

LA CRECIENTE INTERACCIÓN ENTRE LA SEGURIDAD NACIONAL Y EL COMERCIO INTERNACIONAL: HACIA UNA CONCRECIÓN DEL SIGNIFICADO Y ALCANCE DEL ARTÍCULO XXI GATT EN TIEMPOS DE CAMBIOS TECNOLÓGICOS Y COMPETENCIA GEOPOLÍTICA

NATIONAL SECURITY AND INTERNATIONAL TRADE: APPROACHING THE MEANING AND EXTENT OF ARTICLE XXI GATT IN TIMES OF TECHNOLOGICAL CHANGES AND GEOSTRATEGIC COMPETENCE

CARLOS ESPLUGUES MOTA

*Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Valencia*

Recibido: 12.12.2019 / Aceptado: 09.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5184>

“...y más que ya por muchas experiencias sabemos que no es menester ni mucha habilidad ni muchas letras para ser uno gobernador, pues hay por ahí ciento que apenas saben leer, y gobiernan como unos girifaltes; el toque está en que tengan buena intención y deseen acertar en todo ...”

Miguel de Cervantes Saavedra, *El Quijote*,
Segunda parte, Capítulo XXXII

Resumen: Tras años de fomento del libre comercio y de la globalización, las posiciones nacionalistas y unilateralistas comienzan a ganar terreno en la realidad internacional. En este entorno, el recurso a la noción de intereses esenciales de la seguridad del Estado y conceptos similares es usado de forma creciente para avalar la adopción de medidas proteccionistas frente a bienes y servicios provenientes del exterior. El artículo XXI GATT gana, así, un protagonista que le ha sido negado desde su redacción en la década de los cuarenta del siglo pasado. Carente de una práctica amplia y consistente, el precepto ha sido ahora objeto de interpretación por el órgano de resolución de controversias de la OMC. El presente artículo aborda la naturaleza y significado de este artículo, referente indiscutible para muchas de las cláusulas de excepción presentes en los distintos Tratados de Libre Comercio, y sus perspectivas de futuro en un entorno marcado por la crisis de la OMC.

Palabras clave: Artículo XXI GATT, intereses esenciales de la seguridad del Estado, seguridad nacional, comercio internacional; guerra comercial.

* Artículo elaborado en el marco de los Proyectos I+D MINECO DER 2016-75945-R y PROMETEO GVA2018/111.

Abstract: International free trade and globalization have been heavily supported during the last decades. Nevertheless, nationalist and unilateralist positions are gaining ground in the international arena and free trade is currently under attack. Notions like “essential interests of state security” or “national security” are increasingly used to support the adoption of protectionist measures against goods and services coming from abroad. In this scenario, article XXI GATT is raising an increasing protagonist. The provision has historically lacked a broad and consistent practice but currently it has been interpreted by the WTO dispute resolution body. This article addresses the nature and meaning of article XXI GATT and its future role in an international trade environment characterized by the WTO crisis.

Keywords: Article XXI GATT, Essential Security Interests of the State, National Security, International Trade, Trade War.

Sumario: I. Seguridad nacional y comercio internacional: una unión de complacencia cada vez más habitual, intensa y tirante. II. Las actuales coordenadas del comercio internacional: la Sección 232 de la *Trade Expansion Act* americana de 1962 como paradigma. III. El artículo XXI GATT como paradigma de las cláusulas de excepción (“*non-precluded measures provisions*”). A) El artículo XXI GATT como referente. B) Un precepto durmiente durante 7 décadas. IV. La polémica en torno a la naturaleza discrecional –“*self-judging*”- del artículo XXI GATT. 1. El debate doctrinal sobre el carácter discrecional –“*self-judging*”- del artículo XXI GATT. A) Argumentos en favor de la naturaleza discrecional del artículo XXI GATT. B) Oposición a la naturaleza plenamente discrecional del artículo XXI GATT. 2. Inexistencia de una práctica concluyente hasta 2019. A) La práctica existente hasta 2019. B) ¿Recodo o punto y aparte?: el Informe del Grupo Especial en el asunto Rusia - Medidas que afectan al tráfico en tránsito y la naturaleza discrecional –“*self-judging*”- del artículo XXI GATT. V. La fijación del contenido del artículo XXI GATT y de las concretas medidas susceptibles de ser adoptadas a su amparo. 1. El sentido atribuible a “intereses esenciales” de la seguridad del Estado y similares nociones recogidas en los TLCs. A) Intereses esenciales de la seguridad del Estado. B) Seguridad nacional. 2. El significado de medidas “necesarias” para la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado. VI. El futuro: “the long and winding road”.

I. Seguridad nacional y comercio internacional: una unión de complacencia cada vez más habitual, intensa y tirante

1. En un mundo crecientemente tensado por el auge de ideas nacionalistas y proteccionistas que se pensaban arrumbadas, la referencia a la seguridad nacional, y otros conceptos similares, se hace patente en los más variados ámbitos y respecto de materias en las que hasta hace poco no tenía cabida¹. Tras años de liberalismo y globalización pareciera que estamos en el umbral de una nueva fase de guerra fría latente, en la que las dos grandes superpotencias económicas luchan en todos los campos, también en el comercial, por la hegemonía geopolítica, hoy más que nunca vinculada al liderazgo tecnológico.

2. El comercio internacional es, por sus efectos y trascendencia global, uno de aquellos sectores en los que más presente se hace ahora esta idea de la salvaguarda de la seguridad nacional del Estado, y donde obtiene un mayor impacto. Así, la actualidad diaria no deja de poner de manifiesto el recurso creciente a este argumento como factor determinante a la hora de imponer límites al libre comercio y al libre flujo de inversiones². Muy atrás parecen quedar hoy los tiempos en que los miembros del GATT³ se

¹ “Populism is telling voters what they want to hear, knowing that it is neither true, nor feasible”, C.I. NAGY, “World Trade, Imperial Fantasies and Protectionism: Can You Really Have Your Cake and Eat It Too”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 26, n.º. 1, 2019, p. 87. El debate sobre la relación entre comercio internacional y seguridad nacional ha estado siempre presente, pero es en los últimos tiempos cuando ha alcanzado una intensidad antes desconocida. Vid. como ejemplo de lo anterior, K.J. HOLSTI, “Politics in Command: Foreign Trade as National Security Policy”, *International Organization*, vol. 40, n.º. 3, 1986, p. 643 y ss., o D.N. ZILLMAN, “Energy Trade and the National Security Exception to the GATT”, *J. Energy & Nat. Resources L*, vol. 12, 1994, p. 117 y ss.

² Vid. J. SLAWOTSKY, “The National Security Exception in US-China FDI and Trade: Lessons from Delaware Corporate Law”, *The Chinese Journal of Comparative Law*, vol. 6, n.º. 2, 2018, pp. 230-231.

³ En el presente artículo, y debido a su mayor y general aceptación, usaremos el acrónimo GATT, correspondiente a *General Agreement on Tariffs and Trade*, en lugar del mucho menos usado de AGAAC, referente a la denominación en español - Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio.

comprometían “individually and jointly ... to abstain from taking restrictive trade measures, for reasons of a non-economic character, not consistent with the General Agreement”⁴.

3. De hecho, esta referencia a la seguridad nacional como factor de limitación de los intercambios comerciales internacionales tiene un impacto directo en ellos. Así, el incremento del 4.7% del volumen de transacciones comerciales en 2017 se ha visto ralentizado hasta el 2,9% en 2018, y el 2,6% en 2019 y 2020⁵. El súbito incremento de las tensiones comerciales y las incertidumbres en las políticas económicas⁶ originadas, entre otras razones, por la actual ola de proteccionismo vinculada, con mayor o menor intensidad, a la idea de protección de la seguridad nacional de los Estados, independientemente de los que se entienda por ésta, son algunos de los motivos alegados para este debilitamiento de las transacciones comerciales internacionales.

4. Esta mención a la seguridad nacional plantea, directamente la cuestión de su compatibilidad con el actual marco normativo del comercio internacional. A la vez que suscita la necesidad de concretar su sentido y significación, asumiendo que estamos ante un concepto plural que puede alcanzar diversos entendimientos en distintos ámbitos. Y, dependiendo de su interpretación amplia o estricta, amparar o no, bajo esta denominación, otras realidades no exactamente similares a la noción de seguridad nacional como la de “seguridad económica” o “seguridad energética” de un concreto país⁷. Conceptos que trascienden a aquélla, y que generalmente resultan, también, mucho más amplios que ella.

5. La posibilidad de utilizar la referencia a la protección de los “*intereses esenciales de seguridad*” de un Estado para limitar los flujos comerciales internacionales se encuentra recogida en el artículo XXI GATT de 1994 que reproduce invariados los términos originarios de GATT de 1947⁸. Dormiente durante décadas, el precepto ha visto doblemente acrecentada su trascendencia en los últimos tiempos. En primer lugar, por cuanto es tomado como referencia, o copiado sin más, al diseñar un gran número de cláusulas de excepción recogidas tanto en los distintos Tratados de Libre Comercio (en adelante TLCs) como en los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (en adelante APPRIs). Y, también, más recientemente, debido al ejercicio de distintas acciones ante la OMC por parte de Estados miembros que plantean de forma directa la cuestión de su significado y extensión.

El Informe del Grupo Especial de la OMC de 5 de abril de 2019 en la Diferencia *Rusia - Medidas que afectan al tráfico en tránsito*⁹ que, por primera vez en la práctica de la OMC aplica e interpreta el artículo XXI GATT cobra en este entorno una especial trascendencia en cuanto, previsiblemente, servirá de referencia para los siguientes supuestos suscitados a fecha de hoy en relación con dicho precepto.

6. En el presente artículo comenzaremos realizando una primera aproximación al marco global en que se desarrolla el comercio internacional en los momentos actuales y al creciente uso de la noción de seguridad nacional para limitar el comercio internacional, valorando seguidamente el fenómeno de las cláusulas de excepción, con una especial mención al artículo XXI GATT y al significado atribuido al concepto de “*intereses esenciales de la seguridad*” recogido en él. Todo ello a partir del fallo de abril de 2019 de la OMC en el mencionado asunto *Rusia - Medidas que afectan al tráfico en tránsito*, de sus claves y de los caminos de futuro que abre.

⁴ GATT, *Ministerial Declaration of 29 November 1982*, WTO Doc. L/5424, 1982, p. 3, n.º 7(iii) https://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/91000208.pdf, éste y el resto de enlaces mencionados en el presente artículo se entienden visitados por última vez con fecha 15 de diciembre de 2019.

⁵ OMC, “El crecimiento del comercio mundial pierde impulso en tanto que persisten las tensiones comerciales”, Comunicado de Prensa, PRESS/837, https://www.wto.org/spanish/news_s/pres19_s/pr837_s.htm.

⁶ WTO, *World Trade Statistical Review 2019 Chapter III World trade developments, 2018 -2019*, p. 18 https://www.wto.org/english/res_e/statis_e/wts2019_e/wts2019chapter03_e.pdf.

⁷ A. SWANSON y U. MOZUR, “Trump fusiona sus amenazas económicas y de seguridad nacional para presionar a aliados”, *The New York Times es*, 10.6.2019, <https://www.nytimes.com/es/2019/06/10/aranceles-trump-seguridad-nacional/>

⁸ Respecto del proceso de su redacción, vid. S.L. LESTER y H. ZHU, “A Proposal for Rebalancing to Deal with National Security Trade Restrictions”, *Fordham Int'l L.J.*, vol. 42, n.º 5, 2019, p. 1452.

⁹ Diferencia DS512, WT/DS/512RA1 <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=s:/WT/DS/512RA1.pdf>.

II. Las actuales coordenadas del comercio internacional: la Sección 232 de la *Trade Expansion Act* americana de 1962 como paradigma

7. Tras años de fomento de la liberalización del comercio internacional, los últimos 36 meses han sido testigos de un incremento constante en la adopción de medidas de limitación de éste amparadas, entre otros motivos, en el eventual riesgo que para la seguridad nacional del Estado receptor puede suponer la importación de determinados bienes, o de un número elevado de ellos. Estas medidas, adoptadas en un marco retórico de creciente oposición a la globalización y marcadamente favorable a posiciones unilateralistas y proteccionistas, han generado una escalada en la tensión comercial entre algunos países – principalmente Estados Unidos y China- que, además de afectar a otros muchos Estados y de incidir negativamente en el volumen de transacciones comerciales internacionales, pone gravemente en tensión al entramado normativo del comercio internacional articulado sobre un equilibrio de obligaciones y cesiones recíprocas¹⁰. Amén de impactar de forma especialmente negativa en el mecanismo de resolución de controversias de la OMC¹¹.

8. La posición mantenida por la actual administración americana, que no ha dudado en hacer uso de las distintas posibilidades ofrecidas por su legislación para, entre otras medidas, imponer aranceles a las importaciones de diversos productos provenientes de distintos países, es paradigmática de esta nueva realidad, a la vez que resulta especialmente relevante a la hora de explicar la actual situación.

La normativa americana incorpora un conjunto de disposiciones que permiten adoptar medidas que afectan al comercio internacional con base en su aparente impacto en la seguridad nacional de los Estados Unidos de América. La S. 301 de la *Trade Act* de 1974¹², el Título III de la *Helms-Burton Act* de 1996¹³, la Sección 232 de la *Trade Expansion Act* de 1962¹⁴, o incluso la misma normativa *antidumping*¹⁵ son buenos ejemplos de ello. Durmientes por razones diversas durante mucho tiempo, estas disposiciones se han visto ahora activadas por la administración Trump, en un giro drástico desde la política favorable al libre comercio internacional mantenida por EE.UU. en las últimas décadas¹⁶ hasta una posición de nacionalismo económico radical “american style”¹⁷.

9. La aplicación de la *Trade Act* y de la *Trade Expansion Act* a productos provenientes de la República Popular China (en adelante R.P. China) constituye un ejemplo paradigmático del nuevo activismo unilateral que gana adeptos en el comercio internacional¹⁸. El recurso cada vez más usual a la protección de los intereses esenciales de seguridad de un Estado, o conceptos similares, como argumen-

¹⁰ Vid. E. YALCIN, G. FELBERMAYR y M. STEININGER, *Global Impact of a Protectionist U.S. Trade Policy*, Ifo Forschungs-Berichte- 89-2017, Leibniz Institute for Economic Research at the University of Munich, Munich, 2017, pp. 62-63.

¹¹ Nótese, E.-U. PETERSMANN, "The 2018 Trade Wars as a Threat to the World Trading System and Constitutional Democracies", *Trade, Law and Development*, vol. 10, n.º. 2, 2018, p. 181 y ss., especialmente pp. 183-186.

¹² En relación a las investigaciones iniciadas a su amparo vid. <https://ustr.gov/issue-areas/enforcement/section-301-investigations>. En lo relativo a las concretas actuaciones emprendidas contra la R.P. China, vid. CH.O. TAYLOR, "Twenty First Century Trade Policy: What the U.S. Has Done & What It Might Do", *Currents: J. Int'l Econ. L.*, vol. 23, 2016, p. 52; S. CHARNOVITZ, "How American Rejectionism Undermines International Economic Law", *Trade, Law and Development*, vol. 10, n.º 2, 2018, p. 235 y ss. Nótese que la compatibilidad entre esta Sección y las obligaciones de los EE.UU. como miembro de la OMC han sido objeto de debate desde hace tiempo, vid. así, A.L. PUCKETT y W.L. REYNOLDS, "Rules, Sanctions and Enforcement under Section 301: At Odds with the WTO?", *The American Journal of International Law*, vol. 90, n.º. 4, 1996, p. 675 y ss.

¹³ Cuya aplicación se vio suspendida tras los acuerdos EE.UU.-UE de 1997 y 1998 -vid. S. SMIS y K. VAN DER BORGH, "The EU-U.S. Compromise on the Helms-Burton and D'Amato Acts", *The American Journal of International Law*, vol. 93, n.º. 1, 1999, pp. 227-236- y que ahora la administración Trump ha reactivado a partir de abril de 2019.

¹⁴ 19 U.S.C. § 1862, *as amended*.

¹⁵ G. YANG, "WTO Proceedings in the China-US Trade War", *Journal of WTO and China*, vol. 9, n.º. 2, 2019, p. 81.

¹⁶ Al respecto, vid. CH.O. TAYLOR, *op. cit.*, pp. 49-51 y 56 y ss. La posición de la administración Trump encuentra ciertos antecedentes en la actuación de la administración del Presidente Obama, vid. S. CHARNOVITZ, *op. cit.*, p. 229 y ss.

¹⁷ TH.J. SCHOENBAUM y D.C.K. CHOW, "The Peril of Economic Nationalism and a Proposed Pathway to Trade Harmony", *Stan. L. & Pol'y Rev.*, vol. 30, 2019, p. 123, especialmente las pp. 129-143 enumerando el conjunto de acciones proteccionistas adoptadas por el Gobierno de los EE.UU. en los últimos tiempos.

¹⁸ Nótese, G. YANG, "International Law in the 2018 China-US Trade War", *Journal of WTO and China*, vol. 9, n.º. 1, 2019, pp. 29-30.

to para la adopción de ciertas decisiones contrarias al libre comercio, plantea como debate de fondo la veracidad de ese aparente peligro para la seguridad del Estado o, por contra, su utilización como excusa para camuflar motivos comerciales o políticos, que poco o nada tienen con cuestiones de seguridad¹⁹.

Esta es, precisamente, la percepción que acompaña a algunos de los países que han sufrido la imposición de estas medidas por la administración americana²⁰, y lo que atribuye una relevancia especial al artículo XXI GATT y a otras disposiciones de naturaleza similar en estos tiempos de zozobra. En el caso concreto de la guerra comercial entre EE.UU. y la R.P. China, no hay que olvidar que la economía americana era 8 veces más grande que la china en 2001, y sin embargo, en 2015, 14 años después, se había reducido a, tan sólo, 1.6 veces mayor²¹. Y que el liderazgo tecnológico de los Estados Unidos se está viendo crecientemente desafiado por la R.P. China²².

10. La Sección 232 de la *Trade Expansion Act* de 1962 se presenta como el prototipo de esta nueva aproximación al comercio internacional seguida por el gobierno americano en tiempos de unilateralismo y proteccionismo, que utiliza el eventual impacto de distintas importaciones en la seguridad de los Estados Unidos para avalar la adopción de aranceles respecto de ellos. Una posibilidad que, precisamente, le ofrece la Sección 232, que permite a cualquier departamento, director de agencia o “*interested party*” solicitar al Departamento de Comercio el inicio de una investigación, para verificar el efecto que ciertas importaciones pueden tener en la seguridad nacional de los Estados Unidos. En caso de que el resultado sea positivo, el Presidente puede decidir restringirlas²³.

La investigación desarrollada se realiza de acuerdo con ciertas directrices recogidas en el numeral 4 del párrafo 705 del Capítulo 15 del *Code of Federal Regulations*²⁴, y toma en consideración el tipo de artículo que se importa, y la cantidad de la importación:

- “(1) *Domestic production needed for projected national defense requirements;*
- “(2) *The capacity of domestic industries to meet projected national defense requirements;*
- “(3) *The existing and anticipated availabilities of human resources, products, raw materials, production equipment and facilities, and other supplies and services essential to the national defense;*
- “(4) *The growth requirements of domestic industries to meet national defense requirements and the supplies and services including the investment, exploration and development necessary to assure such growth; and*
- “(5) *Any other relevant factors*”²⁵

El análisis de los factores mencionados en el párrafo da cuenta, tanto de su vaguedad y de la amplia capacidad de interpretación que ofrece a la administración, como de la superación que conllevan de la idea tradicional de seguridad nacional. Estos criterios, además, se modularán atendiendo a otros elementos claramente vinculados con la idea de seguridad económica, y que aparecen relacionados con el diseño de salvaguardias destinadas a proteger a la industria nacional frente a las importaciones de productos competidores:

¹⁹ De hecho, tras la imposición de los aranceles al aluminio y al acero, el porcentaje de uso de la capacidad de producción americana se ha incrementado del 73% al 80%, y las importaciones de estos productos se han reducido en un 27%. Al respecto, S. CHARNOVITZ, *op. cit.*, p. 239.

²⁰ Vid. G. YANG, “International Law...”, *op. cit.*, pp. 35-36.

²¹ Vid. “American Primacy in a Multiplex World”, <https://nationalinterest.org/feature/american-primacy-multiplex-world-17841>.

²² A. BLANCO ESTÉVEZ, China como líder innovador, entre el éxito y las dudas, ARI 75/2019 – 25-6-2019, http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/riecano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari75-2019-blancostevez-china-lider-innovador-entre-exito-dudas.

²³ Que también puede comenzar el propio Departamento de oficio. Vid. P. BETTENCOURT, “Essentially limitless: Restraining administrative overreach under section 232”, *Georgetown Journal of Law Public Policy*, vol. 17, n.º 2, 2019, p. 715.

²⁴ 15 CFR §705 (“*Effect of Imported Articles on the National Security*”). En relación con su desarrollo, vid. S. LESTER y H. ZHU, *Closing Pandora’s Box: The Growing Abuse of the National Security Rationale for Restricting Trade*, Policy Analysis CATO Institute, num. 874, 25.6.2019, p. 3.

²⁵ 15 CFR § 705.4(a).

- “(1) *The impact of foreign competition on the economic welfare of any domestic industry essential to our national security;*
 (2) *The displacement of any domestic products causing substantial unemployment, decrease in the revenues of government, loss of investment or specialized skills and productive capacity, or other serious effects; and*
 (3) *Any other relevant factors that are causing or will cause a weakening of our national economy*”²⁶

11. Desde su promulgación hace 57 años se han desarrollado 31 investigaciones al amparo de la Sección 232. Los primeros 24 casos tuvieron lugar entre 1963 y 1994, 1 más en 1999 y otro en 2001, y todos ellos se vincularon principalmente a los sectores del petróleo y derivados. Significativamente, en los 16 años transcurridos entre 2001 y 2017 no se desarrolló ninguno²⁷. Sin embargo, en los últimos 36 meses se han iniciado 5 investigaciones, un 15% del total histórico, que han dado lugar, hasta el momento, a la imposición de aranceles a las importaciones de aluminio -10%- y acero -25%-, alegando su impacto en la seguridad nacional de los Estados Unidos de América²⁸. Aranceles adicionales están pendientes, también, respecto de automóviles y piezas de automóviles²⁹.

12. El hecho de que el gobierno americano haya concedido exenciones a ciertos países respecto de estos aranceles atribuiría a los adoptados un añadido carácter discriminatorio que, además de ser contrario al principio de no discriminación, pieza básica del modelo de la OMC³⁰, pone en cuestión su propia fundamentación³¹.

13. Las medidas adoptadas por el gobierno de los Estados Unidos han sido objeto de críticas diversas dentro³² y fuera del país. En este sentido algún sector de la doctrina ha cuestionado la propia legitimidad del ejecutivo para adoptarlas, dado que el artículo 1.8 de la Constitución americana atribuye al Congreso el poder “*to regulate trade with foreign powers*”³³. Apuntándose, además, que la administración

²⁶ 15 CFR § 705.4(b).

²⁷ P. BETTENCOURT, *op. cit.*, p. 716.

²⁸ *Presidential Proclamation on Adjusting Imports of Aluminum into the United States*, 8.3.2018, <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/presidential-proclamation-adjusting-imports-aluminum-united-states>. Nótese, R.F. FEFER y V.C. JONES, *Section 232 of the Trade Expansion Act of 1962*, Congressional Research Service, In Focus, www.crs.gov, IF10667, Version 14, actualizado a 16.7.2019, p. 2; S. LESTER y H. ZHU, *Closing Pandora's Box...*, *op. cit.*, p. 4; S.L. LESTER y H. ZHU, "A Proposal for Rebalancing...", *op. cit.*, pp. 1457-1458; G. YANG, "International Law...", *op. cit.*, pp. 31-32.

²⁹ Vid. al respecto, R.F. FEFER, B. CANIS y B.R. WILLIAMS, *Section 232 Auto Investigation*, Congressional Research Service, 17.6.2019, pp. 1 y 2. En contra, específicamente, de estas medidas respecto del sector automovilístico, vid. U.S. WHEAT ASSOCIATION, *Comments Regarding Section 232 National Security Investigation*, Doc. DOC-2018-0002, Full Submission, June 22, 2018, <https://www.uswheat.org/wp-content/uploads/2018/07/6.22.2018-US-Wheat-Associates-Submission-on-Sec-232-Auto-mobile-Investigations.pdf>

³⁰ Nótese, https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact2_s.htm. Igualmente, G. JIAN, "Analysis of Key Legal Issues Arising From The U.S.-China Trade Conflicts", *Journal of WTO and China*, vol. 8, n.º. 4, 2018, p. 22.

³¹ Vid. C.I. NAGY, *op. cit.*, p. 114; S. CHARNOVITZ, *op. cit.*, p. 239. De hecho, la administración americana ha recurrido a todo un conjunto de argumentos de muy variada naturaleza para justificar la imposición de la medida, vid. S.L. LESTER y H. ZHU, "A Proposal for Rebalancing...", *op. cit.*, pp. 1458-1459.

³² Vid. P. BETTENCOURT, *op. cit.*, pp. 717-718. Llama la atención que el propio Departamento de Defensa americano señalase, en un informe ahora desaparecido de su web (*Memorandum from James Mattis, Sec'y of Def., on Response to Steel and Aluminum Policy Recommendations (Feb. 16, 2018)*), que la importación de acero no afectaba en modo alguno a la seguridad nacional de los Estados Unidos de América: "[...] the US military requirements for steel and aluminium each only represent about three percent of US production. Therefore, DoD does not believe that the finds in the reports [the Department of Commerce reports advocating for the tari□s] impact the ability of DoD programs to acquire the steel or aluminum necessary to meet national defense requirements." Vid. J. BRINKLEY, "Trump's National Security Tariffs Have Nothing to Do With National Security", *Forbes*, 12.3.2018, <https://www.forbes.com/sites/johnbrinkley/2018/03/12/trumps-national-security-tariffs-have-nothing-to-do-with-national-security/#1f4ae85a706c>. El enlace se encontraba en: https://www.commerce.gov/sites/default/files/department-of-defense_memoresponseto-steel-and-aluminumpolicysrecommendations.pdf

³³ Vid., E.-U. PETERSMANN, *op. cit.*, p. 192 sobre el uso exorbitante de ésta y otras disposiciones por parte de la administración Trump. En relación, en concreto, con la Sección 232 de la *Trade Expansion Act* de 1962, nótese, sin embargo, que la U.S. Court of International Trade, en su decisión de 25.3.2019 en el asunto *American Institute for International Steel, Inc. v. United States*, Slip Op. 19-37 el tribunal rechazó el argumento planteado por la demandante en el sentido de que la mencionada Sección 232 era inconstitucional por carecer de un principio inteligible y que, por lo tanto, constituía una impropia delegación

Trump no ha dudado en “abusar” del recurso a la excepción de seguridad nacional recogida en la Sección 232 para limitar de forma “agresiva” la entrada de ciertos productos al mercado americano, convirtiendo una medida de carácter excepcional e interpretación restrictiva, en un instrumento de uso generalizado³⁴.

Junto a ello, en su proyección internacional, y en un claro ejemplo de “action and reaction”³⁵, estos aranceles han dado lugar a la adopción de ciertas represalias sobre distintos productos americanos³⁶, por parte de algunos de los países afectados por ellos, poniendo en duda *de facto* la virtualidad del artículo 23 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias³⁷. Así como, en otro plano, han conducido, igualmente, al ejercicio de acciones contra los Estados Unidos de América ante la OMC por algunos Estados perjudicados, alegándose, entre otros extremos, su contrariedad con los mandatos de los artículos I –“*Trato general de la nación más favorecida*”-y II GATT –“*Listas de concesiones*” en materia arancelaria”³⁸. Y añadiendo, además, que el recurso al artículo XXI GATT en el que se ampara la administración Trump para justificar la imposición arancelaria oculta, en la práctica, una medida de salvaguarda³⁹.

14. Hasta el momento el Gobierno americano ha respondido a estas alegaciones amparándose en el apuntado artículo XXI GATT –“*Excepciones relativas a la seguridad nacional*”⁴⁰- y posicionándose a favor de una interpretación muy amplia del precepto⁴¹.

En todo caso, y dado que de acuerdo con el tenor del artículo XXI GATT la imposición de estos aranceles tan sólo podría venir amparada en el mandato del subapartado iii) del apartado b) del artículo -medidas aplicadas “*en caso de grave tensión internacional*”- el Gobierno americano deberá probar que 2018, fecha de la decisión de imponer los aranceles, era un tiempo de guerra o de “*grave tensión internacional*” y que, como luego veremos, las medidas adoptadas lo fueron coetáneamente a esa “*grave tensión internacional*” y como consecuencia directa de ella⁴².

15. Con la referencia al artículo XXI GATT realizado por los EE.UU. éstos abren su particular “caja de Pandora” -el art. XXI- adentrándose “into a murky area long avoided by other WTO countries for political and policy reasons”⁴³. En todo caso, la referencia al precepto es doblemente relevante en la medida en que, en primer lugar, da visibilidad a una tipología de cláusulas que ha estado presente en la regulación del comercio internacional desde antiguo, pero que ha carecido de relevancia en la práctica diaria hasta el momento⁴⁴.

En segundo lugar, y específicamente en relación con el artículo XXI GATT, previsiblemente, la mención del precepto no hará sino incrementarse en el futuro, según se planteen ante la OMC nuevos casos motivados por el creciente uso de la seguridad nacional como justificación de ciertas decisiones

de autoridad legislativa al Presidente de los EE.UU., que violaba el principio de separación de poderes (<https://cases.justia.com/federal/appellate-courts/cit/18-00152/18-00152-2019-03-25.pdf?ts=1553520664>). En relación con este supuesto, vid. J. RILEY, “The Legal and Policy Implications of the US Steel Tariffs on East Asia”, *Journal of East Asia & International Law*, vol. 11, n.º. 1, 2018, pp. 199-202.

Con objeto de limitar los poderes presidenciales en la materia, en estos momentos está tramitándose una propuesta de *Bicameral Congressional Trade Authority Act* que, dada la composición de las Cámaras, cuenta con pocos visos de éxito (vid. <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/senate-bill/287/text>). En relación con la necesidad de dicho control, y la forma de articularlo, vid. E.-U. PETERSMANN, *op. cit.*, pp. 200-202.

³⁴ S. LESTER y H. ZHU, *Closing Pandora's Box...*, *op.cit.*, p. 1 y 3, respectivamente.

³⁵ C.I. NAGY, *op. cit.*, p. 95 y ss.

³⁶ Vid. S. LESTER y H. ZHU, *Closing Pandora's Box...*, *op.cit.*, p. 12, nota 22.

³⁷ Respecto de este precepto, vid. G. JIAN, *op. cit.*, pp. 15-17.

³⁸ En relación específicamente con la R. P. China, vid. G. YANG, “International Law...”, *op. cit.*, pp. 33-34.

³⁹ G. JIAN, *op. cit.*, p. 22, sobre la posición mantenida por la R. P. China ante la OMC.

⁴⁰ Vid. *Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body Geneva, October 29, 2018*, https://geneva.usmission.gov/wp-content/uploads/sites/290/Oct29.DSB_Stmt_as-delivered.fin_rev_public.pdf.

⁴¹ S. LESTER y H. ZHU, *Closing Pandora's Box...*, *op.cit.*, p. 5.

⁴² S. CHARNOVITZ, *op. cit.*, p. 240.

⁴³ Vid. D.C.K. CHOW, “United States Unilateralism and the World Trade Organization”, *Boston University International Law Journal*, vol. 37, n.º. 1, 2019, p. 19.

⁴⁴ En relación con su evolución histórica, vid. J. LEE, “Commercializing National Security: National Security Exceptions’ Outer Parameter under GATT Article XXI”, *Asian J. WTO & Int'l Health L & Pol'y*, vol. 13, 2018, pp. 281-287.

y medidas contrarias al libre comercio. Así ha ocurrido, de hecho, con las 9 reclamaciones presentadas por la R.P. China⁴⁵, India, Unión Europea, Canadá, México, Noruega, Federación Rusa, Suiza y Turquía en el marco del sistema de solución de diferencias de la OMC contra la decisión de los EE.UU. de imponer aranceles a las importaciones de acero y aluminio⁴⁶. A los que los Estados Unidos han respondido reclamando igualmente contra siete de ellos por las medidas de represalia adoptadas por estos países⁴⁷.

Estas acciones, además, vienen a complementar las iniciadas por otros países y que involucran la interpretación del artículo XXI GATT. En concretos las vinculadas con la nueva Ley de la R.P. China de ciberseguridad⁴⁸, y las referentes al embargo decretado en 2017 contra Qatar por parte de Bahrain, Arabia Saudita y los Emiratos Árabes Unidos⁴⁹.

III. El artículo XXI GATT como paradigma de las cláusulas de excepción (“*non-precluded measures provisions*”)

16. Las cláusulas de excepción o “*non-precluded measures provisions*”⁵⁰ constituyen una categoría de disposiciones que busca combinar el aseguramiento del libre comercio, con la protección de los intereses esenciales de seguridad del Estado y de sus políticas y valores. Su objetivo es limitar o evadir las obligaciones que surgen en el marco de un específico tratado, atendiendo a la imperiosa necesidad de proteger la seguridad nacional, los intereses esenciales de seguridad, el orden público o nociones similares de un concreto país⁵¹. En tal sentido, proceden a reconocer, con distintos grados de amplitud, el derecho del Estado a la autodefensa, independientemente de que, como seguidamente veremos⁵², exista un amplio debate acerca de los términos exactos en que esta defensa puede llevarse a cabo en la práctica⁵³.

Esta tipología de cláusulas ha estado presente desde antiguo en los distintos acuerdos de libre comercio concluidos⁵⁴, gozando, sin embargo, de una muy escasa relevancia práctica hasta tiempos muy

⁴⁵ Al respecto, considérese, G. YANG, “WTO Proceedings...”, *op. cit.*, pp. 77-80.

⁴⁶ Vid., con la misma denominación, *Estados Unidos — Determinadas medidas relativas a los productos de acero y aluminio*, DS544, reclamante RP China; DS 547, reclamante India; DS548, reclamante Unión Europea; DS550, reclamante Canadá; DS551, reclamante México; DS552, reclamante Noruega; DS554, reclamante Federación Rusa; DS556, reclamante Suiza y DS564, reclamante Turquía. Todas ellas disponibles en, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_status_s.htm

⁴⁷ Vid. *Canadá — Derechos adicionales sobre determinados productos procedentes de los Estados Unidos*, DS557; *China — Derechos adicionales sobre determinados productos procedentes de los Estados Unidos*, DS558; *Unión Europea — Derechos adicionales sobre determinados productos procedentes de los Estados Unidos* DS559; *México — Derechos adicionales sobre determinados productos procedentes de los Estados Unidos*, DS560; *Turquía — Derechos adicionales sobre determinados productos procedentes de los Estados Unidos*, DS561; *Federación de Rusia — Derechos adicionales sobre determinados productos procedentes de los Estados Unidos*, DS566; *India — Derechos adicionales sobre determinados productos procedentes de los Estados Unidos*, DS585. Todas ellas disponibles en, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_status_s.htm

⁴⁸ Vid. https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?MetaCollection=WTO&SymbolList=&Serial=&IssuingDateFrom=&IssuingDateTo=&CATTITLE=china+cybersecurity+law&ConcernedCountryList=&OtherCountryList=&SubjectList=&TypeList=&FullTextHash=371857150&ProductList=&BodyList=&OrganizationList=&ArticleList=&Contents=&CollectionList=&RestrictionTypeName=&PostingDateFrom=&PostingDateTo=&DerestrictionDateFrom=&DerestrictionDateTo=&ReferenceList=&Language=ENGLISH&SearchPage=FE_S_S001&ActiveTabIndex=0&languageUIChanged=true

⁴⁹ *Emiratos Árabes Unidos — Medidas relativas al comercio de mercancías y servicios y a los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio*, DS526; *Bahrain, Reino de — Medidas relativas al comercio de mercancías y servicios y a los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio*, DS 527 y *Arabia Saudita, Reino de la — Medidas relativas al comercio de mercancías y servicios y a los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio*, DS528, vid. https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_status_s.htm. Vid., T. VOON, “The Security Exception in WTO Law: Entering a New Era”, *AJIL Unbound*, vol. 113, 2019, p. 46.

⁵⁰ Un análisis en profundidad de la naturaleza de este tipo de cláusulas se encuentra en W. BURKE-WHITE y A. VON STADEN, “Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 48, n.º. 2, 2008, p. 320 y ss.

⁵¹ Sobre las diferentes formas de regular esta cuestión, vid. D. AKANDE y S. WILLIAMS, “International Adjudication on National Security Issues: What Role for the WTO?”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 43, 2003-2004, pp. 366-367.

⁵² Vid. IV *infra*.

⁵³ A. EMMERSON, “Conceptualizing Security Exceptions: Legal Doctrine or Political Excuse?”, *Journal of International Economic Law*, vol. 11, 2008, p. 135.

⁵⁴ Vid. S. ROSE-ACKERMAN y B. BILLA, “Treaties and National Security”, *International Law and Politics*, vol. 40, 2008, p. 454.

recientes. Significativamente, y a pesar de esta exigua utilización, aparecen crecientemente incorporadas en los distintos TLCs⁵⁵.

A) El artículo XXI GATT como referente

17. La excepción global⁵⁶ de seguridad nacional recogida en el artículo XXI GATT se considera un complemento a la excepción general presente en el artículo XX GATT. Durante las primeras fases de la negociación del GATT en 1947, todas las excepciones vinculadas con la seguridad fueron recogidas en el artículo XX GATT, aunque se vieron posteriormente separadas, en un intento de diferenciar su ámbito de aplicación y su filosofía subyacente⁵⁷. Los redactores del GATT deseaban contar con una excepción de seguridad nacional redactada en términos más genéricos, y ello llevó a la inclusión del artículo XXI GATT⁵⁸, un texto deliberadamente más vago que el del artículo XX⁵⁹. Se pensó que era suficientemente flexible, a la vez que contaba con un ámbito de aplicación lo bastante reducido como para impedir a los Estados adoptar con base en él medidas de marcada finalidad comercial⁶⁰. De esta suerte, el artículo XX GATT vendría redactado en términos objetivos, mientras que la ambigüedad del artículo XXI permitiría a los diversos Estados fijar su contenido y finalidad última en cada caso concreto⁶¹.

18. El artículo XXI GATT ha permanecido incólume desde su promulgación en 1947, reproduciéndose sin más en el GATT 1994⁶². No se ha intentado ninguna reforma incluso durante la negociación de la OMC. Más aún, los ambiguos términos del precepto se han visto reproducidos, sin alteración alguna, en varios de los instrumentos legales sobre los que se articula la OMC. Así ocurre con el artículo XIVbis AGCS⁶³, el artículo 73 ADPIC⁶⁴ y los artículos XXIII:1 o 2.2 del Acuerdo sobre obstáculos técnicos al comercio. Todos estos instrumentos incorporan excepciones basadas en la consecución de ciertos legítimos objetivos estatales⁶⁵. Todos ellos coinciden en la idea de que la liberalización del comercio y los compromisos surgidos de la red de tratados que conforman la OMC no necesaria, ni totalmente,

⁵⁵ Estas cláusulas cuentan, igualmente, con una especial relevancia en el ámbito de las inversiones extranjeras, donde la ausencia de un marco legal de carácter global y su enorme fragmentación, unidas a la inexistencia de una explícita excepción de seguridad nacional en el Derecho internacional consuetudinario les atribuye una relevancia especial. Vid. S. ROSE-ACKERMAN y B. BILLA, *op. cit.*, p. 443; M. SORNARAJAH, *Resistance and Change in the International Law of Foreign Investment*, CUP, Cambridge, 2015, pp. 316–318.

⁵⁶ En palabras de R. BHALA, “National Security and International Trade Law: What the GATT Says, and What the United States Does”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 19, 1989, p. 267.

⁵⁷ Vid. J.Y. YOO y D. AHN, “Security Exceptions in the WTO System: Bridge or Bottle-Neck for Trade and Security?”, *Journal of International Economic Law*, vol. 19, 2016, pp. 418–421.

⁵⁸ Y. FENG, ““We Wouldn’t Transfer Title to the Devil”: Consequences of the Congressional Politicization of Foreign Direct Investment on National Security Grounds”, *International Law and Politics*, 2009, vol. 42, p. 265; H.L. SCHLOEMANN y S. OHLHOFF, ““Constitutionalization” and Dispute Settlement in the WTO: National Security as an Issue of Competence”, *American Journal of International Law*, vol. 93, 1993, p. 440; J.Y. YOO y D. AHN, *op. cit.*, pp. 421–422.

⁵⁹ “(A)n ambiguity necessitated by the need to allow countries the ability to respond to legitimate security concerns without destroying advances in trade liberalization” (P. LINDSAY, “The Ambiguity of GATT Article XXI: Subtle Success or Rampant Failure?”, *Duke Law Journal*, vol. 52, 2002–2003, pp. 1310–1311). Nótese igualmente, J.Y. YOO y D. AHN, *op. cit.*, pp. 423 y 426.

⁶⁰ WTO, “Article XXI. Security Exceptions”, en WTO, *Analytical Index of the GATT* (https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/gatt_ai_e/gatt_ai_e.htm), p. 600.

⁶¹ Y. FENG, *op. cit.*, p. 264; J.Y. YOO y D. AHN, *op. cit.*, p. 429. Una visión diferente en relación con la interacción de ambos preceptos en el contexto de las limitaciones de exportación de minerales raros impuestos por la R.P. China a Japón puede encontrarse en, C.L. LIM y J.H. SENDUK, ““You Don’t Miss Your Water ’Til Your River Runs Dry”: Regulating Industrial Supply Shortages After “China Raw Materials””, *Stanford Journal of Law, Business & Finance*, vol. 18, 2012, n.º. 1, pp. 99 y 116.

⁶² Sobre el GATT 1994 y los cambios de contenido y entorno existentes respecto de la versión originaria de 1947, vid. C.I. NAGY, *op. cit.*, p. 102 y ss.

⁶³ Un análisis en profundidad del precepto se encuentra en T. COTTIER y P. DELIMATISIS, “Article XIVbis GATS: Security Exceptions”, en R. WOLFRUM, P.T. STOLL y C. FEINÄUGLE (eds.), *Max Planck Commentaries on World Trade Law, WTO – Trade in Services*, vol. 6, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2008, p. 6 y ss.; R.H. WEBER y R. BAISCH, “Revisiting the Public Moral/Order and the Security Exception under the GATS”, *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy*, vol. 13, n.º. 2, 2018, p. 376 y ss.

⁶⁴ Vid. J. LEE, *op. cit.*, pp. 289–290.

⁶⁵ T. COTTIER y P. DELIMATISIS, *op. cit.*, p. 1.

prevalecen sobre los intereses vitales de los Estados en la defensa y protección de su propia existencia⁶⁶. Y, consecuentemente, permiten disfrutar a los Estados miembros de una amplia discreción a la hora de especificar que consideran necesario para proteger sus intereses esenciales de seguridad frente a riesgos, ya reales o potenciales.

19. Muchas de las cláusulas de excepción recogidas en los TLCs -y también en los diversos AP-PRIs- encuentran su referente –directo o indirecto– en el artículo XXI GATT⁶⁷. El precepto es reproducido sin más en un número muy relevante de ellas, o sirve de referencia para otras tantas. En concreto, el artículo XXI GATT afirma la imposibilidad, en ciertos casos fijados por el propio texto⁶⁸, de interpretar cualquier disposición del GATT en un sentido que:

- “a) imponga a una parte contratante la obligación de suministrar informaciones cuya divulgación sería, a su juicio, contraria a los intereses esenciales de su seguridad; o
 b) impida a una parte contratante la adopción de todas las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad, relativas:
 i) a las materias fisionables o a aquellas que sirvan para su fabricación;
 ii) al tráfico de armas, municiones y material de guerra, y a todo comercio de otros artículos y material destinados directa o indirectamente a asegurar el abastecimiento de las fuerzas armadas;
 iii) a las aplicadas en tiempos de guerra o en caso de grave tensión internacional; o
 c) impida a una parte contratante la adopción de medidas en cumplimiento de las obligaciones por ella contraídas en virtud de la Carta de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales.”

El precepto, en suma, “allows countries to violate their WTO obligations in the pursuit of national security”⁶⁹. Se trata, y se trataba desde su redacción en 1947, de equilibrar la protección de los intereses esenciales de seguridad de los Estados miembros, con el fomento y salvaguarda del libre comercio. Asumiendo, a la vez, que debido a su carácter excepcional, el recurso al artículo XXI GATT puede generar incertidumbre y tensión en el comercio internacional, afectando a los intereses de los Estados parte del Acuerdo, y que es precisamente por ello por lo que las “contracting parties should be informed to the fullest extent possible of trade measures taken under Article XXI”⁷⁰.

B) Un precepto durmiente durante 7 décadas

20. El artículo XXI GATT plantea directamente la cuestión del sentido atribuible a los diversos conceptos utilizados en su tenor. Especialmente, al significado achacable al concepto de “*intereses esenciales de su seguridad*” recogido en los apartados a) y b), así como al término “*necesarias*” presente en el apartado b) del artículo.

En relación con ambas nociones pervive la cuestión de la conformación de su sentido y contenido, y de los límites que pueden existir a la hora de su concreción. Así como de la capacidad de ser moldeado de forma libre por el Estado que lo alega –dotándolo, en suma, de una naturaleza discrecional –“*self-judging*”– o de la eventual presencia de ciertos límites para éste en dicha tarea. Esto es especialmente relevante en relación con el subapartado iii) del apartado b) en el que se utilizan unas categorías más amplias que en el resto del precepto⁷¹.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 1.

⁶⁷ Y en menor medida en el art. XIVbis AGCS.

⁶⁸ Un análisis en profundidad del precepto se puede encontrar en R. BHALA, *op.cit.*, p. 268 y ss.; M.J. HAHN, “Vital Interests and the Law of GATT: An Analysis of GATT’s Security Exception”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 12, 1990-1991, p. 583 y ss.

⁶⁹ H. FEDERER, “GATT Article XXI: Trade Sanctions and the Need to Clarify the Security Exceptions”, *Cambridge Law Review*, vol. 3, 2018, p. 220; J. LEE, *op. cit.*, p. 288.

⁷⁰ WTO, *Decision Concerning art. XXI of the General Agreement (30 November 1982)*, WTO Doc L/5426, 1982, n°. 1.

⁷¹ Vid. H. FEDERER, *op. cit.*, p. 221.

En todo caso, la respuesta otorgable a todas estas cuestiones se ve afectada por la escasa práctica con que ha contado la disposición hasta tiempos muy recientes. Llamativamente, y en contraste con lo que ha ocurrido con el artículo XX GATT⁷², el artículo XXI GATT ha sido muy raramente invocado desde 1947, tanto en el marco del GATT, primero, como de la OMC, después⁷³. Por razones diversas, los miembros de la OMC parecen haber manifestado una gran capacidad de control, y en muy pocas ocasiones, casi de forma excepcional, se ha hecho referencia al artículo en la práctica⁷⁴. Cuando así ha ocurrido, además, las partes que lo han alegado se han amparado en el derecho exclusivo del Estado a decidir si las medidas adoptadas eran necesarias para proteger sus intereses esenciales de seguridad. Habitualmente, además, no ha existido gran oposición a ello⁷⁵.

21. La consecuencia de todo ello es que hasta hace poco tiempo la práctica del precepto ha sido marginal. En muy pocas ocasiones se conformaron grupos especiales para abordar este tipo de controversias⁷⁶, y en todo caso, las ocasiones en que así ocurrió no permitieron aportar una clara guía en relación con el precepto, su naturaleza o su contenido⁷⁷. Esto ha favorecido, entre otras consecuencias, que la escasa interpretación del artículo haya tenido su origen habitualmente fuera del marco de la OMC⁷⁸.

Esta situación, empero, está cambiando rápidamente y, además, la compleja realidad actual del comercio internacional apunta a la pronta existencia de un debate amplio y fructífero sobre el precepto. El relevante Informe del Grupo Especial, de 5 de abril de 2019, en el asunto *Rusia – Medidas que afectan al tráfico en tránsito*, y las que puedan dictarse en el futuro respecto de los supuestos planteados ante la OMC son un buen ejemplo de ello⁷⁹. La cuestión, en todo caso es compleja, y los avances en el debate en torno a la eventual naturaleza discrecional del artículo XXI GATT no cierran las cuestiones suscitadas por éste, resultando imprescindible determinar su contenido y la extensión de las medidas adoptables a su amparo. En esta tarea, una vez más, se echa en falta la existencia de una práctica amplia y consistente en relación con el precepto.

IV. La polémica en torno a la naturaleza discrecional –“*self-judging*”- del artículo XXI GATT

22. El artículo XXI GATT presenta particularidades propias que lo diferencian del resto de preceptos del GATT 1994. Por un lado, como seguidamente veremos, cuenta con una interpretación particularmente compleja. Por otro, la relevancia de las situaciones que involucra y las consecuencias de su estimación le atribuyen una importancia especial para el funcionamiento del modelo articulado por el GATT.

1. El debate doctrinal sobre el carácter discrecional –“*self-judging*”- del artículo XXI GATT

23. A pesar de la consideración, por algunos, de este tipo de cláusulas como un mal menor necesario para la conclusión de acuerdos internacionales en materia de libre comercio⁸⁰, las cláusulas de se-

⁷² D. AKANDE y S. WILLIAMS, *op. cit.*, p. 373. Vid. también, R.P. ALFORD, “The Self-Judging WTO Security Exception”, *Utah Law Review*, vol. 3, 2011, pp. 750–751: “Since 1995, the general exceptions in Article XX have been the subject of WTO litigation at least twenty-two times – one out of every six cases before the WTO. During the same time the Article XXI security exception has not been invoked in WTO litigation a single time” (p. 751).

⁷³ Vid. R.P. ALFORD, *op. cit.*, p. 750; P. LINDSAY, *op. cit.*, pp. 1297 y 1299–1300.

⁷⁴ T. COTTIER y P. DELIMATIS, *op. cit.*, p. 2.

⁷⁵ D. AKANDE y S. WILLIAMS, *op. cit.*, p. 374.

⁷⁶ Vid. H.L. SCHLOEMANN y S. OHLHOFF, *op. cit.*, pp. 100–104; R. BHALA, *op. cit.*, pp. 268–275.

⁷⁷ Un análisis en profundidad de esta cuestión se encuentra en C. ESPLUGUES, *Foreign Investment, National Security and Strategic Assets*, Cambridge, intersentia, 2018, pp. 116–135. Nótese, igualmente, S.Y. PENG, “Cybersecurity Threats and the WTO National Security Exceptions”, *Journal of International Economic Law*, vol. 18, 2015, n° 2, pp. 460–461; H. FEDERER, *op. cit.*, pp. 221–224.

⁷⁸ Vid. V.1. *infra* respecto del concepto de intereses esenciales de seguridad del Estado.

⁷⁹ Vid. notas 46 a 48 *supra*.

⁸⁰ Vid. R.P. ALFORD, *op. cit.*, pp. 725–726; R. BHALA, *op. cit.*, pp. 275–276; R. DATTU y J. BOSCARIOL, “GATT Article XXI, Helms–Burton and the Continuing Abuse of the National Security Exception”, *Canadian Business Law Journal*, vol. 28, 1997, p. 206.

guridad han sido aproximadas desde siempre de forma crítica. Desde los momentos iniciales del GATT se ha considerado que constituyen un riesgo objetivo para el propio GATT -y más tarde, para la OMC-, debido a su potencial invocación de mala fe por los Estados miembro de la organización⁸¹.

24. El artículo XXI GATT, ya se ha apuntado, es un precepto ambiguo. Más aún, un precepto deliberadamente ambiguo⁸². Por su propia naturaleza, y atendidos los objetivos que busca alcanzar, se encuentra redactado en términos bastante vagos y genéricos⁸³. A primera vista, su tenor amplio – “*No deberá interpretarse ninguna disposición del presente Acuerdo en el sentido de que ... b) impida a una parte contratante la adopción de todas las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad*”- posibilitaría a los Estados miembros de la OMC el recurso a medidas económicas, incluso, dotadas con una potencial finalidad política, que, de partida, hubieran podido ser interpretadas como inadmisibles bajo el normal régimen del GATT y del resto de instrumentos que conforman la OMC⁸⁴. Igualmente, podría servir como una excusa para la protección de sectores industriales o empresas consideradas “vitales” para el Estado⁸⁵.

En la medida en que cada Estado es en última instancia competente para determinar unilateralmente cuando y como la salvaguarda de sus intereses esenciales de seguridad requieren desviarse de las obligaciones derivadas de la pertenencia a la OMC⁸⁶, estas cláusulas estarían siempre abiertas a abusos y arbitrariedad⁸⁷. En este sentido, la única garantía frente a la impunidad que ofrecen sería el espíritu con que cada miembro de la OMC las interpreta y aplica⁸⁸. El límite al uso de este tipo de cláusulas recaería, así, exclusivamente, en la forma en que los miembros de la OMC decidan interpretar el tenor y objetivos del precepto, asumiendo que estos lo harían atendiendo al espíritu de la norma⁸⁹.

Especialmente en tiempos como los actuales esta interpretación maximalista que atribuye una capacidad extremadamente amplia, casi sin límites, a los Estados, podría acabar minando el funcionamiento del sistema al amparar conductas excesivas o abusivas por parte de estos⁹⁰.

25. Debido a la peculiar redacción del apartado b) del artículo XXI -que, aparentemente, combina elementos objetivos, y por lo tanto no aptos para una interpretación discrecional por parte del Estado que se ampara en el precepto, y subjetivos, que sí serían susceptibles de ella- el debate en relación con la interpretación del artículo XXI GATT, y por ende, de las cláusulas redactadas al amparo directo o indirecto de éste, se ha focalizado especialmente en su eventual naturaleza discrecional –*self-judging*-⁹¹. Y, vinculado directamente a ello, en torno a la posibilidad de que su aplicación y los términos exactos en que ésta se produzca, sean impugnados ante el Órgano de solución de diferencias de la OMC.

⁸¹ R.P. ALFORD, *op. cit.*, pp. 698 y 702. Aunque su eliminación carece de un apoyo generalizado, *vid.* R. DATTU y J. BOS-CARIOL, *op. cit.*, p. 205.

⁸² P. LINDSAY, *op. cit.*, p. 1298.

⁸³ W. CANN JR, “Creating Standards and Accountability for the Use of the WTO Security Exception: Reducing the Role of Power-Based Relations and Establishing a New Balance between Sovereignty and Multilateralism”, *Yale Journal of International Law*, vol. 26, 2001, p. 415.

⁸⁴ M.J. HAHN, *op. cit.*, p. 560; D.T. SHAPIRO, “Be Careful What You Wish for: U.S. Politics and the Future of the National Security Exception to the GATT”, *George Washington Journal of International Law & Economy*, vol. 31, 1997, p. 111.

⁸⁵ Por ejemplo, el art. XXV GATT. *Vid.* S.W. SCHILL y R. BRIESE, “If the State Considers”: Self-Judging Clauses in International Dispute Settlement”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 13, 2009, p. 107; M.J. HAHN, *op. cit.*, p. 597.

⁸⁶ S.Y. PENG, *op. cit.*, p. 459.

⁸⁷ D.T. SHAPIRO, *op. cit.*, pp. 100–101. Gráficamente se señala que estas cláusulas permiten a los miembros de la Organización comportarse como auténticos “cowboy(s)”. En este sentido, R. SHALA, *op. cit.*, pp. 269 y 271.

⁸⁸ R. DATTU y J. BOS-CARIOL, *op. cit.*, p. 204. Sin embargo, se señala que su valoración en el marco general del GATT favorecería una interpretación restrictiva. Al respecto, M.J. HAHN, *op. cit.*, p. 579.

⁸⁹ R.E. BROWNE, “Revising “National Security” in an Interdependent World: The GATT Article XXI Defense after Helms–Burton”, *The Georgetown Law Journal*, vol. 86, 1997, p. 411.

⁹⁰ C.I. NAGY, *op. cit.*, p. 114.

⁹¹ *Vid.* R.P. ALFORD, *op. cit.*, p. 706. S.W. Schill y R. Briese aportan una definición de discrecional (*self-judging*): “self-judging clauses have the function of allowing a state to enter into international cooperation on the basis of binding international obligations, while at the same time retaining the power to escape from such obligations in certain circumstances, most frequently if the state determines that it would harm its sovereignty, security, public policy, or more generally, its essential interests. It constitutes a safety valve for reconciling international cooperation and for state’s occasional preference for unilateralism within cooperative regimes” (S.W. SCHILL y R. BRIESE, *op. cit.*, p. 67).

La controversia que subyace en esta polémica sobre la naturaleza del artículo XXI GATT es, en última instancia, si cabe una evaluación objetiva de la frase “*que estime necesarias*” recogida en el precepto, o si, por contra, la cuestión queda a la exclusiva consideración objetiva del Estado miembro de la OMC que lo invoca⁹². Sin embargo, no es éste el único elemento en cuestión. Como veremos, y no menos relevante, también lo está su ámbito de aplicación y la justificación de las concretas medidas adoptadas a su amparo. Aspectos, ambos, a las que haremos referencia en el apartado V de este artículo.

A) Argumentos en favor de la naturaleza discrecional del artículo XXI GATT

26. A pesar de la escasa práctica del precepto, el debate en torno a su naturaleza ha sido amplio y la doctrina ha aportado una pluralidad de argumentos de índole diversa en favor⁹³ y en contra⁹⁴ de la naturaleza discrecional del artículo XXI GATT.

27. Focalizándonos en los primeros, y atendiendo al mandato del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, cualquier disposición convencional, incluyendo por tanto al artículo XXI GATT, debe ser interpretada en el “*contexto*” de los términos del tratado, y “*teniendo en cuenta su objeto y fin*”⁹⁵. Sin embargo, y tal como han resaltado algunos grupos especiales en el marco del GATT y de la OMC, también el objeto del específico precepto debe ser valorado: en el caso concreto del artículo XXI GATT, se trata de la protección de los intereses esenciales de seguridad de los Estados miembro del GATT⁹⁶. Sopesar ambas perspectivas, se dice, resulta imprescindible para articular el exacto significado y contenido del precepto⁹⁷.

Se asume así que un análisis del contexto del precepto favorecería la interpretación de la cláusula de excepción general incluida en el artículo XXI GATT como dotada de un carácter objetivo. Sin embargo, la norma referida específicamente a la seguridad nacional recogida en el apartado b) del artículo requeriría de una mayor interpretación subjetiva y, consecuentemente, favorecería su naturaleza, e interpretación, discrecional⁹⁸. Al amparo de este apartado b) el Estado contratante contaría con plena discrecionalidad para decidir sobre la validez de la acción adoptada por él con el objeto de preservar los intereses esenciales de su seguridad⁹⁹. A él le correspondería, de forma unilateral, articular su significado y, consecuentemente, en consonancia con esta aproximación, decidir por sí sólo si una medida resulta esencial para proteger sus intereses esenciales de seguridad, y si aparece vinculada a una de las condiciones fijadas por el propio artículo XXI GATT¹⁰⁰. Sería el propio Estado que se ampara en el artículo quien, por lo tanto, debería valorar de forma estrictamente subjetiva si las condiciones fijadas en él se han cumplido y, si bien un observador objetivo pudiera entender que la interpretación adoptada era arbitraria o, incluso,

⁹² S.Y. PENG, *op. cit.*, p. 458.

⁹³ Puede encontrarse una primera aproximación global al tema en, D. AKANDE y S. WILLIAMS, *op. cit.*, p. 381 y ss.

⁹⁴ Y existen argumentos tanto a favor como en contra. Vid. en este sentido, R. GOODMAN, “Norms and National Security: The WTO as a Catalyst for Inquiry”, *Chicago Journal of International Law*, vol. 2, 2001, n.º. 1, pp. 104–105; P. LINDSAY, *op. cit.*, manifestando posiciones en contra -p. 1280 y ss.- y a favor -p. 1286 y ss.-; UNCTAD, *The Protection of National Security in IIAs*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, UNCTAD/DIAE/IA/2008/5, United Nations, New York/Geneva, 2009, p. 55.

⁹⁵ Vid. M.D. NOLAN y F.G. SOURGENS, “The Limits of Discretion? Self-Judging Emergency Clauses in International Investment Agreements”, *Yearbook on International Investment Law & Policy*, vol. 1, 2001, p. 395; R.E. BROWNE, *op. cit.*, pp. 422–423. En relación con las distintas potenciales interpretaciones, vid. W.J. MOON, “Essential Security Interests in International Investment Agreements”, *Journal of International Economic Law*, vol. 15, 2012, n.º. 2, pp. 492–495.

⁹⁶ OMC, Informe del Órgano de Apelación de 12.9.2005 en la Diferencia DS286, *Comunidades Europeas — Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados*, WT/DS269/AB/R, pp. 93-94, nn.º. 238–239 (https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds269_s.htm).

⁹⁷ OMC, Informe del Grupo Especial de 1.12.2003 en la Diferencia DS246, *Comunidades Europeas — Condiciones para la concesión de preferencias arancelarias a los países en desarrollo*, WT/DS246/R, p. 111, n.º. 7.40 (https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds246_s.htm).

⁹⁸ Y. FENG, *op. cit.*, p. 264.

⁹⁹ “Motivation becomes irrelevant, justification and approval unnecessary” (W. CANN JR, *op. cit.*, p. 415).

¹⁰⁰ R.P. ALFORD, *op. cit.*, p. 704.

absurda, sería la voluntad de la parte que la invoca la que regiría toda la cuestión¹⁰¹. En suma, nada en el marco del GATT –y por ende, de aquellos textos en el marco de los acuerdos OMC que lo reproducen– impediría a un miembro adoptar “*todas las medidas que estime necesarias*” para la protección de los intereses esenciales de su seguridad pudiendo, por lo tanto, suspender sus obligaciones convencionales¹⁰².

Esta interpretación maximalista conllevaría directamente que la invocación del artículo XXI GATT privaría al órgano de solución de diferencias de la OMC, o a cualquier tribunal estatal o arbitral que conociera de una cuestión vinculada con el precepto, de competencia para conocer de la disputa¹⁰³. La naturaleza discrecional del artículo implicaría que constituye una denegación de competencia y, por lo tanto, que no cabe su revisión por terceros¹⁰⁴. La mención a “*estime*” incluida en el texto del artículo XXI.b) GATT anularía *de facto* las limitaciones recogidas en los apartados del precepto y supondría que correspondería a cada miembro de la OMC determinar que la materia abordada entra en el ámbito de aplicación de éstos, incluso si no existiera relación aparente. En coherencia con ello, la cuestión de si un Grupo Especial, o un tribunal, pudiera decidir sobre si realmente ha existido, o no, un riesgo para la seguridad nacional y los intereses esenciales de seguridad del Estado, y hasta qué punto la acción adoptada era necesaria para proteger esos intereses de seguridad, sería respondida de forma negativa¹⁰⁵.

28. La inclusión de esta regla en el entramado convencional de la OMC supondría, así, el reconocimiento pleno del derecho de cada Estado a proteger su soberanía frente a riesgos exteriores, articulando la base legal indispensable para la adopción de cualesquiera medidas que considere necesarias para salvaguardar sus intereses esenciales de seguridad¹⁰⁶. Ello se traduce, en última instancia, en la atribución a los Estados miembros de la OMC de la capacidad de desvincularse unilateralmente de sus obligaciones convencionales en ciertas ocasiones¹⁰⁷.

El artículo XXI GATT constituiría, por lo tanto, una cláusula ilimitada de escape de éstas, en cuanto que correspondería exclusivamente a cada Estado definir sus intereses esenciales de seguridad de forma puramente unilateral y, consecuentemente, especificar qué acciones son necesarias con vistas a protegerlos. Una cláusula de escape omnimoda¹⁰⁸, que permitiría a los miembros de la OMC invocar-la de forma muy genérica, incluso cuando las medidas adoptadas al amparo de la misma escondieran objetivos marcadamente proteccionistas. Los potenciales efectos negativos sobre el sistema de la OMC en su conjunto se verían, además, profundizados por la imposibilidad de revisión de la invocación de la cláusula por un concreto Estado¹⁰⁹.

B) Oposición a la naturaleza plenamente discrecional del artículo XXI GATT

29. Sin embargo, como ya hemos avanzado, la unanimidad en torno al carácter discrecional del artículo XXI GATT dista mucho de existir. Distintos autores entienden que ninguno de los razonamientos aportados apoyaría una interpretación plenamente discrecional de la excepción recogida en el precepto¹¹⁰. Además, se apunta la existencia de argumentos en contra de tal entendimiento.

¹⁰¹ J. MENDENHALL, “The Evolution of the Essential Security Exception in U.S. Trade and Investment Agreements”, en K.P. SAUVANT, L.E. SACHS y W.P.F. SCHMIT JONGBLOED (eds.), *Sovereign Investment. Concerns and Policy Reactions*, Oxford, OUP, 2012, p. 319, en relación con el art. XXI.b) GATT.

¹⁰² A. EMMERSON, *op. cit.*, p. 136; J. MENDENHALL, *op. cit.*, pp. 315–316. Esta interpretación se vería amparada, *a contrario*, por la Sentencia de 27.6.1986 en el asunto *Military and Paramilitary Activities (Nicaragua v. U.S.)* 1986 ICJ 14. De acuerdo con ella, el art. XXI del *Friendship, Commerce and Navigation Agreement between Nicaragua and the US* de 1956 no incluye la expresión “it considers”. El Alto Tribunal entendió que esta cláusula no contaba, por lo tanto, con la condición de discrecional (“*non-self-judging*”, p. 106, n.º. 222). Sin embargo, la Sentencia cuenta con una opinión discrepante formulada por el Juez Schwebel, favorable a su condición discrecional.

¹⁰³ M.D. NOLAN y F.G. SOURGENS, *op. cit.*, p. 387.

¹⁰⁴ Vid S.W. SCHILL y R. BRIESE, *op. cit.*, p. 99 y nota 90, en relación con la distinción entre “*jurisdiction bar*” y “*non-justiciable*”.

¹⁰⁵ D. AKANDE y S. WILLIAMS, *op. cit.*, p. 369; J. MENDENHALL, *op. cit.*, p. 316.

¹⁰⁶ R. BHALA, *op. cit.*, p. 267, el precepto se valora en profundidad en pp. 268–275.

¹⁰⁷ S.Y. PENG, *op. cit.*, pp. 458–459; M.J. HAHN, *op. cit.*, p. 559; T. COTTIER y P. DELIMATSI, *op. cit.*, p. 2.

¹⁰⁸ H.L. SCHLOEMANN y S. OHLHOFF, *op. cit.*, p. 426; A. EMMERSON, *op. cit.*, p. 145.

¹⁰⁹ A. EMMERSON, *op. cit.*, p. 145. En contra de este entendimiento negativo del precepto, vid. P. LINDSAY, *op. cit.*, p. 1312.

¹¹⁰ Vid. R.P. ALFORD, *op. cit.*, pp. 706–707.

Así, los propios trabajos preparatorios del artículo XXI GATT apoyarían esta posición restrictiva¹¹¹, con lo que el precepto no quedaría, por lo tanto, a la sola discrecionalidad de los Estados parte en el Acuerdo¹¹². Adicionalmente, se incide en la obligación de interpretar las disposiciones de un Tratado a la luz de los principios generales del Derecho¹¹³. Y se hace patente, igualmente, el apoyo a una interpretación más objetiva del artículo, que limite la capacidad de los Estados de ampararse en él¹¹⁴. A su vez, la posibilidad de que la disposición sea evaluada en cuanto a su uso y términos por terceras personas vendría amparada por la *Decision concerning Article XXI of the General Agreement* de 2 de diciembre de 1982, que sugiera que los mecanismos de resolución de disputas son susceptibles de aplicación a estas cuestiones¹¹⁵.

Más aun, un análisis del tenor del artículo XXI GATT permitiría condicionar una eventual interpretación discrecional al existir divergencias objetivas entre sus tres apartados y sobre el grado de controversia que cada uno de ellos genera¹¹⁶. La cláusula de excepción no sería así general, sino que, por el contrario, aportaría un nivel limitado de excepciones aplicable a ciertas específicas situaciones¹¹⁷. En este sentido, al considerar la frase “*que estime necesarias*” en relación con la mención a los “*intereses esenciales de su seguridad*” recogida en el artículo XXI.b) GATT, el ejemplo paradigmático de cláusula de interpretación discrecional para algunos¹¹⁸, la mayor dificultad estribaría en el significado atribuible a “*necesarias*” un punto que, como veremos más adelante, sí que ha sido objeto de análisis por la práctica existente en relación con los artículos XX y XXI GATT¹¹⁹.

30. En cualquier caso, y con independencia de los argumentos existentes a favor y en contra de la naturaleza discrecional del artículo XXI GATT, se añade que los miembros del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC tienen el derecho, de acuerdo con su artículo 6, a que se establezcan grupos especiales si una disputa no puede ser resuelta mediante consultas. Y la cuestión de la seguridad nacional no puede ser excluida del ámbito competencial de estos grupos, salvo que las partes en la disputa así lo determinen. Una posición que vendría también apoyada por el tenor del artículo 23 del propio Entendimiento¹²⁰.

2. Inexistencia de una práctica concluyente hasta 2019

31. La naturaleza atribuible al precepto ha seguido constituyendo una cuestión profundamente controvertida en nuestros días y la división doctrinal existente respecto del artículo XXI GATT no se ha visto colmada por la presencia de una práctica concluyente al respecto. Sin embargo, toda esta situación parece haber cambiado ahora con la reciente decisión de abril de 2019 en el asunto *Rusia - Medidas que afectan al tráfico en tránsito*. Una decisión muy importante y esclarecedora a la que, previsiblemente, y atendidos los diversos casos planteados, acompañarán más, próximamente.

¹¹¹ WTO, “Article XXI...”, *op. cit.*, pp. 608–610.

¹¹² S. ROSE-ACKERMAN y B. BILLA, *op. cit.*, p. 467.

¹¹³ En línea con el mandato del art. 31.3.c) de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados de 23.5.1969 (BOE de 13.6.1980). Vid. A.S. PÉREZ, “WTO and U.N. Law: Institutional Comity in National Security”, *Yale Journal of International Law*, vol. 23, 1998, p. 328.

¹¹⁴ Vid., A.S. PÉREZ, *op. cit.*, p. 328.

¹¹⁵ “2. *When action is taken under Article XXI, all contracting parties affected by such action retain their full rights under the General Agreement*” (GATT, Decision concerning Article XXI of the General Agreement of 2 of December, https://www.wto.org/gatt_docs/english/SULPDF/91000212.pdf). Vid. S.W. SCHILL y R. BRIESE, *op. cit.*, pp. 605–606.

¹¹⁶ R. BHALA, *op. cit.*, p. 267.

¹¹⁷ H.L. SCHLOEMANN y S. OHLHOFF, *op. cit.*, p. 442.

¹¹⁸ M.D. NOLAN y F.G. SOURGENS, *op. cit.*, p. 404.

¹¹⁹ Con respecto a su significado, vid. 5.2. *infra*.

¹²⁰ El art. 23 del Entendimiento relativo a las normas y Procedimientos por los que se rige la solución de diferencias supondría un apoyo adicional a esta opción. Nótese D. AKANDE y S. WILLIAMS, *op. cit.*, p. 379; H.L. SCHLOEMANN y S. OHLHOFF, *op. cit.*, p. 439. Esta posición estaría en línea con la seguida por el Tribunal Internacional de Justicia –TIJ– en relación con la alegación de las cláusulas de seguridad nacional incluidas en los antiguos Acuerdos de amistad, comercio y navegación. El Alto Tribunal entendió que la invocación de estas cláusulas no le privaba de competencia pero que la cuestión requería un análisis ulterior que superaba la mera dimensión procesal. Ello ocurrió en su ya citada Sentencia de 12.12.1996 en el asunto *Oil Platforms (Iran v. U.S.)*, ICJ 803, p. 39, n.º. 73, en relación con el Acuerdo de amistad entre EE.UU. e Irán. Vid. W.J. MOON, *op. cit.*, pp. 499–500 o W. BURKE-WHITE y A. VON STADEN, *op. cit.*, p. 377.

32. Antes del establecimiento de la OMC, el dilema de si un Grupo Especial tenía competencia para resolver las controversias vinculadas con la adopción por parte de los Estados miembros de ciertas medidas destinadas a proteger los intereses esenciales de su seguridad al amparo del artículo XXI.b) GATT fue planteado de forma muy excepcional¹²¹. Se suscitó, así, ante el Grupo Especial en el caso del embargo de EE.UU. contra Nicaragua¹²². Sin embargo, y debido a la alegación por parte de EE.UU. de que la mención al artículo XXI GATT se encontraba fuera de los términos de referencia del Grupo Especial, la cuestión se dejó de lado y no se aportó interpretación alguna del precepto¹²³. Sin embargo, el Grupo Especial no dejó de señalar que: “*If it were accepted that the interpretation of Article XXI was reserved entirely to the contracting party invoking it, how could the CONTRACTING PARTIES ensure that this general exception to all obligations under the General Agreement is not invoked excessively or for purposes other than those set out in this provision? If the CONTRACTING PARTIES give a panel the task of examining a case involving an Article XXI invocation without authorizing it to examine the justification of that invocation, do they limit the adversely affected contracting party's right to have its complaint investigated in accordance with Article XXIII:2? Are the powers of the CONTRACTING PARTIES under Article XXIII:2 sufficient to provide redress to contracting parties subjected to a two-way embargo?*”¹²⁴. El mismo argumento se planteó ante el Grupo Especial constituido en relación con las sanciones impuestas por la UE contra Yugoslavia. Aunque el procedimiento se suspendió debido al colapso del país¹²⁵.

33. Una vez conformada la OMC, la problemática de la naturaleza del artículo XXI GATT fue de nuevo suscitada ante el Grupo Especial encargado de conocer de la demanda presentada por la UE contra los EE.UU. por la promulgación de la Ley *Helms-Burton* en 1996¹²⁶. Sin embargo, una vez más, los EE.UU. se ampararon en el argumento de la naturaleza plena y automáticamente discrecional del artículo XXI GATT. Y con base en ello alegaron que el Grupo Especial carecía de competencia para conocer de la demanda, debido a que las disputas relacionadas con la excepción de seguridad nacional prevista en el precepto no eran susceptibles de revisión, de acuerdo con la normativa de la OMC¹²⁷. Al alcanzarse finalmente un compromiso la cuestión no fue considerada por el Grupo Especial¹²⁸.

¹²¹ Vid. D. AKANDE y S. WILLIAMS, *op. cit.*, pp. 375–376; D.T. SHAPIRO, *op. cit.*, pp. 101–103. Un análisis de la práctica de la OMC en la materia se encuentra en, C. ESPLUGUES, *Foreign Investment...*, *op. cit.*, p. 156 y ss. Igualmente, nótese, C. VÁSQUEZ ARANGO, “La jurisprudencia sobre las excepciones relativas a la seguridad en el acuerdo GATT”, *FORUM / Revista del Departamento de Ciencia Política*, Universidad Nacional, Sede Medellín, n.º. 2, julio - diciembre 2011, p. 47 y ss. Existen algunos supuestos en los que se ha procedido a invocar –o referir– el art. XXI GATT de manera más o menos explícita: el supuesto de la República Checa contra los Estados Unidos de 1948, planteado al amparo del art. XXIII GATT; el caso del boicot ganés a los productos portugueses, cuando Portugal accedió al GATT en 1961; el supuesto de Suecia y las cuotas de importación de cierto calzado en 1975; el supuesto de Argentina contra la Comunidad Europea y Australia como consecuencia del embargo motivado por la guerra de las Malvinas en 1982; el embargo americano contra Polonia y la URSS, en 1982; el caso de la República Federal Alemana e Islandia en 1974; el supuesto de Nicaragua contra EE.UU. debido al embargo comercial a Nicaragua en 1985; el supuesto de las sanciones económicas impuestas por la Comunidad Europea a Yugoslavia en 1991; el caso de la Comunidad Europea contra EE.UU. debido a la *Cuban Liberty and Democratic Solidarity (LIBERTAD) Act* en 1996; el supuesto de Japón y la UE contra los EE.UU. debido a la *Massachusetts Selective Purchasing Act* en 1997, o el caso de Colombia y Honduras contra Nicaragua en 1999. Sobre todos ellos vid., R.P. ALFORD, *op. cit.*, pp. 709–725; R. DATTU y J. BOSCARIOL, *op. cit.*, pp. 204–205; M.J. HAHN, *op. cit.*, pp. 569–578; P. LINDSAY, *op. cit.*, pp. 1302–1310; J. VANDERMEULEN y M.J. TREBILCOCK, “Canada’s Policy Response to Foreign Sovereign Investment: Operationalizing National Security Exceptions”, *Canadian Business Law Journal*, vol. 47, 2009, p. 421; S.W. SCHILL y R. BRIESE, *op. cit.*, pp. 100–104; J.Y. YOO y D. AHN, *op. cit.*, pp. 430–436.

¹²² GATT, Panel Report de 13.10.1986 en el asunto *United States – Trade Measures Affecting Nicaragua*, L/6053 (https://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/91240197.pdf).

¹²³ Nótese, S.Y. PENG, *op. cit.*, pp. 460–461; S.W. SCHILL y R. BRIESE, *op. cit.*, pp. 102–103.

¹²⁴ GATT, Panel Report de 13.10.1986 en el asunto *United States – Trade Measures Affecting Nicaragua*, *cit.*, pp. 18–19, n.º. 5.17

¹²⁵ Vid. S.Y. PENG, *op. cit.*, p. 461.

¹²⁶ OMC, *Estados Unidos — Ley para la Libertad y la Solidaridad Democrática Cubana*, Diferencia DS38, La decisión de establecimiento del Grupo Especial quedó sin efecto el 22.4.1998 (<https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds38_s.htm>).

¹²⁷ Nótese, H.L. SCHLOEMANN y S. OHLHOFF, *op. cit.*, p. 438; R. DATTU y J. BOSCARIOL, *op. cit.*, pp. 203–207; J.A. SPANOGLE JR., “Can Helms–Burton Be Challenged Under WTO?”, *Stetson Law Review*, vol. XXVII, 1998, p. 1339.

¹²⁸ S.W. SCHILL y R. BRIESE, *op. cit.*, pp. 103–104; D. AKANDE y S. WILLIAMS, *op. cit.*, pp. 376–377; K.W. ALEXANDER, “The Helms–Burton Act and the WTO Challenge: Making a Case for the United States Under the GATT National Security Exception”, *Florida Journal of International Law*, vol. 11, 1997, pp. 560–561 y 566–568; J.A. SPANOGLE JR., *op. cit.*, p. 1315 y ss.

A) La práctica existente hasta 2019

34. Como decimos, hasta 2019 no ha existido una respuesta concluyente a la cuestión de la naturaleza discrecional del artículo XXI GATT¹²⁹ y de aquellos preceptos convencionales que se basan en él, con la salvedad, lógicamente, de los textos convencionales en los que de forma explícita haya quedado afirmado el carácter “*non-justiciability of security exceptions*”, una opción bastante inusual por otra parte¹³⁰.

35. Fuera de estos supuestos aislados, el hecho de que la apreciación de la necesidad de las medidas a adoptar se repunte tan sólo del Estado que las “*estime necesarias*” apoyaría la interpretación discrecional del precepto y, consecuentemente, que ningún Grupo Especial, o el Órgano de Apelación de la OMC, contaría con competencia para evaluar si una medida adoptada por un Estado al amparo del artículo XXI GATT satisface sus requerimientos¹³¹, o si fue adoptada de buena fe¹³². Cada Estado concreto sería, por lo tanto, el único competente para decidir sobre qué medidas resultan “*necesarias*” para proteger los “*intereses esenciales de su seguridad*” en aquellos supuestos cubiertos por el artículo XXI.b) GATT¹³³. Con lo que la cláusula de excepción recogida por el precepto operaría respecto de la totalidad del Tratado¹³⁴. Su invocación por cualquier Estado supondría, así, “*the end of the matter*”¹³⁵.

Al amparo de esta interpretación maximalista el tenor del artículo XXI GATT, así como el de las otras disposiciones similares recogidas en el entramado convencional que sustenta la OMC, constituiría una excepción general a las obligaciones derivadas del GATT, que no sería evaluable por el sistema de solución de diferencias de la OMC.

36. Sin embargo, el Grupo Especial encargado del asunto *Comunidades Europeas — Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*¹³⁶ consideró que, a pesar de constituir una excepción, ello no justificaría de forma automática una interpretación más o menos amplia del mismo. Siendo indispensable proceder al análisis del tenor y sentido del precepto en el marco del articulado, objetivos y políticas subyacentes en el GATT, a efectos de evaluar su naturaleza, especialmente su consideración como dotada de naturaleza discrecional o no¹³⁷.

Se asume de esta suerte que cualquier aproximación a ésta o similares disposiciones debe ser realizada de una forma que resulte fiel al texto del artículo a la vez que impida el abuso de éste¹³⁸, algo que no es siempre fácil de lograr¹³⁹.

37. Esta drástica aproximación vendría flexibilizada, empero, por una pluralidad de factores. Tal como se ha apuntado, la frase “*que estime necesarias*” puede ser considerada como dotada de naturaleza discrecional cuando es considerada de manera aislada. A primera vista, el precepto atribuiría a los Estados un enorme margen de discreción a la hora de determinar qué particulares intereses se engloban

¹²⁹ En este sentido, H.L. SCHLOEMANN y S. OHLHOFF, *op. cit.*, pp. 443–444; A.S. PÉREZ, *op. cit.*, pp. 332–335.

¹³⁰ Una opción bastante inusual que es incluida, sin embargo y como ejemplo, en *el Comprehensive Economic Cooperation Agreement between the Republic of India and the Republic of Singapore* de 29.6.2005: “*Article 6.12: Security Exceptions ... 4. This Article shall be interpreted in accordance with the understanding of the Parties on as set out in their exchange of letters, which shall form an integral part of this Agreement.*” <http://wits.worldbank.org/GPTAD/PDF/archive/India-singapore.pdf>.

¹³¹ R. BHALA, *op. cit.*, pp. 268–269.

¹³² J. MENDENHALL, *op. cit.*, p. 317.

¹³³ S.Y. PENG, *op. cit.*, p. 463.

¹³⁴ M.D. NOLAN y F.G. SOURGENS, *op. cit.*, p. 402.

¹³⁵ J. MENDENHALL, *op. cit.*, p. 318.

¹³⁶ OMC, Informe del Grupo Especial de 18.8.1997, en la Disputa DS26, *Comunidades Europeas — Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, WT/DS26/AB/R, (https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds26_s.htm). Vid. T. COTTIER y P. DELIMATSI, *op. cit.*, p. 5.

¹³⁷ OMC, Informe del Grupo Especial de 18.8.1997, en la Disputa DS26, *Comunidades Europeas — Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, *cit.*, p. 38, n.º. 104.

¹³⁸ D. AKANDE y S. WILLIAMS, *op. cit.*, p. 378.

¹³⁹ De hecho, algunos autores han alegado que los propios Estados están interesados en dejar el significado del art. XXI GATT lo más abierto posible y evitar que existe alguna indicación o interpretación por parte del GATT/OMC en relación con su interpretación y ámbito de aplicación P. LINDSAY, *op. cit.*, p. 1299.

dentro del concepto de intereses esenciales de la seguridad de un concreto país¹⁴⁰. Sin embargo, ello no impediría al Órgano de Solución de Diferencias de la OMC y, eventualmente, a un tribunal arbitral o estatal, determinar si en un concreto supuesto aparecen realmente involucrados intereses esenciales de la seguridad¹⁴¹, y evaluar la existencia de buena fe, una exigencia ésta habitual en la práctica de la OMC¹⁴², algo que no siempre resulta fácil¹⁴³.

Al proceder a la interpretación del precepto resultaría imprescindible tomar en consideración no sólo el contexto del Acuerdo GATT sino, también, sus objetivos y fines, tal como precisa el ya mencionado artículo 31.1. de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁴⁴, el proceso de su negociación, así como la práctica existente en relación con el mismo¹⁴⁵. De todos ellos se derivaría que el recurso al artículo XXI GATT vendría limitado por la naturaleza objetiva de las condiciones recogidas en su apartado b)¹⁴⁶, por la necesidad de que exista un nexo –“*necesarias*”– entre la situación y las medidas adoptadas para hacer frente a ella por parte del Estado¹⁴⁷, por el uso del adjetivo “*esenciales*”¹⁴⁸ en relación con la protección de sus “*intereses de seguridad*” e, incluso, por el dato de que estas medidas deberían de ser adoptadas en “*en caso de grave tensión internacional*”¹⁴⁹, y ello llevaría al rechazo del carácter plenamente discrecional del precepto.

38. Esta postura estaría en línea con alguna de las posiciones mantenidas por el Tribunal Internacional de Justicia en su práctica¹⁵⁰ que, sin embargo, y de nuevo, tampoco resulta concluyente. El Alto Tribunal en el *obiter dictum* en su Sentencia de 27 de junio de 1986 en el asunto *Military and Paramilitary Activities* parece aceptar el carácter discrecional que acompañaría al artículo XXI GATT y a su interpretación¹⁵¹ y, en línea con ello, afirma que hubiera declinado competencia en caso de que el litigio ante él suscitado planteara la naturaleza del artículo XXI GATT:

“This article cannot be interpreted as removing the present dispute as to the scope of the Treaty from the Court's jurisdiction. Being itself an article of the Treaty, it is covered by the provision in Article XXIV that any dispute about the ‘interpretation or application’ of the Treaty lies within the Court's jurisdiction. Article XXI defines the instances in which the Treaty itself provides for exceptions to the generality of its other provisions, but it by no means removes the interpretation and application of that article from the jurisdiction of the Court as contemplated in Article XXIV. That the Court has jurisdiction to determine whether measures taken by one of the Parties fall within such an exception, is also clear a contrario from the fact that the text of Article XXI of the Treaty does not employ the wording which was already to be found in Article XXI of the General Agreement on Tariffs and Trade. This provision of GATT, contemplating exceptions to the normal implementation of the General Agreement, stipulates that the Agreement is not to

¹⁴⁰ S. ROSE-ACKERMAN y B. BILLA, *op. cit.*, p. 470.

¹⁴¹ A. EMMERSON, *op. cit.*, p. 146.

¹⁴² Vid. G. WANG, “Towards rule-based belt and road initiative necessity and directions”, *Journal of International and Comparative Law*, vol. 6, n.º. 1, 2019, pp. 41-43; C. PACTH, “Unilateral President vs. Multilateral Trade Organization: Ethical Implications in the Ongoing Trade War”, *Georgetown Journal of Legal Ethics*, vol. 32, n.º 4, 2019, pp. 897-900.

¹⁴³ J. MENDENHALL, *op. cit.*, p. 319; R.P. ALFORD, *op. cit.*, p. 704.

¹⁴⁴ R.E. BROWNE, *op. cit.*, pp. 422-424.

¹⁴⁵ A.S. PÉREZ, *op. cit.*, p. 332; R.E. BROWNE, *op. cit.*, p. 422; J.Y. YOO y D. AHN, *op. cit.*, p. 429.

¹⁴⁶ Y ello, aunque existe controversia sobre esta naturaleza objetiva. Vid. D. AKANDE y S. WILLIAMS, *op. cit.*, pp. 385 y 399-402 en favor de la naturaleza objetiva de los requisitos previstos en el art. XXI(b)(i)(ii) y (iii). Adicionalmente, se señala que los apartados (a), (b)(i) y (c) del art. XXI GATT no deberían ser “particularly controversial” dado que cuentan con una terminología objetiva, así, por ejemplo, R. BHALA, *op. cit.*, pp. 276-278. Algunos autores consideran, igualmente, que nada en el art. XXI(b) sugiere su condición discrecional, Y. FENG, *op. cit.*, pp. 263-264). Sin embargo, persisten diferencias en relación con la amplitud de esta consideración objetiva, Así, H.L. SCHLOEMANN y S. OHLHOFF, *op. cit.*, pp. 445-446, refieren a esta condición tan sólo respecto de las (b)(i) y (ii) y R.P. ALFORD, *op. cit.*, p. 704, refiere a (c) como la única con un marcado carácter objetivo.

¹⁴⁷ M.D. NOLAN y F.G. SOURGENS, *op. cit.*, p. 400 y ss.; R. BHALA, *op. cit.*, p. 271.

¹⁴⁸ D. AKANDE y S. WILLIAMS, *op. cit.*, p. 396 y ss. En relación con el significado de “esencial”, vid. A. ORAKHELASHVILI, “Threat, Emergency and Survival: The Legality of Emergency Action in International Law”, *Chinese Journal of International Law*, 2010, pp. 350-351.

¹⁴⁹ De acuerdo con el tenor del art. XXI.b.iii) GATT.

¹⁵⁰ Así como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, vid. D. AKANDE y S. WILLIAMS, *op. cit.*, pp. 382-384; M.D. NOLAN y F.G. SOURGENS, *op. cit.*, p. 389.

¹⁵¹ R.P. ALFORD, *op. cit.*, p. 740.

be construed to prevent any contracting party from taking any action which it 'considers necessary for the protection of its essential security interests', in such fields as nuclear fission, arms, etc. The 1956 Treaty, on the contrary, speaks simply of 'necessary' measures, not of those considered by a party to be such."¹⁵²

Sin embargo, el propio Tribunal ha manifestado también su prevención a apoyar una interpretación que permitiera una exégesis absolutamente unilateral de este tipo de cláusulas que facilitara entender que las cláusulas de excepción vinculadas a la seguridad nacional impiden a terceros valorar su activación y justificación, y los términos de su aplicación¹⁵³. En este sentido, al evaluar el artículo XX.1.d) del *US – Iran Treaty of Amity, Economic Relations and Consular Rights* de 15 de agosto de 1955¹⁵⁴, el Tribunal Internacional de Justicia señala en su sentencia de 12 de diciembre de 1996 en el asunto *Oil Platforms (Iran v. U.S.)*, que:

*"This text could be interpreted as excluding certain measures from the actual scope of the Treaty and, consequently, as excluding the jurisdiction of the Court to test the lawfulness of such measures. It could also be understood as affording only a defence on the merits. The Court, in its Judgment of 27 June 1986 in the case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), adopted the latter interpretation for the application of an identical clause included in the Treaty of Friendship, Commerce and Navigation concluded between the United States and Nicaragua on 21 January 1956 ... The Court sees no reason to vary the conclusions it arrived at in 1986. It accordingly takes the view that Article XX, paragraph 1 (d), does not restrict its jurisdiction in the present case, but is confined to affording the Parties a possible defence on the merits to be used should the occasion arise."*¹⁵⁵

39. El carácter discrecional de este tipo de cláusulas también ha sido abordado por el Tribunal Internacional de Justicia en su sentencia en el asunto *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, de 4 de junio de 2008¹⁵⁶ relativo al Convenio de asistencia mutua concluido entre estos dos países. Djibouti alegó en un determinado momento la violación del artículo 3 del Convenio, mientras que Francia rechazó este incumplimiento con base en el artículo 2.c) del texto convencional, que permite que la asistencia solicitada sea rechazada *"if the requested State considers that the execution of the request is likely to prejudice its sovereignty, its security, its ordre public or other of its essential interests"*¹⁵⁷.

El Tribunal de Justicia reconoció la amplia discreción otorgada a las partes por el mencionado artículo 2.c). Pero, a la vez, entendió que el ejercicio de esta discreción queda sometida al principio de buena fe, atendido el mandato del artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados:

*"The Court begins its examination of Article 2 of the 1986 Convention by observing that, while it is correct, as France claims, that the terms of Article 2 provide a State to which a request for assistance has been made with a very considerable discretion, this exercise of discretion is still subject to the obligation of good faith codified in Article 26 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties..."*¹⁵⁸

El Tribunal aceptó que Francia había recurrido al artículo 2 de buena fe, y que el motivo alegado para desatender el mandato del artículo 3 del Convenio parecía entrar dentro del ámbito de aplicación

¹⁵² P. 166, n.º. 222. Vid. también la Sentencia de 12.12.1996 en el asunto *Oil Platforms (Iran v. U.S.)*, *cit.*, p. 183, n.º. 43. Considérese S. ROSE-ACKERMAN y B. BILLA, *op. cit.*, p. 472.

¹⁵³ Vid. A.S. PÉREZ, *op.cit.*, p. 329.

¹⁵⁴ "1. The present Treaty shall not preclude the application of measures: ... d) Necessary to fulfill the obligations of a High Contracting Party for the maintenance or restoration of international peace and security, or necessary to protect its essential security interests." *Treaty of Amity Economic Relations and Consular Rights between the United States and Iran, de 15.08.1955*, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20284/v284.pdf>.

¹⁵⁵ *Cit.*, p. 811, n.º. 20. Vid., P.T. MUCHLINSKI, "Trends in International Investment Agreements: Balancing Investor Rights and the Right to Regulate. The Issue of National Security", *Yearbook on International Investment Law and Policy, 2008–2009*, pp. 57–58 sobre la determinación de la amplitud de la noción.

¹⁵⁶ 2008 ICJ 177.

¹⁵⁷ Artículos de este tipo son relativamente habituales en los acuerdos bilaterales y multilaterales en materia de asistencia y extradición, vid. S.W. SCHILL y R. BRIESE, *op. cit.*, p. 114, nota 144.

¹⁵⁸ STIJ de 4.6.2008, *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, *cit.*, p. 229, n.º. 145.

del artículo 2.c). La interpretación de la cláusula como discrecional no afectó a la competencia del Tribunal, ni a su capacidad de revisar el ejercicio de la discrecionalidad del Estado con objeto de verificar que éste la había ejercido de buena fe¹⁵⁹.

B) ¿Recodo o punto y aparte?: el Informe del Grupo Especial en el asunto *Rusia - Medidas que afectan al tráfico en tránsito y la naturaleza discrecional* –“*self-judging*”- del artículo XXI GATT.

40. Toda la situación anterior se ha visto alterada con la publicación, en abril de 2019, del Informe del Grupo Especial en el asunto *Rusia - Medidas que afectan al tráfico en tránsito*. Una decisión que abre nuevas expectativas de cambio y aclaración en relación con el artículo XXI GATT.

41. En el año 2016, Ucrania inició acciones contra la Federación Rusa en relación con diversas medidas adoptadas por Rusia, en el marco de las tensiones existentes con Ucrania desde 2014, que restringían y prohibían el tráfico en tránsito a través de la frontera ruso-bielorusa, de mercancías procedente de Ucrania hacia los mercados de Asia Central¹⁶⁰. Ucrania impugnó tales medidas ante la OMC alegando que eran contrarias al artículo V del GATT –que reconoce la libertad de tránsito- y del artículo X GATT –“*Publicación y aplicación de los reglamentos comerciales*”- así como a un conjunto de compromisos asumidos por parte de Rusia recogidos en el protocolo de acceso de este país a la OMC. Rusia, sin entrar a abordar los argumentos jurídicos o fácticos alegados por Ucrania, respondió invocando el artículo XXI.b)iii) GATT.

42. El 5 de abril de 2019, el Grupo Especial hizo público su Informe. La decisión adoptada aborda tres cuestiones muy relevantes del precepto que han sido objeto de controversia desde el momento de su redacción: en primer lugar, la ya apuntada cuestión del significado del tenor del artículo XXI.b) GATT y la competencia del Grupo Especial –y de la OMC- para conocer de la disputa. En segundo lugar, el Informe confronta la cuestión relativa a la determinación de lo que constituya “*emergencia en las relaciones internacionales*” y, por último, se centra en el concreto significado atribuible a la noción de “*intereses esenciales de la seguridad*”. El resultado final presenta importantes claroscuros, en la medida en que los avances producidos en relación con el primer punto contrastan, sin embargo, con las limitaciones presentes en la posición adoptada respecto del tercero.

43. Focalizándonos en la primera cuestión¹⁶¹, el Grupo Especial rechaza la posición favorecida por Rusia y apoya la postura favorable a dotar al artículo XXI de una naturaleza no plenamente *self-judging*. En consecuencia, admite su competencia para conocer de las reclamaciones presentadas por Ucrania frente a las medidas adoptadas por Rusia al amparo del artículo XXI GATT.

44. El Informe del Grupo Especial admite de partida que “*el mero sentido de las palabras y la construcción gramatical*” de la disposición puede dar cabida a una interpretación según la cual la expresión “*que estime*” necesarias para la protección de los intereses esenciales de seguridad del Estado que las adopta parecería apoyar una visión muy amplia del precepto, y de la capacidad del Estado que las toma para hacerlo.

45. Ésta era la posición apoyada por Rusia en sus alegaciones, al apuntar que el Grupo Especial carece de jurisdicción para evaluar medidas decididas al amparo del artículo XXI del GATT de 1994 en la medida en que dicho precepto confiere al Estado que lo invoca “*discreción exclusiva para determinar la necesidad, la forma, el diseño y la estructura de las medidas adoptadas*”¹⁶². En esta línea, Rusia

¹⁵⁹ S.W. SCHILL y R. BRIESE, *op. cit.*, p. 116.

¹⁶⁰ Vid. al respecto, OMC, Informe del Grupo Especial en la Diferencia DS512, *Rusia - Medidas que afectan al tráfico en tránsito*, *cit.*, p. 32, n.º. 7.28.

¹⁶¹ Los dos restantes serán abordados en el apartado V. *infra*.

¹⁶² Informe del Grupo Especial, *Rusia - Medidas que afectan al tráfico en tránsito*, *cit.*, pp. 25-31. En relación con las posiciones mantenidas por la Federación Rusa y los EE.UU., vid. S.L. LESTER y H. ZHU, “A Proposal for Rebalancing...”, *op. cit.*, pp. 1462-1463.

consideró que las cuestiones que plantea su invocación del artículo XXI.b)iii) del GATT van más allá del alcance de las relaciones comerciales y económicas entre Miembros, y no están comprendidas en el ámbito de la OMC. Cualquier otra interpretación, añadía, "daría lugar a una injerencia en [los] asuntos internos y externos de un Estado soberano". Por consiguiente, "basta con que un Miembro declare que las medidas adoptadas son medidas que estima necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad, aplicadas en tiempos de guerra o en caso de grave tensión internacional" sin que dicha valoración subjetiva de un miembro de la OMC pueda ser puesta en duda o controlada de nuevo por ninguna otra parte u órgano judicial, ya que las medidas en cuestión no son medidas comerciales ordinarias que los grupos especiales de la OMC evalúan regularmente¹⁶³.

En consecuencia, Rusia se ciñó a sostener que el Grupo Especial, atendida su incompetencia, debería limitar sus constataciones en la presente diferencia a una estricta declaración del hecho de que Rusia había invocado el inciso iii) del apartado b) del artículo XXI del GATT de 1994, sin proceder seguidamente a tratar el fondo de las alegaciones de Ucrania¹⁶⁴.

46. En este mismo sentido se manifiestan los Estados Unidos de América al negar la capacidad del Grupo Especial para examinar la invocación del artículo XXI GATT, o para formular constataciones sobre las alegaciones planteadas en la presente diferencia. En contraste con las afirmaciones realizadas por el resto de Estados terceros¹⁶⁵, el gobierno norteamericano apoyó que cada Miembro de la OMC conserva la facultad de determinar por sí mismo los asuntos que estime necesarios para la protección de los intereses esenciales de su seguridad, como queda "reflejado" en el texto del artículo XXI del GATT de 1994. Añadiendo que se trata de un "derecho inherente" que ha sido reconocido por las partes contratantes del GATT y los Miembros de la OMC en repetidas ocasiones¹⁶⁶.

Precisamente, los Estados Unidos han incidido en esta línea en el marco de los casos planteados contra ellos en relación con los aranceles adoptados al amparo de la Sección 232 de la *Trade Expansion Act* americana de 1962¹⁶⁷, señalando que "The United States has given detailed explanations that the measures at issue are justified under Article XXI of the GATT 1994. In particular, we have explained that these measures are necessary to address the threatened impairment that these imports of steel and aluminum articles pose to U.S. national security"¹⁶⁸.

En tal sentido, el gobierno norteamericano resalta que ésta no ha sido una posición exclusiva de los EE.UU., sino que "For decades, the United States, as well as other WTO Members, has consistently held the position that actions taken pursuant to Article XXI are not subject to review in GATT or WTO dispute settlement. Each sovereign has the power to decide, for itself, what actions are essential to its security, as is reflected in the text of GATT 1994 Article XXI." Y que ésta ha sido la misma posición mantenida por los Estados Unidos "in 2018 as it was in 1982, 1949, and indeed during the negotiation of the GATT itself"¹⁶⁹. Agregando por último, que "The United States wishes to be clear: if the WTO were to undertake to review an invocation of Article XXI, this would undermine the legitimacy of the WTO's dispute settlement system and even the viability of the WTO as a whole."¹⁷⁰

¹⁶³ Informe del Grupo Especial, *Rusia - Medidas que afectan al tráfico en tránsito*, cit., p. 33, n.º. 7.29.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 25, n.º. 7.4.

¹⁶⁵ La UE, por ejemplo, considera que el art. XXI GATT constituye una "affirmative defence" y que "Accordingly, it is for the respondent to invoke this provision and the respondent will bear the burden of proving that the applicable conditions are met", EUROPEAN UNION, *Third Party Written Submission, Russia-Measures Concerning Traffic in Transit*, WT/DS512 (Nov. 8, 2017), p. 6, n.º. 24 http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/february/tradoc_156602.pdf. Ello implica la obligación de demostrar que se cumplen las diversas exigencias recogidas en el art. XXI GATT (*Ibid.*, p. 9, n.º. 38).

¹⁶⁶ Informe del Grupo Especial, *Rusia - Medidas que afectan al tráfico en tránsito*, cit., p. 40, n.º. 7.51.

¹⁶⁷ Y que, al amparo del art. XXI GATT tan sólo podrían venir amparados en el mandato del subapartado iii) del apartado b) del precepto en relación con las medidas aplicadas "en caso de grave tensión internacional".

¹⁶⁸ *Vid. Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body Geneva, October 29, 2018*, cit., p. 28, respecto del suscitado por China (DS544); p. 31, respecto de la planteada por la Unión Europea (DS548); p. 35, en relación con la presentada por Canadá (DS550); p. 37, con referencia a la suscitada por México (DS551); p. 38, con referencia a la planteada por Noruega (DS552) y p. 41, respecto de la formulada por Rusia (DS554) (https://geneva.usmission.gov/wp-content/uploads/sites/290/Oct29.DSB_Stmt_as-delivered.fin_rev_public.pdf).

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 41.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 39. Todas estas afirmaciones se desarrollan de forma amplia en las distintas alegaciones presentadas por los

47. Similares posiciones de negación de la jurisdicción de la OMC para conocer sobre medidas adoptadas por los Estados con base en la protección de los intereses esenciales de su seguridad nacional están siendo sostenidas por otros países en procesos pendientes ante el órgano de resolución de controversias de la OMC. Así ha ocurrido, por ejemplo, con los Emiratos Árabes Unidos en *Emiratos Árabes Unidos — Medidas relativas al comercio de mercancías y servicios y a los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio*¹⁷¹, en esta ocasión en relación con los artículos XXI GATT, XIVbis AGCS y 73 ADPIC¹⁷². O con Arabia Saudita en *Arabia Saudita — Medidas relativas a la protección de derechos de propiedad intelectual*, de nuevo en relación con el artículo 73 ADPIC¹⁷³. En concreto, Arabia Saudita alega en este caso que “the severance of diplomatic relations renders impossible the conduct of any dispute settlement in this matter and that, consistent with Article 73 of the TRIPS Agreement, nothing can require any government to engage in dispute settlement procedures in such circumstances of national security. A panel has no power to make a finding in this matter, and the WTO is not, and cannot be turned into, a venue to resolve national security disputes...”¹⁷⁴.

48. Sin embargo, y a pesar de todas estas afirmaciones, el Grupo Especial en su Informe en el asunto *Rusia – Ucrania* entiende que las distintas circunstancias previstas en los mencionados subapartados i) a iii) del apartado b) del artículo XXI GATT “actúan como cláusulas calificativas limitativas; en otras palabras, califican y limitan el ejercicio de la discreción otorgada a los Miembros en la parte introductoria a estas circunstancias.” Y, a partir de ello, el Grupo Especial se pregunta si resulta lógico, habida cuenta de esta función limitativa, “dejar su determinación exclusivamente a la discreción del Miembro invocante”¹⁷⁵.

De acuerdo con el Informe, la respuesta a esta cuestión se ve apoyada por el análisis del proceso de elaboración del precepto, del que se deriva con claridad que los redactores consideraron que las cuestiones reflejadas en los actuales artículos XX y XXI del GATT de 1947 son de índole diferente, como lo evidencia su separación en dos artículos. En tal sentido, el “equilibrio” que se estableció con las excepciones relativas a la seguridad consistía en que los Miembros gozarían de “cierta libertad” para determinar cuáles eran los intereses esenciales de su seguridad y la necesidad de adoptar medidas para proteger esos intereses, a la vez que se reduciría el posible abuso de las excepciones limitando las circunstancias en las que estas podrían invocarse a las especificadas en los incisos del apartado b) del artículo XXI del GATT: “a la luz de este equilibrio, las excepciones relativas a la seguridad quedarían sujetas a las disposiciones en materia de consultas y solución de diferencias establecidas en otra parte de la Carta”¹⁷⁶.

Por lo tanto, concluye el Grupo Especial que la cláusula adjetiva “que estime”, presente en la parte introductoria del apartado b) del artículo XXI, no se extiende a la determinación de las circunstancias descritas en cada inciso. Sino que “para que una medida esté comprendida en el alcance del apartado b) del artículo XXI, debe constatarse objetivamente que cumple los requisitos enunciados en uno de los incisos enumerados de dicha disposición”¹⁷⁷.

EE.UU. en el marco de las reclamaciones planteadas contra ella por la imposición de aranceles aduaneros en relación con el acero y el aluminio. Todas las *First Written Submission of the United States of America* son de fecha 12.6.2019, y su argumentario se recoge en las pp. 5.42. Las referencias a todas ellas se encuentran en <https://ustr.gov/issue-areas/enforcement/dispute-settlement-proceedings/wto-dispute-settlement/pending-wto-dispute-48>.

¹⁷¹ DS526.

¹⁷² Nótese, WORLD TRADE ORGANIZATION, *Dispute Settlement Body 23 October 2017, Minutes of the Meeting Held in the Centre William Rappard on 23 October 2017*, WT/DSB/M/403, 20.2.2018, p. 7, n.º. 4.4 (https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=243249%2C239542%2C239432%2C239431%2C239433%2C239436%2C239442%2C239441%2C239443%2C239413&CurrentCatalogueIndex=0&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=F).

¹⁷³ Egipto se ha adherido igualmente, como Estado tercero, a esta posición. *Ibid.*, p. 8, n.º. 4.7.

¹⁷⁴ DS567. Vid., WORLD TRADE ORGANIZATION, *Panels Established to Review India, Swiss Complaints Against US Tariffs*, 4.12.2018, https://www.wto.org/english/news_e/news_18_e/dsb04dec18_e.htm.

¹⁷⁵ Informe del Grupo Especial, *Rusia - Medidas que afectan al tráfico en tránsito*, cit., p. 43, n.º. 7.65.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 54, n.º. 7.98.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 54, n.º. 7.101.

Esta referencia a la objetividad de la valoración de la medida adoptada implica, en última instancia, limitar la condición *self-judging* del precepto lo que supone que ya no va a depender exclusivamente de la voluntad del Estado que adopta la decisión, obligando a éste a responder a los términos exactos del precepto.

49. El Informe del Grupo Especial entraña una clarificación relevante de la naturaleza del artículo XXI GATT. Su relevancia, empero, no queda limitada a esta cuestión por importante que sea, sino que la trasciende, afectando a la concreción de su específico contenido en unos términos, como seguidamente observaremos, no siempre coherentes con la posición mantenida en relación con la naturaleza discrecional, o no, del precepto.

V. La fijación del contenido del artículo XXI GATT y de las concretas medidas susceptibles de ser adoptadas a su amparo

50. Los avances en el debate en relación con la naturaleza del artículo XXI GATT no cierran las controversias en relación con el mismo. Y en tal sentido, resulta imprescindible precisar su exacto contenido y abordar la condición de las medidas susceptibles de ser adoptadas a su amparo. En esta tarea, una vez más, se echa en falta la existencia de una práctica mínima en relación con el precepto que aporte una respuesta consistente a la cuestión y ello, en cuanto las soluciones recogidas en el Informe del Grupo Especial en el asunto *Rusia - Medidas que afectan al tráfico en tránsito* presentan, como hemos ya avanzado, relevantes claroscuros.

51. Tres son los aspectos adicionales tratados por el Grupo Especial en su Informe, una vez abordada la cuestión del carácter discrecional del artículo XXI GATT: el sentido atribuible a la mención que realiza el artículo a “*tiempos de guerra*” y a “*grave tensión internacional*”, la relación existente entre las medidas a adoptar y estas situaciones y, por último, el significado de “*intereses esenciales de la seguridad*” del Estado.

1) En primer lugar, y tras declarar su competencia para conocer de la disputa suscitada entre Rusia y Ucrania, el Informe procede a aproximar el significado atribuible a la referencia “*a las aplicadas en tiempos de guerra o en caso de grave tensión internacional*” recogida en el subapartado iii) del apartado b) del artículo XXI GATT, afirmando que la mención a “*grave tensión internacional*” refiere, por lo general, a una situación de conflicto armado, o de conflicto armado latente, o de tensión o crisis agravada, o de inestabilidad general que sumerge o rodea a un Estado. En tal sentido, las meras “*diferencias políticas y económicas entre Miembros no son suficientes, por sí mismas, para constituir una grave tensión internacional a los efectos del inciso iii)*”¹⁷⁸.

Este tipo de situaciones, añade el Informe, engloban tipos –determinados– de intereses para el Miembro en cuestión: intereses de defensa o militares, o intereses relativos al mantenimiento de la ley y el orden público¹⁷⁹. El Informe considera que es necesario valorarlos, sin entrar a considerar “*qué actor o actores son internacionalmente responsables por la existencia de esta situación a que se refiere Rusia*” ni caracterizar la situación existente entre ambos Estados con arreglo al Derecho Internacional en general¹⁸⁰. Concluyendo que, en el concreto supuesto planteado, existen pruebas suficientes para considerar que la situación existente entre Ucrania y Rusia al tiempo de adopción de las medidas objeto de valoración constituía una “*grave tensión internacional en el sentido del inciso iii) del apartado b) del artículo XXI del GATT de 1994*”¹⁸¹.

2) La determinación de lo que signifique la existencia de una grave tensión internacional no es, sin embargo, suficiente *per se* para agotar el debate sobre el artículo XXI GATT. Adicionalmente, se dice, la medida tomada debe estar relacionada directamente con la mencionada situación. En tal sentido, el Informe

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 43, n.º. 7.75.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 45, n.º. 7.76.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 59, n.º. 7.121.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 59, n.º. 7.123. Vid., igualmente, el n.º. 7.122 en el que se fundamenta esta decisión.

del Grupo añade que la expresión "*aplicadas en tiempos de*" presente en el inciso iii) describe el vínculo entre las medidas y las situaciones de guerra o de grave tensión internacional descritas en dicho inciso. Así, la expresión exige que las medidas adoptadas se apliquen durante la guerra o la grave tensión internacional.

Esta concurrencia cronológica constituye, también, un hecho objetivo susceptible de una determinación objetiva¹⁸². En otras palabras, la excepción especificada en el inciso iii) del apartado b) del artículo XXI GATT 1994 implica admitir que una guerra o una grave tensión internacional "*supone un cambio fundamental de las circunstancias que altera radicalmente el marco fáctico en que ha de evaluarse la compatibilidad de las medidas en litigio con las normas de la OMC*"¹⁸³ sin que sea necesaria, por lo tanto, una previa determinación de si dichas medidas serían incompatibles con las normas de la OMC, caso de haberse aplicado en tiempos normales. Es decir, si no se hubiesen adoptado en tiempos de guerra o en caso de grave tensión internacional.

3) Por último, el Grupo Especial aborda el significado de "*intereses esenciales de la seguridad*" del Estado. Es la salvaguarda de dichos intereses en supuestos de grave tensión internacional lo que justifica su adopción. El Grupo explicita que se trata de un concepto más restringido que el de "*intereses de ... seguridad*", y que vendría referido "*a los intereses relacionados con las funciones más fundamentales del Estado, a saber, la protección de su territorio y su población frente a amenazas externas y el mantenimiento de la ley y el orden público a nivel interno*"¹⁸⁴.

Una vez pergeñada esta aproximación, sin embargo, de forma significativa y en contraste con todo lo anterior, el Grupo Especial precisa que los intereses específicos que se consideran directamente pertinentes para la protección de un Estado frente a estas amenazas externas o internas dependerán de la situación particular, y de las percepciones del Estado en cuestión, y que cabe esperar, por lo tanto, que varíen en función de las circunstancias. Añadiendo que "*Por estos motivos, en general se deja en manos de cada Miembro definir lo que considera que son los intereses esenciales de su seguridad*"¹⁸⁵. Lo que supone atribuir un carácter muy amplio a la determinación del significado a la noción y, con ello, modular grandemente el impacto real de la negación de la naturaleza *self-judging* del precepto, en la medida en que los Estados podrán considerar prácticamente todo como contrario a los intereses esenciales de su seguridad.

52. En todo caso, añade el Informe, esto último no implica otorgar una capacidad omnímoda al Estado para elevar cualquier preocupación al grado de "*interés esencial de... seguridad*". Por el contrario, entiende que la discreción de aquél "*está limitada por su obligación de interpretar y aplicar el inciso iii) del apartado b) del artículo XXI del GATT de 1994 de buena fe... un principio general del derecho internacional que subyace a todos los tratados, codificado en el párrafo 1 del artículo 31... y el artículo 26... de la Convención de Viena*"¹⁸⁶. Lo que, en concreto, implica que no se puedan utilizar las excepciones previstas en el artículo XXI GATT como un medio para eludir las obligaciones que les corresponden en virtud del GATT de 1994¹⁸⁷.

Esta exigencia de buena fe, además, no se aplica únicamente a la definición que dé el Estado miembro de los intereses esenciales de seguridad a salvaguardar en el concreto supuesto de grave tensión internacional, sino también, "*y sobre todo, a su relación con las medidas en litigio*". Ello supone que, por lo tanto, y en lo que respecta a la aplicación del inciso iii) del apartado b) del artículo XXI, "*esta obligación se materializa en la exigencia de que las medidas en litigio cumplan un requisito mínimo de plausibilidad en relación con los intereses esenciales de seguridad presentados, es decir, que no sean implausibles como medidas de protección de dichos intereses*"¹⁸⁸.

53. En el caso presente, y tras analizar todos los extremos apuntados, el Grupo Especial acabó considerando que las medidas adoptadas por Rusia eran acordes con el artículo XXI.b) GATT¹⁸⁹.

¹⁸² *Ibid.*, p. 44, n.º 7.70.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 56, n.º 7.108.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 61, n.º 7.130.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 61, n.º 7.131.

¹⁸⁶ *ibid.*, p. 61, n.º 7.132.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 61, n.º 7.133.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 62, n.º 7.138.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 64, n.º 7.148.

Previsiblemente, la decisión será apelada ante el Órgano de Apelación de la OMC¹⁹⁰ cuya renovación por consenso, como ya hizo en su día ya hizo el Presidente Obama de forma temporal¹⁹¹, está siendo bloqueada desde 2017 por el gobierno de los Estados Unidos, muy crítico con el sistema de resolución de controversias comerciales de la OMC¹⁹². A finales de 2019 no habrá suficientes miembros -de hecho quedarán sólo 1 de los 7 que lo componen- para conocer de los supuestos planteados, y el Órgano de apelación estará paralizado¹⁹³. Y con ello, al amparo del artículo 16.3 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias, el sistema bloqueado¹⁹⁴.

1. El sentido atribuible a “intereses esenciales” de la seguridad del Estado y similares nociones recogidas en los TLCs

54. La solución alcanzada por el Grupo Especial en el asunto *Rusia - Medidas que afectan al tráfico en tránsito* deja al albur de los Estados la exacta concreción de las medidas susceptibles de ser adoptadas para salvaguardar sus “intereses esenciales” de seguridad al amparo del artículo XXI GATT, y para valorar su necesidad.

54. La solución alcanzada presenta una amplia relevancia en cuanto la práctica de la OMC, y antes del GATT, no ha aportado hasta el momento una interpretación del exacto significado atribuible a la expresión “intereses esenciales de su seguridad” recogida en el apartado b) del artículo XXI GATT¹⁹⁵.

55. La doctrina apoya una interpretación amplia del concepto, sin que ello se traduzca en la correlativa atribución de un significado coherente al mismo¹⁹⁶. La amplitud con que vienen redactadas muchas de estas cláusulas de excepción tiende, igualmente, a favorecer su entendimiento extensivo. Algunos países, de hecho, han manifestado de forma explícita el apoyo a esta posición. Así, la práctica de los EE.UU., por ejemplo, ha aportado cierta guía al respecto. En este sentido, el *Message from the President of the United States Transmitting the Treaty between the United States of America and Mongolia concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment of 1994*¹⁹⁷ considera que

¹⁹⁰ Vid. F. MARTIRENA, “Ante bloqueo de EE.UU., 114 países de la OMC buscan salvar el tribunal de apelación”, *BAENegocios*, 24 de julio de 2019 <https://www.baenegocios.com/economia-finanzas/Ante-bloqueo-de-EE.UU.-114-paises-de-la-OMC-buscan-salvar-el-tribunal-de-apelacion--20190723-0071.html>. De hecho, a la vista de esta situación, se están buscando modelos alternativos para evitar el colapso del sistema de apelación, vid. B. DE MIGUEL, “La UE lanza una vía alternativa en la OMC ante el bloqueo de Trump”, *El País*, de 10.6.2019, <https://elpais.com/economia/2019/06/09/actualidad/1560097673_726365.html>. Un breve análisis de los fundamentos de esta decisión se encuentra en, W.R. HAWKINS, “How to Block China at the WTO: Use GATT Articles XX-XXI”, *Journal of Political Risk*, vol. 7, n° 9, September 2018, p. 1 ss.

¹⁹¹ Vid. CH.O. TAYLOR, *op. cit.*, p. 53; S. CHARNOVITZ, *op. cit.*, p. 232.

¹⁹² Vid. CH.O. TAYLOR, *op. cit.*, pp. 52-53; C. PACTH, *op. cit.*, pp. 885-892.

¹⁹³ De hecho, a partir del 11 de diciembre sólo resta un miembro de los siete que componen el Órgano de Apelación. Vid. OMC, “El Consejo General designa a un facilitador para abordar el desacuerdo con respecto al Órgano de Apelación”, https://www.wto.org/spanish/news_s/news19_s/gc_18jan19_s.htm A raíz de esta situación ha habido un número importante de propuestas de reforma del sistema que, sin embargo, no han fructificado y que, en todo momento, han tenido el silencio de los EE.UU. como respuesta. Vid. CH.O. TAYLOR, *op. cit.*, p. 53.

¹⁹⁴ S. CHARNOVITZ, *op. cit.*, p. 234. Vid., igualmente, C. PACTH, *op. cit.*, pp. 884, 894 y 901-902. De todas formas, y con independencia del eventual resultado que se derive de ellos, existen claros indicios de que la actual administración americana procederá a desatenderla si no está de acuerdo con ella, considerándola nula, vid. D.C.K. CHOW, *op. cit.*, pp. 8-9; S. LESTER y H. ZHU, *Closing Pandora's Box...*, *op. cit.*, pp. 6 – 7; S.L. LESTER y H. ZHU, “A Proposal for Rebalancing...”, *op. cit.*, pp. 1465-1466. Asumiendo, incluso, que una decisión en contra de los EE.UU. podría ser la espoleta para su salida de la OMC (T. VOON, *op. cit.*, p. 47).

¹⁹⁵ Se trataría de “a treaty exception rarely adjudicated”. Vid. en tal sentido, J. KURTZ, “Adjudging the Exceptional at International Investment Law, Security, Public Order and Financial Crisis”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 59, 2010, p. 326.

¹⁹⁶ Vid. en relación con éste y otros conceptos similares, C. ESPLUGUES MOTA, *El control de las inversiones extranjeras directas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 101 y ss.; C. ESPLUGUES, *Foreign Investment...*, *op. cit.*, pp. 78 a 111. Igualmente, consíderese, W. BURKE-WHITE y A. VON STADEN, *op. cit.*, p. 351 y ss.

¹⁹⁷ *Message from the President of the United States Transmitting the Treaty between the United States of America and Mongolia Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment*, with Annex and Protocol, signed at Washington el 6.10.1994, 104th Congress 1st Session Senate Treaty Doc. 104-10, Art. 10 (<http://www.state.gov/documents/organization/43579.pdf>).

la referencia a “*essential security interests*” incluida en el artículo X.1 del Convenio “*would include security-related actions taken in time of war or national emergency; actions not arising from a state of war or national emergency must have a clear and direct relationship to the essential security interest of the Party involved*”.¹⁹⁸ Esta noción se ha interpretado también en la práctica interna de otros países con una tradición de negociación de acuerdos comerciales. Y así, por ejemplo, en India el concepto de “*essential security*” ha sido considerado como equivalente al de “*security of the State*”¹⁹⁹.

56. Significativamente, esta posición encuentra eco en la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia, al aceptar que el precepto no sólo cubre riesgos militares, sino que incluye otros riesgos de naturaleza diversa, por ejemplo, económicos y vinculados con la seguridad. En este sentido, y de acuerdo con su sentencia de 27 de junio de 1986 en el asunto *Military and Paramilitary Activities (Nicaragua v. U.S.)*:

“*the concept of essential security interests certainly extends beyond the concept of an armed attack, and has been subject to very broad interpretations in the past.*”²⁰⁰

Sin embargo, una vez más, esta idea no encuentra un apoyo nítido del propio Tribunal en su Sentencia de 12 de diciembre de 1996 en el asunto *Oil Platforms (Iran v. U.S.)* 1996.

57. La seguridad nacional, los intereses esenciales de la seguridad nacional y otros conceptos relacionados recogidos en el artículo XXI GATT y en las distintas cláusulas de excepción presentes en el amplio entramado convencional en materia de comercio internacional e inversiones extranjeras, refieren ampliamente a ideas vinculadas a la integridad y poder del Estado como un aparato institucional²⁰¹. Todas ellas están destinadas a cubrir el mismo o similares objetivos: la protección de los intereses esenciales de un Estado frente a ciertos riesgos y peligros generados por el comercio internacional en un concreto momento. Sin quedar claro, en cada caso, qué específicos intereses deben ser defendidos de qué clases de concretos peligros.

Todas ellas constituyen nociones que evocan consideraciones generales de protección de la seguridad del Estado, de la salvaguarda de sus ciudadanos y de aspectos esenciales de su forma de vida²⁰². Conceptos que no son exactamente idénticos, y cuya interpretación puede también diferir en ocasiones pudiendo, incluso, ser entendidos e interpretados de forma distinta en supuestos internos e internacionales²⁰³.

58. Atendiendo a la respuesta aportada por el Informe del Grupo Especial que vincula su uso a la voluntad de los Estados, en las próximas páginas nos centraremos en dos de estos términos: el estricto de “intereses esenciales de seguridad” del Estado reproducido en el artículo XXI GATT y presente en un amplio elenco de TLCs y, también, haremos una referencia más genérica al concepto de “seguridad nacional”.

A) Intereses esenciales de la seguridad del Estado

59. Los intereses esenciales de seguridad nacional, el orden público y el resto de nociones recogidas en las cláusulas de excepción presentes en los distintos TLCs pueden significar cosas distintas para

¹⁹⁸ Art. X. En términos similares, *Message from the President of the United States Transmitting the Treaty between the United States of America and Azerbaijan concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment*, of 01.08.1997, Art. XIV (<https://2001-2009.state.gov/documents/organization/43478.pdf>).

¹⁹⁹ Considérense las Sentencias del Tribunal Supremo Indio de 7.9.1965 en el asunto *Dr. Ram Manohar Lohia v. State of Bihar and Others*, *Supreme Court of India* ([1966] AIR 740, [1966] SCR (1) 709) y de 11.7.1985 en el asunto *Union of India v. Tulsiram Patel* ([1985] AIR 1416, [1985] SCR Supl. (2) 131). Vid. W. BURKE-WHITE y A. VON STADEN, *op. cit.*, pp. 353–354.

²⁰⁰ P. 107, n.º. 224.

²⁰¹ J. WALDRON, “Safety and Security”, en E. REED y M. DUMPER (eds.), *Civil Liberties, National Security and Prospects for Consensus. Legal, Philosophical and Religious Perspectives*, Cambridge, CUP, 2012, p. 14.

²⁰² OECD, *Security-Related Terms in International Investment Law and in National Security Strategies*, May 2009, Paris, OECD, 2009, p. 3.

²⁰³ W. BURKE-WHITE y A. VON STADEN, *op. cit.*, pp. 360–361.

gente diversa en momentos diferentes en lugares dispares²⁰⁴. Debido a esta relatividad intrínseca, cabe también que respondan a una pluralidad amplia de intereses y valores²⁰⁵. Todas las nociones mencionadas constituyen conceptos elásticos y altamente contextuales cuya interpretación va a depender de una multiplicidad de factores, incluyendo la percepción del peligro, el conjunto de valores a ser protegidos, y los medios a través de los que se va a canalizar esta protección²⁰⁶.

60. El significado del término “*intereses esenciales de la seguridad del Estado*”²⁰⁷ ha sido aproximado en el marco de algunos arbitrajes de inversión, aunque no se ha aportado una clara descripción de lo que actualmente significa y cubre. Sin embargo, se considera habitualmente que no sólo los riesgos militares sino también los económicos vienen cubiertos por él.

En este sentido, el laudo dictado en el asunto *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*²⁰⁸ abordó la interpretación del término “*essential security interests*” recogido en el artículo XI²⁰⁹ del *Treaty between the United States and the Argentine Republic concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment* de 1991²¹⁰. El tribunal arbitral apoyó una interpretación amplia del concepto y señaló que no hay nada “*in the context of customary international law that on its own could exclude major economic crisis*” del ámbito de aplicación de la cláusula:

“*The Tribunal rejects the notion that Article XI is only applicable in circumstances amounting to military action and war. Certainly, the conditions in Argentina in December 2001 called for immediate, decisive action to restore civil order and stop the economic decline. To conclude that such a severe economic crisis could not constitute an essential security interest is to diminish the havoc that the economy can wreak on the lives of an entire population and the ability of the Government to lead. When a State’s economic foundation is under siege, the severity of the problem can equal that of any military invasion*”²¹¹.

Esta posición se desarrolló con posterioridad, en 2007, en el laudo dictado en el asunto *Sempra Energy International v. Argentine Republic*²¹² y, en 2008, por el dictado en relación con el asunto *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*. En este último caso, se hizo una referencia a la Carta de Naciones Unidas:

“*As to ‘essential security interests,’ it is necessary to recall that international law is not blind to the requirement that States should be able to exercise their sovereignty in the interest of their population free from internal as well as external threats to their security and the maintenance of a peaceful domestic order. It is well known that the concept of international security of States in the Post World War II international order was intended to cover not only political and military security but also the economic security of States and of their population. The Preamble to the Charter of the United Nations and, even more relevant for the present case, that of the International Monetary Fund support this approach. As noted by the International Law Commission, States have invoked necessity ‘to protect a wide variety of interests,*

²⁰⁴ A. WOLFERS, “‘National Security’ as an Ambiguous Symbol”, *Political Science Quarterly*, vol. 67, 1952, n.º. 4, p. 481.

²⁰⁵ P. LINDSAY, *op. cit.*, p. 1297.

²⁰⁶ H. NASU, “The Expanded Conception of Security and International Law: Challenges to the UN Collective Security System”, *Amsterdam Law Forum*, vol. 3, 2011, n.º. 3, p. 15.

²⁰⁷ Sobre la amplia noción de “intereses esenciales”, vid. A.K. BJORKLUND, “Emergency Exceptions”, en P.T. MUCHLINSKI, F. ORTINO y C. SCHREUER, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, OUP, 2008, pp. 476–485.

²⁰⁸ Laudo de 12.5.2005 en el asunto *CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic*, ICSID Case n.º. ARB/01/8, p. 104, n.º. 359, <http://www.italaw.com/cases/288>. En relación con la interpretación, vid. W. BURKE-WHITE y A. VON STADEN, *op. cit.*, p. 394 y J. KURTZ, “Adjudging...”, *op. cit.*, pp. 362–365.

²⁰⁹ Art. XI: “*This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the Protection of its own essential security interests.*”

²¹⁰ http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/en/ar-us/trt_ar_us.pdf.

²¹¹ Laudo de 3.10.2016 en el asunto *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case n.º. ARB/02/1, (Decision on Liability), p. 70, n.º. 238, www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0460.pdf.

²¹² Laudo de 28.9.2007 en el asunto *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, ICSID Case n.º. ARB/02/16, p. 110, n.º. 374, <http://www.italaw.com/cases/1002>.

*including safeguarding the environment, preserving the very existence of the State and its people in time of public emergency, or ensuring the safety of a civilian population.”*²¹³

61. Sin embargo, como decimos, no existe una interpretación clara y global del término, y la forma en que éste sea finalmente interpretado dependerá, en gran medida, del momento y lugar en que se produzca, y del concreto acuerdo que se esté valorando.

B) Seguridad nacional

62. La seguridad nacional es una noción flexible carente de una clara definición, con el añadido adicional de su relatividad temporal²¹⁴. Esta ausencia de definición no sólo es debida a la dificultad objetiva de alcanzarla, sino también al hecho de que los Estados desean contar con un término amplio y flexible que les permita lograr ciertos propósitos al ser aplicado a un concreto sector.

63. La nebulosa que rodea al concepto le dota de un alto grado de flexibilidad, a la vez que le rodea de un elevado nivel de incertidumbre, en la medida que puede permitir al Estado, en última instancia, incorporar dentro esta categoría prácticamente cualquier medida o política que desee²¹⁵. Se trata, igualmente, de una noción relativa, cuyo significado dependerá del exacto lugar y del concreto momento en que se proceda a su evaluación.

La condición multidimensional de la noción de seguridad nacional, su carácter polimorfo y su compleja naturaleza es uno de sus rasgos distintivos en la actualidad²¹⁶. Los conceptos de seguridad o de seguridad nacional han contado tradicionalmente con una marcada dimensión militar, y han sido históricamente interpretadas como refiriéndose a la protección de los intereses legítimos de un Estado frente al uso de la fuerza por parte de otros Estados²¹⁷. Esenciales para ambos conceptos ha sido la protección del territorio de una nación frente a peligros militares y ataques provenientes del extranjero²¹⁸. Sin embargo, la noción ha evolucionado y ha devenido hoy mucho más compleja y abarcadora, afectando también a variados ámbitos civiles de la sociedad o del comercio internacional, y refiriendo a infraestructuras críticas o tecnologías críticas que en muchas ocasiones están controladas, o administradas, por particulares²¹⁹. Las nociones de seguridad y de seguridad nacional se han visto, así, expandidas en un necesario intento de abarcar nuevos peligros. Riesgos no tradicionales que cubren ámbitos novedosos como la seguridad económica, la seguridad energética, la seguridad de recursos naturales, la seguridad medioambiental, la seguridad alimentaria, la bioseguridad o la seguridad sanitaria, entre otras áreas, y que dan lugar a nociones individualizadas de seguridad nacional articuladas sobre valores, necesidades y objetivos propios²²⁰.

64. La ausencia de una clara definición de la noción de seguridad nacional, y la dificultad de alcanzar una, se hace aún más patente, si cabe, en relación con la determinación del contenido de alguna de estas nociones sectoriales de seguridad que ahora se utilizan. Por ejemplo, la determinación del sen-

²¹³ Laudo de 5.9.2008 en el asunto *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case n°. ARB/03/9, pp. 76-77, n°. 175, www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0228.pdf. El laudo añade que, “*the invocation of the clause does not require that the situation has already degenerated into one that calls for the suspension of constitutional guarantees and fundamental liberties. There is no point in having such protection if there is nothing left to protect*”, pp. 79-80, n°. 180.

²¹⁴ W.J. MOON, *op. cit.*, p. 500.

²¹⁵ A. WOLFERS, *op. cit.*, p. 481.

²¹⁶ H. NASU, *op. cit.*, p. 15; M. STONE, *Security According to Buzan: A Comprehensive Security Analysis*, Groupe d’Etudes et d’Expertise ‘Sécurité et Technologies’ GEEST-2009, Security Discussion Papers Series 1, Paris, Spring 2009, p. 2.

²¹⁷ H. KELSEN, “Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations”, *The American Journal of International Law*, 1948, vol. 42, n°. 4, p. 783; H. KELSEN, *Collective Security under International Law*, Naval War College New Port Rhode Island, International Law Studies, Washington D.C., United States Government Printing Office, 1957, p. 1.

²¹⁸ Tal como se expresa en el art. 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas de 26.6.1945 (<http://www.un.org/es/charter-united-nations/index.html>).

²¹⁹ Como autodefensa en relación con las amenazas terroristas, vid. N. LUBELL, *Extraterritorial Use of Force against Non-State Actors*, Oxford, OUP, 2010, p. 29 y ss.; H. KELSEN, “Collective Security and Collective Self-Defense...”, *op. cit.*, pp. 791-792.

²²⁰ Al respecto, vid. C. ESPLUGUES, *Foreign Investment...*, *op. cit.*, pp. 93 a 111. Igualmente, considérese, H. NASU, *op. cit.*, pp. 18-19.

tido atribuible a “seguridad económica nacional” o a “riesgos económicos”, presentes algunas de ellas, recordemos, en la Sección 232 de la *International Trade Act* de los EE.UU., resulta objetivamente compleja debido, entre otros factores, a la amplia y agresiva competencia e incertidumbre que caracterizan a la normal actuación de los participantes en una economía de mercado²²¹. Esto hace muy difícil diferenciar, de forma nítida y previsible, entre lo que puede ser entendido como un riesgo para la seguridad económica del Estado, y lo que es meramente consecuencia del normal funcionamiento de la economía y debe, por tanto, ser aceptado como bases de ésta.

2. El significado de medidas “necesarias” para la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado.

65. Si bien la práctica no ha aportado una definición clara de los que signifique “*intereses esenciales de su seguridad*”, la noción de necesidad recogida en el propio artículo XXI.b) GATT –“... *adopción de todas las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad*”-, sí que ha sido interpretada por varios grupos especiales, tanto, primero, en el marco del GATT como, con posterioridad, de la OMC²²².

66. El carácter necesario de la medida adoptada ha sido, así, objeto de valoración por la práctica, principalmente, eso sí, en relación con el artículo XX GATT²²³. Tres grandes ideas se han derivado de esta práctica.

1) En primer lugar, se ha aproximado la naturaleza de la específica medida a adoptar por parte del Estado que se ampara en el precepto. En tal sentido, la decisión del Órgano de Apelación en el asunto *Corea — Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada*, en 2000²²⁴, concretó ciertos parámetros en torno a la determinación de cuando una medida era necesaria de acuerdo con el artículo XX.d) GATT. Parámetros que son también aplicables al artículo XIV ACGS, incluyendo su apartado a). La práctica ha señalado, en este sentido, la equivalencia entre “necesaria” e “indispensable” a efectos de valorar la medida a adoptar:

“(C)onsideramos que el alcance de la palabra “necesarias”, según se emplea en el contexto del apartado d) del artículo XX, no se limita a lo que es “indispensable” o “de absoluta necesidad” o “inevitable”. Las medidas que son indispensables o de absoluta necesidad o inevitables para lograr la observancia cumplen sin duda las prescripciones del apartado d) del artículo XX. Pero otras medidas también pueden quedar comprendidas en el ámbito de esta excepción. La palabra “necesarias”, tal como se utiliza en el apartado d) del artículo XX, se refiere, a nuestro juicio, a una variedad de grados de necesidad. En un extremo de este continuo, “necesarias” se entiende como “indispensables”; en el otro extremo, en el sentido de “que contribuyen a”. Consideramos que una medida “necesaria” está, en este continuo, situada significativamente más cerca del polo de lo “indispensable” que del polo opuesto, de lo que simplemente “contribuye a”²²⁵

²²¹ B. BUZAN, *People, States & Fear. An Agenda for International Security Studies in the Post-Cold War Era*, Colchester, ECPR, 2ª ed., 2008, pp. 192–196.

²²² Vid. J. KURTZ, *The WTO and International Investment Law Converging Systems*, Cambridge, CUP, 2016, pp 200–202.

²²³ En relación con su significado tómesese en consideración W. BURKE-WHITE y A. VON STADEN, *op. cit.*, p. 343 y ss.; K. YAN-NACA-SMALL, “Essential Security Interests under International Investment Law”, en OECD, *International Investment Perspectives: Freedom of Investment in a Changing World*, Paris, OECD, 2007 pp. 99–101 o A. ORAKHELASHVILI, *op. cit.*, pp. 353–355.

²²⁴ OMC, Informe del Órgano de Apelación de 11.12.2000 en la Disputa DS161, *Corea — Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada*, WT/DS169/ WT/DS161/AB/R (https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds161_s.htm).

²²⁵ *Ibid.*, pp. 55–56, n.º. 161. Igualmente, considérese, OMC, Informe del Órgano de Apelación de 12.3.2001 en la Disputa DS135, *Comunidades Europeas — Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, WT/DS135/AB/R, pp. 62–63, n.º. 172, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds135_s.htm, y OMC, Informe del Grupo Especial de 10.11.2004 en la Disputa DS285, *Estados Unidos — Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas*, WT/DS285/RW p. 240, n.º. 6.475, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds285_s.htm.

2) En segundo lugar, y en línea directa con lo anterior, se ha diseñado un *test* para “sopesar y confrontar” la específica medida planteada, con vistas a establecer si una decisión que no contaba con la condición de “*indispensable*”, sin embargo, sí que resultaba “*necesaria*” en el marco del artículo XX.d) GATT. En concreto, esta determinación conlleva, tal como precisa el Órgano de Apelación en el asunto *Corea — Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada* la necesidad de valorar, principalmente, tres factores:

- (a) en primer lugar, “*la contribución de la medida para lograr la observancia a hacer cumplir la ley o reglamento en cuestión*”, sin establecer nivel alguno para tal contribución²²⁶,
- (b) en segundo “*la importancia de los intereses o valores comunes protegidos por esa ley o reglamento*” y,
- (c) en tercer lugar, “*la repercusión concomitante de la ley o reglamento en las importaciones o exportaciones*”²²⁷.

3) En todo caso, se añade por último, sopesada la necesidad de la medida es indispensable considerar si existe alguna otra alternativa que resulte más acorde con la filosofía del GATT que la efectivamente propuesta por el Estado. En este sentido, el Informe del Grupo Especial en la Diferencia de *los Estados Unidos contra Tailandia: cigarrillos*²²⁸ entendió el término “necesario” como significando la ausencia de cualquier,

*“alternative measure which (the state) could reasonably be expected to employ and which is not inconsistent with other GATT provisions is available to it. By the same token, in cases where a measure consistent with other GATT provisions is not reasonably available, a contracting party is bound to use, among the measures reasonably available to it, that which entails the least degree of inconsistency with other GATT provisions.”*²²⁹

Como consecuencia de lo anterior, el informe del Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos — Artículo 337 de la Ley Arancelaria de 1930*, de 16 de enero de 1989, señaló que la calificación como “necesaria” de una medida adoptada por un Estado no puede ser considerada cuando existe otra alternativa que no resulta inconsistente con otros preceptos del GATT, y está, además, “razonablemente a su alcance”:

²²⁶ Vid. OMC, Informes del Órgano de apelación de 22.5.2014, AB-2014-1 y AB-2014-2 en las Disputas DS400 y DS401, *Comunidades Europeas – Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas*, WT/DS400/AB/R y WT/DS401/AB/R, p. 175, n.º. 5.213, <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=s:/WT/DS/400ABR.pdf>.

²²⁷ OMC, Informe del Órgano de Apelación de 11.12.2000 en la Disputa DS161, *Corea — Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada*, cit., p. 58, n.º. 164. También, OMC, Informe del Órgano de Apelación de 12.3.2001 en la Disputa DS135, *Comunidades Europeas — Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, cit., pp. 62-63, n.º. 172 y OMC Informe del Grupo Especial de 10.11.2004 en la Disputa DS285, *Estados Unidos — Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas*, cit., p. 240, n.º. 6.476. En relación con la aplicación del criterio, vid. OMC, Informe del Órgano de Apelación de 25.4.2005 en la Disputa DS302, *República Dominicana — Medidas que afectan a la importación y venta interna de cigarrillos*, WT/DS302/AB/R pp. 27-28, n.º. 71, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds302_s.htm; OMC, Informe del Grupo Especial de 27.4.2009 en la Disputa DS366, *Colombia — Precios indicativos y restricciones de los puertos de entrada*,

WT/DS366/R, p. 93-233, n.º. 7.482-7.620, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds366_s.html; OMC, Informe del Órgano de Apelación de 3.10.2007 en la Disputa DS, *Brasil – Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados*, WT/DS332/AB/R, pp. 71-75, n.º. 151-156, <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=S:/WT/DS/332ABR.pdf> u OMC, Informes del Grupo Especial, de 5.7.2011 en la Disputa DS398, *China – Medidas relativas a la exportación de diversas materias primas*, WT/DS394/R, WT/DS395/R y WT/DS398/R, pp. 166-170, n.º. 7.478-7.493, <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=S:/WT/DS/398R.pdf>.

²²⁸ GATT, Informe del Grupo Especial de 7.11.1990, *Tailandia — Restricciones a la importación de cigarrillos e impuestos internos sobre los cigarrillos*, DS10/R-37S/2009, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/envir_s/edis03_s.htm, reproduciendo el GATT, Informe del Grupo Especial de 7.11.1989, *Estados Unidos — Artículo 337 de la Ley Arancelaria de 1930*, L/6439-36S/345, p. 45, n.º. 5.26, https://www.wto.int/spanish/tratop_s/dispu_s/87tar337.pdf.

²²⁹ Cit., p. 20, n.º. 74.

“(E)n opinión del Grupo Especial, es indudable que una parte contratante no puede justificar en tanto que “necesaria” en el sentido del apartado d) del artículo XX una medida incompatible con otra disposición del Acuerdo General si tiene razonablemente a su alcance otra medida que no sea incompatible. Análogamente, en los casos en que una parte contratante no tiene razonablemente a su alcance una medida compatible con otras disposiciones del Acuerdo General, esa parte contratante debe utilizar, de las medidas que tenga razonablemente a su alcance, aquella que suponga el menor grado de incompatibilidad con las otras disposiciones del Acuerdo General.”²³⁰

El significado atribuible a “razonablemente a su alcance” fue explicado por el informe del Grupo Especial en el asunto *Canadá — Medidas relativas a las exportaciones de trigo y al trato aplicado al grano importado*, de 6 de abril de 2004, afirmando que:

“El Órgano de Apelación ha indicado que los criterios pertinentes para determinar si existe una medida alternativa que esté “razonablemente al alcance” son: i) el grado en que la medida alternativa “contribuye a la realización del fin perseguido”; ii) la dificultad de aplicación; y iii) el efecto en el comercio de la medida alternativa en comparación con el de la medida cuya justificación se alega con arreglo al artículo XX. El Órgano de Apelación ha declarado también que, además de estar “razonablemente al alcance”, la medida alternativa debe lograr el nivel de observancia buscado. A este respecto, el Órgano de Apelación ha reconocido que “los Miembros de la OMC tienen el derecho de determinar por sí mismos el nivel de observancia de sus leyes y reglamentos compatibles con la OMC”.”²³¹

67. A efectos de la aplicación del precepto, hablamos del artículo XX GATT, y extrapolando las soluciones e interpretaciones formuladas al artículo XXI GATT, debería existir, por lo tanto, un peligro creíble para que el Estado pudiera ampararse en él. Y la respuesta otorgada por el Estado, además, debería ser necesariamente razonable²³².

Se requeriría, en suma, un estándar de exigencia más elevado que la mera voluntad del Estado, que no podría obviar unilateralmente sus obligaciones derivadas del entramado convencional de la OMC con objeto de proteger todo tipo de intereses, sino únicamente aquellos intereses de seguridad calificables de “esenciales”, atendida la práctica del GATT/OMC en la materia. Más aún, resulta necesario que la alusión que el Estado realiza a los intereses esenciales de su seguridad sea realizada de buena fe²³³.

68. Esta referencia a la buena fe en el recurso al artículo XXI GATT constituiría un argumento adicional en favor de una interpretación limitada de la naturaleza discrecional del precepto. El principio de buena fe²³⁴ constituye un elemento fundamental de interpretación del Acuerdo de la OMC²³⁵, que apoya la razonable aplicación de los derechos otorgados por éste a los Estados parte²³⁶ y, subsecuentemente, previene a cualquier miembro de abusar de los derechos convencionales que se le reconocen en el marco del Acuerdo²³⁷.

²³⁰ GATT, Informe del Grupo Especial de 7.11.1989, *Estados Unidos — Artículo 337 de la Ley Arancelaria de 1930*, cit., p. 52, n.º. 5.26. También, OMC, Informe del Órgano de Apelación de 11.12.2000 en la Disputa DS161, *Corea — Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada*, cit., p. 50, n.º. 165 y OMC, Informe del Órgano de Apelación de 12.3.2001 en la Disputa DS135, *Comunidades Europeas — Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, cit., p. 62, n.º. 171.

²³¹ Informe del Grupo Especial de 6.4.2004, *Canadá — Medidas relativas a las exportaciones de trigo y al trato aplicado al grano importado*, p. 217, n.º. 6.226. https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds276_s.htm.

²³² R. BHALA, *op.cit.*, p. 275.

²³³ H.L. SCHLOEMANN y S. OHLHOFF, *op. cit.*, p. 444; R.P. ALFORD, *op. cit.*, pp. 705–706.

²³⁴ Vid. D. AKANDE y S. WILLIAMS, *op. cit.*, p. 389 y ss. Con respecto al significado de este principio, Nótese S.Y. PENG, *op. cit.*, p. 467; M.D. NOLAN y F.G. SOURGENS, *op. cit.*, p. 408 y ss.; UNCTAD, *op. cit.*, p. 40.

²³⁵ OMC, Informe del Grupo Especial de 10.11.2004 en la Disputa en la Disputa DS285, *Estados Unidos — Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas*, cit., p. 148, nn.º. 6.50 y 606 (con práctica).

²³⁶ OMC, Informe del Órgano de Apelación de 12.10.1988 en la Disputa DS58, *Estados Unidos — Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos*, WT/DS58/AB/R, p. 62, n.º. 158, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds58_s.htm; u OMC, Informe del Grupo Especial de 27.11.2014 en la Disputa DS457, *Perú — Derecho adicional sobre las importaciones de determinados productos agropecuarios*, WT/DS457/R, p. 41, n.º. 7.94, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds457_s.htm.

²³⁷ OMC, Informe del Órgano de Apelación de 12.10.1988 en la Disputa DS58, *Estados Unidos — Prohibición de importar*

69. Todo lo anterior conduce, en la práctica, a considerar, por ejemplo, que unas medidas tendientes a limitar la importación en la República Popular China de determinados productos audiovisuales exclusivamente por parte de algunas concretas empresas públicas chinas con objeto de revisar su contenido y salvaguardar, así, la moral pública en la RPC, se entendieron como no necesarias:

“Al sopesar y confrontar los factores pertinentes, recordamos en primer lugar el hecho de que la protección de la moral pública es un objetivo gubernamental sumamente importante y que China ha adoptado un elevado nivel de protección de la moral pública en su territorio. Además, debemos tener en cuenta el hecho de que no estamos convencidos de que estos requisitos, que excluyen a las empresas con inversión extranjera, contribuyan a la protección de la moral pública; que no está claro en qué medida limitan, en su caso, las importaciones totales de los productos pertinentes; y que excluyen completamente a determinados tipos de empresas de China del derecho a realizar actividades de importación. Teniendo en cuenta que no nos resulta evidente que los requisitos en cuestión contribuyan a proteger la moral pública y que esos requisitos niegan por completo el derecho a importar a empresas chinas pertinentes, a nuestro juicio no pueden ser considerados restricciones "necesarias" del derecho a tener actividades comerciales, pese a que la protección de la moral pública es un interés importantísimo y su repercusión restrictiva en el comercio puede parecer limitada. Por consiguiente, llegamos a la conclusión de que China no ha demostrado que los párrafos 2 y 3 del artículo X de la Guía, conjuntamente con los artículos 3 y 4 del Reglamento sobre Inversiones Extranjeras; el artículo 4 de los Diversos Dictámenes; o el artículo 21 de la Reglamentación sobre (Sub)Distribución de Productos Audiovisuales sean "necesarios" para proteger la moral pública en China”²³⁸.

VI. El futuro: “the long and winding road”

70. Con el Informe del Grupo Especial en el supuesto de *Rusia - Medidas que afectan al tráfico en tránsito* se inicia una nueva era en relación con la práctica e interpretación del artículo XXI GATT. El Informe supone un punto y aparte respecto de la situación anterior marcada por la escasa e inconcluyente práctica en relación con el precepto.

Las decisiones de los grupos especiales no son precedentes en el modelo de resolución de controversias de la OMC²³⁹. Sin embargo, es indudable que, con todas sus limitaciones, la decisión dictada en el asunto *Rusia – Medidas que afectan al tráfico en tránsito* es muy relevante y constituye un referente importante que, previsiblemente impactará de manera significativa en la futura práctica de la OMC en relación con el artículo XXI GATT. A este Informe, además, se acompañarán pronto otras decisiones, según se vayan resolviendo los distintos asuntos pendientes ante el órgano de resolución de controversias de la OMC.

71. Alguno de los actores involucrados en esta realidad futura es plenamente consciente de ello y en sus alegaciones en los distintos casos pendientes ante el Órgano de solución de controversias de la OMC no ha dudado en referir a este Informe, procediendo a intentar rebatir una por una las argumentaciones incluidas en él. En este sentido, las distintas *First Written Submission* presentadas por EE.UU. en relación con los diversos casos suscitados ante la OMC en relación con los aranceles impuestos por dicha nación al acero y al aluminio proveniente de distintos países²⁴⁰, repiten el mismo argumentario

ciertos camarones y sus productos, cit., pp. 61-62, n.º 158. Sobre la importancia de la buena fe en este ámbito, considérese, W. BURKE-WHITE y A. VON STADEN, *op. cit.*, pp. 377-381. Llevada hasta sus últimas consecuencias, esta interpretación supondría entender que es la buena fe y no el contenido de la decisión adoptada por el Estado lo que debería ser evaluado por cualquier posible Grupo que evalúe la situación generada. Vid. al respecto, J. MENDENHALL, *op. cit.*, p. 317; D. AKANDE y S. WILLIAMS, *op. cit.*, p. 390.

²³⁸ OMC, Informe del Grupo Especial, de 12.8.2009 en la Disputa DS363, *China – Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento*, WT/DS363/R, p. 346, n.º 7.868, <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=S:/WT/DS/363R-00.pdf>.

²³⁹ Vid., por ejemplo, OMC, Informe del Grupo Especial, de 9.4.2019 en la Disputa DS534, *Estados Unidos – Medidas antidumping que aplican el método de fijación de precios diferenciales a la madera blanda procedente del Canadá*, WT/DS534/R, p. 41, n.º 7.107, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds534_s.htm.

²⁴⁰ Vid. <https://ustr.gov/issue-areas/enforcement/dispute-settlement-proceedings/wto-dispute-settlement/pending-wto-dispute-48>. Vid. nota XXX, *supra*, con el listado de los asuntos planteados por este motivo ante el mecanismo de solución de controversias de la OMC.

favorable al carácter “*self-judging*” del artículo XXI GATT²⁴¹, añadiendo que “*The Russia – Traffic In Transit Panel Erred in Deciding It Had Authority to Review a Responding Party’s Invocation of Article XXI*”²⁴². Y aportando todo un conjunto de presuntos errores cometidos por el Grupo Especial en su Informe. Lo que, en consecuencia, conduciría a que “the sole finding the Panel may make consistent with its terms of reference under DSU Article 7.1 is to note the invocation of Article XXI”²⁴³.

72. Todos estos desarrollos, empero, se verán afectados por el complejo futuro que acompaña a la OMC y a su sistema de solución de controversias. Probablemente, Ucrania apelará la decisión ante el Órgano de Apelación de la OMC, y lo hará con escasas posibilidades de éxito, dado que, como ya hemos apuntado, a partir del 11 de diciembre de 2019, y ante la falta de consenso para la renovación, éste ha quedado bloqueado. Estos problemas relativos a la eficacia de lo acordado por los diversos Grupos Especiales se reproducirán igualmente en los diversos casos planteados ante el sistema de resolución de controversias de la OMC que involucran al artículo XXI GATT si, finalmente, la renovación no se desbloquea.

73. Ello, sin embargo, no resta trascendencia a la decisión... ni al hecho de que, en relación con los supuestos planteados respecto de los aranceles americanos, habrá de estarse atento, igualmente, a la respuesta que reciban las reclamaciones presentadas al amparo del artículo XXIII.1)b) GATT 1994 por anulación o menoscabo de alguna de las ventajas resultantes para ella directa, o indirectamente, del GATT a consecuencia de que otra parte contratante aplique una medida, contraria o no a las disposiciones del presente Acuerdo. Una posibilidad que ya ha sido reconocida por la práctica de la OMC²⁴⁴. Mas, estas dos últimas son cuestiones forman parte de otra historia... aunque, en todo caso, son síntomas de los nuevos –y no necesariamente positivos- tiempos que enfrenta el comercio internacional y su estructura institucional.

²⁴¹ <https://ustr.gov/issue-areas/enforcement/dispute-settlement-proceedings/wto-dispute-settlement/pending-wto-dispute->, pp. 5 a 42 de todas ellas.

²⁴² *Ibid.*, p. 42 de todas ellas.

²⁴³ *Ibid.*, p. 58 de todas ellas.

²⁴⁴ A modo de ejemplo, vid. OMC, Informe del Órgano de Apelación de 12.3.2001 en la Disputa DS135, *Comunidades Europeas — Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, cit., pp. 79-80, nnº. 187-190.