.

ca se produjo en los mismos años en que se produjeron tanto las declaraciones de la Asamblea General sobre Gibraltar como la preparación y el otorgamiento de la Constitución de Gibraltar, se comprende que dicha propuesta se orientaba a ir apuntalando en un texto de las Naciones Unidas el supuesto derecho de libre determinación de la población de Gibraltar, que había de constituir la última línea argumental defensiva del Reino Unido, tal como se expresa en la propia Constitución de Gibraltar. El rechazo de esta propuesta por las Naciones Unidas supone, pues, no sólo una ratificación de la negativa de dicha organización – y del Derecho Internacional – a reconocer un derecho de libre determinación a favor de las poblaciones no coloniales, sino, supuesto que las Naciones Unidas tenían que entender el sentido preciso en que iba la propuesta británica, una negativa más al reconocimiento del derecho de libre determinación de la población de Gibraltar.

Si no hay en el Derecho Internacional positivo una norma convencional que extienda el derecho de libre determinación a los pueblos no coloniales, tampoco existe tal norma en el Derecho consuetudinario. La práctica del principio ha consistido precisamente, sobre todo a partir de que las Naciones Unidas decidieron, con la Resolución 1,514 (XV), poner en marcha el proceso descolonizador, en reconocer el derecho de libre determinación exclusivamente a los pueblos coloniales, y en negárselo a los pueblos no coloniales, más aun cuando se trate de poblaciones importadas al territorio en cuestión por la metrópoli colonial, lo que resulta totalmente lógico, pues no puede concebirse mayor contradicción con el principio de libre determinación de los pueblos, aplicado a los pueblos coloniales, que conferirle ese derecho a las poblaciones importadas por la metrópoli para llenar el vacío que haya dejado la población autóctona huida o expulsada del territorio, o para contrapesar con sus votos los de la población autóctona en el supuesto de que ésta aun permanezca en el territorio, o haya regresado al mismo. No existe, pues, ni una norma convencional ni una costumbre internacional que confiera a los pueblos no coloniales el derecho de libre determinación; por lo que, siendo la población de Gibraltar una población no colonial típica, en cuanto literalmente ha sido importada en

el territorio por la potencia colonial, no puede ser titular de ese derecho, lo que significa que el argumento en que se viene basando el Reino Unido para resistirse al mandato expreso de las Naciones Unidas es totalmente contrario al Derecho Internacional positivo. Obvio es, por lo demás, que si el pueblo de Gibraltar hubiese sido titular de un derecho de libre determinación, la Asamblea General de las Naciones Unidas habría sido la primera en convocar un referendun – como ha ocurrido en el Sahara Occidental -, para que ese pueblo decidiera libremente su destino, en vez de desautorizar la consulta convocada por el Reino Unido en 1969.

CAPITULO XV

LA POBLACION DE GIBRALTAR TAMPOCO TIENE UN DERECHO A QUE LA PLAZA NO SEA TRANSFERIDA A ESPAÑA CONTRA SU VOLUNTAD.

Supuesto que la población de Gibraltar no es titular de un derecho de libre determinación que le permita independizarse tanto del Reino Unido como de España, ¿existe acaso un derecho de libre determinación del que esa población sí sea titular y que le permita, cuando menos, mantener el statu quo, es decir, oponerse a que se disponga de ella en contra de su voluntad transfiriendo Gibraltar a España? Se trataría, como dice el profesor Kiss ⁽³⁹⁾, de una modalidad un tanto bastarda *“un peu bâtarde”* del derecho de libre determinación de los pueblos, que no conferiría a éstos el derecho de disponer de sí mismos en cualquier circunstancia, sino el derecho a que no se disponga de ellos, es decir del territorio en que habitan, sin mediar previamente su consentimiento. Para el profesor Kiss, **“podría verse - *l'on pourrait voir* -, en estas hipótesis, una modalidad de ius cogens que se superpondría al tratado en cuestión derogando las disposiciones que le sean contradictorias”**. La base de esta supuesta “modalidad” del derecho de libre determinación estaría, para este autor, en la Carta del Atlántico de 14 de Agosto de 1941, en la cual los Estados Unidos y el Reino Unido convinieron respetar **“el derecho que cada pueblo tiene a elegir la forma de gobierno bajo la que quiere vivir”**, así como a no tolerar **“ninguna**

(39) Kiss, Alexandre, en *Das Selbstbestimmungsrecht der Völker als Grundsatz des Völkerrechtes*, Actas de la “Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht”, Müller Verlag, Karlsruhe, 1974, pág. 70.

modificación territorial que no fuese conforme con la voluntad libremente expresada de las poblaciones interesadas”; doctrina que indudablemente tiene su más próximo y claro antecedente en los catorce puntos formulados por el presidente Wilson, que inspiraron los tratados que pusieron fin a la primera guerra mundial. Según esta doctrina, la Carta del Atlántico, como precedente de la de las Naciones Unidas, explicaría el alcance de la proclamación del principio de libre determinación de los pueblos que se formula en esta última, de manera que el principio acogiese, entre los diversos aspectos de su contenido, este supuesto derecho de la población de un territorio a que el mismo no se transfiera sin su consentimiento.

Tal doctrina, sin embargo, se fundamenta en una interpretación errónea tanto de los catorce puntos del presidente Wilson, como de la Carta del Atlántico, pues el respeto a la libre determinación de los pueblos, y concretamente la necesidad que se proclama de contar con la voluntad de la población de un territorio para legitimar la transferencia de éste a la soberanía de otro Estado, es decir, de otro Estado diferente al que la ostenta en el momento de que se trate, es algo que sólo puede entenderse en los contextos, similares aunque diferenciados en el tiempo, en que se formularon los catorce puntos de Wilson y la Carta del Atlántico, sobre la base de que la población que haya de prestar su conformidad para legitimar una cesión territorial sea la población autóctona del territorio de cuya cesión se trate, pero nunca una población importada en el territorio en cuestión por la potencia que se lo haya anexionado, pues, evidentemente, si la consulta se hiciera a la población importada, y no a la población autóctona del territorio, no se podrían cumplir, es decir, no se habrían podido cumplir los objetivos de los catorce puntos de Wilson y de la Carta del Atlántico, como de hecho se cumplieron en sus respectivos contextos históricos. Los objetivos de ambos textos, por lo que respecta al derecho de libre determinación, era similar: Legitimar jurídicamente, mediante este principio novedoso de Derecho Internacional, el desmantelamiento de los imperios centrales al término de la primera guerra mundial, y de las anexionaciones practicadas antes o durante la segunda por las potencias del Eje; liberando en el primer caso a las nacionalidades oprimidas, que

pasaron así a configurarse como nuevos Estados soberanos, y devolviendo, en el segundo, a sus primitivos Estados soberanos, los territorios que les habían sido arrebatados por las potencias que después resultaron vencidas; o configurando nuevamente como Estados soberanos a los que, habiéndolo sido antes de la guerra, hubieran desaparecido como tales en el curso de la misma o en los días que la precedieron, como fue el caso, bien notorio, de Austria. Como explica Guilhaudis a propósito de la Carta del Atlántico, **“la preocupación dominante de los Gobiernos británico y (norte)americano eran la paz y la seguridad de los Estados, (y) los principios en que basaban sus esperanzas están (es decir, estaban) ligados directamente a estos objetivos y se formularon por oposición a las prácticas de las potencias del Eje”**.

La necesidad de contar con la conformidad de la población de los territorios cedidos fue, pues, el principio jurídico invocado para legitimar la devolución, a los Estados circunstancialmente más débiles, de los territorios que les habían sido arrebatados por los más fuertes; y, por supuesto, para impedir que tales situaciones de despojo y subsiguiente anexión pudieran repetirse en el futuro. Por lo que constituiría la mayor perversión, precisamente de la doctrina de los catorce puntos de Wilson y de la Carta del Atlántico, una interpretación que exigiera la conformidad de la población importada en un territorio por la potencia anexionista, como condición indispensable para que ésta pueda devolver el territorio de que se trate al Estado a quien ese territorio fue arrebatado, o que se vio obligado a cederlo en una coyuntura histórica determinada. No sólo, pues, no se puede fundamentar en los catorce puntos de Wilson o en la Carta del Atlántico un supuesto derecho de la población de Gibraltar a que se cuente con su voluntad como condición indispensable para la devolución de la plaza a España, sino que el análisis de dichos textos confirma la interpretación del principio de libre determinación que las Naciones Unidas han reiterado en todas sus resoluciones sobre el asunto de Gibraltar, subordinando cualquier solución de este conflicto a la reintegración territorial de España, es decir, a la devolución de la plaza a España. No en balde el principio de libre determinación de los pueblos, tal como se configura en la Carta de

las Naciones Unidas, tiene sus precedentes inmediatos en la Carta del Atlántico y en los propios catorce puntos del presidente Wilson.

No es, entonces, como entiende equivocadamente Guilhaudis, que, después de la segunda guerra mundial, **“la idea fija de la descolonización haya contribuido también a hacer olvidar que el derecho de libre determinación prohibía ceder territorios sin el consentimiento de sus habitantes”**, y que el asunto de Gibraltar sea precisamente **“una buena ilustración de este olvido”**; es, por el contrario, que lo que establecieron la Carta del Atlántico y, anteriormente, los catorce puntos del presidente Wilson, fue la exigencia de contar con el consentimiento de las poblaciones, pero no de las poblaciones importadas por la potencia anexionista, sino de las poblaciones autóctonas. Y en esta distinción, obviamente fundamental, entre población autóctona y población importada, radica la solución del problema, pues, evidentemente, consultar a la población importada es tanto como consultar al Gobierno de la potencia que la importó, que es, por supuesto, la misma que se anexionó el territorio arrebatándolo a su soberano natural. La posición de Guilhaudis a favor del derecho de la población de Gibraltar a que se cuente con ella antes de modificar el statu quo de la plaza está, además, en clamorosa contradicción con la doctrina ampliamente expuesta por el propio autor en otras partes de su libro. Así, en la página 157, reconoce que la concepción del derecho de libre determinación posterior a la segunda guerra mundial no incluye un derecho de las poblaciones a no ser transferidas, lo que incluso a nosotros nos parece una conclusión exagerada, pues lo que no se admite es una acepción del derecho de libre determinación que impida la transferencia de un territorio sin contar con el consentimiento de la población **importada**, pero es claro que la esencia del derecho de libre determinación exige que tanto el mantenimiento del statu quo como su posible alteración se haga en función de la voluntad libremente expresada por la población **autóctona** del territorio de que se trate. Y, evidentemente, si la decisión sobre el futuro de un territorio hubiese de adoptarse en función de los deseos de la población importada en ese territorio por la potencia “colonial”, la independencia de Argelia, Túnez, Marruecos o Madagascar, o La India, por

nombrar sólo cinco casos notables de descolonización, habría tenido la dificultad añadida de la oposición “democráticamente expresada” de la población francesa o británica que habitaba respectivamente en dichos territorios. Bastaría que, en algún supuesto, la población importada fuese superior a la autóctona, o que ésta hubiera sido prácticamente desalojada por la potencia colonial, para que la descolonización resultara imposibilitada como consecuencia de esta supuesta modalidad, más que “bastarda” como la define el profesor Kiss, abiertamente espúrea, del derecho de libre determinación. El control por parte de las Naciones Unidas para que en el referendun de autodeterminación del Sáhara Occidental sólo participen las personas originarias del territorio, es decir, autóctonas, y no las personas que hayan podido ser “importadas” por la potencia anexionista, es una demostración contundente, independientemente de la pulcritud con que ese control se lleve a cabo, de cuál es la interpretación “correcta”, es decir, la interpretación avalada por las Naciones Unidas, de quién es el titular del derecho de libre determinación en todos sus posibles aspectos. Las poblaciones “importadas” –y la de Gibraltar lo es– no tienen, pues, ningún derecho a oponerse a la devolución del territorio que habitan, a su soberano original.

CAPITULO XVI

EL DERECHO A LA INTEGRIDAD TERRITORIAL DE LOS ESTADOS PUEDE RESOLVER LA DESCOLONIZACIÓN DE GIBRALTAR A FAVOR DE ESPAÑA, AUNQUE EL PUEBLO DE GIBRALTAR NO TENGA UN DERECHO DE LIBRE DETERMINACIÓN

Que el pueblo de Gibraltar no sea titular de un derecho de libre determinación en ninguna de sus posibles acepciones no significa que Gibraltar no haya de ser objeto de descolonización, tanto si previamente se pone término al tratado de Utrecht entre España y Gran Bretaña, como si no. La aparente paradoja se explica porque la descolonización es un principio, o una institución, que ha de aplicarse a todos los territorios no autónomos del mundo, tanto si existe en ellos una población colonial propiamente dicha, como si no. En efecto, aunque la Resolución 1,514(XV) se refiere en su preámbulo a los pueblos y países coloniales, en su parte expositiva se refiere a los territorios no autónomos y bajo tutela; por lo cual el principio descolonizador se ha de aplicar siempre que exista un territorio no autónomo, aunque no sea propiamente una colonia, o, para ser más exactos, aunque el territorio no esté habitado por un pueblo colonial propiamente dicho, es decir, por un pueblo "colonizado". Como se expuso en el Capítulo XIII, si se tratase de un simple problema fronterizo entre dos Estados, la terminación de un tratado, en virtud del cual se hubiera producido en su día la cesión de un territorio o de una plaza, daría lugar ahora a la devolución de la plaza o territorio a su soberano original. Mas, cuando, como ocurre en este caso, la cesión no significó un reajuste de fron-

teras, sino la aparición - aunque haya sido con el tiempo - de un territorio no autónomo, la terminación del tratado de cesión abre necesariamente, en el Derecho Internacional moderno, un proceso de descolonización. Este proceso puede originarse, evidentemente, y el propiciado por las Naciones Unidas para Gibraltar es prueba de ello, sin necesidad de que previamente termine el tratado que dio lugar al nacimiento de un territorio no autónomo, es decir a una situación de no autonomía en un determinado territorio (o en una plaza), en cuyo supuesto la descolonización deja al tratado en cuestión sencillamente sin efecto. Pero el proceso de descolonización también es la consecuencia inevitable de la terminación previa de un tratado de cesión que haya dado lugar en su día, o con el transcurso del tiempo, a la aparición y existencia de un territorio no autónomo; pues, evidentemente, si el tratado termina, termina también con él la jurisdicción que ejercía sobre el territorio no autónomo en cuestión la potencia beneficiaria del tratado; en cuyo caso, habrá de resolverse el conflicto que queda pendiente entre las dos únicas partes subsistentes, es decir, entre la población que habita en dicho territorio, y el Estado que era, o que pretende haber sido, su soberano original antes de la suscripción del tratado. Es precisamente el caso de la descolonización del Sahara Occidental, llamado a resolverse, una vez desaparecida la potencia administradora, España, entre la población autóctona del territorio y la potencia que pretende ser su soberano original, Marruecos.

Tal sería también, precisamente, el caso de Gibraltar. Según el principio V de la Resolución 1,514 (XV), concurren en su caso las circunstancias que configuran un territorio como no autónomo, pues, aunque su población no es distinta étnica ni culturalmente de la de su metrópoli, es decir del Reino Unido, está separado geográficamente de éste, y se halla en un estado de subordinación respecto a dicha metrópoli como consecuencia de factores administrativos, políticos, jurídicos e históricos. Ni es el caso, por supuesto, de dudar a estas alturas de su carácter de territorio no autónomo después de que las Naciones Unidas y el propio Reino Unido lo vienen considerando así expresamente desde 1947, y éste, además, como "*Crown Colony*" desde mediados del siglo XIX.

Ahora bien, si la descolonización ha de ser la consecuencia insoslayable de la terminación del tratado de Utrecht entre España y Gran Bretaña, y no puede llevarse a cabo de acuerdo con el principio de libre determinación de los pueblos, entendido como el derecho de las poblaciones de los territorios no autónomos a acceder a la independencia, pues, como hemos visto, la población de Gibraltar, al no ser una población colonial propiamente dicha o “colonizada”, no tiene ese derecho, ¿puede la insoslayable descolonización de este territorio no autónomo llevarse a cabo de acuerdo con la otra pauta que la Resolución 1,514 (XV) establece para llevar a cabo la descolonización, es decir, de acuerdo con el respeto a la integridad territorial de los Estados?

Para contestar a esta pregunta, resulta necesario dilucidar si el respeto a la integridad territorial de los Estados es simplemente **un límite** que se establece en la Resolución 1,514 (XV) al ejercicio del derecho de libre determinación de los pueblos, en la acepción más elemental o generalizada de derecho de los pueblos a acceder a la independencia; o, si, por el contrario, constituye **un principio autónomo**, esto es, un principio que puede decidir el curso de una descolonización incluso en casos en que el derecho a acceder a la independencia no se puede ejercer por no existir en el territorio en cuestión una población colonial propiamente dicha; o, en realidad – como nosotros en definitiva entendemos – no se trata ni de un límite al derecho de libre determinación de los pueblos, ni de un principio autónomo y diferente al de la libre determinación de los pueblos, **sino de otro aspecto o acepción del principio de libre determinación de los pueblos, distinto del derecho de los pueblos a acceder a la independencia**, pero no menos integrante que éste de un único principio de libre determinación que abarcaría, así, dos acepciones diferentes: Una, el derecho de los pueblos coloniales a acceder a la independencia y el derecho de los Estados ya constituidos, a conservarla. Y otra, el derecho, tanto de los Estados ya constituidos como de los pueblos coloniales que accedan a la independencia, a su integridad territorial.

La cuestión de la naturaleza del derecho a la integridad territorial se ha suscitado recientemente a propósito e Gibraltar por la

profesora Izquierdo Sans ⁽⁴⁰⁾: **“La cuestión –se pregunta dicha autora- es si esta particular violación del principio de integridad territorial – se refiere, naturalmente, a la ocupación por el Reino Unido de esta porción del territorio geográfico e histórico de España - puede identificarse con una violación de una norma de Derecho Internacional imperativo lo suficientemente grave como para hacer entrar en juego los artículos 64 y 71,2 de la Convención de Viena. La cuestión es ardua - continúa Izquierdo Sans – porque, siendo el principio de integridad territorial uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional, en nuestro caso se presenta esencialmente como un límite del principio de libre determinación de los pueblos, al objeto de evitar la aplicación de este último en situaciones muy especiales. De ahí que nos inclinamos a pensar -continúa la citada autora- que el principio de integridad territorial, encumbrado por el Derecho de la Descolonización, no se ha constituido todavía por sí solo en una norma imperativa de Derecho Internacional capaz de terminar con el artículo X del tratado de Utrecht conforme a los artículos 64 y 71,2 de la Convención de Viena”.**

Independientemente de que el “principio” del respeto a la integridad territorial de los Estados pueda hacerse valer como norma de *ius cogens* sobrevenida – lo que en el caso del tratado de Utrecht, anterior a la Convención de Viena, habría de plantearse en el marco del Derecho Consuetudinario, no en el de los artículos 64 y 71,2 de dicha convención, pues, como expusimos páginas atrás, ésta no tiene efectos retroactivos, las dudas sobre la condición de este “principio” obedecen a la confusión de considerar que, tanto el derecho de los pueblos a acceder a la independencia, como el derecho al respeto de la integridad territorial de los Estados, se formularon por primera vez en la Resolución 1,514 (XV), y que, a partir de ahí, comenzaron un desarrollo independiente, dando lugar, el derecho de los pueblos a acceder a la independencia, a una amplísima práctica, traducida en la descolonización masiva de todos los países de África, de Asia y del Pacífico que aun estaban sujetos a la domina-

(40) Izquierdo Sans, Cristina, *op.cit.*, pág. 78.

ción occidental, práctica que a su vez habría originado - de acuerdo con la opinión generalizada de la doctrina, bien ejemplarizada por Guilhaudis, - la incorporación, por vía consuetudinaria, al Derecho Internacional positivo, del derecho de los pueblos a acceder a la independencia; mientras que la ausencia de una práctica pareja del derecho al respeto a la integridad territorial, invocado en la Resolución 1,514 (XV), pero no aplicado después en forma tan masiva, y que no se identifica generalmente con el principio de libre determinación, sino que se configura habitualmente como un simple límite al derecho de los pueblos a acceder a su independencia, habría dejado a este derecho de los Estados a la integridad territorial fuera del campo del Derecho Consuetudinario, y, por consiguiente, fuera también del Derecho Internacional positivo.

Sin embargo, tanto el derecho de los pueblos a acceder a la independencia - identificado por la generalidad de la doctrina con el principio de libre determinación, es decir con "todo" el principio de libre determinación -, como el derecho de los Estados al respeto a su integridad territorial, estaban ya proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, y constituían no dos principios diferentes de Derecho Internacional Positivo, sino **dos acepciones distintas, pero complementarias, de un único principio: El principio de libre determinación de los pueblos**, que habría así accedido al Derecho Internacional Positivo, no por vía consuetudinaria, sino por vía convencional, limitándose la Resolución 1,514 (XV) a proclamar la necesidad y la urgencia de su aplicación para decidir los procesos de descolonización que en 1960 todavía estaban pendientes, y que habían de resolverse por consiguiente de acuerdo con ambas acepciones del principio de libre determinación, o de acuerdo con una sola de ellas, según las circunstancias del caso, de manera que, en unos casos, la descolonización de los territorios coloniales, cuando exista una población colonial y no haya ninguna afectación de la integridad territorial de algún Estado, se llevará a cabo de acuerdo con el derecho de los pueblos para acceder a su independencia; en otros casos, cuando no exista una población colonial propiamente dicha y sí la posible afectación de la integridad territorial de un Estado, la descolonización se llevará a cabo de acuerdo con el dere-

cho de todos los Estados a su integridad territorial; y, en otros casos más complejos, cuando se dé una población colonial y se pueda afectar la integridad de algún Estado, la descolonización se llevará a cabo de acuerdo con el derecho de los pueblos a acceder a la independencia, pero también con respeto al derecho de todos los Estados a su integridad territorial. En realidad, la misma invocación que en la parte expositiva o preámbulo de la Resolución 1,514 (XV) se hace de los principios de igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos “proclamados en la Carta de las Naciones Unidas”, debe inducirnos a considerar que todas las afirmaciones de la referida resolución no son otra cosa que la repetición de los mismos principios proclamados en la Carta, consignados ahora, es decir, en la referida resolución, no ya como principios que deban regir las relaciones internacionales, sino como mecanismos expresamente orientados y dispuestos para la consecución de un objetivo devenido urgente y preciso para las Naciones Unidas: Poner fin al colonialismo donde quiera que subsista y en todas sus manifestaciones, hasta lograr su total erradicación de la faz de la tierra. Si esto es así, es decir, si el llamado principio del respeto a la integridad territorial de los Estados es una institución de Derecho Internacional Convencional y, como tal, norma de Derecho Internacional Positivo, no cabe duda de que sería procedente cualquier aplicación autónoma que del mismo se hiciera en un proceso descolonizador, aunque no exista una práctica internacional generalizada de dicha institución que la sancione como norma de Derecho Consuetudinario, pues, obviamente, esa sanción no es en absoluto necesaria cuando la norma ya ha accedido al Derecho Internacional Positivo por vía convencional, y con mayor razón si esa vía ha sido un texto tan fundamental en el Derecho Internacional moderno como es la Carta de las Naciones Unidas.

El “principio” del respeto a la integridad territorial de los Estados se recoge, en efecto, en el último párrafo del preámbulo y en los apartados 4, 6 y 7 de la Resolución 1,514 (XV), siendo interesante tener en cuenta que la Resolución 2,353 (XII), también de las Naciones Unidas, invitaba a los Gobiernos de España y del Reino Unido a entablar conversaciones “con miras a poner fin a la situación colonial” (de Gibraltar), invocando expresamente el párrafo 6

de la Resolución 1,514(XV). Precisamente a propósito de este párrafo -**“cualquier atentado dirigido total o parcialmente a la ruptura de la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas”** (El subrayado, por supuesto, es nuestro)- se ha escrito por Blay, citado por Izquierdo Sans en su obra mencionada, que ese párrafo no se refiere a la integridad territorial de los nuevos Estados creados por los pueblos coloniales que acceden a la independencia, pues la integridad territorial de éstos ya se proclama en el párrafo 4, **sino al derecho de los Estados ya constituidos a que se respete su integridad territorial**. Lo que ha ocurrido es que la circunstancia de que, tanto el derecho de los Estados a su integridad territorial, como el derecho de los pueblos coloniales a que el proceso descolonizador se lleve a cabo respetando también la integridad de su territorio “nacional”, se encuentren reconocidos en una misma - y breve- resolución, ha inducido a la doctrina, no sólo a creer que ambos derechos o instituciones se establecen por primera vez en la Resolución 1,514 (XV), sino también a no ver que, en realidad, el llamado principio del respeto a la integridad territorial **no es sino un aspecto o acepción del principio de libre determinación de los pueblos**, aspecto o acepción que ya la Carta de las Naciones Unidas configuró como un derecho del que pueden ser titulares tanto los Estados ya establecidos, como los pueblos coloniales que accedan a la independencia. Así, **el principio único de la libre determinación de los pueblos**, tal como se configura en la Carta, **se desglosa en dos derechos diferentes: un derecho de los pueblos coloniales y de los Estados ya constituidos, a disponer libremente de sí mismos**, los primeros para acceder, si quieren, a la independencia, y los segundos, obviamente, para conservarla; **y un derecho a la integridad territorial, del que también son titulares los pueblos coloniales y los Estados ya establecidos**, para que la descolonización de los primeros se lleve a cabo respetando la integridad de sus respectivos territorios “nacionales”, y para que se respete igualmente la integridad de los territorios nacionales de los segundos.

Como sabemos, aunque la Carta dejaba constancia, en sus Capítulos XI y XII, de su preocupación por garantizar el derecho de libre determinación de los pueblos coloniales, su principal preocu-

pación en 1945 no eran los pueblos coloniales, sino los Estados ya establecidos; y concretamente asegurar una estabilidad internacional, tan ardientemente anhelada después de la experiencia de la segunda guerra mundial, objetivo al que expresamente se orientaba el reconocimiento del principio de libre determinación de los pueblos, y concretamente de los pueblos ya constituidos en Estados, cuyas relaciones se aspiraba a regular para el futuro sobre la base de ese principio que garantizaba su libertad de decisión interior y exterior, **constituyendo precisamente el respeto a la integridad territorial una de las manifestaciones más importantes de ese principio, es decir, del principio de libre determinación.** Como explicaba Berber ⁽⁴¹⁾, **“el principio jurídico de libre determinación, que ha de atribuirse a todos los sujetos de Derecho Internacional** (por consiguiente, a todos los Estados y a todos los pueblos coloniales) **se refiere a las relaciones exteriores del Estado, a las cuestiones interiores del Estado, a sus súbditos (y) al territorio que le pertenece - ihm zugehörige Gebiet - . Una infracción de estos distintos aspectos del principio jurídico de la libre determinación constituye una intervención”**, es decir, una actuación prohibida por el Derecho Internacional (los subrayados y los paréntesis de este párrafo son nuestros). Así, pues, el respeto a la integridad territorial no es en realidad un principio diferente al principio de libre determinación de los pueblos, sino, como acertadamente señalaba Berber, un aspecto o manifestación de este principio, **pues, lógicamente, no cabe mayor infracción del derecho a la libre determinación de que es titular un Estado independiente o un pueblo colonial que aspire a independizarse y constituirse en Estado, que atentar contra su integridad territorial.**

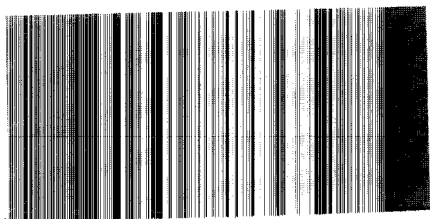
Precisamente por eso, el respeto a dicha integridad ya aparecía proclamado en el artículo 2,4 de la Carta de las Naciones Unidas, si bien de forma negativa, mediante la prohibición de la amenaza o uso de la fuerza contra la integridad territorial “de cualquier Estado”, formulación que no sólo no resta energía al principio,

(41) Berber, Friedrich, op. cit.

sino que lo enfatiza al prohibir expresamente su infracción. Así, cuando la Resolución 1,514 (XV), en los párrafos 4 y 6 de su parte dispositiva, prohíbe respectivamente cualquier atentado contra la integridad territorial de los pueblos coloniales que acceden a la independencia, y contra la integridad territorial de los países, es decir, de los Estados, no hace sino reproducir con idénticas palabras la prohibición ya expresada en el artículo 2,4 de la Carta, más específicamente incluso, de manera que ni los Estados metropolitanos, es decir colonizadores, ni las minorías coloniales, es decir las minorías que formen parte de los pueblos coloniales, puedan ampararse en la generalidad de los términos de la Carta para no respetar la integridad territorial de los pueblos auténticamente coloniales que aspiren a establecerse como Estados (párrafo 4 de la Resolución); ni los pueblos no coloniales que habiten en territorios no autónomos puedan ejercer un derecho de libre determinación en detrimento de la integridad territorial de los Estados ya establecidos (párrafo 6). No tiene sentido, por consiguiente, buscar en la Resolución 1,514 (XV), ni en una práctica internacional subsiguiente, la consagración como norma de Derecho Internacional Positivo de un principio autónomo del respeto a la integridad territorial de los Estados, pues el principio ya estaba reconocido, con anterioridad a la resolución, por la propia Carta de las Naciones Unidas, no como un principio autónomo distinto al de libre determinación de los pueblos, ni tampoco como un límite al ejercicio de ese principio, sino como parte fundamental del propio principio de libre determinación; debiéndose considerar que, en la Resolución 1,514 (XV), el respeto a la integridad territorial, como todo principio jurídico, es al mismo tiempo reconocimiento y negación de derechos; es decir, reconocimiento del derecho a favor de quienes según la Carta son sus titulares, y obligación de respetar ese derecho por parte de quienes no lo son. Así, en el párrafo 4, el respeto a la integridad territorial es una manifestación o reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos coloniales, sin límites, es decir, sin limitaciones a la extensión de su soberanía sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado; y, al mismo tiempo, negación de un hipotético derecho de oposición a esa libre determinación por parte de las minorías coloniales que formen parte del "pueblo" de la colonia; mientras que en el párrafo 6,

el respeto a la integridad territorial es manifestación o reconocimiento del derecho de libre determinación de los Estados, y negación de un supuesto derecho de oposición a esa libre determinación por parte de las minorías interiores de los Estados, o de las poblaciones no coloniales de los territorios no autónomos cuya independencia suponga una ruptura de la integridad territorial de los Estados. La conclusión, en lo que aquí nos ocupa, es que aunque la población de Gibraltar carezca de un derecho a su libre determinación, ello no es óbice en modo alguno para que la descolonización de la plaza se lleve a cabo de acuerdo con el criterio del respeto a la integridad territorial de España, pues no hay ningún obstáculo jurídico a que ese criterio se aplique de forma absolutamente autónoma en supuestos como éste, en que la población del territorio objeto de descolonización carece de un derecho de libre determinación. En realidad, esto lo vieron con meridiana claridad las Naciones Unidas en sus resoluciones sobre el caso, especialmente en la 2,353 (XXII), en la que se invocó expresamente el apartado 6 de la Resolución 1,514 (XV) que proclama precisamente, como hemos visto, el respeto a la integridad territorial de los Estados.

TEXTOS BASICOS



Tratado de Utrecht

ARTICULO X DEL TRATADO DE UTRECHT (13 DE JULIO DE 1713)

El Rey Católico, por si y por sus herederos y sucesores, cede por este Tratado a la Corona de la Gran Bretaña la plena y entera propiedad de la ciudad y castillo de Gibraltar, juntamente con su puerto, defensas y fortaleza que le pertenecen, dando la dicha propiedad absolutamente para que la tenga y goce con entero derecho y para siempre, sin excepción ni impedimento alguno.

Pero, para evitar cualesquiera abusos y fraudes en la introducción de las mercaderías, quiere el Rey Católico, y supone que así se ha de entender, que la dicha propiedad se ceda a la Gran Bretaña sin jurisdicción alguna territorial y sin comunicación alguna abierta con el país circunvecino por parte de tierra. Y como la comunicación por mar con la costa de España no puede estar abierta y segura en todos los tiempos, y de aquí puede resultar que los soldados de la guarnición de Gibraltar y los vecinos de aquella ciudad se vean reducidos a grandes angustias, siendo la mente del Rey Católico sólo impedir, como queda dicho arriba, la introducción fraudulenta de mercaderías por la vía de tierra, se ha acordado que en estos casos se pueda comprar a dinero de contado en tierra de España circunvecina la provisión y demás cosas necesarias para el uso de las tropas del presidio, de los vecinos y de las naves surtas en el puerto.

Pero si se aprehendieran algunas mercaderías introducidas por Gibraltar, ya para permuta de víveres o ya para otro fin, se adjudicarían al fisco, y presentada queja de esta contravención del presente Tratado serán castigados severamente los culpados.

y Su Majestad Británica a instancia del Rey Católico consiente y conviene en que no se permita por motivo alguno que judí-

os ni moros habiten ni tengan domicilio en la dicha ciudad de Gibraltar, ni se dé entrada ni acogida a las naves de guerra moras en el puerto de aquella Ciudad, con lo que se puede cortar la comunicación de España a Ceuta, o ser infestadas las costas españolas por el curso de los moros. Y como hay tratados de amistad, libertad y frecuencia de comercio entre los ingleses y algunas regiones de la costa de Africa, ha de entenderse siempre que no se puede negar la entrada en el puerto de Gibraltar a los moros y sus naves, que sólo vienen a comerciar.

Promete también Su Majestad la Reina de Gran Bretaña que a los habitantes de la dicha Ciudad de Gibraltar se les concederá el uso libre de la Religión Católica Romana.

Si en algún tiempo a la Corona de la Gran Bretaña le pareciere conveniente dar, vender o enajenar, de cualquier modo la propiedad de la dicha Ciudad de Gibraltar, se ha convenido y concordado por este Tratado que se dará a la Corona de España la primera acción antes que a otros para redimirla.

DECLARACION DE LISBOA

(10 abril 1980)

El texto de la declaración firmada hoy en Lisboa por Marcelino Oreja y lord Carrington es el siguiente:

1. Los Gobiernos británicos y español, en su deseo de reforzar sus relaciones bilaterales y contribuir de esta manera a la solidaridad europea y occidental, se proponen resolver el problema de Gibraltar

en un espíritu de amistad y de acuerdo con las resoluciones pertinentes de las Naciones Unidas.

2. Los dos Gobiernos han acordado, en consecuencia, iniciar negociaciones a fin de solucionar todas las diferencias sobre Gibraltar.

3. Los dos Gobiernos han acordado el restablecimiento de comunicaciones directas en la región. El Gobierno español ha decidido suspender la aplicación de las medidas actualmente en vigor.

Ambos Gobiernos han acordado que la futura cooperación estará basada en la reciprocidad y la plena igualdad de derechos. Valoran y contemplan con interés los pasos que se irán adoptando por una y otra parte y que, a su juicio, abrirán el camino hacia un entendimiento más estrecho entre aquéllos directamente afectados en el área.

4. A estos efectos, los dos Gobiernos, que reconocen la necesidad de desarrollar una cooperación práctica mutuamente beneficiosa, tomarán en consideración las propuestas que formula cada uno de ellos.

5. El Gobierno español, al reafirmar su posición respecto al restablecimiento de la integridad territorial de España, reitera su

intención de que al término de las negociaciones queden plenamente salvaguardados los intereses de los gibraltareños.

Por su parte, el Gobierno británico mantendrá plenamente su compromiso de respetar los deseos libre y democráticamente expresados de la población de Gibraltar, tal y como se hallan recogidos en el preámbulo de la Constitución de Gibraltar.

6. Funcionarios de ambas partes se reunirán tan pronto como sea posible para preparar las medidas prácticas necesarias que permitan el cumplimiento de los propósitos acordados en esta declaración. Se prevé que estos preparativos queden ultimados antes del 1 de junio.

DECLARACIÓN DE BRUSELAS

(27-11-84)

“Los Ministros de Asuntos Exteriores del Reino Unido y España, Sir Geoffrey Howe y Fernando Morán, han celebrado los días 26 y 27 de noviembre conversaciones en Bruselas sobre la cuestión de Gibraltar. Dichas conversaciones han culminado el proceso iniciado hace más de un año.

En el día de hoy han llegado a un acuerdo, en la forma de una declaración común. Por este texto:

1º.- Se equilibran los derechos de españoles y gibraltareños. Sobre este punto la Declaración de Lisboa de abril de 1980 había dado lugar a una interpretación desequilibrada a favor de los segundos;

2º.- Ambos Gobiernos han decidido restablecer la libre circulación de personas, vehículos y mercancías entre Gibraltar y el territorio circunvecino, así como favorecer el tráfico aéreo;

3º.- Se establece un sistema para abordar y resolver todas las cuestiones respecto a Gibraltar;

4º.- Por primera vez en la historia del contencioso, la parte británica admite expresamente que se abordarán en este proceso las cuestiones de soberanía. La expresión plural cubre los temas de la soberanía sobre el territorio al que se refiere el Tratado de Utrecht, así como la soberanía sobre el istmo, nunca cedido a Gran Bretaña.

El Gobierno español tiene la firme y fundada esperanza de que esta declaración sea el pórtico de unas relaciones muy amistosas y cooperadoras con la Gran Bretaña” .

(Comunicado hecho público por la Oficina de Información Diplomática el 27-11-84)

ARTICULO 62 DE LA CONVENCION DE VIENA DE 1969 SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS

CAMBIO FUNDAMENTAL EN LAS CIRCUNSTANCIAS.-

1.- Un cambio fundamental en las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes en el momento de la celebración de un tratado y que no fue previsto por las partes no podrá alegarse como causa para dar por terminado el tratado o retirarse de él, a menos que:

- la existencia de esas circunstancias constituyera una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado.
- ese cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado.

2.- Un cambio fundamental en las circunstancias no podrá alegarse como causa para dar por terminado un tratado o retirarse de él:

- si el tratado establece una frontera.

CUADRO DE COMBINACIONES DE CAMBIOS Y RESULTADOS QUE AUTORIZAN PARA INVOCAR LA CLAUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

EN EL ARTICULO 62 DE LA CONVENCION DE VIENA

Cambios en las circunstancias que constituyeron la base esencial del tratado	Agravamiento de la situación de una de las partes como consecuencia del tratado
--	---

EN EL DERECHO CONSUECUDINARIO

Cambios en las circunstancias que constituyeron la base esencial del tratado	Agravamiento de la situación de una de las partes como consecuencia del tratado
id.	Obsolescencia o inadecuación del tratado a las nuevas circunstancias
Cambios en las circunstancias que constituyeron el contexto del tratado	Agravamiento de la situación de una de las partes como consecuencia del tratado
id.	Obsolescencia o inadecuación del tratado a las nuevas circunstancias

EN EL TRATADO DE UTRECHT

Cambios en las circunstancias que constituyeron la base esencial del tratado	Obsolescencia o inadecuación del tratado a las nuevas circunstancias
Cambios en las circunstancias que constituyeron el contexto del tratado	Agravamiento de la situación de una de las partes como consecuencia del tratado

CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS

ART.1 .- Los propósitos de las Naciones Unidas son:

1.-

2.- Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al **principio** de la igualdad de derechos y al **de la libre determinación de los pueblos**, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal.

ART. 2, 4.- Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, **se abstendrán** de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza **contra la integridad territorial** o la independencia política **de cualquier Estado**, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.

Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 14 de diciembre de 1960.

La Asamblea General

Teniendo presente que los pueblos del mundo han proclamado en la Carta de las Naciones Unidas que están resueltos a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas, y a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad.

Consciente de la necesidad de crear condiciones de estabilidad y bienestar y relaciones pacíficas y amistosas basadas en el respeto de los principios de la igualdad de derechos y de la libre determinación de todos los pueblos, y de asegurar el respeto universal de los derechos humanos y las libertades fundamentales para todos, sin hacer distinciones de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades.

Reconociendo el apasionado deseo de libertad que abrigan todos los pueblos dependientes y el papel decisivo de dichos pueblos en el logro de su independencia.

Consciente de los crecientes conflictos que origina el hecho de negar la libertad a esos pueblos o de impedirlos, lo cual constituye una grave amenaza a la paz mundial.

Considerando el importante papel que corresponde a las Naciones Unidas como medio de favorecer el movimiento en pro de la independencia de los territorios en fideicomiso y en los territorios no autónomos.

Reconociendo que los pueblos del mundo desean ardientemente el fin del colonialismo en todas sus manifestaciones.

Convencida de que la continuación del colonialismo impide el desarrollo de la cooperación económica internacional, entorpe-

ce el desarrollo social, cultural y económico de los pueblos dependientes y milita en contra del ideal de paz universal de las Naciones Unidas.

Afirmando que los pueblos pueden, para sus propios fines, disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones resultantes de la cooperación económica internacional, basada en el principio del provecho mutuo, y del Derecho Internacional.

Creando que el proceso de liberalización es irresistible e irreversible y que, a fin de evitar crisis graves, es preciso poner fin al colonialismo y a todas las prácticas de segregación y discriminación que lo acompañan.

Celebrando que en los últimos años muchos territorios dependientes hayan alcanzado la libertad y la independencia, y reconociendo las tendencias cada vez más poderosas hacia la libertad que se manifiestan en los territorios que no han obtenido aún la independencia.

Convencida de que todos los pueblos tienen un derecho inalienable a la libertad absoluta, al ejercicio de su soberanía y a la integridad de su territorio nacional.

Proclama solemnemente la necesidad de poner fin rápida e incondicionalmente al colonialismo en todas sus formas y manifestaciones.

Y a dicho efecto Declara que:

1.- La sujeción de pueblos a una subyugación, y explotación extranjeras constituye una denegación de los derechos humanos fundamentales, es contraria a la Carta de las Naciones Unidas y compromete la causa de la paz y de la cooperación mundiales.

2.- Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

3.- La falta de preparación en el orden político, económico, social o educativo, no deberá de servir nunca de pretexto para

retrasar la independencia.

4.- A fin de que los pueblos dependientes puedan ejercer pacífica y libremente su derecho a la independencia completa, deberá cesar toda la acción armada o toda la medida represiva de cualquier índole dirigida contra ellos, y deberá respetarse la integridad de su territorio nacional.

5.- En los territorios en fideicomiso y no autónomos y en todos los demás territorios que no han logrado aún su independencia, deberán tomarse inmediatamente medidas para traspasar todos los poderes a los pueblos de esos territorios, sin condiciones ni reservas, en conformidad con su voluntad y sus deseos libremente expresados, y sin distinción de raza, credo ni color, para permitirles gozar de una libertad y una independencia absolutas.

6.- Todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas.

7.- Todos los Estados deberán observar fiel y estrictamente las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de la presente Declaración sobre la base de la igualdad, de la no intervención en los asuntos internos de los demás Estados y del respeto de los derechos soberanos de todos los pueblos y de su integración territorial.

Este libro se acabó de imprimir
en Las Palmas de Gran Canaria,
el día 20 de Noviembre del año 2001
con una tirada de
1.500 ejemplares.

.....

Esta simple posibilidad de que una cesión, establecida a principios del siglo XVIII, de una superficie ínfima , y sin virtualidad para ejercer, con la tecnología naval y militar de la época, influencia alguna sobre el resto del territorio español, con el que, incluso, toda comunicación terrestre quedaba cortada, pueda utilizarse, tres siglos más tarde, por una importante potencia nuclear, como base de fuerzas aeronavales de propulsión y armamento nucleares, y como centro de observación de la guerra antisubmarina, sin ningún control por parte de España, y pueda, por la misma razón, ser susceptible de un ataque enemigo , o de un acto terrorista, que den lugar a un episodio con consecuencias nucleares, supone indudablemente, en cuanto dicha posibilidad introduce el riesgo de unas consecuencias absolutamente insoportables, más que un cambio radical en las circunstancias que constituían el contexto del tratado de Utrecht, una total distorsión de lo que ambas partes asumieron como lógicas consecuencias del tratado, hasta el punto de que puede afirmarse, sin exageración, que jamás un tratado ha servido para una finalidad tan distinta a la prevista, ni ha atraído sobre una de las partes un riesgo tan imprevisible y de tan graves consecuencias como el tratado de Utrecht entre España y Gran Bretaña.