

ENCuENTROS

Revista luso-española
de investigadores en
Ciencias Humanas y Sociales

S E P A R A T A S

OLIVENZA

2004

N.º 4

LA CUESTIÓN DE OLIVENZA, A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

CARLOS R. FERNÁNDEZ LIESA

SUMARIO

1. La cuestión de Olivenza: una controversia relativa a los títulos jurídicos de soberanía nacional.

- 1,a) Relevancia jurídico-internacional de la cuestión.
- 1,b) Relevancia de los títulos jurídicos para su solución.

2. Validez del título jurídico de cesión de soberanía territorial.

- 2,a) Impugnación de la validez basada en causas relativas al propio tratado.
- 2,b) Impugnación de la validez basada en el Tratado de París de 1814.

3. El cumplimiento por España de sus obligaciones internacionales.

- 3,a) Artículo 105 del Acta final del Congreso de Viena.
- 3,b) Relevancia jurídica de las negociaciones y propuestas diplomáticas sobre la retrocesión de Olivenza.

4. Aquiescencia de Portugal a la soberanía española de Olivenza.

- 4,a) Relevancia de la aquiescencia en las controversias territoriales.
- 4,b) La preservación de los derechos portugueses hasta mediados del siglo XIX.
- 4,c) El cambio de comportamiento a partir de 1845.
- 4,d) Análisis de las condiciones de aquiescencia de Portugal.
 - 4,d,1) Comportamiento global pasivo.
 - 4,d,2) El factor temporal.
 - 4,d,3) El comportamiento de terceros como prueba de la aquiescencia.

1. LA CUESTIÓN DE OLIVENZA . UNA CONTROVERSIAS RELATIVA A LOS TÍTULOS JURÍDICOS DE SOBERANÍA TERRITORIAL

1,a) Relevancia jurídico-internacional de la cuestión

En los tratados de límites luso-españoles de 1864 y 1926 se solucionaron todas las diferencias fronterizas, con la sola excepción de Olivenza. Portugal se opuso a delimitar la raya correspondiente al término de Olivenza debido a su histórica reivindicación sobre un territorio que había estado bajo su soberanía desde el Tratado de Alcañices (1297) hasta el Tratado de Badajoz (1801), exceptuando el paréntesis de la Unión Ibérica.

La cuestión de Olivenza, bien analizada y conocida en Portugal¹, es desconocida en España. Salvo los estudios de Luis A. Limpo, y más recientemente los de Máximo Cajal, que mantienen tesis diferentes, es por lo general desconocida incluso en parte de la doctrina internacionalista, a pesar de su relevancia jurídico-internacional.²

¹ Las obras clásicas sobre Olivenza, en Portugal, son las siguientes: ESTÁCIO DA VEIGA, S.P.M., *Gibraltar e Olivença. Apontamentos para a história da usurpação destas duas praças*, Lisboa, 1863, 24 pp; MATOS SEQUEIRA, ROCHA JUNIOR, *Olivença*, Portugalía, Lisboa, 1924, 284 pp ; QUEIROZ VELOSO, J.M^a. de, *Cómo perdemos Olivença*, Lições profesadas no Instituto de Altos Estudos, anexo à Academia das Ciências de Lisboa, nos días 14, 18 e 21 de junho de 1932, Casa Ventura Abrantes, Lisboa, 1932 FLÓRIO JOSÉ DE OLIVEIRA, *Breve comentario à sempre viva e actual questão de Olivença*, Estudos Pórtico, 1948, Lisboa, 124 pp ; ROSA Y ALBERTY, R., *A questão de Olivença (Porquê Olivença não pertence a Espanha)*, Lisboa, 1960, 139 pp; PINHEIRO DE AZEVEDO, *Olivença está cativa pela Espanha. Por culpa de quem?*, 1982, 211 pp.

² LIMPO PIRIZ, L.A., *Olivenza, entre España y Portugal*, Ayuntamiento de Olivenza, 1989; "Gibraltar y Olivenza : dos litigios fronterizos en la Península Ibérica", *Encuentros*, Revista hispano-portuguesa de investigadores en Ciencias Humanas y Sociales. Olivenza, 1993, nº 2, pp. 235-256; "Propuesta para una conmemoración conjunta del bicentenario del Tratado de Badajoz", *O Pelourinho*, Boletín de Relaciones Transfronterizas, Badajoz, nº 9, abril de 1999, pp. 18-25 ; *La reclamación portuguesa de Olivenza ante el bicentenario del Tratado de Badajoz*, (Conferencia Aula HOY), Archivo Histórico Municipal de Olivenza, 2001, 26 pp.; "Proyección americana de la Guerra de las Naranjas y Tratados de Badajoz", *Revista de Estudios Extremeños*, Badajoz, Tº LVII, 2001, nº III, pp. 919-961; "Motivos americanos para Fontainebleau: la cara oculta de la Guerra de las Naranjas", *Actas del Congreso Internacional Manuel Godoy y su tiempo*, Editora Regional de Extremadura, 2003, Tº II, pp. 631 - 649.

La Constitución española se refiere al territorio español o del Estado en diversas disposiciones (Arts. 138, 1, 139, 1 y 2, 158.1 y 161.1), pero sin indicar sus límites, establecidos convencionalmente con los países vecinos,³ a excepción de la zona correspondiente a Olivenza.⁴

En 1990 los presidentes Aníbal Cavaco Silva y Felipe González acordaron la reconstrucción del histórico Puente de Ajuda sobre el Guadiana, pero esta obra quedó paralizada en 1994 al estimar Portugal que la realización de un puente transfronterizo podría suponer el reconocimiento de la españolidad de Olivenza. El acuerdo luso-español sobre accesos comunes de 1998 intentó eludir el problema al establecer en su art. 2 que el mismo "no afectaba al trazado de la frontera." En aplicación del Acuerdo-Marco se reunió una Comisión Mixta que aprobó la rehabilitación del puente viejo para uso peatonal por el Estado Español y la construcción de un puente nuevo para el tráfico rodado por el municipio portugués de Elvas.

Primero se hizo e inauguró el puente nuevo (11 noviembre de 2000). Pero cuando se iba a proceder a la rehabilitación del antiguo (15 de julio de 2001), un juez portugués prohibió la autorización de obras, al entender que podía implicar un reconocimiento de que Olivenza es territorio español. España ha tardado más de un año en sacar a licitación las obras, adjudicadas a una empresa en diciembre de 2002, con un plazo de ejecución de 13 meses.

Asimismo CORDERO TORRRES, J.M.^a, *Fronteras hispánicas. Geografía e historia. Diplomacia y administración*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960; IBÁÑEZ-MARTIN, V., *Olivenza*, Escuela diplomática, Curso 1960-61 (tr. inéd., 143 pp. mec.); CAJAL, Máximo, *Ceuta, Melilla, Olivenza y Gibraltar. ¿Dónde acaba España?*, Siglo XXI, Madrid, 2003, 303 pp.

En la doctrina internacionalista: REMACHA, J.R., "La frontera hispano-portuguesa", *Las relaciones de vecindad*, AEPDIRI, C. del Arenal coord., Universidad del País Vasco, 1987; REMIRO BROTONS, A., DIEZ-HOCHTLEITNER, J., ORIHUELA CALATA-YUD, RIQUELME CORTADO, PEREZ-PRAT DURBAN, *Derecho Internacional Público*, MacGrawHill, 1997, pp. 555.

³ DIEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 358 ss, pp. 362-363; GONZÁLEZ CAMPOS, J., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L., SÁENZ DE SANTA MARÍA, M.P., *Curso de Derecho Internacional Público*, Civitas, Madrid, 1998, (última ed. rev., la 3ª, pub. por Thomson-Aranzadi, 2003) pp. 546 ss.

⁴ Al menos por lo que se refiere al espacio terrestre, debido a que los espacios marítimos están en su mayor parte necesitados de una delimitación. Vid. ORIHUELA CALATA-YUD, E., *España y la delimitación de sus espacios marinos*, Universidad de Murcia, 1989, 257 pp.

En todo ese tiempo, sin embargo, no se ha culminado la reconstrucción del histórico puente. Según la prensa, el Embajador portugués en España habría solicitado explicaciones sobre las obras. En el momento de redactar estas líneas, "...a questão ainda está sob alçada judicial."⁵

Los demandantes en el proceso 89/01 sobre Puente Ajuda argumentaron que Olivenza es territorio portugués. De emitirse informe favorable al proyecto de recuperación remitido por España, se podría posibilitar y causar enajenación de parte del territorio portugués y de bienes nacionales allí existentes.⁶ Cabe destacar que el juez luso estimó como indiciariamente probados los siguientes hechos:

1º) Como consecuencia de la agresión hispano-francesa a la que se vino a dar el nombre de *Guerra de las Naranjas*, Portugal suscribió el Tratado de Badajoz de 6 de junio de 1801, por el cual España tomaba posesión en calidad de conquista de la plaza de Olivenza.

2º) El 1 de mayo de 1808 Portugal denunció aquel tratado por el Manifiesto que el Príncipe Regente D. João VI hizo publicar declarándolo "nulo y de ningún valor."

3º) El Estado portugués se ha negado a definir los límites fronterizos entre Portugal y España en el tramo comprendido entre la desembocadura del Río Caia y la desembocadura de la Rivera de Cuncos, especialmente no señalando la línea de frontera en aquel tramo en la cartografía oficial portuguesa.

4º) En la Cumbre hispano-lusa de 1994 el Gobierno portugués entendió no aceptar como proyecto transfronterizo la construcción del nuevo puente sobre el río Guadiana entre Elvas y Olivenza, en las inmediaciones del Puente de Nuestra Señora de Ajuda, ni la reconstrucción de éste, asumiendo por el contrario íntegra y exclusivamente los gastos de las obras, de manera que se apartara la interpretación jurídica de que tácitamente se admitía el trazado de la frontera sobre la línea del Guadiana y se cedía en la soberanía sobre el territorio oliventino, respectivos monumentos y demás patrimonio.

A juicio del magistrado, el derecho del Estado portugués sobre el territorio oliventino constituía un dato adquirido [*sic*] frente al orden jurídico

⁵ *Expresso*, Lisboa, 15-03-2003.

⁶ Esta resolución se emitió en el procedimiento cautelar común iniciado por el Presidente del *Grupo Amigos de Olivença*, que impugnaba la decisión de 12 de enero de 2000, de la Comisión Mixta hispano-portuguesa para las accesibilidades al sur del Duero, constituida en virtud del Convenio Marco luso-español sobre la mejora de los accesos entre los dos países, de 30 de noviembre de 1998.

interno e internacional. “Solo España mantiene una posición diferente que, naturalmente, no nos vincula.” Para evitar que se tratase Olivenza como “territorio extranjero” y se viese afectado aquel derecho, el juez paralizó la emisión del informe y de las obras. De otro modo, entendía, se hubiese producido un fundado temor de lesión grave, irreparable e inminente, del derecho del Estado portugués sobre el territorio oliventino. Es obvio, indicaba el juez, que si este proceso de reconstrucción no se detiene, España invocará con mucha más propiedad el derecho que desde hace mucho se arroga sobre el espacio peninsular en causa, colocando en una situación de empeoramiento el territorio y el patrimonio portugués.

Este asunto dio lugar a la intervención de la Fiscalía de la República. La Fiscalía, si bien apeló la decisión, reafirmaba en sus argumentos los derechos de Portugal sobre Olivenza. También intervino la Asamblea de la República. El Presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales realizó un *Relatório* estimando que hay un problema de Derecho Internacional sobre Olivenza, cuya solución depende sobre todo del Gobierno, pero en el que puede realizar también un cierto papel la Asamblea.

En el año 2003 el *Grupo Amigos de Olivença* planteó otro recurso cautelar común ante el *Tribunal Judicial da Comarca de Elvas*.⁷ En julio de 2003, el Tribunal estimó que la cuestión no era competencia de los tribunales comunes. Es decir, que los Tribunales *nacionais* de Portugal carecían de jurisdicción para resolver un litigio *de naturaleza internacional*. Para este Tribunal, la solución pasa necesariamente por la aplicación del Derecho Internacional Público, que regula las relaciones entre Estados. De tal modo que los poderes que al juez interno concede la *Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais* no le otorgan jurisdicción para resolver un litigio territorial que, en virtud del principio de separación de poderes, “se escora numa questão não sancionável pela justiça portuguesa.” Para el Tribunal de Elvas esto no significa que la cuestión no sea de naturaleza judicial, “más não deve ser deferida ao juiz interno, mas sim a árbitros internacionais ou a organismos transnacionais de intermediação, que actuam sob o enfoque do ordenamento internacional público...”. Por lo demás, los órganos diplomáticos y políticos del Estado portugués son los que debieran realizar la defensa del principio de integridad territorial, mediante mecanismos de garantía y protección del propio Estado.

⁷ *Decisão do Tribunal Judicial da Comarca de Elvas, relativa ao procedimento cautelar especificado de embargo de obra nova contra Freyssinet, S.A., de 23-7-2003.*

Aunque el Gobierno de Portugal o la Presidencia de la República no han reclamado formalmente la retrocesión, en tiempos recientes se han realizado declaraciones en línea con las del siguiente tenor: “Portugal nunca reconheceu oficialmente a situação. Olivença, do ponto de vista legal, continua a ser nossa. Daí que, correspondendo a contactos pontuais da Espanha sobre problemas da região, respondamos sempre que *de jure* é portuguesa.”⁸

Los comportamientos portugueses opuestos a la soberanía española sobre Olivenza no pertenecen a los arcanos de la historia diplomático-jurídica de la aventura napoleónica y el concierto europeo, sino que han subsistido hasta la fecha. Olivenza es el último territorio polémico luso-español, la última frontera terrestre española que falta por delimitar. Para los movimientos portugueses que exigen la retrocesión, la posición oficial del Estado portugués es que “ Olivenza es territorio *de iure* português, espanhol *de facto*.”⁹ Los órganos del Estado portugués han realizado afirmaciones de este mismo tenor.

Nuestra tesis es que el *Tratado de Paz firmado en Badajoz entre Portugal y España con fecha 6 de junio de 1801 es válido, y que el mismo establece la frontera hispano-portuguesa en el término de Olivenza en el río Guadiana*. La cartografía y el asunto Puente Ajuda, entre otros comportamientos, reflejan sólo polémicas territoriales bien articuladas argumentalmente por los movimientos irredentistas y la República de Portugal.

Hay una antigua polémica concerniente a la soberanía española sobre al aldea de Villarreal, en la margen izquierda del río Guadiana y perteneciente al término municipal de Olivenza, que ha resurgido en nuestros días.¹⁰ Cuando Olivenza pertenecía a Portugal, la aldea formaba parte de Jurumenha, asentada en la margen derecha del río. Esta plaza fue devuelta por España en virtud del Tratado de Badajoz. Su art. III establecía la restitución de Jurumeña, Arronches, Portalegre, Castelo de Vide, Barbacena, Campomaior y Ouguela, “...*con todos sus territorios* hasta ahora conquista-

⁸ Embajador Carlos Empies Wemans, Director portugués de la Comisión Mixta de Límites. En: *Diário de Lisboa*, 28-11-1988, p. 2.

⁹ LUNA, Carlos E. da Cruz, “Un litígio fronteiriço semi-escondido pelo Estado português ha...quase 200 años !!!”, *A questão de Olivença: uma abordagem progressista*, mimeo, 2000.

¹⁰ RODRIGUES, M. R. Simões, *Alegação histórico-jurídica sobre a localização da Ponte de Nossa Senhora de Ajuda*, 1 julho de 2001 (mimeo) ; “Como se não bastasse, há ainda Vila Real”, *Diário de Notícias*, Lisboa, 29 de noviembre de 2001.

dos por sus armas o que llegaren a conquistarse (...) y Su Magestad Católica conservará en calidad de conquista, para unirlo perpetuamente a sus Dominios y Vasallos, la Plaza de Olivenza, su territorio y Pueblos desde el Guadiana, *de suerte que este río sea el límite de los respectivos Reynos en aquella parte que únicamente toca al sobredicho territorio de Olivenza.*” Por tanto, la resolución de esta controversia sobre Villarreal supone forzar el espíritu y la letra del art. III del Tratado de Badajoz... dos siglos después.

Pero las mayores controversias se han planteado en torno a los fundamentos jurídicos invocados por Portugal en una primera fase (y por los movimientos irredentistas más tarde) sobre la nulidad del título por el que Portugal cedió a España la plaza de Olivenza. Esta nulidad se argumenta con alegatos histórico-jurídicos que apoyan la tesis de que Olivenza es territorio portugués ilegalmente ocupado por España, a quien Portugal no reconoce la soberanía sobre el territorio.

Los derechos de soberanía lusos sobre Olivenza aparecen en la *web* del *Grupo Amigos de Olivença* como “...indiscutibles. Ningún especialista de Derecho Internacional los puede poner en duda. La solución para este litigio peninsular está en el cumplimiento de lo estipulado en el Tratado de Viena de 1815, por el cual España se comprometió a restituir Olivenza a Portugal, lo que no ha cumplido hasta hoy.”¹¹

El territorio de Olivenza está en una frontera consolidada históricamente desde que la estableció el Tratado de Alcañices de 1297. La soberanía portuguesa se prolongó durante el paréntesis de la Unión Ibérica hasta 1801, en que Portugal cede la plaza a España. El posterior acuerdo hispano francés de 1807 para la invasión de Portugal llevaría al Príncipe Regente D. João VI a denunciar el tratado en 1808.

Desde ese momento, multitud de argumentos han sido invocados para apoyar la pretensión de devolver Olivenza. Unos se refieren a la invalidez del título convencional español, basada en las circunstancias en que se celebró el Tratado. Otros a hechos posteriores —como el principio de que la guerra rompe los tratados...—, o a obligaciones jurídico-internacionales que habría asumido España más tarde, como el art.º 105 del Acta Final del Congreso de Viena de 9 de junio de 1815.

Portugal nunca habría reconocido Olivenza como parte del territorio español, negándose a delimitar la frontera en los tratados de 1864 y 1926 y

¹¹ Vid. <http://www.geocities.com/CapitolHill/2383/est.juric.htm>.

mediante otros comportamientos. Desde los años noventa, diversos actos de Portugal han vuelto a poner de actualidad esta cuestión, relevante no sólo por el interés que tiene responder a la invitación del Embajador portugués de que compete a los juristas la interpretación de los tratados, sino porque la cuestión de fondo no deja de interferir en la agenda diplomática hispano-portuguesa. Tal y como señalaba recientemente Máximo Cajal: “Faltarían a la verdad los responsables españoles de la política y de la diplomacia, o de cualquier otra actividad que de un modo u otro tenga que ver con Portugal, con el Reino Unido o con Marruecos, si no admiten haberse encontrado alguna vez –y no sólo en los últimos tiempos– con el omnipresente espectro de las periódicas reapariciones en escena de Olivenza, cuando se negocia con Lisboa; de tropezarse con Ceuta y Melilla, cuando de Rabat se trata, o con el Peñón, cuando se discute con Londres.”¹²

1,b) Relevancia de los títulos jurídicos para solucionar la Cuestión de Olivenza.

El objetivo de este artículo es analizar los fundamentos de la soberanía territorial sobre Olivenza. Ello nos conduce a un doble análisis. Por un lado, *los títulos de soberanía*. Por otro, *los comportamientos recíprocos sobre los títulos*. Se trata de un análisis apoyado en la Historia, como no podría ser de otra manera, pero eminentemente jurídico. Función típica del Derecho Internacional, quizás la más relevante, sea precisamente la de tratar y resolver los conflictos, o al menos la de “juridificarlos”.

De existir una controversia hispano-portuguesa sobre Olivenza, tendría por objeto determinar cuál es el título de soberanía territorial válido y oponible *erga omnes*. En Derecho Internacional, los títulos legitiman el ejercicio de las competencias de un Estado en un determinado territorio. La solución jurídica del contencioso, pues, tendría por objeto determinar quién tiene el mejor título de soberanía.

El Derecho Internacional tiene carácter multititular.¹³ Su flexibilidad admite diversos modos de establecimiento de la soberanía territorial, diferen-

¹² CAJAL, M., *Ceuta, Melilla, Olivenza y Gibraltar ¿Dónde acaba España?*, Siglo XXI, Madrid, 2003, p. 4.

¹³ Sobre el carácter multititular véase DISTÉFANO, G., “La notion de titre juridique et les différends territoriaux dans l’ordre international”, *RGDIP*, 1995/2, pp. 335-365, p. 344..

tes fuentes de títulos, que pueden desarrollarse de manera concurrente. De ahí que autores como Remiro¹⁴ se refieran a los *fundamentos*, y no a los modos de adquisición del territorio —terminología ésta trasnochada...— o a los modos de establecimiento de la soberanía territorial. Los fundamentos son aquellos procesos, jurídicos o fácticos, que el Derecho Internacional, como sistema de referencia, reconoce capaces para la creación de un título: ejercicio efectivo y pacífico de las funciones estatales *in illo tempore*, cesión, ocupación, accesión, prescripción, adjudicación, reconocimiento, aquiescencia...

El objeto de la investigación, por tanto, consiste en determinar no sólo qué título sería bueno en abstracto según el Derecho Internacional, sino sobre todo cuál sería el mejor de ellos (*the better one*), admitiendo a efectos argumentativos la concurrencia de otros títulos.¹⁵

Un título se define como “todo hecho, acto o situación, causa y fundamento de un derecho, y el documento invocado con objeto de establecer la existencia de un derecho o de una cualidad.”¹⁶ En esta definición se recoge la polivalente significación del término título, que sirve tanto para referirse a la causa, *negotium* o fuente del derecho, como al *instrumentum* o prueba del mismo. Como ha indicado el Tribunal Internacional de Justicia [TIJ] en el *Asunto de la diferencia fronteriza Burkina Faso/Mali*: “La noción de título puede igual y más generalmente referirse tanto al medio de prueba susceptible de establecer la existencia del derecho como al derecho mismo.”¹⁷

El título jurídico es, en lo que ahora nos interesa, la fuente, la causa o razón jurídica del Derecho subjetivo. En este caso, el derecho subjetivo de España a la soberanía territorial sobre Olivenza. Este derecho subjetivo encuentra su título en el Tratado de Badajoz de 1801, tratado de paz en el que se operó una cesión que el derecho objetivo de la época estimaba como acto jurídico válido para la creación de un nuevo título.

¹⁴ REMIRO BROTONS, A./ Et al., *Derecho Internacional Público*, McGrawHill, 1997, p. 533 ss

¹⁶ BLUM, Y., *Historic titles in international law*, Manchester University Press, 1965, p. 2.

¹⁶ Esta definición es comúnmente admitida. Sobre la noción de título en Derecho Internacional, véase LÓPEZ MARTÍN, A.G., *El territorio estatal en discusión: la prueba del título*, McGrawHill, Madrid, 1999, p. 8 ss; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., “L’uti possidetis et les effectivités dans les contentieux territoriaux et frontaliers”, *RCADI*, t. 263, 1997, p. 21; asimismo KOHEN, M., *Posesión contestée et souveraineté territoriale*, Puf, París, 1997

¹⁷ TIJ, Rec. 1986, pár. 18.

En nuestra opinión, no es necesario insistir en el análisis de los modos de establecimiento del título de soberanía territorial, que ponen el acento en la posesión efectiva y continua del territorio de Olivenza por España durante el tiempo transcurrido desde 1801. Lo que no implica que esto sea irrelevante, sino que hay títulos oponibles más robustos. Los mejores títulos no serían la posesión inmemorial¹⁸ y el ejercicio continuo y pacífico de la soberanía, la denominada prescripción adquisitiva, la doctrina de los títulos históricos o de la consolidación histórica. La mayoría de ellos, además, serían inaplicables al análisis de este asunto.

Según la clásica división entre títulos absolutos, relativos o incoados, el título de soberanía territorial española sería un título absoluto y oponible *erga omnes*. De existir una controversia, Portugal basaría su reclamación en la invalidez del título español, tanto por causas intrínsecas al mismo como por su anulación posterior. La principal tesis portuguesa consiste en afirmar la invalidez del título español de soberanía territorial, lo que daría entrada a los títulos históricos de soberanía ejercidos previamente por Portugal. A nuestro juicio, el válido título español de soberanía es absoluto, oponible *erga omnes* y suficiente por sí mismo, sin que sea necesario analizar el comportamiento posterior de España y Portugal para resolver la controversia.

Ello no obstante, debido a que comportamientos posteriores han sido invocados para fundamentar los derechos de Portugal a la soberanía territorial de Olivenza, también analizaremos si los comportamientos recíprocos han modificado la situación jurídica inicial de validez del Tratado de Badajoz o si, por el contrario, como es nuestra tesis, han contribuido a aportar nuevos fundamentos a la soberanía española sobre Olivenza.

Como ha señalado la doctrina internacionalista, la estructura descentralizada y poco institucionalizada del Derecho Internacional incrementa la importancia de los comportamientos. Instituciones jurídicas como el reconocimiento, la aquiescencia o el *estoppel* conducen a que las normas jurídicas atribuyan a determinados hechos consecuencias jurídicas, como la pérdida de derechos. En ausencia de órganos centrales que creen el Derecho, la cristalización es interac-

¹⁸ En el *Asunto Oeil de Mer (Meerange/Morskie oko)*, sentencia arbitral de 13 de septiembre de 1902, se define la posesión inmemorial como “la que dura desde hace tanto tiempo que es imposible presentar la prueba de una situación diferente.” (MARTENS, NRT, 3ª serie, T. III, p. 71).

tiva, un proceso constante en el que el reconocimiento, la admisión, la protesta o el silencio, crean o hacen desaparecer derechos y obligaciones.¹⁹

Se debe distinguir entre comportamientos recíprocos y declaraciones unilaterales. Por lo que a éstas se refiere, las atribuibles a España no modifican su situación jurídica. De las realizadas por representantes de Portugal, en su caso, pensamos pueden servir para apoyar la tesis de su aquiescencia a la soberanía española.

Más allá de las declaraciones hay un conjunto de comportamientos recíprocos cuya significación jurídica es necesario desvelar para ver si han comportado la asunción de obligaciones o la pérdida de derechos para España o Portugal. Entre los comportamientos jurídicamente relevantes cabe destacar los siguientes:

El compromiso jurídico asumido por España de retroceder Olivenza (siempre según interpretación portuguesa...) en el Tratado de 1810, Tratado de París de 1814, Art. 105 del Acta final de Viena de 9 de junio de 1815 y durante la Conferencia de París sobre la Banda Oriental.

La significación jurídica tanto de las reclamaciones de retrocesión de Olivenza de 1802, 1814, 1816, 1817, 1819, y 1835 como de las respuestas españolas.

Significación jurídica de la protesta portuguesa de 1837 y de las españolas de 1915, 1951 y 1959.

Los derechos y obligaciones que, en su caso, se deducirían de las negociaciones hispano-portuguesas sobre la retrocesión de Olivenza, al hilo de la negociación del proyecto de federación peninsular (1815), negociación de los contratos matrimoniales entre Fernando VII e Isabel de Braganza (1816) y Conferencia de París sobre la Banda Oriental

Significación jurídica de la falta de delimitación de la frontera en la zona de Olivenza, durante la negociación de los Convenios de Límites de 1864 y 1926.

Significación jurídica de las reservas portuguesas sobre Olivenza durante la negociación del convenio sobre vías de comunicación y otras propuestas, resultado de diversas negociaciones diplomáticas.

Comportamientos recíprocos como las reclamaciones, protestas, no reconocimientos, silencios, propuestas, etc... pueden tener efectos jurídicos

¹⁹ KOLB, R., *La bonne foi en Droit International Public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, préface de G. Abi-Saab, IUHEI, Genève, 2000, p. 339; en la doctrina española JIMÉNEZ GARCÍA, F., *Los comportamientos recíprocos en Derecho Internacional. A propósito de la aquiescencia, el estoppel y la confianza legítima*, Dilex, Madrid, 2002.

sobre los títulos si modifican o extinguen derechos y obligaciones de los Estados. Como ya analizó Cahier,²⁰ de la actitud de los Estados se puede desprender una voluntad de comprometerse y deducir derechos y obligaciones. Incluso mediante actos en los que el Estado no tuviera intención de producir efectos jurídicos...

Habrá que analizar, por tanto, qué hechos de la vida jurídica hispano-portuguesa pueden tener efectos jurídicos sobre el estatuto de Olivenza. Señalaba recientemente Jiménez García, en una larga y oportuna cita que nos permitimos traer a colación:

“Los comportamientos recíprocos de los Estados, integrados por una serie de acciones y reacciones complejas (positivas o negativas) de las partes afectadas respecto a una situación concreta, de hecho o de derecho, no crean normas jurídicas de formulación abstracta y aplicación general que condicionen o limiten la conducta futura de los Estados por ellas obligados. Por el contrario, los efectos jurídicos de estos comportamientos se producen una vez que está en vigor la norma o título jurídico en cuestión e inciden en los procesos de modificación o extinción de derechos y obligaciones de los Estados especialmente interesados, bien en la esfera puramente particular de sus relaciones mutuas, bien desde la perspectiva comunitaria y normativa que estos comportamientos presentan en la dinámica y evolución del Derecho Internacional como sistema jurídico esencialmente empírico y racional.”²¹

Si estos comportamientos recíprocos tienen relevancia en diversos ámbitos del Derecho Internacional,²² en las controversias territoriales es donde han tenido una mayor importancia. En éstas lo esencial no es la existencia de títulos jurídicos, efectividades, aquiescencia, reconocimiento o *estoppel*, como conceptos aisladamente considerados, sino “la existencia de un consentimiento, implícito o tácito, de una de las partes, a considerar que una situación territorial es para ella jurídicamente obligatoria.”²³

Ese consentimiento se deduce del comportamiento o conducta recíproca de las partes, entendida como “una serie de acciones y reacciones complejas (positivas o negativas) de las partes, frente a una situación territorial

²⁰ CAHIER, P., “Le comportement des Etats comme source des droits et d’obligations”, Recueil d’études de droit international en hommage à Paul Guggenheim, Genève, 1968, pp. 237-266.

²¹ JIMÉNEZ GARCÍA, F., *Los comportamientos recíprocos...*, p. 21

²² *Ibidem.*, p. 27 ss.

²³ SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., *Op. Cit.*, p. 191.

precisa, de la que deriva finalmente la existencia de un consentimiento implícito para aceptar que esa situación le sea jurídicamente oponible, y que da lugar a derechos y obligaciones territoriales.”²⁴

En la cuestión de Olivenza hay que analizar la relevancia jurídica de multitud de comportamientos recíprocos con dos finalidades. En primer lugar, para ver si de los comportamientos recíprocos posteriores a 1801 se puede deducir un *debilitamiento del título español o una renuncia a los derechos de soberanía territorial* por España (esto último insostenible a la luz de su comportamiento...) En segundo lugar, para ver si de estos comportamientos recíprocos cabe deducir una *aquiescencia o abandono de la pretensión portuguesa*. En definitiva, analizaremos el comportamiento de España y Portugal para ver si del mismo puede inducirse la manifestación del consentimiento implícito a una modificación de los derechos y obligaciones territoriales sobre Olivenza que afecte al análisis y valoración de los títulos de soberanía territorial.

2 VALIDEZ DEL TÍTULO JURÍDICO DE CESIÓN DE SOBERANÍA TERRITORIAL

El principal argumento de Portugal en apoyo de sus derechos de soberanía radica en la invalidez del título español, el Tratado de Badajoz luso-español de 1801. Analizaremos las causas invocadas por Portugal y los movimientos irredentistas como motivos de nulidad de dicho título. Esta cuestión debe examinarse según la primera regla de Derecho Intertemporal, siendo el Derecho Internacional Clásico el parámetro de validez.

2,a) Impugnación de la validez basada en causas relativas al propio Tratado

1) El Tratado de Badajoz luso-español se celebró a pesar de la oposición de Napoleón Bonaparte, que envió instrucciones a Badajoz para el exacto cumplimiento del Convenio hispano-francés de 29 de enero 1801 que preveía, entre otras cosas, la ocupación de Oporto y toda su provincia. Estas ins-

²⁴ *Ibidem*, p. 191.

trucciones llegaron a Badajoz el 7 de junio a las 15 horas, cuando Godoy estaba reunido con Luciano Bonaparte y Pinto de Sousa negociando los tratados de paz. A pesar de las instrucciones, Luciano se avino con los representantes portugués y español a *antedatar* el tratado, con objeto de evitarlas. Fue así como se firmaron los tratados de paz luso francés y luso español. Si bien llevan fecha 6 de junio, sabemos positivamente que se acordó fijar esta fecha la noche del 7 y que se firmaron el 8.

Esta curiosa operación fue ideada y propuesta por Godoy en beneficio de Portugal. Así lo reconocía el representante portugués, Pinto de Sousa, en oficio fechado el 9 de junio de 1801, explicando que se decidió a firmar el tratado para evitar males mayores y en un momento muy delicado en el que todo estaba en contra de Portugal.²⁵

Con la firma del Tratado sólo se cedía Olivenza, no lo acordado entre España y Francia en el Convenio del 29 de enero. Napoleón intentó recusarlo al verse sin territorios o presas con las que obligar a Inglaterra a firmar la paz. Según los historiadores, montó en cólera. Sintiéndose traicionado, guardó a España un rencor que haría pagar poco tiempo después en las negociaciones de Amiens, permitiendo que la isla de Trinidad pasara a manos de Inglaterra.

²⁵ “...Luciano Buonaparte havia representado que elle esperava a cada momento um expresso de Paris com ordens definitivas, as quaes poderiam ser contrarias ao que se pretendia ajustar, e que em taes circumstancia não poderia concluir cousa alguma sem ser completamente desaprovado, e que o tratado ficaria por consequencia sem effeito. A iso suggeriu o principe da Paz o expediente, que ainda que assim acontecesse, seria facil o remedio, pondo-se-lhe antedata, dizendo ao Primeiro Cônsul que quando se receberam as suas ordens já o tratado estava concluido e assignado (...) O expresso que se esperava chegou aqui [Badajoz] no dia 7 às tres horas e meia da tarde.” *Integra do officio de Luis Pinto de Sousa sobre a anterior materia*, Badajoz, 9 de junio de 1801, f. 24. En: *Negociação de Badajoz. Ano de 1801. Contendo toda a correspondência de Luiz Pinto de Souza com Sua Alteza o Príncipe Regente, etc...*Códice propiedad de la Casa do Alentejo, Lisboa. Fotocopia del mismo en el Archivo Histórico Municipal de Olivenza, a partir de la cual citamos. Recogido también por SORIANO, S. José da Luz, *História da guerra civil e do estabelecimento do governo parlamentar em Portugal*, Imprensa Nacional, Lisboa, 1866, Iª Época, T.º III, p. 485-488 y BIKER, J. Firmino Júdice, *Supplemento a collecção dos Tratados, Convencões, Contratos e Actos Públicos celebrados entre a Corôa de Portugal e as mais Pôtencias*, Imprensa Nacional, Lisboa, 1878, T.º XIII, p. 259 – 262.

La oposición del Primer Cónsul y su calificación del tratado luso-español apenas como “protocolo de conferencias” carece de relevancia jurídico internacional a la hora de determinar la validez de este tratado bilateral. A mayor abundamiento, Sousa contestó en una nota que no estaba autorizado a tratar sobre las bases en las que insistía el Primer Cónsul, y que el Príncipe Regente estaba “fermement résolu à s’ensevelir plutôt sous les ruines de son throne, que de se soumettre jamais à des pareilles conditions.” Acto seguido, pidió permiso a D. João VI para retirarse a Lisboa.

2) Una parte de la doctrina estima que debió producirse la corrupción del representante francés en favor de Portugal, sobre todo por consentir en la antedatación del tratado contra las expresas instrucciones del Primer Cónsul. Aún admitiendo la corrupción del representante francés, sería irrelevante en relación con la validez del Tratado luso-español. Francia no era parte en el mismo, por lo que no podría alegarse como vicio del consentimiento de las Partes. Pero aún alegándose en relación con el tratado luso-francés, tampoco sería relevante, porque no llegó a ser ratificado al negociarse uno nuevo, firmado en Madrid el 29 de septiembre de aquel mismo año.

3) Indican los preámbulos de los Tratados de Badajoz: “Habiéndose concordado entre sí los Plenipotenciarios de las tres Potencias beligerantes, convinieron en formar dos Tratados, sin que en la parte esencial sean más que uno solo, pues que la garantía es recíproca, y ésta no será válida en ninguno de los dos si se verifica infracción en cualquiera de los artículos que en ellos se expresan (...)”.

Por su parte, el art. IV del tratado hispano-luso señala:

“Su Alteza Real el Príncipe Regente de Portugal y de los Algarbes no consentirá que haya en las fronteras de sus Reynos depósitos de efectos prohibidos y de contrabando que puedan perjudicar al comercio e intereses de la Corona de España (...); y si en este u otro artículo hubiere infracción, se dará por nulo el Tratado que ahora se establece entre las tres Potencias, comprendida la mutua garantía, según se expresa en los artículos del presente.”²⁶

²⁶ Madrid, Archivo del Ministerio de Asuntos Exteriores. Negociación del Siglo XIX. TR 2.N. 4 Tratado de paz y amistad entre España y Portugal, 6 de junio de 1801. Con las plenipotencias.

A la luz de estas disposiciones, de que Francia no ratificó el Tratado y negoció uno nuevo con Portugal (Madrid, 29/07/1801), se ha afirmado la invalidez del tratado hispano-luso. Nuestra tesis es que permanece la vinculación entre el tratado luso-español de 6 de junio y el tratado luso-francés de 29 de septiembre. La unicidad de ambos tratados sólo sería predicable de su objeto y fin, pero no de las cláusulas especiales. No constituye, por tanto, una causa de nulidad válida que Francia no ratificase el tratado de junio, porque la cesión de Olivenza no era el objeto y fin del tratado, sino una disposición especial entre España y Portugal. *El objeto y fin de los Tratados no era la cesión de Olivenza, sino establecer la paz y cerrar los puertos portugueses a los ingleses*. Esta tesis se prueba por diversas circunstancias concluyentes que permiten llegar a esa interpretación, considerando la intención de los Estados firmantes y las disposiciones convencionales a la luz del Derecho Internacional aplicable en 1801.

4) El plenipotenciario portugués decía en un Informe fecha 2 de junio de 1801 tener instrucciones que le prohibían “absolutamente a cesão de um palmo de terra.”²⁷ Estas instrucciones debían ser verbales, porque no constaban en la plenipotencia del Príncipe Regente de Portugal, expedida el 16 de mayo de 1801. Tampoco constaba ninguna restricción en la plenipotencia que otorgó Carlos IV a Godoy. Los negociadores francés y español debieron tener conocimiento de dicha restricción durante las negociaciones, o en el momento de la firma *sub spe rati* [a la espera de ratificación] que hizo Sousa el 8 de junio al art. 3 del Tratado.

“...Tomando sobre mim em tão critica e ardua conjuntura ceder a praça e território de Olivença, sem expressa ordem de Vossa Alteza Real (....) O tratado com Hespanha vae pois firmado da condição de ser por Vossa Alteza Real ratificado; emquanto a cessão de Olivença, segundo constará mellor do acto particular aqui inserto, assignado por mim e pelo Principe da Paz, a Vossa Alteza Real só toca decidir se convem ou não cedel-a.”²⁸

²⁷ *Relatório de Luís Pinto de Sousa Coutinho sobre a sua negociação de Badajoz no anno de 1801*, Badajoz, 2 de junio de 1801, *Negociação*, fol. 13, SORIANO, *Op. Cit.*, p. 478.

²⁸ El acta de accesión *sub spe rati* a la firma del art. 3 del Tratado de Badajoz luso español dice así: “O infra escripto, plenipotenciario, declara que consente unicamente pelo bem da paz em firmar o artigo 3 da cessão da praça de Olivença, salva comtudo a ratificação de Sua Alteza Real, o Principe Regente seu amo, ou a sua absoluta denegação. Em fe do que nos firmamos. Feita em Badajoz, aos 8 de junho de 1801. Luis Pinto de Sousa / El Príncipe de la Paz. En *Negociação*, fol. 75,y SORIANO, *Op. cit.*, p. 487.

Cabía, pues, la posibilidad de que el Regente no ratificase el Tratado. En todo caso, la ratificación posterior sanó la invocada restricción de poderes para efectuar la cesión de Olivenza. Por lo demás, el art. 47 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, hoy como en 1801, sólo puede aplicarse a la conclusión de tratados mediante firma, sin que sea necesaria ratificación posterior, pero carece de utilidad cuando el procedimiento de conclusión prevé la ratificación posterior, como era el caso del Tratado de Badajoz.²⁹

5) La mayoría de las modificaciones fronterizas a lo largo de la historia han resultado del uso de la fuerza. Como señalaba Le Fur³⁰, la violencia en los tratados de paz es la regla y no la excepción, porque estos tratados eran concluidos entre vencedor y vencido. La validez de estos tratados y de las cesiones territoriales concluidas bajo coacción debe enjuiciarse de diferente manera tanto en el Derecho Internacional Clásico como en el Contemporáneo.³¹ Con independencia del debate sobre la fecha de cristalización de la norma que prohíbe utilizar la fuerza armada en las relaciones internacionales, es obvio que no era aplicable en 1801. De acuerdo, pues, con las reglas de Derecho Intertemporal, la cesión convencional no estaba viciada de nulidad. De otro lado, el mantenimiento del título español no se ha visto afectado por este cambio normativo, al no ser retroactiva su aplicación.

2, b) *Impugnación de la validez basada en el Tratado de París.*

La doctrina portuguesa ha interpretado el Tratado de París de 30 de mayo de 1814 entre Portugal y Francia como anulatorio del Tratado de Badajóz lusó-español del 6 de junio de 1801, suponiendo para España la aplicabilidad del principio de manutención de las fronteras anteriores a 1792.

²⁹ El artº 47 de la Convención de Viena dice: "Si los poderes de un representante para manifestar el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado determinado han sido objeto de una restricción específica, la inobservancia de esa restricción por tal representante no podrá alegarse como vicio del consentimiento manifestado por él, a menos que la restricción haya sido notificada, con anterioridad a la manifestación de ese consentimiento, a los demás Estados negociadores".

³⁰ LE FUR, L., *Précis de Droit International Public*, Dalloz, París, 1939, p. 231.

³¹ DE VISSCHER, C., *Les effectivités du droit international public*, Pedone, París, 1967, pp. 91 ss; sobre el ítem normativo, REMIRO BROTONS, A., *Derecho de los tratados*, Tecnós, Madrid, 1987; BASTID, S., *Les traités dans la vie internationale. Conclusion et effets*, Economica, París, 1980.

El Conde de Funchal había formulado una Declaración al firmar el tratado en la que hacía extensivo el principio establecido en su artº 3 —...los límites del Pirineo entre Francia y España se establecerían igual que en 1792...— a la fijación de los límites europeos entre Portugal y España.³² Esta declaración fue emitida, como reconocía el plenipotenciario portugués, en la imposibilidad de consultar a su Corte, establecida en Brasil, y para no retrasar de manera indefinida obra tan importante como era la conclusión de la paz general con Francia.

Por otro lado, el art. adicional nº 3 al Tratado de París de 30 de mayo de 1814 indica:

“ Comquanto os Tratados, Convenções e Actos concluidos entre as duas Potencias anteriormente a guerra estejam annullados de facto pelo estado de guerra, as Altas Partes contratantes julgaram não obstante conveniente declarar outra vez expressamente que os ditos Tratados, Convenções e Actos, especialmente os Tratados assignados em Badajoz e Madrid em 1801, e a Convenção assignada em Lisboa em 1804, *ficam nullos e de nenhum effeito pelo que dizem respeito a Portugal e a França*, e que as duas Coroas renunciam mutuamente a todo o direito e se desligam de qualquer obrigação que d’elles podesse resultar.”³³

Sobre estas bases se ha señalado en innumerables ocasiones la nulidad del Tratado de Badajoz. Bases inaceptables, porque el principio de manutención de las fronteras anteriores a 1792 lo establecía el Tratado de París sólo en las relaciones entre la Guayana francesa y Portugal, por lo tanto no era aplicable ni oponible a España, al no ser parte en el Tratado.

Esta es la interpretación jurídica que hicieron España y Francia en aquel momento. España mantuvo esta interpretación en el informe de Antonio Henríquez, quien por lo demás desestimaba la aplicación de un

³² El texto de la Declaración en: SAMPAYO, Luiz Teixeira de, *Compilação de elementos para o estudo da Questão de Olivença (perda desta Praça e Diligências para a Reaver)* / intr. do Embaixador José Calvet de Magalhães ; trans. doc., notas, sumários, bibliografia e índices por M. R. Simões Rodrigues. Associação dos Amigos do Arquivo Histórico-Diplomático do Ministério dos Negócios Estrangeiros, Grupo Amigos de Olivença, Lisboa, 2001., p. 105.

³³ CASTRO, José Ferreira Borges de, comp., *Collecção dos Tratados, Convenções, Contratos e Actos Públicos celebrados entre a Corôa de Portugal e as mais potências desde 1640 até ao presente*, Imprensa Nacional, Lisboa, 1857, T.º IV, p. 509.

principio "...con tantas excepciones cuantas contienen los últimos tratados de París de mayo, y de julio, y probablemente tendrán los nuevos que se celebren en Viena." El informe indicaba que había que reflexionar además sobre el hecho de que Francia había sido "siempre la Potencia agresora, por lo que no sólo debía desprenderse de los territorios ajenos, sino sufrir sola."

Con argumentos de mayor peso jurídico, el Secretario de Estado español D. Pedro Cevallos respondió a Portugal mediante una nota diplomática en la que mantenía que el Tratado de París era oponible a Francia, pero no a España, no siendo susceptible de invalidar el Tratado luso-español de Badajoz de 1801.

"El último tratado de París, de resultas del qual ha querido hacerse alguna insinuación sobre la necesidad de haberse de restituir dicha plaza, ningún motivo, ni aún pretexto, da a semejante moción. Es relativo solo a las dependencias de las Potencias aliadas con la Francia, y reducido a reparar los agravios originados por la ambicion de Buonaparte. De aqui es que las transacciones de este tratado, como las de otros, son de una naturaleza que no permiten extensión a las contestaciones que no pudiesen entrar en el plan de las Partes contratantes; y que un tratado solemne qual fue el ajustado en el año de 1801 en Badajoz, no puede quedar sin vigor, ni alterarse, en virtud de otro en que no se pactó terminantemente su revocación o reforma."³⁴

En definitiva: el principio de manutención de las fronteras anteriores a 1792 tenía su lógica para finalizar con la aventura napoleónica, pero no era aplicable a España, que en lo político había sido víctima de ella, y en lo jurídico no era parte en el Tratado de París. Por lo demás, de haberse aplicado tal principio a España, habría abierto a nuestro país la posibilidad de pedir la retrocesión de territorios perdidos, como la isla Trinidad o la Luisiana. Tal vez por ello ninguna Potencia europea insistió mucho en reabrir la caja de Pandora.

³⁴ Nota de D. Pedro Cevallos, Secretario de Estado español, para el Marqués de Aguiar, 28 de noviembre de 1814, en SAMPAYO, *Compilação...*, pp. 57-58.

3. EL CUMPLIMIENTO POR ESPAÑA DE SUS OBLIGACIONES INTERNACIONALES

3,a) Artículo 105 del Acta Final del Congreso de Viena

El art. 105 del Acta Final del Congreso de Viena, de 9 de junio de 1815, es uno de los principales argumentos invocados para defender los derechos de soberanía de Portugal sobre el territorio de Olivenza. Sobre esta base jurídica Portugal solicitó la retrocesión cuatro días más tarde, el 13 de junio de 1815. En la nota diplomática, pura y simplemente, se pedía la retrocesión.³⁵ Nada más quedaba por hacer sino “nombrar recíprocamente a los plenipotenciarios para ultimar este negocio con las formalidades habituales.”

Es obvio que la aplicación del art. 105 nunca ha producido el resultado de la retrocesión. Esto plantea dos cuestiones jurídicas. Una, si España ha cumplido las obligaciones internacionales que aceptó en virtud de dicha disposición —lo que exige interpretar el alcance y contenido de la obligación...— ; y otra, si el comportamiento de España se ha ajustado a la misma. Existen al respecto varias interpretaciones sobre las obligaciones contraídas por España en virtud del art. 105.

Una primera interpretación mantiene que España se habría comprometido a devolver Olivenza. Considerar que dicho artículo establecía una obligación de resultado determinado es la posición mantenida por la doctrina lusa. También en la doctrina española Remacha ha sostenido que “...tras la adhesión sin reservas de España al Acta General de 1815, el art. 3 del Tratado de Badajoz de 1801 quedó desvirtuado como base para proceder a la delimitación demarcatoria de este tramo de la frontera.”³⁶

Para esta corriente de opinión es relevante que el *Acta de adhesión española* al Acta Final de Viena, de 7 de mayo de 1817, no contuviese reservas sobre el art. 105. La reclamación portuguesa de retrocesión de 27 de diciembre de 1817 así lo entendía, al señalar:

³⁵ Nota de D. José Luis de Sousa, 13 de junio de 1815. En: Madrid, Archivo Histórico Nacional (en adelante AHN) Sección Estado, Portugal, Leg. 5444, nº 3, (1814-1837) Expediente sobre las repetidas instancias de esta Potencia a que se le devuelva la plaza de Olivenza [sic].

³⁶ REMACHA, J.P., “La frontera hispano-portuguesa”, *Las relaciones de vecindad*, AEP-DIRI, C. del Arenal (coord.), Universidad del País Vasco, 1987, p. 241.

“Não se tendo porém verificado até hoje, em que he constante que S.M. Catholica accedeo sem reserva alguma às estipulações do Tratado do Congresso de Vienna, e em que por esse passo reconheceo de hum modo authenticos os justos fundamentos da reclamação de S.M. Fidelissima expressos no artigo 105 do mesmo Tratado, e do apoio que as Potencias signatarias deste prometterão à sobredita reclamação, se acha o Abaixo assignado na obrigação de requerer novamente em nome de S.M. Fidelissima a entrega da Villa, e território de Olivença, na certeza de que S.M. Catholica, consequente com o passo que acaba de dar, não se recuzará por sua parte a esse acto de justiça a favor de Seu Augusto Cunhado.”³⁷

Asimismo, Palmela interpretaba en 1835 el art. 105 en el sentido de que España “... como signatária do Acto final do Congresso de Vienna, reconheceu ella mesma da maneira a mais positiva n’hum dos artigos do dito tratado, os justos direitos da Corõa de Portugal à Praça de Olivença, e que por tanto não lhe he decorôzo o continuar a desatender aquelles direitos depois de os haver explicitamente reconhecido.”³⁸

Por su parte, el Ministerio de Asuntos Exteriores español ha interpretado el art. 105 en el sentido de que fue una promesa simbólica que las potencias no defendieron. Leemos en el Informe sobre Olivenza del Ministerio de Asuntos Exteriores, fecha 28 de enero de 1960:

“Los términos en que está redactado son vagos y no pasan de ser un reconocimiento forzado de las reivindicaciones portuguesas por las naciones signatarias, que se limitaron a dar la declaración sin llegar a emplear, con respecto a España, esos eficaces esfuerzos a que hace referencia el artículo mencionado[sic]. La promesa fue puramente simbólica y no pasó del texto. El representante español en el Congreso recusó la firma del acta y tuvieron que pasar dos años para que el Rey de España diera su adhesión a la referida acta, sin que en ese lapso de tiempo, ni tampoco más tarde, hubiera gestión alguna de las potencias signatarias que recordara el compromiso que habían adquirido de obtener la retrocesión de Olivenza a Portugal. [sic]”³⁹

³⁷ Nota do enviado extraordinário e Ministro Plenipotenciário de Portugal em Madrid, D. José Luís de Sousa, dirigida ao Primeiro Secretário de Estado e do Despacho Universal, D. José García León y Pizarro, requerendo em nome do rei de Portugal a entrega da Vila e território de Olivença, 27 diciembre 1817. SAMPAYO, *Compilação...*, pp. 179-181.

³⁸ Carta confidencial do Duque de Palmela, D. Pedro de Sousa e Holstein, dirigida a D. Juan Álvarez y Mendizábal, 30 agosto 1835. SAMPAYO, *Op. cit.*, pp.216-218.

³⁹ Informe sobre Olivenza. Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores, Archivo-Biblioteca, Leg. R. 8613, nº 12.

Ninguna de las dos interpretaciones anteriores nos parece correcta. *El art. 105 no establecía una obligación de resultado, sino de comportamiento.* El hecho de que España no realizase una reserva al art. 105 no implicaba que se comprometiese a la retrocesión de Olivenza, ni a modificar la frontera o anular el Tratado de Badajoz de 1801. Por lo demás, España cumplió las obligaciones establecidas en el art. 105, como demuestran las múltiples negociaciones bilaterales y multilaterales realizadas en los años siguientes. Tanto las potencias como los dos países ibéricos realizaron innegables esfuerzos negociadores, como veremos.

De otro lado, la adecuada interpretación del art. 105 exige realizar una exégesis que parte del Derecho Internacional consuetudinario en materia de interpretación de Tratados, codificado en la actualidad por el art. 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.⁴⁰ De ahí que la interpretación del art. 105 deba realizarse: 1º) de buena fe; 2º) siguiendo el sentido ordinario que se atribuye a los términos en su contexto; 3º) a la luz de su objeto y fin.

Ante todo, la interpretación debe basarse en el texto mismo del Tratado y en la literalidad del artículo en cuestión:

“Conociendo las Potencias la justicia de las reclamaciones hechas por su Alteza Real el Príncipe Regente de Portugal con respecto a la ciudad de Olivenza y demás territorios cedidos a España por el Tratado de Badajoz de 1801, y mirando la restitución de ellos como uno de los medios propios a asegurar entre los dos reinos de la Península aquella buena armonía, completa y permanente, cuya conservación en toda la Europa ha sido el objeto constante de sus estipulaciones, se obligan formalmente a emplear, por medios conciliadores, los mas eficaces esfuerzos a fin de que se efectúe la retrocesión de dichos territorios en favor de Portugal, y reconocen, en lo a cada uno perteneciente, que este arreglo debe hacerse cuanto antes.”⁴¹

⁴⁰ El Derecho Internacional consuetudinario en materia de interpretación de Tratados se codificó en el art. 31 CV 1969, como ha señalado el TIJ en diversas ocasiones. *Asunto de la controversia territorial Jamahiriya árabe Libia / Tchad*, Rec. 1994, p. 21, párr. 41; *Asunto de las plataformas petrolíferas República islámica de Irán / Estados Unidos de América, excepción preliminar*, Rec. 1996 (II), p. 812, párr. 23.

⁴¹ Tratado general, o sea, Acta del Congreso de Viena, que firmaron el 9 de junio de 1815 los plenipotenciarios del Austria, Francia, Inglaterra, Portugal, Prusia, Rusia y Suecia, habiendo dilatado dar su adhesión el Rey de España hasta el 7 de mayo de 1817. Y Adhesión del Rey de España a la acta anterior, de 7 de mayo de 1817. En: CANTILLO, A. del, *Tratados, convenios y declaraciones de paz y de comercio entre España y las Potencias extranjeras. Reinado de Fernando VII*, Madrid, 1843, pp. 745-783.

Se deduce del sentido ordinario de los términos del art. 105 que la obligación contraída por España *no era tanto la de proceder a la retrocesión, cuanto la de emplear medios conciliatorios para que aquella se efectuase lo más pronto posible.*

España cumplió con esta obligación en diversas ocasiones, al negociar reiteradamente la retrocesión de Olivenza con Portugal durante los contratos matrimoniales de Fernando VII, en los tres años largos que duró la Conferencia de París sobre la Banda Oriental, o en las negociaciones sobre el proyecto de Federación Peninsular. Estas negociaciones fracasaron, en la mayoría de los casos, por motivos ajenos a la voluntad española. En definitiva: España cumplió con la obligación de emplear por medios conciliadores los más eficaces esfuerzos a fin de que se efectuase la retrocesión lo antes posible.

No se trataba por ello de una obligación de resultado, sino de comportamiento de buena fe, que no fructificó debido al comportamiento de Portugal en relación con la Banda Oriental. La interpretación de que el art. 105 no exigía la inmediata devolución es la que hizo el Duque de Fernán-Núñez a las Cortes mediadoras de Gran Bretaña, Francia, Austria, Prusia y Rusia en su nota de 15 de noviembre de 1819:

“(...) El Plenipotenciario portugués, especialmente en lo que se refiere a este aspecto, se basa en un principio erróneo. En ningún momento S. M. Católica ha contraído por el Tratado General de Viena, tal y como pretende el Sr. Plenipotenciario portugués, la obligación implícita de efectuar la devolución de esta plaza. El art. 105 estipula expresamente que las Potencias emplearán medios conciliatorios para que esta devolución tenga efecto. Bien lejos de esta estipulación el compromiso que el Sr. Marqués de Marialva supone haber sido contraído por España. España sabe hasta dónde llegan sus compromisos, y sabe cumplirlos. Las concesiones y sacrificios que ha hecho son precisamente consecuencia de su buena fe, y por ella se ha prestado a la negociación propuesta. (...)”⁴²

En el mismo sentido, Fernán Núñez había señalado a las Cortes Mediadoras de la Conferencia de París sobre la Banda Oriental (nota 11 de febrero de 1818), que no se podía comparar la cesión de Olivenza con la ocupación de la Banda Oriental. Por lo que se refiere al art. 105:

⁴² Nota del plenipotenciario español, Duque de Fernán-Núñez, dirigida a los plenipotenciarios de las Cortes mediadoras de Austria, Francia, Gran Bretaña, Prusia y Rusia. París, 15 de noviembre de 1819. SAMPAYO, *Compilação...*, pp. 206-208.

“(…) El Tratado de Badajoz otorga esta villa a España. Resulta difícil concebir bajo qué punto de vista el Gabinete del Brasil podría equiparar esta conducta a la que se ha seguido ocupando la orilla izquierda del Plata. Sin ninguna explicación previa, y en el momento en que los lazos de amistad entre las dos Cortes eran más estrechos.

Por el Tratado de Viena las Potencias se comprometieron, solamente, a emplear por medios conciliatorios sus esfuerzos para que se efectuase la retrocesión de dichos territorios a favor de Portugal. La Corte del Brasil podrá hacer esta reclamación, pero a costa de extraviar la fe de los tratados y herir con su conducta actual todos los principios de Derecho Público de las naciones. Entonces habría confiado en obtener una respuesta del Gobierno español, incluso en iguales o parecidas circunstancias. El Gabinete de Madrid habría podido conservar el territorio y la villa de Olivenza por las justas razones que los Augustos aliados deben tomar en consideración. La nota del Ministro de Portugal en Madrid ha quedado sin respuesta, porque esta respuesta no puede ser otra que aquella que S.M.C. debe a la dignidad de su Corona y a la felicidad de su pueblo. (…)

El Gabinete de Madrid cree que la Corte de Portugal no debe apoyarse sobre las gestiones amistosas del Congreso de Viena relativas a este asunto. Eso sería confundir dos negociaciones diferentes.”⁴³

La interpretación del art. 105 volvió a plantearse posteriormente en la práctica en otras ocasiones. Así, en 1837, con ocasión de la protesta que formuló Portugal por haberse tratado de Olivenza en las Cortes sin indicar que era territorio portugués. D. José María Calatrava envió un despacho reservado el 6 de abril de 1837 al Embajador español en Portugal vinculando la cuestión a la negociación de la Banda Oriental e indicando:

“Las diversas circunstancias que impidieron al plenipotenciario español firmar el tratado de 1815 cuando lo ejecutaron los demás produjeron un expediente muy voluminoso, en que se contiene la correspondencia relativa al asunto.

Examinado éste y el que se formó de resultas de las invasiones portuguesas en el territorio de la Banda Oriental de Montevideo, aparece a cada paso la cuestión de Olivenza como indispensable por parte de los representantes de S.M. Fidélísima para toda clase de negociación. Nada esencial aparece terminado en el tiempo transcurrido desde que se disolvió el Congreso (de Viena) hasta que se ratificó el Tratado por S. M. Católica. Solo se encargó al embajador español en París, en 1819, que si la falta de admitir a discusión el asunto de Olivenza podía producir el entorpecimiento de la conclusión del Convenio para terminar el negocio de Montevideo, solo en tal caso, se consintiese en ello, pero en los términos siguientes:

⁴³ París, Archivo del Ministerio de Asuntos Exteriores francés (Quai d'Orsay). Libro 398, f. 399. Tr. particular.

Que S. M. C. por deferencia á las altas Potencias mediadoras, y deseando evitar en cuanto estuviere de su parte todo motivo que pudiera retardar o diferir la conclusión del Convenio, para la total restitución del territorio de la Banda Oriental ocupado por las tropas portuguesas, accedía a entrar en discusión con el Gobierno de S.M. Fidelísima para tratar de la restitución de la plaza de Olivenza, y del modo como se había de verificar; ventilándola aisladamente de Gobierno a Gobierno, y por medio de aquellas personas a quienes tuviese por conveniente encargar de esta negociación. Esto no parece produjo resultado, ni haberse vuelto a tratar el negocio.”⁴⁴

Posteriormente se volvió a plantear durante la negociación hispano portuguesa del convenio sobre ríos navegables, entre 1856 y 1865. La reserva de derechos en virtud del art. 105 fue allí objeto de nuevas negociaciones en las que los representantes españoles fueron desautorizados por sus superiores, como consta claramente en un Dictamen elaborado por el propio Ministerio el 5 de diciembre de 1865:

“Trató el Sr. Castro de inducir al Gobierno de S.M. por medio de la declaración del Sr. Corradi a confirmar el art. 105 del tratado de 1815; justamente cuando las repetidas infracciones que ha sufrido dicha estipulación de parte de las principales potencias signatarias y de Portugal mismo no ha cesado de poner trabas a la libre navegación de los ríos comunes a ambos Estados, sin suficiente motivo para creer que esa cláusula vaga referente a Olivenza, que nunca se ha puesto en ejecución, ha caducado y ha perdido en los 50 años transcurridos la escasa importancia que pudo tener en su principio. Será por lo tanto un gran desacierto dar vida con la declaración que pretende el Conde de Castro al citado art. 105 y *bajo ningún concepto debe por lo tanto consentirse en que se pongan en duda los derechos de España sobre la plaza de Olivenza.*”⁴⁵

Según el art. 31, 2 de la Convención de Viena de 1969, al interpretar un tratado debe tenerse en cuenta el contexto, que además del preámbulo y anexos incluye los acuerdos relacionados con el Tratado, concluidos con motivo de su celebración. En este sentido, el 9 de junio de 1815 firmaron el Acta Final los plenipotenciarios de Austria, Francia, Inglaterra, Portugal, Prusia, Rusia y Suecia. España dilató su adhesión al Acta final del Congreso de Viena hasta el 7 de mayo de 1817. En el acta de adhesión, firmada por el

⁴⁴ Madrid, AHN, Estado, 5444, nº 3.

⁴⁵ Expediente sobre el Convenio de vías de comunicación con Portugal. Madrid, AHN, Estado, 5444, nº 3.

Conde de Fernán-Nuñez, España se obligaba formal y solemnemente, con las otras potencias signatarias, al cumplimiento de las obligaciones contenidas en dicho tratado que pudiesen ser relativas a su Majestad Católica.⁴⁶ Ahora bien, España nunca interpretó la accesión sin reservas al Acta Final de Viena en el sentido de que implicase asumir la obligación de retroceder Olivenza.

Una interpretación auténtica de la accesión española, en el contexto del Tratado, consta en el preámbulo del Tratado suplementario al Acta del Congreso de Viena, firmado en París el 10 de junio de 1817 por España, Austria, Francia, Inglaterra, Prusia y Rusia, determinando la reversión de los ducados de Parma, Plasencia, Guastalla y el Principado de Luca.⁴⁷ Allí se explica que la accesión se dilató "...por el deseo de que se fijase por el unánime consentimiento de las potencias signatarias el art. 99 de dicho tratado de 9 de junio, y en consecuencia de la reversión de los ducados de Parma, Plasencia y Guastalla para después del fallecimiento de su Majestad la Archiduquesa María Luisa”.

En este tratado se desarrollaba el procedimiento de reversión de los Ducados de Parma, Plasencia y Guastalla (arts. 99, 101 y 102 del Acta Final de Viena). Pero nada se decía sobre Olivenza, siendo que el 105 tenía una redacción mucho más abierta sobre la interpretación de las obligaciones asumidas por España. Si las Potencias hubiesen interpretado estas disposiciones en el sentido de que estaban vinculadas al art. 105, así lo habrían manifestado, del mismo modo que España entendió la dilación en el sentido indicado.

Lo que no significa que el art. 105 no influyese en el retraso de la accesión española, como reconocía el dictamen ya citado del Ministerio de Asuntos Exteriores español (1865), en el que no se clarifica la razón por la cual España no protestó o emitió reservas al adherirse al tratado:

“Este artículo fue uno de los que contribuyeron a que el gobierno español tardare en adherirse al tratado de Viena, *pues aunque no quedaba por él obligado a devolver a Portugal la plaza de Olivenza, sino a entrar en negociaciones sobre el particular*, si las potencias signatarias cumplían el compromiso contraído de aconsejarle su retrocesión, bastaba que en él se dijere que las poten-

⁴⁶ CANTILLO, *Tratados...*, pp. 745-783.

⁴⁷ Tratado suplementario al Acta del Congreso de Viena, firmado en París a 10 de junio de 1817 por los plenipotenciarios de España, Austria, Francia, Inglaterra, Prusia y Rusia, determinando la reversión de los ducados de Parma, Plasencia y Guastalla y el principado de Luca. CANTILLO, *Op. cit.*, pp. 794-795.

cias reconocían la justicia de las reclamaciones de Portugal para que el plenipotenciario español no firmase sino bajo protesta en todo caso el tratado de 1815.

Sin embargo, a pesar de haber sido éste el propósito del Gobierno español y de habérselo manifestado así a D. Pedro Gómez Labrador, las circunstancias políticas hicieron que el acta de adhesión de España al Tratado de Viena se firmase sin salvedad alguna en París el 7 de mayo de 1817 por el Conde de Fernán Núñez.

Desde entonces, ninguna de las potencias signatarias del tratado de Viena ha dado paso alguno para inducir al gobierno español a renunciar a sus legítimos derechos sobre Olivenza, lo cual prueba que al examinarlas nuevamente no habrán encontrado tan justas las razones alegadas por el gobierno portugués, y que la declaración fue hecha únicamente con el fin de librarse de sus pertinaces exigencias.⁷⁴⁸

3.b) *Relevancia jurídica de las negociaciones y propuestas diplomáticas sobre la retrocesión de Olivenza*

Junto al art. 105 de Viena hay un conjunto de negociaciones y propuestas diplomáticas, a partir de 1814, que tienen relevancia para el análisis jurídico de la cuestión en el marco de los comportamientos recíprocos de Portugal y España. La investigación y reflexión jurídica sobre las mismas permite llegar a algunas conclusiones sobre las posiciones jurídicas de ambos países. Conviene recordar, en este sentido, lo señalado por el Tribunal Internacional de Justicia en el Asunto de los nacionales de Estados Unidos de América en Marruecos, al referirse a las negociaciones franco-americanas:

“Se encuentran en la correspondencia diplomática expresiones aisladas que, tomadas fuera de su contexto, pueden ser consideradas como reconocimiento de las pretensiones de Estados Unidos a ejercer la jurisdicción consular y otros derechos capitulares. Pero, de otro lado, el Tribunal no puede ignorar el *tenor general de la correspondencia* que demuestra que, en todo momento, Francia y Estados Unidos buscaban una solución basada en un acuerdo recíproco, y que ni una ni otra parte pensaban en el abandono de su posición jurídica.”⁷⁴⁹

En el mismo sentido, el Tribunal Permanente de Justicia Internacional [TPJI] (*Asunto estatuto jurídico de Groenlandia Oriental*) indicó al analizar la correspondencia diplomática danesa: “El Tribunal ha llegado a la conclusión de que, al apreciar el efecto de estas notas, es conveniente no dar dema-

⁷⁴⁸ Ver nota n° 45.

⁷⁴⁹ TIJ, Rec. 1952, p. 200.

siada importancia a tal o cual expresión empleada. *La correspondencia debe ser juzgada como un todo* y esto, entre otras razones, porque en ciertos casos las notas han sido redactadas por representantes diplomáticos de Dinamarca individualmente [...por lo cual...] es de esperar cierta diversidad.”⁵⁰

En este epígrafe analizaremos la correspondencia diplomática con ecuanimidad y ponderación, al objeto de reconstruir la posición jurídica de España y Portugal sobre la retrocesión de Olivenza.

1) El 21 de julio de 1814 el Embajador portugués en Madrid reclama la retrocesión de Olivenza mediante nota diplomática dirigida al Duque de San Carlos,⁵¹ invocando la justicia, la magnanimidad de Fernando VII, la buena fe de Portugal, los vínculos de amistad, parentesco y unión entre los dos soberanos, a más de los servicios prestados por la nación portuguesa durante la Guerra de la Independencia. Asimismo, hacía referencia al deseo de perder de vista “os tempos de tribulação que por fortuna ja não existem, nem se devem referir.” Se solicitaba recuperarla por “hum acto generoso de Seu Augusto irmão”, en virtud de recompensa.

Sobre esta petición de recompensa se redactaron tres informes, solicitados el 6 de agosto por el Duque de San Carlos a Antonio Henriquez, Felipe González del Valle y al General Castaños. Si bien España reconoció los servicios prestados durante la guerra, estimó no constituían motivo para la restitución. Como se deduce del tenor general de las diversas notas enviadas por la diplomacia española, esa disponibilidad para negociar nunca se hizo sobre la base de que España aceptase los fundamentos jurídicos y argumentos portugueses, sino que se enmarcaba en el contexto de las buenas relaciones entre ambas Coronas, en “los más sinceros deseos de consolidar la amistad y de contribuir a ello por cuantos medios dicte la buena fe y la reciprocidad de intereses.”⁵²

⁵⁰ TPJI, serie A/B nº 53, p. 54. El TIJ ha acudido en otras ocasiones a la correspondencia diplomática para analizar las posiciones jurídicas de los Estados. Entre otros: *Asunto del Templo de Préalh Vihéar*, TIJ, Rec. 1962, p. 23; *Asunto de la diferencia fronteriza terrestre, insular y marítima Honduras/El Salvador*, TIJ, Rec. 1992, p. 568, párr. 352 y párr. 353

⁵¹ Nota de Joaquim Severino Gomes al Duque de San Carlos, primer Secretario de Estado y del Despacho Universal. SAMPAYO, *Compilação...*, pp. 45 ss.

⁵² Nota de D. Pedro Cevallos a D. José Luís de Sousa, 1 de diciembre de 1814. *Ibidem*, p. 61-62.

2) Las negociaciones matrimoniales realizadas entre la Casa de Braganza y la Casa Real española, viudo como estaba desde 1804 Fernando VII de su primera esposa, iluminan claramente la posición española y portuguesa sobre Olivenza y sobre sus posesiones en América.

Al regresar Fernando VII a España se entablaron negociaciones secretas para concertar su enlace, y el de su hermano Don Carlos, con las infantas portuguesas Isabel y María Francisca de Braganza, hijas de Carlota Joaquina, esposa del regente de Portugal D. João VI y hermana del Rey de España. Las negociaciones de los contratos matrimoniales se inician el 3 de mayo de 1815, momento en que Fernando VII escribe a su hermana manifestándole "...al fin Carlos y yo hemos escogido para novias a tus dos hijas, las mismas que nos proponías." En la misiva, Fernando VII le dice a Carlota Joaquina: "Tú vendrás de incógnito y viajarás baxo el título de Duquesa de Olivenza."⁵³ Dar el título de Duquesa de Olivenza a Carlota Joaquina, esposa de D. João VI, parecía indicar que se iba a proceder a la restitución de la Plaza, como señala Soares Martinez.⁵⁴

Ahora bien: la invasión portuguesa de *toda* la Banda Oriental del Uruguay dio al traste con el posible arreglo. Carlota Joaquina, reina de Portugal desde el fallecimiento de D^a María, no asistió al enlace matrimonial. Al embarcar hacia España las princesas portuguesas en Río de Janeiro se había iniciado ya la invasión de lo que hoy es Uruguay. En esas circunstancias hubiera sido inconcebible la retrocesión de Olivenza.

No cabe duda, y así se deduce de la correspondencia diplomática, que de no haberse producido la invasión portuguesa hubiera sido posible la retrocesión de Olivenza, en el marco de las negociaciones sobre la Banda Oriental o de los enlaces matrimoniales. Como señala Soares Martinez "parece admisible también que as intrigas urdidas em torno da politica portuguesa relativamente à Buenos Aires e à Banda Oriental tenham dificultado a devolução de Olivença e seu termo."⁵⁵

⁵³ CERVANTES MARTÍN, Gregorio, "Cartas familiares de Fernando VII", *Estudos Ibero- Americanos*, III (1977), n° 1, p. 138.

⁵⁴ MARTINEZ, P. Soares "A politica externa portuguesa do Rio de Janeiro (1808-1820)", *Memorias da Academia das Ciências de Lisboa. Classe de Letras*, Academia de Ciencias, Lisboa, 1985-1986, p. 162.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 163.

3) Dos convenios no ratificados entre España y Portugal, en 1810 y 1815, han sido invocados como argumentos a favor de los fundamentos portugueses sobre la retrocesión de Olivenza. Ello plantea la cuestión del valor jurídico de un convenio no ratificado, de un lado, y de otro el propio contenido del proyecto de convenio para la determinación de la posición jurídica de los Estados.

Recientemente, en el *Asunto de la delimitación marítima y de cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein*,⁵⁶ el Tribunal Internacional de Justicia se planteaba la relevancia de un convenio anglo-otomano de 29 de julio de 1913, en el que se describía el trazado de la línea de separación convenida en la zona en litigio. Si bien el tratado había sido firmado, no llegó a ser ratificado.⁵⁷ A pesar de ello, el Tribunal estimó (pár. 90) que “les accords signés mais non ratifiés peuvent constituer l’expression fidèle des vues communes des parties à l’époque de la signature. En l’espèce, la Cour aboutit à la conclusion que la convention anglo-ottomane établit quelles étaient les vues de la Grande-Bretagne et de l’empire ottoman en ce qui concerne l’étendue factuelle de l’autorité du souverain Al-Thani à Qatar jusqu’en 1913.”

Un acuerdo no ratificado forma parte, como indica Kohen,⁵⁸ del comportamiento de los que lo han celebrado. Puede revelar los puntos de vista de las partes en relación con el objeto del Tratado o relacionados con éste. De la negociación del proyecto de alianza hispano-portuguesa de 1810 se deduce que España podría haber devuelto Olivenza a cambio de los territorios ocupados ilegalmente en la Banda Oriental, de haberse procedido a una delimitación en la América Meridional sobre la base del Tratado de San Ildefonso

⁵⁶ *Asunto Qatar Bahrein. Fond*, sentencia del TIJ de 16 de marzo de 2001, pár. 89 y 90

⁵⁷ A juicio de Qatar, debido a la Primera Guerra Mundial. Asimismo, hizo ver que los otomanos y los británicos habían firmado, el 9 de marzo de 1914, un Tratado relativo a las fronteras de Aden, ratificado el mismo año, cuyo art. III precisaba la delimitación entre Qatar y el Sandjak de Nedjd, “de conformidad con el art. 11 de la convención anglo otomana de 29 de julio de 1913, relativa al Golfo pérsico.” Por su parte, Bahrein sostenía que la Convención de 1913 no había sido ratificada por el complejo edificio de proposiciones interdependientes, que había acabado por derrumbarse.

⁵⁸ KOHEN, M., *Possession contestée et souveraineté territoriale*, Puf, París, 1997, p. 308-310.

(1777). Lo mismo se deduce de otro proyecto de Federación Peninsular negociado en 1815.⁵⁹

Todas estas negociaciones sobre la retrocesión nos muestran que España estaba, todo lo más, dispuesta a un intercambio de territorios, del cual no cabría deducir ni la justicia ni menos aún los derechos de la reclamación de Olivenza. Bien por el contrario, se trataba de negociaciones puramente políticas sobre la base de una posible cesión recíproca, una permuta de territorios, algo muy habitual en aquella época.⁶⁰

4. QUIESCENCIA DE PORTUGAL A LA SOBERANÍA ESPAÑOLA SOBRE OLIVENZA

4,a Relevancia de la aquiescencia en las controversias territoriales

Nuestra tesis principal es que *España ejerce la soberanía territorial sobre Olivenza porque ostenta un título válido*. No obstante, del comportamiento global de Portugal en los últimos 150 años se desprende un abandono de su histórica reivindicación que permite apoyar la tesis de la multititularidad.

La doctrina de la aquiescencia como reconocimiento tácito, consentimiento derivado del comportamiento de un Estado, se ha aplicado en muchas controversias territoriales por Tribunales tanto nacionales como internacionales. La aquiescencia resulta del principio general de Derecho *qui tacet consentire videtur si loqui potuisset ac debuisse*, [el que calla otorga si debía y podía hablar] que se fundamenta en el principio de la buena fe objetiva y en la seguridad jurídica.⁶¹ La buena fe, como señala Jiménez García, entendida en sentido amplio: como concordancia que ha de existir entre la conducta y

⁵⁹ VENTURA, António. “Um projecto de pacto luso-espanhol à sombra do Congresso de Viena.” En: *A definição dos Espaços Sociais, Culturais e Políticos no Mundo Ibero-Atlântico*, Colibrí, 2000, pp. 113-130.

⁶⁰ Sobre la práctica en materia de intercambio de territorios, vid. ROUSSEAU, C., *Droit International Public*, Tº. III, *Les compétences*, Sirey, 1977, pp. 181-183.

⁶¹ Vid. KOLB, R., *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit I* préface de G. Abi-Saab, IUHEI, Puf, 2000, p. 340..

el comportamiento de los Estados respecto a una situación concreta de hecho o derecho y las consecuencias que de ellos deduce razonablemente un tercer Estado, interesado en la mencionada situación, en cuanto ordenación de sus derechos, intereses o expectativas fundadas.⁶²

Considerada así, la aquiescencia constituye una “forma particular de voluntad, una manifestación tácita”,⁶³ relevante para el Derecho Internacional, especialmente en la solución de controversias territoriales. El Tribunal Internacional de Justicia ha definido la aquiescencia como “reconocimiento tácito manifestado por un comportamiento unilateral que la otra parte puede interpretar como consentimiento.”⁶⁴ Muller y Cottier estiman que es “el efecto obligatorio que resulta de la pasividad y de la inacción en relación con ciertas reivindicaciones que, de acuerdo con la práctica general de los Estados, exige una protesta para asegurar, preservar o salvaguardar los derechos.”⁶⁵

En principio, el silencio de un Estado carece de valor jurídico en Derecho Internacional,⁶⁶ Puede significar “aprobación, desaprobación o indiferencia.”⁶⁷ De ahí los adagios *qui tacet negat* (oposición ante una oferta) o *qui tacet neque negat neque utique fatetur* (indiferencia ante una oferta).

⁶² JIMÉNEZ GARCÍA, F., *Los comportamientos ...*, p. 33 ss.

⁶³ MCGIBBON, M.A., “The scope of acquiescence in international law”, *BYBIL*, 1954, p. 143; JENNINGS, R., *The acquisition of territory in international law*, Manchester University Press, 1963, pp. 36 ss; KOHEN, M., *Possession contestée ...*, pp. 282 ss; WAELBROECK, M., “L’acquiescement en droit des gens”, *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. XLIV, 1961, pp. 38-53; VENTURINI, G.C., “La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des Etats”, *RCADI*, 1964-II, t. 112, pp. 380 ss; BARALE, J., “L’acquiescement dans la jurisprudence internationale”, *AFDI*, 1965, vol. XI, pp. 421 ss, CHARPENTIER, *La reconnaissance en Droit International et l’évolution du droit des gens*, 1956

⁶⁴ *Asunto de la delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo del Maine*, TIJ, Rec. 1984, p. 305, párr. 130.

⁶⁵ MULLER, J.P. ; COTTIER, T., “Acquiescence”, *EPIL*, vol. 7, p. 5.

⁶⁶ Vid. BENTZ, J., “Le silence comme manifestation de la volonté”, *RGDIP*, 1963, t. 67, pp. 44-91; SUY, E., *Les actes juridiques unilatéraux en Droit International Public*, París, LGDJ, 1962, pp. 61 ss.

⁶⁷ Intervención de De Castro en la *Conferencia de Viena sobre derecho de los Tratados*, Iª Sesión, Viena, 24 -26 de marzo de 1968, *Documents Officiels, Nations Unies*, New York, 1969, p. 428.

Algunas reglas jurídicas otorgan al silencio determinadas consecuencias jurídicas, como ocurre en el Derecho de los Tratados con las reservas no objetadas en el plazo de doce meses (Art. 20, 5 Convención de Viena).

Según el Derecho Internacional, el principio *qui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset*⁶⁸ implica que, en determinadas circunstancias, el silencio puede ser interpretado como consentimiento o aceptación tácita del destinatario de una oferta, o bien traduce su resignación ante una violación o una amenaza de sus derechos. Ello supone el reconocimiento de una nueva situación de hecho como lícita y la extinción de los propios derechos. O en todo caso, la extinción del derecho a hacerlos valer.⁶⁹

Para evitar este silencio aquiescente, el sujeto que ve violados o amenazados sus derechos debe emitir una protesta. La protesta sólo puede ser emitida por un sujeto de Derecho Internacional. La irregular oposición del *Grupo Amigos de Olivença*⁷⁰ al ejercicio pacífico y continuo de la soberanía española sobre Olivença desde 1945 hasta nuestros días, no es susceptible de salvaguardar los derechos invocados. Suy define la protesta como “todo acto unilateral por el que un sujeto de derecho manifiesta su intención de no considerar como derecho un estado de hecho dado, y pretende de ese modo salvaguardar sus derechos, violados o amenazados.”⁷¹

Las protestas se articulan normalmente a través de notas diplomáticas. Portugal sólo ha protestado de forma clásica en 1837, si bien ha reclamado en otras ocasiones y ha realizado otro tipo de comportamientos opuestos equiparables a una protesta. En un ordenamiento no formalista como el internacional no se exige una forma determinada o precisa para este acto jurídico, que puede hacerse por todos los medios lícitos y admitidos, siempre que el Estado en cuestión manifieste su voluntad de no reconocer un estado de cosas que parezca contrario a sus derechos. Ello puede hacerse mediante todo tipo de actos concluyentes: elevar el asunto ante una instancia internacional, ruptura de relaciones diplomáticas, retirada de una conferencia internacional, ruptura

⁶⁸ Asunto del Templo de Préah Vihéar, TIJ, Rec. 1962, p. 23.

⁶⁹ SUY, E., *Les actes juridiques unilatéraux* ..., p. 61.

⁷⁰ Constituido el 26 de noviembre de 1945, tolerado e incluso financiado por el Salazarismo, pero formalmente legalizado el 10 de marzo de 1977.

⁷¹ SUY, *Op. Cit.*, pp. 47 ss; Asimismo MacGIBBON, “Some observations on the part of protest in international law”, *BYIL*, vol. 30, 1953, pp. 293 ss.

de un tratado, interrupción total o parcial de relaciones económicas, etc...⁷² A estos efectos, Kohen distingue entre protestas verbales o escritas *estricto sensu* —actos jurídicos formales por los que un sujeto de derecho de gentes contesta la legalidad de un hecho y/o se opone a una reivindicación o tesis jurídica formulada por otro sujeto de derecho— y comportamientos opuestos.⁷³

El silencio puede significar un reconocimiento tácito del estado de cosas que es oponible. Puede implicar también la renuncia tácita a un derecho, el abandono o pérdida del mismo por aceptación o aquiescencia ante la nueva situación.

La práctica internacional registra multitud de casos. En el *Asunto Chamizal* sobre delimitación de la frontera en Río Grande entre El Paso, Texas y Ciudad Juárez, la *International Boundary Commission* rechazó la tesis de la prescripción adquisitiva y la posesión estadounidense (ininterrumpida, indiscutible y pacífica desde el tratado de 1848) porque el gobierno mejicano había hecho todo lo razonablemente requerido “of it by way of protest against the alleged encroachment.”⁷⁴

En sentido inverso, la soberanía británica sobre *Ecrehous* era oponible a Francia porque cuando protestó se limitó a hacerlo sobre la convención de pesquerías de 1839, pero no sobre el conjunto de la legislación británica, por lo que el Tribunal⁷⁵ estimó que esa falta de objeción constituía aquiescencia a la soberanía británica. Del mismo modo, en el *Asunto de Pesquerías* (1951) el Tribunal Internacional de Justicia estimó que el sistema y la práctica noruega eran oponibles al Reino Unido, que durante más de sesenta años no había formulado reservas al método de líneas de base recta consolidado por una práctica larga y constante frente a la tolerancia general de los Estados.⁷⁶

⁷² SUY, *Op. cit.*, p. 48.

⁷³ KOHEN, *Possession contestée...*, pp. 313 ss.

⁷⁴ AJIL, vol. 5, 1911, pp. 708ss, p. 806

⁷⁵ *Asunto Minquiers y Ecrehous*, TIJ, Rec. 1953, p. 47.

⁷⁶ *Asunto de pesquerías*, TIJ, Rec. 1951, p. 138 y p 161. En el *Asunto de la soberanía sobre ciertas parcelas fronterizas* (TIJ, Rec. 1959, p. 209) Holanda pretendía que los derechos de soberanía de Bélgica sobre ciertas partes del territorio de de Baerle-Nassau se habían extinguido porque Bélgica no se había opuesto ni había protestado contra actos de soberanía holandesa.

3,b. Preservación de los derechos portugueses hasta mediados del siglo XIX

No es sencillo demostrar la aquiescencia de Portugal a la soberanía española sobre Olivenza. Esta aquiescencia sería imposible de probar hasta mediados del siglo XIX. En la primera mitad del XIX, Portugal mantuvo una clara y constante actitud de no reconocimiento y reivindicación de la Plaza que dió lugar a diversos hechos jurídicos que preservaban sus posibles derechos y que no podrían nunca ser interpretados como reconocimiento tácito.

Así lo muestra el comportamiento portugués durante las negociaciones diplomáticas sobre la posible retrocesión, las reiteradas reclamaciones de 1814-1817 y 1835 y la única protesta expresa, formulada contra España el 10 de enero de 1837.

La protesta de 1837 estuvo motivada por un debate que había tenido lugar en un Pleno de las Cortes españolas sobre Olivenza. En dicho Pleno ningún diputado, como es lógico, hizo referencia a que la villa perteneciera de derecho a Portugal, en virtud de lo estipulado en el Congreso Viena de 1815. Se debatía en las Cortes un Informe de la Comisión de Guerra que había dictaminado contra una solicitud del Ayuntamiento de Olivenza, en la que se pedía la derogación de dos reales órdenes que establecían impuestos especiales estimados excesivos e injustos, además de contrarios a otras órdenes del Ministerio de la Guerra, a una previa resolución del Congreso, y a lo acordado en la capitulación de la plaza en 1801.

El Pleno aprobó el Dictamen de la Comisión de Guerra, que defendía el expediente estaba mal instruido. Siendo el competente para ello el Gobierno, había que remitírselo para que lo elaborase y tuviese en cuenta que otras plazas, como Cádiz, podrían hacer peticiones semejantes. La situación económica de Olivenza debía ser lamentable, y así lo pusieron de relieve los diputados Antonio González y Gómez Becerra en sus intervenciones en defensa de los oliventinos. El primero propuso que los recursos se liberasen para construir Casa Consistorial y escuelas -de las que carecía Olivenza- y permitir que saliese de la “espantosa miseria” en que había caído por “incumplimiento de las capitulaciones.”⁷⁷

⁷⁷ Intervención del Sr. González (D. Antonio), en la sesión de 9 de enero de 1837, *Diario de sesiones de las Cortes Constituyentes*, Madrid, Imprenta J. A. García, 1870, T.º II, p. 969.

La protesta de 1837 no tenía su origen en el trato que España daba a los oliventinos, sino en el deseo de evitar que un posible silencio ante el debate de las Cortes fuese interpretado como abandono de la pretensión portuguesa a la soberanía sobre Olivenza. Se trataba, por tanto, de preservar los posibles derechos de Portugal, impidiendo así la aquiescencia. El encargado de negocios de Portugal que formuló la protesta así lo indicaba:

“Tratando-se da Praça de Olivença, nem a Comissão, nem nenhum dos varios deputados que tomarão parte naquella discussão, fizerão a menor menção de que a referida praça e o seu território pertence de direito a Portugal, em virtude do estipulado no Congresso de Vienna de 1815; posto que temporariamente a possua a Hespanha, por não ter cumprido ainda pela sua parte com o que alli se estabeleceu e o Governo Hespanhol ratificou, e pelas necessitades politicas occorridas n’estes dous reinos desde 1820; restituição ésta que o governo de SMF ...confia que se realizará tão de pressa como os dous governos possão desembaraçar-se dos arduos negocios que os rodeião neste momento; devo manifestar a V.Ex que, entretanto, não recebendo ordens positivas da minha Côrte a este respeito, *para que do meu silencio, como encarregado de negocios de S.M. Fidelissima nesta corte, se não possa inferir o deducir em tempo algum conformidade ou abandono, protesto com todas as formalidades necessarias em nome do Governo de SM Fidelissima* contra o silencio que na referida sessão das Cortes do dia nove do corrente mez se houve acerca do direito que à dita Praça de Olivença e seu território tem a Nação portugueza, e do qual se não aparta até a sua final entrega.”⁷⁸

Como es lógico, el gobierno español respondió oficialmente, mediante una nota que D. José María Calatrava envió el 11 de febrero de 1837 al Embajador portugués. En la misma España afirmaba no reconocer derecho ni pretensión alguna de Portugal sobre Olivenza, reafirmando la validez del Tratado de Badajoz:

“El Gobierno de S.M. La Reina de España ha quedado sorprendido al leer la inesperada aserción de que Olivenza pertenece de Derecho a Portugal cuando media el solemne tratado de 6 de junio de 1801, al que ha seguido una quieta posesión de 36 años. Un título tan legítimo y robusto no se ha debilitado ni podido debilitarse de manera alguna por la estipulación que equivocadamente se cita por V. S. del Congreso de Viena, pues ni es obligatoria sino para las partes que la hicieron, ni se extendió a más que a emplear medios de conciliación para que se restituyese dicha plaza.

⁷⁸ Primera Secretaría del Despacho de Estado. Expediente reservado sobre la protesta del encargado de negocios acerca de la plaza de Olivenza. Madrid, 19 enero de 1837. Madrid, AHN, Estado. Legajo 5444, nº 3; SAMPAYO, *Compilação...*, pp. 223-225.

En su consecuencia el Gobierno español, que no reconoce ni puede reconocer en Portugal derecho alguno ni ninguna pretensión a dicha Plaza, no puede menos de rechazar como rechaza la protesta de V.S., conceptuando además que el suscitar en el actual estado de las cosas esta cuestión tan inútil no puede servir sino para dar ocasión a contestaciones desagradables e inoportunas que, empeñadas, turbarían acaso la buena armonía felizmente existente entre los dos Gobiernos. (...)”⁷⁹

En esa primera etapa Portugal realizó otros actos concluyentes que nos impiden afirmar hoy se produjera aquiescencia. Así, el manifiesto unilateral de D. João VI (1808) anulando los Tratados de Badajoz y Madrid de 1801, la petición de buenos oficios ante Gran Bretaña de 1814, las reclamaciones de 1814 – 1817 y las controversias de 1821 y 1842-45 sobre la subsistencia de los tratados anteriores al de Fontainebleau.

4,c) *El cambio de comportamiento a partir de 1845*

A mediados del siglo XIX Portugal dejó de formular protestas y reclamaciones de retrocesión. Pero intentó preservar sus posibles derechos en el transcurso de dos negociaciones: el convenio sobre vías de comunicación, y el convenio sobre la libre navegación del Duero. Durante la negociación de los Convenios de Límites se opuso a demarcar convencionalmente la zona limítrofe con Olivenza. En 1915 indicará a España que “no abandonaría la pretensión de Olivenza, sin compensaciones.”⁸⁰ La referencia a esas compensaciones “a las que tiene derecho, al menos, a título histórico”, parecen suponer un cambio de rumbo, en la medida en que lo que se pide ya no es tanto el territorio en sí como una indeterminada “compensação.”

De la negociación de estos convenios se deduce claramente que, pese a no reconocer explícitamente la soberanía española, Portugal aparta la cuestión de Olivenza de la correspondencia diplomática, manteniendo reservas al respecto. Así lo señaló el Ministro de Exteriores de Portugal, Dr. Augusto Luís Vieira Soares, en una nota de 16 de septiembre de 1915, enviada como respuesta a la protesta española realizada aquel año por haber naturalizado a un oliventino como portugués, sin indicar que era de origen español:

⁷⁹ Expediente reservado sobre la protesta...Madrid, AHN, Estado, leg. 5444, nº 3; SAMPAYO, *Op. cit.*, pp. 226 ss.

⁸⁰ Despacho dirigido ao Ministro de Portugal en Madrid, 22 de marzo de 1915, SAMPAYO, *Compilação...*, pp. 266-268

“Não poderíamos limitar ao diploma por V. Ex^a citado uma discussão que do lado de Portugal teria de basear-se em outros actos diplomáticos e em outros factos históricos. Os sentimentos dos nossos dois países, um para com o outro, teem permitido que sem damno das boas relações tão felizmente existentes entre ambos, esta questão tenha estado já ha tempo afastada da correspondência diplomática. Tomando nota do protesto de V. Ex^a, sem entrar na sua discussão, *unicamente com as reservas que a Nação Portuguesa tem sempre mantido a este respeito*, estou certo de proceder em harmonia com as intenções que nos animan, e de em nada prejudicar as situações respectivas dos nossos dois países.”⁸¹

Años más tarde, el 16 de marzo de 1951, el entonces Ministro de Exteriores portugués, respondiendo a una protesta española con fecha 9 de marzo, indicaba que la cuestión hacía tiempo que estaba apartada de la correspondencia diplomática. En ella, sin embargo, no se aludía ya a la reserva de derechos:

“...como es de conocimiento de la Embajada de España, cuando la oportunidad se presentó, nunca dejó de reivindicar la restitución de la plaza de Olivenza, si bien los sentimientos de los dos países, uno para con el otro, hayan permitido que sin perjuicio de las buenas relaciones existentes entre ambos, esta cuestión haya sido hace tiempo apartada de la correspondencia diplomática.

El gobierno portugués no habría vuelto a tocar ahora el asunto si la Embajada de España no hubiese requerido su atención para él, y desearía que esta actitud suya pudiese ser considerada como una prueba más de los sentimientos que la animan y de su sincero deseo de contribuir a reforzar y estrechar las amistosas relaciones que existen entre los dos países vecinos.”⁸²

Del mismo modo, el 12 de noviembre de 1999 el Embajador de Portugal en España, António Martins da Cruz, declaraba: “...esta es una cuestión que no tiene actualidad diplomática, que no está en la agenda diplomática de Portugal. No es ninguna prioridad para mi gobierno discutir este asunto. Eso son interpretaciones de tratados que hay que dejar a los juristas, no a los diplomáticos.”⁸³

⁸¹ El Ministro de Negocios Extranjeros, D. Augusto Luís Vieira Soares, al Embajador de España en Lisboa. 16 de septiembre de 1915. *Ibidem*, pp. 269-271.

⁸² Ambas notas, la protesta de 9 de marzo de 1951 y la respuesta portuguesa de 16 de marzo de 1951, en Informe sobre Olivenza, 28 de enero de 1960. Madrid, Archivo del Ministerio de Asuntos Exteriores; Leg. R. 8613, núm 12. Carpeta de 16 de marzo de 1970, 20.

⁸³ “Olivenza *versus* Olivença”, *Extremadura*, Sábado, 13 de noviembre de 1999.

En el mismo sentido declaraba el antiguo Ministro de Exteriores y candidato a la presidencia del Gobierno en aquel momento, Durão Barroso, en una entrevista concedida a finales de enero de 2002: “Hay que ser objetivos, realistas y pragmáticos. Hoy esa cuestión no es de manera ninguna prioritaria (...) Durante mi etapa de ministro de Exteriores me opuse a que se firmasen algunos acuerdos en el área fronteriza que de alguna forma significaban el reconocimiento de la soberanía española sobre Olivenza.”⁸⁴

4.d. Análisis de las condiciones de aquiescencia de Portugal

4,d,1) Comportamiento global pasivo

Queda fuera de discusión el reconocimiento implícito por parte portuguesa de la soberanía territorial española sobre la aldea de Villarreal, integrada desde 1803 en el término municipal de Olivenza, a pesar de que en los mapas editados en el año 2000 por el Instituto Geográfico do Exército aparezca dentro de territorio portugués⁸⁵. Dicha cuestión, utilizada en su día para excusar la devolución de los Siete Pueblos de Misiones en la Banda Oriental, no ha sido planteada desde hace dos siglos.

En relación con Olivenza, Portugal sólo ha protestado formalmente en 1837, la ha reclamado en diversas ocasiones durante el primer cuarto del siglo XIX y ha tenido diversos comportamientos expresando su no reconocimiento de la soberanía española. En los años noventa del pasado siglo, diversos comportamientos del poder ejecutivo, legislativo y judicial han actualizado la cuestión, debido a las obras del nuevo y viejo Puente de Ajuda.

Cabe plantearse si el comportamiento global de Portugal puede ser interpretado como aquiescencia a la soberanía española. Ya dijimos que el silencio, o la ausencia de protesta, sólo puede ser interpretado como aquiescencia si se reúnen las condiciones requeridas en Derecho Internacional. En el caso de Olivenza, Portugal guarda silencio desde la segunda mitad del

⁸⁴ “Una comisión del Parlamento luso dictamina que Olivenza es parte del territorio portugués”. *Hoy*, 31 /01/2002. También *Diário de Notícias*, 30/01/02, “Parlamento propõe comissão para a questão de Olivença.”

⁸⁵ RODRIGUES, M. R. Simões, CONSIGLIERI, C., BOTELHO, M., *Atualidade, Justiça e Oportunidade da Questão de Olivença*, Grupo dos Amigos de Olivença, Lisboa, 27 de fevereiro de 2001, pp. 7-8.

siglo XIX hasta la última década del siglo XX, si bien entre ambos momentos ha realizado comportamientos opuestos. En nuestros días, ninguno de los órganos del Estado que se han pronunciado lo han hecho de manera concluyente y definitiva.

Para que el silencio pueda ser interpretado como consentimiento o aquiescencia según el Derecho Internacional debe ser un silencio cualificado, es decir, que debe producirse ante una violación o amenaza de los derechos subjetivos del sujeto de Derecho, en este caso la República de Portugal.

Si frente a la violación o amenaza de sus derechos Portugal se muestra inactivo, no protesta, no contesta la situación, ello puede equivaler a un reconocimiento de los derechos de España y al abandono de los propios, siempre y cuando haya tenido conocimiento de los hechos.⁸⁶ El silencio cualificado que produce forclusión se da cuando el sujeto “podía y debía hablar” (*si loqui potuisset ac debuisset*), cuando tenía el deber jurídico de oponerse por vía de protesta.

La existencia de esta carga o deber especial de protestar se produce cuando se impone en virtud del principio general de buena fe.⁸⁷ Como se indicó en la sentencia arbitral del Asunto Dubái/Shariah, existe el deber de reaccionar cuando el Estado considera que su derecho está amenazado por la acción de otro Estado. “Dicha regla es perfectamente lógica, porque una falta de acción en una situación como esa sólo puede significar dos cosas: o el Estado no piensa que realmente posee el derecho disputado o, por sus propias razones privadas, decide no mantenerlo.”⁸⁸

Para que el silencio sea cualificado, el Estado que tiene la carga de reaccionar debe tener un conocimiento de la situación o de los hechos que amenazan su derecho. Así, no sería oponible el silencio de un tercero frente a un tratado secreto.⁸⁹ Este conocimiento implícito (*constructive knowledge*) de los hechos, que exigen una reacción, oposición, contestación o protesta, se da en el asunto de Olivenza en relación con hechos notorios. Frente a la posesión pacífica e ininterrumpida por España del territorio, Portugal, después de

⁸⁶ SUY, *Les actes juridiques.....*, p. 67.

⁸⁷ KOLB, *La bonne foi....*, p. 348.

⁸⁸ ILR, 1993, vol. 91, p. 623.

⁸⁹ El ejemplo clásico es el silencio de Polonia frente al anexo secreto del Pacto de no agresión Alemania-URSS (agosto de 1939), en el que decidían repartirse ese país.

una protesta aislada, ha mantenido un silencio prolongado que cabe interpretar objetivamente como un abandono de su reivindicación.⁹⁰ La pasividad portuguesa es notable en el siglo XX, en relación con el incremento de las relaciones jurídicas hispano-portuguesas. De un lado, Portugal ignoró Olivenza en el Pacto Ibérico de 1939 y en el Tratado de Amistad y Cooperación de 1977. Durante la firma de éste último, el entonces Presidente del Ejecutivo declaró que "...nuestras fronteras están establecidas hace muchos años. Lo que importa hoy, más que reclamaciones de soberanía, es flexibilizar esas fronteras. No sería realista ni sensato pensar en su alteración."⁹¹

De otro lado, si bien no ha reconocido explícitamente la soberanía española sobre Olivenza, no se puede afirmar que Portugal haya tenido un comportamiento firmemente opuesto a ella. Portugal hubiera podido protestar no sólo en el marco de la negociación de algunos de los múltiples convenios bilaterales celebrados con España, sino también en los convenios multilaterales de ámbito europeo, en que ambos son partes. A lo largo del siglo XX España y Portugal han celebrado multitud de tratados bilaterales. En la época de Franco y Salazar celebraron diversos tratados sobre comunicaciones, aprovechamiento de ríos comunes y construcción de puentes internacionales, Seguridad Social, cultura, cooperación científico-técnica y otras materias.⁹²

⁹⁰ En el Asunto Minquiers y Ecréhous el agente del gobierno francés, prof. Gross, alegó que "el silencio prolongado después de una protesta (aislada) podría ser considerado como abandono, por el Estado, de su reivindicación" (*Memóires...*, vol. II, p. 269)

⁹¹ *ABC*, Madrid, 23/11/1977, p. 1. También *A Capital*, Lisboa, 23/11/1977, p. 9.

⁹² Entre 1939 y 1977 caben destacar los siguientes acuerdos: Acuerdo telegráfico luso-español, de 30 de junio de 1945; Convenio relativo a servicios aéreos civiles (BOE, 20-4-1947), y canje de notas de 21 de junio de 1950, 9 de agosto y 14 de octubre de 1953, 15 de julio y 13 de septiembre de 1957; Canje de notas relativo a las tasas de residencia de los súbditos españoles y portugueses en los respectivos países, de 25-10-1948 ; Acuerdo de higiene y sanidad pecuarias (BOE 8-2-1961) de 28 de febrero de 1956; Acuerdo de coordinación antipalúdica de 20 de octubre de 1959 (BOE 11-7-1961); Convenio aduanero relativo al tráfico internacional por carretera, ferrocarril y vías limítrofes (BOE de 3-10-1960); Convenio para regular el aprovechamiento hidroeléctrico de los tramos internacionales del río Duero y de sus afluentes y Protocolo adicional (BOE 19-8-1966); canje de notas de simplificación de los viajes profesionales de los marinos mercantes de 16 de enero de 1968; Convenio para regular el uso y aprovechamiento hidráulico de los tramos internacionales de los ríos Miño, Limia, Tajo, Guadiana y Chanza y de sus afluentes y Protocolo adicional (BOE de 22 de abril de 1969); Canje de notas constitutivo de acuerdo aprobando y poniendo en vigor el reglamento de pesca del

Cierto que Portugal se opuso a la celebración de un tratado de límites moderno, e incluso exigió durante la negociación del convenio de coordinación antipalúdica, en 1959, que Olivenza no figurase expresamente entre las zonas sanitarias españolas.⁹³ Pero en el marco de la celebración del resto de los convenios bilaterales Portugal mantuvo un silencio aquiescente. Este silencio se dio en casos en que podía ser interpretado como amenaza a sus posibles derechos de soberanía territorial: el convenio aduanero sobre tráfico internacional por carretera, ferrocarril y vías limítrofes, el Acuerdo sobre transporte internacional por carretera, o los convenios sobre aprovechamiento hidroeléctrico del Guadiana. En estos últimos, el silencio portugués puede interpretarse como elemento destacado de un comportamiento global pasivo.

río Miño de 22 de junio de 1968 (BOE 2-3-1968 y 18-12-1968); Convenio para la construcción de obras de mejora del río Guadiana de 20 de junio de 1969 (BOE 15-9-1970) ; Convenio General de Seguridad Social (BOE de 28-7-1970) ; Convenio para la construcción de un puente internacional sobre el río Guadiana (BOE 15-9-1970), de 2 de abril de 1970; Acuerdo administrativo relativo a las modalidades de aplicación del Convenio General sobre Seguridad Social, de 22 de mayo de 1970 (BOE 14-8-1970) ; Acuerdo adicional al Convenio General sobre seguridad social de 22 de mayo de 1970 (BOE 31-7-1973); Convenio cultural de 22 e mayo de 1970 (BOE 3-9-1971); Convenio general sobre cooperación científica y tecnológica de 22 de mayo de 1970 (BOE 19-5-1973) ; Acuerdo sobre la protección de indicaciones de procedencia, denominaciones de procedencia y denominaciones de ciertos productos, y protocolo anejo y canje de cartas nº 1 y 2 de 16 de diciembre de 1970 (BOE de 21 de junio de 1972), y canje de notas de 11 de julio y 6 de septiembre de 1972 (BOE 25-9-72) ; Acuerdo sobre cooperación en la utilización de la energía nuclear para fines pacíficos, de 14 de enero de 1971 (BOE 20-6-1972); Acuerdo sobre transporte internacional por carretera y Protocolo de 11 de marzo de 1971 y Protocolo (BOE 19-2-1972) ; Acuerdo sobre cooperación oceanográfica de 27 de mayo de 1971 (BOE 8-3-1972); Acuerdo sobre régimen de Seguridad Social aplicable a los trabajadores fronterizos de 15 de julio de 1971 (BOE 4-9-1971) ; Acuerdo complementario al Convenio General sobre Seguridad Social de 7 de mayo de 1973 (BOE 7-6-1978) ; Canje de notas relativo a las normas de visita de buques de guerra españoles y portugueses a puertos de Portugal y España, de 16 de mayo de 1973 (BOE 14-6-1973) ; Convenio relativo a la construcción de un puente internacional sobre el río Erjas en la raya fronteriza hispano-portuguesa de 22 de noviembre de 1973 (BOE 8-5-1974) ; Segundo protocolo adicional al convenio de 29 de mayo de 1968 para regular el uso y aprovechamiento hidráulico de los tramos internacionales de los ríos Miño, Limia, Tajo, Guadiana y Chanza y de sus afluentes, en lo que respecta al aprovechamiento hidráulico del tramo internacional del río Miño, de 12 de febrero de 1976 (BOE 13-6-1977).

⁹³ Informe sobre Olivenza, Madrid, Archivo del Mº de Asuntos Exteriores, Leg. R. 8613, nº 12.

Por otra parte, en los tratados bilaterales firmados desde 1977,⁹⁴ tampoco se indica nada específicamente en relación con Olivenza. El Tratado de Amistad y Cooperación nada dice al respecto. Del mismo parece deducirse

⁹⁴ Desde el Tratado de Amistad y Cooperación (BOE de 30-5-1978) destaca el Acuerdo especial para la cooperación técnica y científica en el campo de la ingeniería textil, de 13 de abril de 1978 (BOE 18-7-1983); Acuerdo sobre cooperación en materia de seguridad de las instalaciones nucleares fronterizas (BOE 17-8-1981 de 31 de marzo de 1980); Acuerdo complementario al convenio básico de cooperación científica y tecnológica en materia de cooperación minera de 31 de marzo de 1980 (BOE 7-11-1981); Acuerdo de 11 de septiembre de 1980 en materia de trabajo, empleo, formación profesional y seguridad e higiene en el trabajo (BOE 17-8-81); Acuerdo de 7 de junio de 1981 sobre yuxtaposición de controles y tráfico fronterizo (BOE 29-2-84); Convenio de 7 de mayo de 1981 de asistencia mutua administrativa con el fin de prevenir, investigar y reprimir las infracciones aduaneras (BOE 28-6-1982); Protocolo adicional al convenio sobre supresión de pasaportes de 7 de mayo de 1981 (BOE de 19-3-1983); Reglamento de 7 de mayo de 1981 de pesca aplicable al tramo internacional del río Miño (BOE 11-6-1981); Acuerdo de 11 de mayo de 1981 para la cooperación científica y técnica en el campo de las ciencias de la atmósfera (BOE 4-3-1982); Acuerdo de 15-6-1982 sobre cooperación en el sector del turismo (BOE 23-11-1984); Protocolo al Tratado de Amistad y Cooperación de 12 de noviembre de 1983; Canje de notas sobre concesión de licencias a los radioaficionados de ambos países de 12 de noviembre de 1983 (BOE 25-6-1985); Acuerdo de cooperación sanitaria de 12 de noviembre de 1983 (BOE 1-2-1986); Canje de notas para la creación en territorio español de una zona de controles nacionales yuxtapuestos en Caya-Badajoz (BOE 27-1-1988); Acuerdo sobre cooperación en materia de lucha contra la droga de 27 de enero de 1987 (BOE de 17-2-1988); reglamento de pesca de 17 de junio de 1987 en los tramos fluviales fronterizos, a excepción del tramo internacional del río Miño y de la zona marítima fluvial del Guadiana (BOE 27-5 y 13-8-1992); Acuerdo de cooperación agrícola de 28 de noviembre de 1987 (BOE 23-2-1990); Canje de notas sobre el art. X del tratado de colaboración en materia económica, social y cultural y de legítima defensa colectiva, firmado en Bruselas el 17 de marzo de 1948, enmendado por el Protocolo por el que se modifica y completa el tratado de Bruselas, firmado en París el 23 de octubre de 1954 (BOE 8-5-1990); Acuerdo para las relaciones cinematográficas de 8 de febrero de 1989 (BOE 26-9-1990); Protocolo sobre cooperación técnica y asistencia mutua en materia de Protección Civil de 9 de marzo de 1992 (BOE 23-7-1993); Convenio sobre la readmisión de personas en situación irregular de 15 de febrero de 1993 (BOE 31-3-1995); Convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta de 26-10-1993 (BOE 7-11-1995); Canje de notas relativo a la aplicación del art. 23 del convenio europeo de extradición de 13 de diciembre de 1957, y canje de notas por el que se aprueba el reglamento de caza de las aguas y márgenes del tramo internacional del río Miño (BOE 16-6.1995); Acuerdo de cooperación científica y tecnológica de 16 de marzo de 1994; Convenio relativo a la cooperación judicial en materia penal y civil de 19 de noviembre de 1997 (BOE 21-1-1999); Acuerdo sobre creación de comisarías comunes en frontera de 19 de noviembre de 1997 (BOE 26-

que no hay ninguna controversia territorial. El acuerdo de cooperación sanitaria de 1983 tampoco dice nada al respecto, como nada se indica en el canje de notas para la creación en territorio español de una zona de controles nacionales yuxtapuestos en Caya-Badajoz, o en el acuerdo sobre creación de comisarías comunes en la frontera, de 19 de noviembre de 1997.

El art. 2 del *Convenio Marco luso-español sobre mejora de los accesos comunes* de 30 de noviembre de 1998 indica expresamente que la construcción y el mantenimiento de puentes de interés común no modifica la línea fronteriza entre los dos países, en implícita alusión a Olivenza. Pero este artículo fue resultado del renacer de una polémica ya enterrada en las relaciones bilaterales, que tampoco dio lugar a otro tipo de acciones diplomáticas por parte de Portugal, ni a una reclamación de retrocesión. Ni el *Convenio sobre cooperación para la protección y el aprovechamiento sostenible de las aguas de las cuencas hidrográficas* (también de 30 de noviembre de 1998), ni el *Convenio sobre cooperación transfronteriza entre entidades e instancias territoriales*, de 2 de octubre de 2002, establecen nada al respecto. Como ya hemos señalado, ello puede interpretarse en el marco de la evolución global de un comportamiento que rehusa plantear una cuestión “afastada da correspondência diplomática.”

Este alejamiento de la cuestión oliventina de las relaciones diplomáticas, y por ende de las relaciones jurídicas de Estado a Estado, es bien evidente en el proceso de construcción europea. El comportamiento portugués en relación a Olivenza es muy distinto del comportamiento español sobre la secular disputa de Gibraltar. Si bien la Unión Europea no afecta al trazado de las fronteras interiores o exteriores, incide notablemente en sus funciones y finalidades. Hubiera sido lógico que, en el marco de los progresos en la construcción europea que afectasen al concepto de frontera, Portugal hubiese puesto de relieve la existencia de una controversia territorial con España.

9-98); Tratado para la represión del tráfico ilícito de drogas en el mar de 2 de marzo de 1998 (BOE 20-1-2001); Acuerdo sobre persecución transfronteriza de 20-11-1998 (BOE 18-2-2000); Convenio marco relativo a la mejora de los accesos entre los dos países de 20 de noviembre de 1998 (BOE 29-5-99); Convenio sobre la cooperación para la protección y el aprovechamiento sostenible de las aguas de las cuencas hidrográficas hispano-portuguesas, protocolo adicional (BOE 12-2-2000); Acuerdo relativo a la creación de una comisión mixta en el ámbito de los transportes terrestres y las infraestructuras de transporte, Protocolo de 26-1-2000 (BOE 23-11-2000).

La realización de un espacio sin fronteras interiores, en principio sin controles, la realización de una frontera exterior común y un régimen común de visados, extranjería e inmigración, complementario al Derecho Internacional y los derechos estatales, junto al objetivo de realización en la Unión de un espacio de libertad, seguridad y justicia, han creado en el ámbito interestatal y europeo múltiples oportunidades durante la negociación y celebración de los diferentes tratados y reformas para que Portugal hubiese planteado su reivindicación en el marco jurídico de cualquiera de los pilares afectados.

Un ámbito en el que estaba en juego el clásico concepto de frontera línea es el de la cooperación policial y judicial-penal (cooperación y asistencia policial, vigilancia transfronteriza, entrega vigilada, persecución transfronteriza en caliente) y el de las cuestiones aduaneras reguladas en un marco jurídico común a los Estados de la Unión. En ese momento, Portugal debería haber planteado la cuestión.⁹⁵

Es verdad que no se puede presumir la renuncia a un derecho sobre la base de la interpretación de palabras sueltas o notas aisladas. Pero no menos verdad es que *el comportamiento global de Portugal, y no solo unos u otros hechos aislados, revela una aceptación clara y constante de la situación de Olivenza*, al menos por lo que se refiere al siglo XX.⁹⁶

⁹⁵ Sobre la nueva articulación de la frontera límite en Derecho europeo, véase VALLE GÁLVEZ, A., del, "Las fronteras de la Unión: el modelo europeo de fronteras", RDCE, 12, año 6, mayo/agosto 2002, pp. 299-341, en especial 330-332; MORENO CATENA, V., CASTILLEJO MANZANARES, R., *La persecución de los delitos en el Convenio de Schengen*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; DE MIGUEL ZARAGOZA, J. de, "La cooperación judicial en los Pactos de Schengen", Boletín de información del Ministerio de Justicia 1993, suplemento al nº 1676, pp. 3427 ss; URTIZBEREA SEIN, I., "Cooperación policial y derecho de persecución a la luz de un asunto en la frontera hispano-francesa"; RDCE, 1997-1, pp. 287-305; CARRERA HERNÁNDEZ, F.J., "La cooperación policial y judicial en materia penal: componente del espacio de libertad, de seguridad y de justicia", Boletín Europeo de la Universidad de la Rioja, n.º 2, sup. 1998, pp. 7-16.

⁹⁶ Como ha puesto de relieve el TIJ, para que se produzca aquiescencia debe haber una "actitud uniforme y constante" (Asunto del Templo de Préah Vihéar, TIJ, Rec. 1962, p. 30) un "comportamiento absolutamente neto y constante" (Asunto de la plataforma continental del mar del Norte (TIJ, Rec. 1969, p. 25) o una "aceptación clara y constante de una situación, régimen o tesis jurídica, o bien una renuncia de manera clara y no equívoca a las pretensiones" (Asunto de ciertas tierras de fosfatos en Nauru, TIJ, Rec. 1992, p. 247, párr. 13)

4,d,2) El factor temporal

Un aspecto esencial que debe ser examinado es el factor temporal. La salvaguarda de los posibles derechos de Portugal hubiera exigido no sólo protestas aisladas o actos concluyentes, sino una mayor asiduidad en el ejercicio de la reclamación. El comportamiento de Portugal revela que sus protestas aisladas se han producido en lapsus temporales que permiten sostener la tesis de la aquiescencia.

Como ha señalado Suy,⁹⁷ la efectividad de las protestas no depende tanto del resultado sino de la asiduidad con que son emitidas. Así, en el asunto *Minquiers y Ecrehous*, el Tribunal Internacional de Justicia estimó que las protestas francesas no interrumpían la formación del título británico sobre Minquiers. En el asunto de Olivenza, un periodo tan largo como el transcurrido evidencia un abandono de la pretensión. En el *Asunto de la controversia fronteriza en Alaska*,⁹⁸ el Tribunal arbitral estimó que “ más de 60 años sin protesta ni objeción —desde que Rusia había cedido a USA la ocupación, posesión y gobierno del territorio— constituían aquiescencia de Inglaterra.” Brasil tampoco había “contradicho y había progresivamente aceptado”⁹⁹ los actos de autoridad y jurisdicción que sobre los comerciantes y tribus nativas había realizado Inglaterra en la zona litigiosa con la Guayana británica, lo que fue motivo determinante en el *Laudo del Rey de Italia*, árbitro en la controversia de 1904. También tuvo relevancia jurídica la falta de protestas y el comportamiento noruego en relación con los actos de soberanía suecos realizados en la zona de *Grisbadarna*.¹⁰⁰ Del mismo modo, la aquiescencia de España en el ejercicio de la autoridad por Holanda sobre la *Isla de Palmas* se produjo por la falta de contestación y protestas frente al ejercicio de derechos territoriales por Holanda.

Cabe señalar que Portugal se ha beneficiado de la doctrina de la aquiescencia en diversos asuntos internacionales. En el *Asunto de la Isla Bulama* (1870) el General Grant, Presidente de Estados Unidos y árbitro en la controversia entre Reino Unido y Portugal, rechazó la reclamación británica porque Portugal nunca había tenido un comportamiento aquiescente.¹⁰¹ Por el contra-

⁹⁷ SUY, *Les actes juridiques.....*, p. 76.

⁹⁸ Cmd 1877 (1904), p. 49, p. 79

⁹⁹ UNRIAA, vol. XI pp. 21-22

¹⁰⁰ Asunto *Grisbadarna* (1909). UNRIAA, vol. XI, p. 161.

¹⁰¹ Asunto citado por BLUM, p. 69.

rio, el Presidente de Francia MacMahon, árbitro en el *Asunto de la Bahía Delagoa* (1875), dio la razón a Portugal porque “ los actos por los que había apoyado sus pretensiones no habían planteado ninguna reclamación ni contestación” (cit. por Blum). En el *Asunto del derecho de paso sobre territorio indio*,¹⁰² el Tribunal Internacional de Justicia admitió el valor de la falta de contestación durante la formación del título sobre el territorio, debido a que los británicos, al aceptar la situación como la habían encontrado, dejaron a los portugueses ocupar las villas y ejercer una soberanía exclusiva. Indicó el Tribunal: “Los británicos se abstuvieron ellos mismos de la soberanía en calidad de sucesores de los Mahrattes, pero no reconocieron expresamente la soberanía de Portugal. La autoridad exclusiva de los portugueses sobre las villas nunca fue puesta en cuestión. Así, la soberanía de Portugal sobre las villas fue reconocida por los británicos de hecho y por implicación.” (p. 39).

En pocos casos de la práctica internacional ha habido periodos tan largos de tiempo sin que el sujeto que ve amenazados sus derechos emita una protesta o reclamación expresa. El lapso de tiempo silente requerido es relativo, depende de las circunstancias de cada caso. Pero el factor tiempo es siempre esencial en la aquiescencia. Varía en función de circunstancias como los comportamientos en cuestión, la naturaleza de la relación jurídica, el grado de seguridad jurídica que le corresponde, la importancia de los intereses y derechos respectivos, el conocimiento de los hechos, etc... Como quiera que sea, el asunto de Olivenza es similar al de la Diferencia fronteriza, terrestre, insular y marítima El Salvador/Honduras. En ella, el Tribunal estimó que el silencio de Honduras y su falta de reacción entre 1854 y 1991 frente a innumerables actos salvadoreños de ejercicio de la soberanía sobre la Isla de Meanguera, constituían presunción de aquiescencia. “La Sala considera que esta protesta de Honduras (en 1991) que ha sido planteada después de una larga serie de actos de soberanía de El Salvador en Meanguera, ha sido formulada demasiado tarde para disipar la presunción de aquiescencia por parte de Honduras.”¹⁰³

4,d,4) El comportamiento de terceros como prueba de la aquiescencia de Portugal

En la cuestión que analizamos, el papel de los terceros Estados es limitado. El establecimiento de una frontera es competencia exclusiva de los Estados fronterizos, en la que aquellos no interfieren salvo contando con una

¹⁰² TIJ, Rec. 1960, p. 6.

¹⁰³ TIJ, Rec. 1992, p. 577, párr. 364.

tercería de mejor derecho. De no ser así, una frontera establecida crea una situación objetiva y válida *erga omnes*.

Por ello, la función de reconocimiento de terceros tiene mero valor político.¹⁰⁴ Desde esta perspectiva, la teoría del reconocimiento constitutivo, que beneficiaría a España, no sería un título de la soberanía territorial española sobre Olivenza.¹⁰⁵ Y ello porque entre los modos de establecimiento de la soberanía territorial no cabría incluir a la *communis opinio* de los Estados de la Comunidad internacional, el reconocimiento general, ni la tolerancia general de la Comunidad de Naciones.¹⁰⁶ Los Estados pueden reconocer o no reconocer la situación de Olivenza, lo que no sería decisivo para la determinación del estatuto territorial.

Tengamos además en cuenta que los Estados de la Comunidad Internacional no están obligados a reconocer como ilícita una situación resultado de la violación seria de una norma de *ius cogens*¹⁰⁷ y a no prestar ayuda para su mantenimiento. Si bien la conquista de Olivenza resultó de la violación del principio que prohíbe utilizar la fuerza, la regla es irretroactiva en aplicación del Derecho Intertemporal.¹⁰⁸ El mantenimiento del título tampoco se ha visto afectado por el principio de libre determinación de los pueblos.

¹⁰⁴ BOTHE, M., "Boundaries", *Encyclopedia of public international law*, North-Holland, A-D, 1992, Vol. I, p. 448.

¹⁰⁵ Sobre los problemas del reconocimiento véase LAUTERPACHT, H., *Recognition in international law*, Cambridge, 1947; CHEN, T.C., *The international law of recognition*, 1951; CHARPENTIER, J., *La reconnaissance internationale et l'évolution du droit des gens*, París, 1956; VERHOEVEN, J., *La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine. Les relations publiques internationales*, París, Pedone, 1975.

¹⁰⁶ Defendiendo el carácter constitutivo del reconocimiento, en el Asunto estatuto jurídico de Groenlandia Oriental Anzilotti mantuvo la tesis de que "...el estatuto jurídico de una región determinada está establecido en Derecho Internacional por la convicción general o *communis opinio* de los Estados que forman la Comunidad internacional. Cuando la soberanía reivindicada por un Estado sobre un país recibe la adhesión general de otros Estados, esta soberanía debe tenerse por establecida. La soberanía danesa sobre el conjunto de Groenlandia está ante todo fundada en acuerdos internacionales y en el reconocimiento general por la Comunidad de naciones. Comparativamente a esta base esencial, las reglas sobre la ocupación no presentan sino una importancia subsidiaria." TPJI, Serie c, nº 63, pp. 712 y 723-724

¹⁰⁷ Informe de la Comisión de Derecho Internacional a la Asamblea General de Naciones Unidas, año 2001, p. 287.

¹⁰⁸ En este sentido Doctrina Stimson; par. 10 Res. 2625; Asunto acciones militares y paramilitares en y contra Nicaragua, pr 188; Res. 622 (1990) del Consejo de Seguridad de

Así pues, el comportamiento de terceros en la cuestión de Olivenza tiene un papel limitado. Ahora bien, esto no significa que sea irrelevante, o que carezca de efectos jurídicos. El análisis del comportamiento de terceros sobre el estatuto territorial de Olivenza puede ser relevante jurídicamente para probar la tesis de la aquiescencia portuguesa. Como es obvio, no cabe interpretar el comportamiento de los terceros como aquiescencia porque carecen de derechos de soberanía que pudieran verse amenazados, por lo que no tienen tampoco el deber de reaccionar. Pero su comportamiento puede servir como medio de prueba sobre las tesis jurídicas en presencia en una situación territorial determinada,¹⁰⁹ como ha hecho el Tribunal Internacional de Justicia en varias ocasiones.

En el Asunto del Sáhara Occidental, el Tribunal se planteó la relevancia de los acuerdos concluidos por Marruecos con las potencias coloniales a finales del siglo XIX, para ver si suponía el reconocimiento de la soberanía marroquí sobre el Sáhara en el momento de la colonización española. El Tribunal llegó a la conclusión de que “los diferentes elementos invocados por Marruecos no establecen el reconocimiento internacional por otros Estados de la soberanía territorial de Marruecos.”¹¹⁰

El Tribunal Permanente de Justicia Internacional se sirvió de la posición de los terceros como medio para probar la tesis jurídica de Dinamarca en el *Asunto del estatuto jurídico de Groenlandia Oriental*.¹¹¹ En la cuestión de Olivenza, el comportamiento de los terceros prueba la tesis de la aquiescencia portuguesa. Después del Congreso de Viena de 1815, éstos no han vuelto a pronunciarse ni de manera unilateral ni colectiva, así como tampoco en el seno de Organizaciones internacionales. El art. 105 del Acta final, según demostramos, generó obligaciones que España cumplió.

Las investigaciones irredentistas tienden a mostrar que el comportamiento de Portugal en las Conferencias y Organizaciones internacionales no permite afirmar la tesis de la aquiescencia. El estudio de Mário R. Simões Rodrigues sobre Olivenza en la Conferencia de la Paz de 1919 analiza por

Naciones Unidas. Sobre la obligación de no reconocer una situación derivada de la denegación del derecho de libre determinación de los pueblos, *Asunto Rhodesia* (Res. 216 del Consejo de Seguridad de 1965), en el caso de los denominados Estados bantustanes en Sudáfrica (Res. AGONU, 31/6A, 1976, y 402 (1976) del Consejo de Seguridad, etc..

¹⁰⁹ KOHEN, *Possession contestée...*, pp. 335-336.

¹¹⁰ Asunto del Sáhara Occidental, TIJ, Rec. 1975, p. 56, párr. 126.

¹¹¹ TPJI, serie A/B, nº 53, pp. 51 y 61-62.

qué Portugal no la planteó en aquél foro.¹¹² El Ministro portugués de Asuntos Exteriores preguntó al Jefe de la delegación en la Conferencia, el 20 de marzo de 1919, si era conveniente suscitar la cuestión de Olivenza. Éste, a su vez, pidió a Luiz Teixeira de Sampayo, Presidente de la Delegación portuguesa en la Comisión Mixta de Límites, que recogiese todos los elementos relativos a la cuestión existentes en el Archivo Histórico del M^o dos Negocios Estrangeiros, Torre do Tombo, Biblioteca Nacional y otras. El resultado fue la *Compilação de elementos para o estudo...*, tantas veces citada en este trabajo. Finalmente, la posición portuguesa, como indicaba el 9 de abril de 1919 Afonso Costa en telegrama confidencialísimo al Ministerio de Asuntos Exteriores, fue que la Conferencia Internacional no tenía nada que ver con el problema de Olivenza porque España no era beligerante. La cuestión sólo podría discutirse más adelante, en la Liga de las Naciones, o desde ya oficiosamente, con los países más interesados en la política peninsular.

La cuestión se había suscitado por varias campañas previas en la prensa y por la insistencia de Gaspar António de Azevedo Meira, de la Sección Técnica de la Delegación Portuguesa en la Comisión Internacional de Límites. Este General había dirigido diversas cartas a su Presidente llamando la atención para que se aprovechara la ocasión, puesto que si no se suscitaba internacionalmente “tarde o nunca habría otra.”¹¹³ El General volvió a insistir en otras cartas el 4 de enero y el 20 de marzo de 1919, proponiendo que “se não há grandes probabilidades de recuperarmos Olivença, que fique ao menos solucionada a questão, por indemnisação ou qualquer outra forma.”¹¹⁴

El 20 de marzo el Ministro interino dos Negocios Estrangeiros, Francisco Manuel Couceiro da Costa, había enviado un telegrama a Afonso Costa indicando: “*Como bem se comprehende assunto só poder ser sugerido quando haja certeza não poder levantar menor conflito.*”¹¹⁵

¹¹² RODRIGUES, M. R. Simões., “Olivença na Conferência da Paz de 1919”, *Olivença. Revista de estudos históricos, jurídicos e diplomáticos*, GAO, Círculo de Estudos Oliventinos, 2001, nº 1, pp. 76 ss.

¹¹³ SAMPAYO, *Recopilação...* p. 355-358.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 357

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 294.

Por tanto, junto al hecho de que España no formaba parte de la Conferencia de Paz, Portugal tampoco quería suscitar el conflicto. Es cierto que podría existir la controversia, aunque no debiese de ser planteada necesariamente en la Conferencia de Paz. Pero lo que muestra el comportamiento de Portugal es su intención de no “levantar el menor conflicto”. De ahí que excluyese la cuestión de la correspondencia diplomática, o que no haya vuelto a plantear la retrocesión en el último siglo y medio. Oportunidades no han faltado. En la Sociedad de las Naciones, como ellos mismos apuntaron, o en las Naciones Unidas, organización en la que los ámbitos territoriales objeto de discusión, debate y decisión, han sido amplísimos. Asimismo, como ya indicamos, Portugal podría y debería haber suscitado la cuestión olivenza en el marco de la Unión Europea, como ha hecho España con Gibraltar, o en el seno de otras Organizaciones internacionales, Conferencias, negociación de tratados multilaterales y bilaterales... Pero todas esas ocasiones para romper su silencio aquiescente han sido desperdiciadas.

Al objeto de evitar esta interpretación, los movimientos irredentistas defienden la tesis de que las reglas del reconocimiento en Derecho Internacional no exigen que en la celebración de un convenio internacional los Estados partes deban tomar posición sobre cualquier parte del territorio que pueda ser objeto de disputa o controversia. Esto puede ser cierto al interpretar un determinado tratado multilateral o bilateral en el que no se hiciese referencia a la disputa territorial. Pero una actitud o comportamiento global aquiescente sí que puede probarse por la ausencia de referencias a la cuestión en el marco no sólo convencional, sino también institucional e interestatal.

Desde el punto de vista institucional, organizaciones como Naciones Unidas o la Comunidad Europea hubiesen sido foros adecuados no tanto para introducir una referencia a Olivenza en los tratados (algo impensable e imposible en el caso de las Naciones Unidas) como para plantear la cuestión en el ámbito orgánico o institucional pertinente. En estas ocasiones, Portugal hubiera podido aprovechar la situación para plantear de nuevo la reivindicación, cosa que no ha hecho desde hace mucho tiempo.

Para intentar contradecir esta línea de argumentación, el irredentismo defiende la tesis de que no es necesario hacerlo. Al ingresar España en la estructura militar de la Alianza Atlántica, Olivenza quedaba bajo mando militar español, por lo que se planteó la cuestión de si Portugal debía formular alguna reserva para no reconocer implícitamente la soberanía española sobre

Olivenza. Por esta razón el *Grupo Amigos de Olivença* alertó al Ministro de Asuntos Exteriores y al Primer Ministro portugués. Según este grupo, tanto la *Direcção-Geral dos Assuntos Multilaterais do Ministério dos Negócios Estrangeiros*, el 18 de febrero de 1998, como el Jefe de Gabinete del Ministro de Defensa Nacional, el 24 de marzo del mismo año, le remitieron una carta con el mismo contenido en la que indicaban:

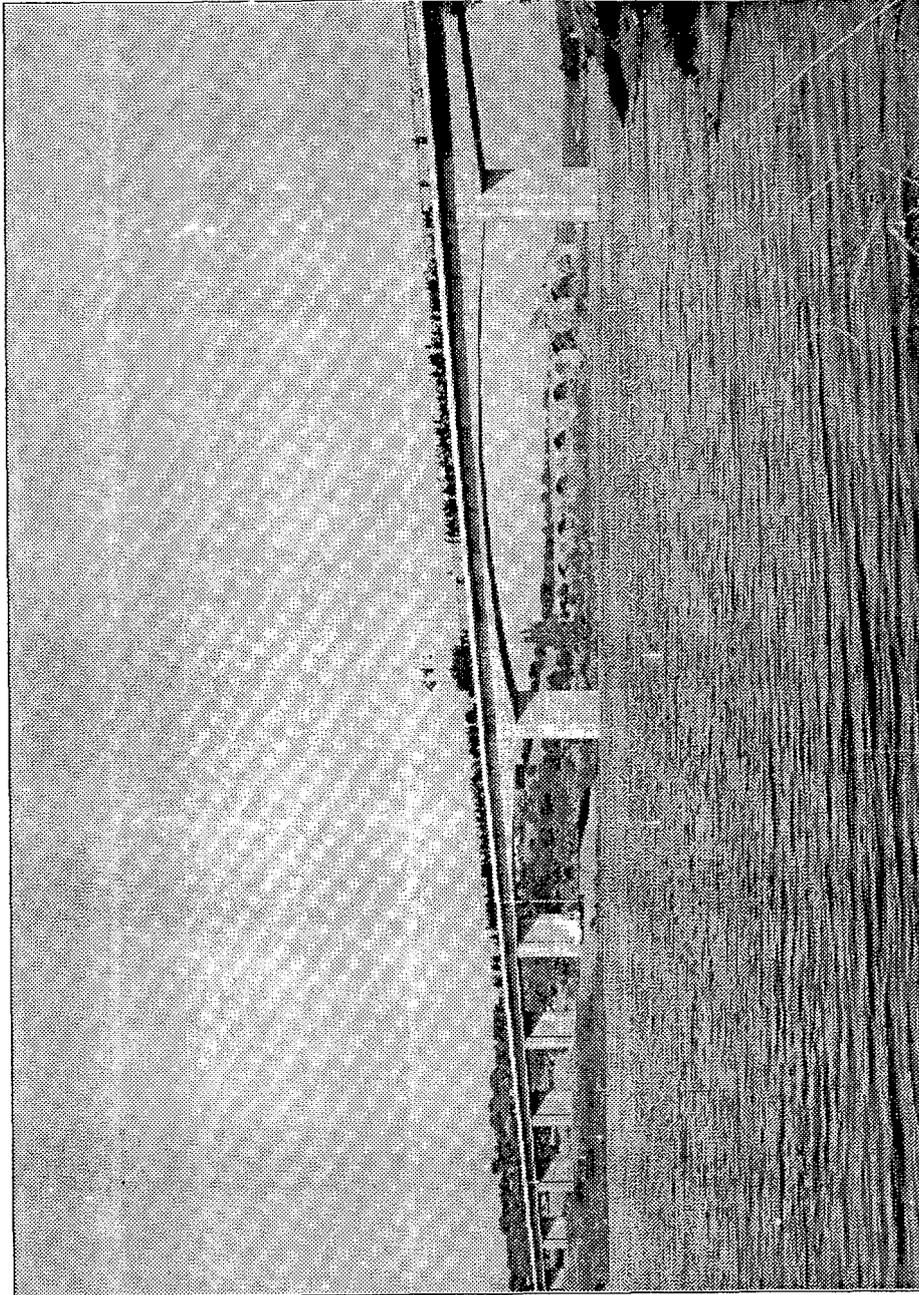
“Com referência ao ofício nº 47-12/97 de 10.12.97, tenho o honra de levar ao conhecimento de V. Exa. que, no entender desta Direcção-Geral, a posição tradicional do Estado português relativamente à questão de Olivença não será afectada pela criação de um comando sub-regional em território espanhol, no âmbito da reestruturação da estrutura militar integrada da Aliança Atlântica.

Com efeito, não havendo Portugal reconhecido a integração de Olivença e seu termo no território espanhol, não tem sido considerado necessário formular qualquer ressalva aquando da vinculação de Portugal a instrumentos jurídicos internacionais -bilaterais ou multilaterais -de que a Espanha também seja parte. Foi o que se verificou, designadamente, com a Carta das Nações Unidas, o Tratado do Atlântico Norte e o Tratado de acção de Portugal e Espanha às Comunidades Europeias.

Acresce que, segundo as regras do reconhecimento internacional, considera-se que as normas de direito convencional quando se referem, em termos gerais, ao território de determinado Estado, não pressupõem, nem poder ser entendidas, como impondo aos Estados Parte uma tomada de posição sobre qualquer parte do território que possa ser objecto de disputa e controvérsia.”¹¹⁶

Pero lo que se trata no es de analizar el comportamiento particular de Portugal en éste o aquel caso concreto, sino su comportamiento global, que objetivamente muestra el abandono de la reivindicación. De ese comportamiento global no puede deducirse que Portugal haya hecho todo lo posible para preservar sus derechos. Por el contrario, al eludir la cuestión en las relaciones bilaterales y multilaterales durante un periodo tan largo de tiempo no cabe duda de que se ha producido aquiescencia a la soberanía española sobre Olivenza.

¹¹⁶ RODRIGUES, M. R. Simões Et al, *Op .cit.*, p. 6.



Puente de Ajuda sobre el río Guadiana, entre Elvas y Olivenza. Foto de J. Carpintero
(por cortesía del autor)