

ALEJANDRO DEL VALLE GÁLVEZ
Catedrático de Derecho Internacional Público
y Relaciones Internacionales –Director del Centro de Excelencia
Jean Monnet de la Universidad de Cádiz

INMACULADA GONZÁLEZ GARCÍA
Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
de la Universidad de Cádiz. Investigadora Principal del Proyecto de I+D
“La incidencia del Brexit en la cooperación transfronteriza
entre Gibraltar-Campo de Gibraltar y Andalucía”, Centro de Estudios Andaluces

ESPAÑA Y GIBRALTAR TRAS EL BREXIT. NUEVO TRATADO Y MARCO DE RELACIÓN CON LA UNION EUROPEA

Asociación Española para el Estudio del Derecho Europeo (AEDEUR)

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2022

ÍNDICE

	Pág.
PRESENTACIÓN.....	13
PALABRAS PREVIAS.....	15
LISTA DE ABREVIATURAS.....	21
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN. 2016, EL REFERENDO BREXIT Y GIBRALTAR.....	23
CAPÍTULO II. GIBRALTAR Y LA SOBERANÍA: LA REIVINDICACIÓN ESPAÑOLA.....	29
CAPÍTULO III. GIBRALTAR Y LA COOPERACIÓN TRANS- FRONTERIZA.....	35
1. LA REALIDAD COTIDIANA EN EL CAMPO DE GI- BALTAR.....	35
A) El marco europeo.....	37
B) Espontaneidad y dificultad institucional para la coope- ración.....	40
C) El Foro tripartito de Diálogo sobre Gibraltar, 2004- 2011.....	43
D) Crisis con el Reino Unido y Gibraltar durante el Go- bierno de Rajoy y García-Margallo, 2013-2016.....	47
E) Grupo Transfronterizo y Agrupación Europea de Coo- peración Territorial.....	49
2. LA LÍNEA DE LA CONCEPCIÓN, ¿CIUDAD AUTÓ- NOMA?.....	52

CAPÍTULO IV. ESPAÑA Y LA NEGOCIACIÓN DEL BREXIT RESPECTO A GIBRALTAR.....	59
CAPÍTULO V. EL TRATADO REINO UNIDO – UE DE RETIRADA, ENERO 2020. PROTOCOLO SOBRE GIBRALTAR Y MOUs	63
1. EL PROTOCOLO SOBRE GIBRALTAR UE-RU	66
2. LOS MEMORANDOS DE ENTENDIMIENTO HISPANO-BRITÁNICOS DE 2018.....	68
3. EL ACUERDO FISCAL HISPANO-BRITÁNICO EN RELACIÓN CON GIBRALTAR	81
A) Criterios de Residencia fiscal	82
B) Normas sobre Cooperación administrativa	84
C) Valoración del Tratado fiscal RU-España sobre Gibraltar	85
4. EL ORIGINAL «MODUS VIVENDI» <i>HARD LAW-SOFT LAW</i> BAJO EL PARAGUAS UE.....	88
CAPÍTULO VI. EL ACUERDO COMERCIAL Y DE RELACION FUTURA REINO UNIDO – UE, DICIEMBRE 2020....	91
CAPÍTULO VII. EL DECISIVO TRATADO REINO UNIDO – UE ESPECÍFICO SOBRE GIBRALTAR, EN FASE DE NEGOCIACIÓN.....	97
1. EL PRINCIPIO DE ACUERDO HISPANO-BRITÁNICO, NOCHEVIEJA 2020.....	98
2. EL MANDATO NEGOCIADOR DEL TRATADO SOBRE GIBRALTAR, OCTUBRE 2021	101
CAPÍTULO VIII. EL TRATADO SBRE GIBRALTAR.NEGOCIACIONES Y PRINCIPALES TEMÁTICAS.....	105
1. ¿TERRITORIO <i>SCHENGEN</i> ?.....	105
2. LA FRONTERA NORIRLANDESA.....	114
3. SEGURIDAD Y DEFENSA, LAS BASES MILITARES Y DE INTELIGENCIA DEL PEÑÓN	116
4. NATURALEZA DEL TRATADO, MOUs Y CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.....	120

	Pág.
A) Naturaleza del Tratado sobre Gibraltar.....	120
B) ¿Qué va a ocurrir en el caso de los Memorandos de Entendimiento?	121
C) ¿Y la Constitución española?.....	126
5. PERSPECTIVAS DE CELEBRACIÓN DEL TRATADO SOBRE GIBRALTAR.....	132
CAPÍTULO IX. LAS CUESTIONES DE SOBERANÍA Y EL TRATADO DE UTRECHT	137
CAPÍTULO X. CONCLUSIONES	143
BIBLIOGRAFÍA CITADA.....	153

PRESENTACIÓN

Con objeto de contribuir a la consecución de su objetivo fundacional, la Asociación Española para el Estudio del Derecho Europeo decidió en 2020 encargar anualmente un informe sobre una materia de actualidad en el ámbito del Derecho de la Unión que, además, tuviera particular relevancia desde la perspectiva del Derecho español o para los juristas españoles.

En junio de 2021 veía la luz el primer informe, dedicado al *Estado de Derecho en Europa*, cuya elaboración corrió a cargo del profesor Pablo Martín Rodríguez. El lector tiene ahora en sus manos el segundo informe AEDEUR, que, bajo el título *España y Gibraltar tras el Brexit. Nuevo Tratado y marco de relación con la Unión Europea*, han preparado los profesores Alejandro del Valle Gálvez e Inmaculada González García, catedrático y profesora titular, respectivamente, de Derecho internacional público y relaciones internacionales de la Universidad de Cádiz. Un borrador de este informe fue presentado públicamente en una sesión celebrada el pasado 16 de junio en formato virtual y en la que intervinieron como *discussants*, realizando valiosas aportaciones, otros tres reconocidos especialistas en la materia: Fernando Castillo de la Torre (Servicio Jurídico de la Comisión Europea) Nuria Díaz Abad (Abogacía del Estado y CGPJ) y Cristina Izquierdo Sans (Universidad Autónoma de Madrid).

El *Brexit* y la consiguiente pérdida por parte de Gibraltar de su estatuto comunitario han supuesto un cambio drástico en las relaciones hispano-británicas respecto del territorio, así como en el posicionamiento de la Unión frente al contencioso. Como señalan los autores, por una parte, la posición de España se ha visto reforzada y, por otra, se han sentado las bases para una nueva dinámica en las relaciones de cooperación transfronteriza en la zona. Así lo ponen de

relieve el proceso de negociación del Acuerdo de Retirada de 2018 y, más concretamente, de su Protocolo sobre Gibraltar, así como los MOUs negociados en paralelo entre España y el Reino Unido a los que reenvía el Protocolo y el Acuerdo sobre fiscalidad y protección de los intereses financieros firmado entre ambos países en 2019. También lo evidencia el hecho de que las futuras relaciones entre el Reino Unido y la Unión en relación con Gibraltar hayan quedado fuera del Acuerdo comercial y de relación futura celebrado entre ambas partes y que sea objeto de una negociación separada, tal y como solicitó España, basada en el «acuerdo de Nochevieja» alcanzado entre Madrid y Londres en 2020.

La AEDEUR confía en que este nuevo informe, que agradece profundamente a sus autores, resulte de interés para el lector.

Javier Díez-HOCHLEITNER
Presidente de la Asociación Española
para el Estudio del Derecho Europeo

PALABRAS PREVIAS

Gibraltar es la *Ciudad perdida del Reino*, durante siglos el añorado Peñón del imaginario colectivo español, Ciudad arrebatada por la perfidia inglesa y cuyo regreso a España restablecerá su identidad completa, por muchos que sean los años transcurridos. Desde luego, el tema de Gibraltar no se entiende sin este aspecto legendario y simbólico, con un relato profundamente anclado en los mitos y el subconsciente de la Historia española.

Controversia internacional y tema permanente de Estado, sin embargo, la realidad de Gibraltar es, al mismo tiempo, también la de una comarca que ha sufrido las amargas vicisitudes y cicatrices de la historia; con un subdesarrollo muy vinculado a su localización al sur del sur de la piel de toro, y con un siempre presente conflicto hispano-británico cuyas frecuentes crisis diplomáticas repercuten en la vida y economía cotidianas de las 300.000 personas que habitan en la Bahía de Algeciras/Gibraltar.

La vinculación de Gibraltar y de España a la Unión Europea transformó el marco mental, jurídico y socioeconómico de funcionamiento de Gibraltar y el Campo de Gibraltar, con el Derecho y las políticas de la Unión, aplicándose de forma dispar en estos territorios del Estrecho de Gibraltar. La oportunidad de un cambio completo de reglas de juego vino con el referendo de salida británica de 2016, *Brexit* consumado en enero de 2020. Obligados el Reino Unido y Gibraltar a pactar un nuevo marco jurídico europeo e internacional, se encuentra actualmente en negociación un Tratado entre el Reino Unido y la Unión Europea especialmente consagrado a Gibraltar.

Y aquí entramos nosotros, para ofrecer en estas páginas el contexto y nuevo marco de relación de Gibraltar en la situación post-Brexit actual, con las perspectivas de integración en territorio económico y

el área Schengen europea, de la mano de España. Es España, en efecto, la que tiende la mano para resituar el conjunto de las relaciones fronterizas en un futuro de «prosperidad compartida» en el área. Sin duda, la decisión estratégica española ha sido la de afrontar la oportunidad que le brindaba el Brexit con elegancia, no con arrogancia¹.

Oportunidad y honor ha sido, desde luego, recibir la confianza de la Junta Directiva de la Asociación Española para el Estudio del Derecho Europeo para elaborar este Segundo Informe AEDEUR, “España y Gibraltar tras el Brexit. Nuevo Tratado y marco de relación con la Unión Europea”. Vaya nuestro especial agradecimiento a su presidente, el profesor Dr. Javier Díez-Hochleitner, al profesor Dr. Diego Javier Liñán y su magisterio inextinguible, y al profesor Dr. Daniel Sarmiento, que nos ha acompañado con inteligencia y con su proverbial amabilidad en el desarrollo de este trabajo, desde el inicio hasta el espléndido diseño de la portada de esta publicación. Agradecimiento a la AEDEUR con homenaje a sus anteriores presidentes, entre ellos Pedro Cruz Villalón y nuestro recordado Gil Carlos Rodríguez Iglesias.

La AEDEUR nos planteó además un interesante debate previo con un panel de campanillas: Dña. Nuria Díaz Abad (Consejo General del Poder Judicial); D. Fernando Castillo de la Torre (Comisión Europea); y la doctora Dña. Cristina Izquierdo Sans (Universidad Autónoma de Madrid), así como el presidente de la AEDEUR. La discusión celebrada el 16 de junio de 2022 nos regaló agudas reflexiones, comentarios y sugerencias, que esperamos haber incorporado adecuadamente, para mejorar el presente Informe.

Hemos seguido la evolución del tema gibraltareño desde que iniciamos en 2002 los Cursos de San Roque sobre Gibraltar, en las últimas ediciones en doble sede con la *University of Gibraltar*. Desde entonces nos hemos beneficiado del debate con los mejores expertos y representantes de España, Gibraltar, el Reino Unido y el Campo de Gibraltar, que nos ha permitido tener una visión más amplia de las problemáticas que afectan a las relaciones trasfronterizas y a las controversias de Gibraltar en sus inagotables vertientes legales de Derecho europeo, internacional y constitucional. La cuestión gibraltareña

¹ A. REMIRO BROTONS, “Gibraltar en la Política Exterior de España”, *Cuadernos de Gibraltar – Gibraltar Reports*, nº 2 (2017), pp. 29-40, en p. 38.

ha sido central en los Proyectos de I+D que ininterrumpidamente desde 2005 hasta hoy se han desarrollado por el equipo de Derecho Internacional y Europeo de Cádiz, y que han promovido la edición de la Revista *Cuadernos de Gibraltar-Gibraltar Reports*. También para los compañeros de Cádiz nuestro agradecimiento por el entusiasmo y la constancia dedicadas al estudio de la cuestión de Gibraltar.

Como entonces, Gibraltar sigue estando de máxima actualidad. El *Brexit* supuso una sacudida en Gibraltar y el Campo de Gibraltar, cuya simbiosis socioeconómica y convivencia se vio en peligro. Y el Tratado de Retirada conllevó un Protocolo privilegiando la cooperación transfronteriza con Gibraltar bajo el paraguas de la Unión, y promoviendo los acuerdos hispano-británicos a través de Memorandos de Entendimiento. Y, actualmente, con el referido Tratado Reino Unido-UE sobre Gibraltar, estamos probablemente ante un verdadero cambio de ciclo y periodo histórico, que puede condicionar la vida de generaciones futuras y la misma relación de españoles y campogibraltares con Gibraltar. Con todo, factores externos, la inmanencia de las agazapadas cuestiones de soberanía, la complejidad técnica de los temas de negociación, y la originalidad y novedad del modelo que se propone para la relación Gibraltar-España-Unión Europea, pueden rodear de peligros e incertidumbres los acuerdos y el modelo que se busca implementar en el futuro en este mítico territorio.

Finalmente, desde aquí nuestro agradecimiento grande y alegre a la vida, a la familia y a los amigos; y, como no, a nuestros hijos, siempre fuente de inspiración y motivo de superación, de felicidad y de orgullo.

Alejandro DEL VALLE e Inmaculada GONZÁLEZ

Cádiz, a 28 de julio de 2022

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN. 2016, EL REFERENDO BREXIT Y GIBRALTAR

Gibraltar, tema recurrente de política exterior española, tradicional cuestión de Estado y quebradero de cabeza para las relaciones hispano-británicas.

En la época democrática ha sido constante la reivindicación española, cuyas líneas de acción, desde la Declaración de Lisboa de 1980¹ y de Bruselas de 1984², se han basado en la cooperación con la población, y en la reclamación de reintegración a la soberanía española, sobre la base de las Resoluciones de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), principalmente de los años sesenta del pasado siglo³.

Si en 1982 y 1985 se abrió la Verja y el tránsito por el paso fronterizo, respectivamente, la normalización del paso fronterizo fue acompañada de negociaciones bilaterales entre España y el Reino Unido (RU) en el marco de la Declaración o Proceso de Bruselas, donde se admitió por los Estados la necesidad de negociar sobre todas las cuestiones de soberanía. Estas negociaciones bilaterales alcanzaron su clímax con la negociación Blair-Aznar sobre la soberanía conjunta

¹ Adoptada por los Gobiernos de España y del Reino Unido el 10 de abril de 1980.

² De 27 de noviembre de 1984.

³ Puede verse A. DEL VALLE GÁLVEZ, «Gibraltar en las resoluciones y decisiones de la Asamblea General de la ONU, 1965-2015. Algunas valoraciones» en X. PONS RAFOLS (Dir.) y A. QUINTERO (Coord.), *Las Naciones Unidas desde España. 70 aniversario de las Naciones Unidas: 60 aniversario del ingreso de España en las Naciones Unidas*, Asociación para las Naciones Unidas en España, 2015, pp. 501-518.

o cosoberanía, cuya fase final fue torpedeada mediante referéndum convocado por el Gobierno gibraltareño en 2002.

La cooperación trasfronteriza espontánea ha ido en paralelo con las negociaciones bilaterales durante los años ochenta y noventa del pasado siglo y el comienzo de este. El último acto del Proceso de Bruselas acordado entre británicos y españoles fue la creación del Foro de Diálogo o tripartito, que durante un periodo importante (2004-2011), permitió un cauce institucional para llevar a cabo una interesante cooperación transfronteriza.

El conjunto de ámbitos negociadores se estancó a partir de 2008, con la aceptación por Londres de que el Gobierno gibraltareño tiene la llave no solo para llegar a acuerdos, sino para que el RU pueda, incluso, sentarse a negociar con España, por lo que esta vía de Bruselas o bilateral ha estado cegada desde entonces.

Sin embargo, el Brexit va a cambiar esta dinámica. En junio de 2016, tras el referendo positivo a la salida del RU de la Unión Europea (UE), Gibraltar se encontró en la delicada situación de tener que alterar obligatoriamente su estatuto europeo, el marco jurídico y económico que operaba desde 1973 en este territorio con la entrada del RU en la UE. Este estatuto fue negociado por el RU con las entonces Comunidades Europeas (CCEE) en un tiempo en que España, por su situación de dictadura, estaba fuera de los organismos y proyectos europeos. En conjunto, el estatuto comunitario era y es, aún, sumamente beneficioso para este territorio bajo soberanía y jurisdicción británica⁴.

Junto a esto, su peculiar estatuto jurídico tanto internacional (territorio en proceso de descolonización, según establece la ONU desde 1964) como interno (Territorio de Ultramar Británico – *British Overseas Territory*) conlleva una importante complejidad a la hora de encarar un cambio fundamental de su estatuto y relación con la UE, RU y España.

El *Brexit* no ha implicado modificación del marco jurídico interno de Derecho británico, ya que Gibraltar no forma parte del Estado

⁴ Puede verse C. IZQUIERDO SANS, *Gibraltar en la Unión Europea: consecuencias sobre el contencioso hispano-británico y el proceso de construcción europea*, Universidad Autónoma de Madrid, 1996 y «Gibraltar en la Unión Europea» en A. DEL VALLE GÁLVEZ e I. GONZÁLEZ GARCÍA (Eds.), *Gibraltar, 300 años*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2004, pp. 131-153.

«Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte». Tampoco altera el *Brexit* la naturaleza internacional diferenciada de un territorio que, a la luz del Derecho Internacional y según dispone Naciones Unidas (N.N.UU.) desde hace más de medio siglo, se encuentra en la lista de territorios no autónomos pendientes de descolonización⁵.

En cambio, su estatuto europeo debe reconfigurarse por completo, y es muy particular: la legislación comunitaria se ha aplicado en Gibraltar desde 1973 con excepciones en los siguientes ámbitos materiales: Unión Aduanera; libre circulación de mercancías; políticas comercial, agrícola y pesquera comunes; Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA); estando Gibraltar además fuera del Área Schengen por la no participación del RU en los Pactos de Schengen de 1985 y 1990, siendo, en consecuencia, de aplicación los controles de fronteras exteriores europeas con Gibraltar.

En esta negociación del *Brexit* toman de nuevo relevancia los dos aspectos interrelacionados en el tratamiento de la cuestión gibraltareña. Hasta cierto punto son separados o independientes, pero en el fondo están íntimamente interconectados: las cuestiones de soberanía y de cooperación transfronteriza.

Por otra parte, en el nuevo contexto de un RU ausente de la UE, adquiere paradójicamente en la cuestión de Gibraltar un protagonismo decisivo la UE.

Desde luego, las CCEE/UE siempre han sido un actor capital en las relaciones hispano-británicas y en la relación de Gibraltar con el Campo de Gibraltar y Andalucía. Su estatuto especial, aceptado con la adhesión española en 1986, le ha permitido disponer de ventajas de libre circulación, sin los inconvenientes de Schengen o la Unión Aduanera o normas fiscales. La UE ha sido también un órgano de garantía del cumplimiento del Derecho europeo común al RU y a España, e incluso ha intervenido como ‘mediadora’ en los casos de crisis o agrios conflictos diplomáticos, para hacer cumplir el Derecho europeo. Una instancia común y externa que objetivamente ha colaborado en políticas como la aduanera, de trabajadores o medioambiental, que era necesario aplicar en común en la conglomerada Bahía de Algeciras/ Gibraltar.

⁵ Véase. la lista oficial ONU de Territorios No Autónomos en <https://www.un.org/dppa/decolonization/es/nsqt>.

Y en este nuevo contexto de alteración de paradigmas, la UE es la clave. Como consecuencia del referendo de junio de 2016 en Gibraltar, y pese a que resultó abrumadoramente favorable a permanecer en la UE, Gibraltar ha debido acompañar al RU en su salida, que efectivamente se produjo el 1 de febrero de 2020. Esto ha obligado a buscar un nuevo estatuto europeo para Gibraltar, y España ha recuperado un protagonismo decisorio, lo que ha reactivado la negociación bilateral hispano-británica para decidir las grandes cuestiones relativas al nuevo estatuto que se busca para Gibraltar.

Tras la solicitud de retirada de la UE en 2017, España y el RU llegaron a importantes acuerdos en noviembre de 2018. Por una parte, se perfiló ya el importante acuerdo reflejado en el Protocolo sobre Gibraltar integrado en el Tratado de Retirada. Por otra parte, se llegaron a acuerdos de convivencia o *Modus Vivendi* mediante cuatro Memorandos de Entendimiento (Memorandum of Understanding -MOU), además de anunciar un tratado para cuestiones fiscales. En este contexto, España incluso solicitó que la cuestión de Gibraltar, en la relación futura UE-RU, fuera objeto de un Tratado separado y específico, que debía contar con el previo acuerdo bilateral hispano-británico.

En conjunto, en el estado actual de las negociaciones de Tratados post-*Brexit*, nos encontramos con que se ha erigido provisionalmente un formato muy original de Tratados y MOUs; los ministros de Exteriores británico y español decidieron el 15 de diciembre de 2021 extender la prórroga de su validez en 2022, en espera de los resultados del Tratado específico sobre Gibraltar, en curso de negociación desde octubre de 2021.

En este trabajo trataremos en diversos Capítulos estas cuestiones.

Parece necesario tratar en los primeros Capítulos los temas de base, vinculados y constantes en la relación con Gibraltar y el RU: el planteamiento de la reclamación territorial española en su evolución (Capítulo II), y los aspectos prácticos de la cooperación transfronteriza desarrollada con el Campo de Gibraltar y Andalucía hasta el año decisivo del referendo *Brexit*, con referencia a la situación de La Línea como ciudad fronteriza única en Europa (Capítulo III). Tras el *Brexit*, se expone la estrategia española para la negociación de la retirada británica, con la vista puesta en Gibraltar (Capítulo IV).