

DELIMITANDO CONCEPTOS JURÍDICOS, TAMBIÉN, EN
EL PLANO INTERNACIONAL: EL ARTÍCULO XXI GATT
COMO PARADIGMA*

*DEFINING LEGAL CONCEPTS, ALSO, AT THE INTERNATIONAL
LEVEL: ARTICLE XXI GATT AS A PARADIGM*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 184-215

Carlos
ESPLUGUES
MOTA

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de septiembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: La posibilidad de utilizar la referencia a la protección de los “intereses esenciales de seguridad” de un Estado con objeto de limitar los flujos comerciales internacionales se encuentra recogida en el artículo XXI del GATT de 1994 que reproduce, invariados, los términos originarios de GATT de 1947. Invisible durante décadas, el precepto ha visto doblemente incrementada su relevancia en los últimos tiempos, al convertirse en el texto de referencia a la hora de diseñar un gran número de las cláusulas de excepción recogidas, tanto en los distintos Tratados de Libre Comercio, como en los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Y verse, además, recientemente sometido, por partida doble, su significado y extensión al escrutinio ante la Organización Mundial del Comercio, favoreciéndose, como analizamos en el presente artículo, una clarificación de su naturaleza, contenido y extensión. Aunque, el precepto resulto más lejanos que los textos nacionales para algunos particulares, su trascendencia es enorme, y el impacto en nuestra vida diaria resulta innegable, poniendo de manifiesto, por ende, cómo atrás quedaron los tiempos en que lo “nacional” y lo “internacional”, también en relación con las fuentes y con la interpretación de las normas, eran realidades paralelas que nunca se cruzaban.

PALABRAS CLAVE: Artículo XXI GATT; intereses esenciales de la seguridad del Estado; inversiones extranjeras; libre comercio internacional; OMC.

ABSTRACT: *The reference to the protection of the “essential security interests” of a State in order to limit international trade flows is set forth by Article XXI of the the GATT 1994. The provision reproduces unchanged the original terms of the GATT de 1947. Invisible for decades, the article has gained today a double relevance. On the one hand, because it constitutes the reference when designing a large number of exception clauses embodied in the several Free Trade Agreements and Agreements for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments concluded in the last decades. Secondly, because the provision has been subject in two recent occasions to the scrutiny of the World Trade Organization and its nature, meaning and scope are starting to be more settled. Although, this kind of provisions may be considered by some people far more distant than national texts, its relevance is enormous and the impact on our daily life is undeniable. At the same time they show that those times when “national” and “international” legal sources never interacted and no impact on their common interpretation existed are gone.*

KEY WORDS: Article XXI GATT; State's Essential Security Interests; Foreign Investment; International Free Trade; WTO.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN: LA CURIOSIDAD Y LA SOLVENCIA COMO REFERENTES.- II. LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES ESENCIALES DE LA SEGURIDAD DEL ESTADO COMO LÍMITE A LAS TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES. III. EL PROCESO DE DELIMITACIÓN DEL SIGNIFICADO DEL ARTÍCULO XXI GATT.- 1. El debate sobre la eventual naturaleza discrecional –“self-judging”- del artículo XXI GATT.- A) Argumentario favorable a su carácter discrecional. B) Visiones favorables a una visión restrictiva del precepto.- C) La presencia de una novedosa práctica en torno al precepto.- 2. La fijación del contenido del artículo XXI GATT y de las concretas medidas susceptibles de ser adoptadas a su amparo.- A) La tradicional ausencia de una práctica internacional clara y unidireccional en relación con el significado de “intereses esenciales de seguridad” del Estado.- B) El significado de medidas “necesarias” para la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado.- IV. ALGUNAS CONCLUSIONES Y CIERTAS PISTAS.

I. INTRODUCCIÓN: LA CURIOSIDAD Y LA SOLVENCIA COMO REFERENTES.

Consciente de la ineludible exigencia de atender a la cambiante realidad social con vistas a asegurar la necesaria efectividad del Derecho¹, la figura del Profesor Cessare Massimo Bianca, civilista insigne, se caracterizó desde sus inicios por su inmensa curiosidad, y ductilidad, a la hora de afrontar la ciencia jurídica, sus bases, objetivos y fines, y el estudio de las distintas categorías que la componen. Su amplísima obra, anclada en una marcada vocación comparatista, constituye un ejemplo paradigmático de la voluntad de aportar respuestas serias, sólidas y originales a las transformaciones de la sociedad, desde el más acendrado rigor intelectual.

Sostenido, precisamente, en esa vocación constante de indagar en la mudable fisonomía del Derecho en una realidad aceleradamente “líquida”² como la que vivimos, el presente artículo aborda una manifestación peculiar del proceso de mestizaje jurídico que adjetiva al actual momento jurídico. Un proceso acelerado y cada vez más habitual, caracterizado por la interrelación entre las fuentes nacionales y las internacionales, la difuminación de las tradicionales fronteras entre el Derecho Público y el Privado, y el redimensionamiento del entendimiento y finalidad de ciertas instituciones y ramas del Derecho que, surgidas con un fin concreto, se ven ahora atribuidas finalidades, adicionales o no, diferentes. Todo ello se hace especialmente patente al aproximar la obtusa y mudable noción de “interés esencial de la seguridad del Estado”. Un concepto jurídico indeterminado

1 BIANCA, C.M.: *Realtà sociale ed effettività della norma: scritti giuridici*, Giuffrè, Milan, 2002, 2 vols.

2 Parafraseando a BAUMAN, Z.: *Modernidad líquida*, FCE, México, 2002.

• Carlos Esplugues Mota

Catedrático de Derecho internacional privado, Universidad de Valencia. Correo electrónico: carlos.esplugues@uv.es

presente en el artículo XXI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (en adelante, GATT) que, si bien de partida puede presentarse como muy lejana a la realidad privada, incide de forma directa, y cada vez más usual e intensa, en ella.

II. LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES ESENCIALES DE LA SEGURIDAD DEL ESTADO COMO LÍMITE A LAS TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES.

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 del GATT de 1994 que reproduce, invariados, los términos originarios de GATT de 1947³. Invisible durante décadas, el precepto ha visto doblemente incrementada su relevancia en los últimos tiempos, al convertirse en el texto de referencia a la hora de diseñar un gran número de las 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 verse, además, recientemente sometido, por partida doble, su significado y extensión al escrutinio ante la Organización Mundial del Comercio (en adelante, OMC).

Bajo la denominación genérica de cláusulas de excepción –o “non-precluded measures provisions”⁴, en inglés- se incluyen a aquellas disposiciones incluidas en los TLCs -y en los APPRIs⁵-, que buscan 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 específico radica en limitar o evadir las obligaciones que surgen en el marco del específico tratado que los incorpora, amparándose para ello en la necesidad de salvaguardar la seguridad nacional, los intereses esenciales de seguridad, el orden público o nociones similares de un concreto país⁶. En tal sentido, proceden a reconocer, con distintos grados de amplitud y elaboración, el derecho del Estado parte a la autodefensa.

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

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

5 Con una relevancia adicional en el ámbito de las inversiones extranjeras, atendida la ausencia de un marco legal de carácter global y su enorme fragmentación. Vid. ROSE-ACKERMAN, S. y BILLA, B.: “Treaties and National Security”, *International Law and Politics*, 2008, vol. 40, p. 443; SORNARAJAH, M.: *Resistance and Change in the International Law of Foreign Investment*, CUP, Cambridge, 2015, pp. 316–318.

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

Tras décadas de fomento de la liberalización del comercio internacional y con ello, de una doble eclosión en el número de operaciones comerciales internacionales desarrolladas en su seno, y en la búsqueda de un marco regulador común para éstas, bien de origen internacional o anacional⁷, los últimos años han sido testigos de un profundo cambio de escenario, caracterizado por la creciente oposición a la globalización. Y por la consolidación de posiciones de nacionalismo económico, marcadamente unilateralistas y proteccionistas, en el que la referencia a la seguridad nacional, a los intereses esenciales de seguridad, al orden público económico o similares de los Estados cobran un creciente protagonismo.

Se trata de nociones genéricas, carentes habitualmente de un claro significado. Y cuyo uso, cada vez más usual para justificar la adopción de ciertas decisiones contrarias al libre comercio, plantea como debate de fondo la veracidad del aparente peligro para el Estado. O, por contra, su utilización como excusa para camuflar motivos comerciales o políticos, que poco o nada tienen que ver con reales cuestiones de seguridad.

En concreto, el mencionado artículo XXI GATT “allows countries to violate their WTO obligations in the pursuit of national security”⁸ al afirmar la imposibilidad, en ciertos casos fijados por el propio texto⁹, 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

7 Al respecto, vid. ESPLUGUES MOTA, C.: *El control de las inversiones extranjeras directas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 61 y ss.

8 FEDERER, H.: “GATT Article XXI: Trade Sanctions and the Need to Clarify the Security Exceptions”, *Cambridge Law Review*, vol. 3, 2018, p. 220.

9 Un análisis en profundidad del precepto se puede encontrar en HAHN, M.J.: “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.

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.”

Si bien esta tipología de cláusulas ha estado presente desde antiguo en estos acuerdos¹⁰, lo cierto es que han gozado de una muy escasa relevancia práctica hasta tiempos muy recientes. En concreto, el tenor del artículo XXI GATT ha permanecido incólume desde su promulgación en 1947, reproduciéndose sin más en el GATT 1994¹¹. 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 del Acuerdo General sobre el Comercio de servicios (en adelante, AGCS)¹², el artículo 73 del Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (en adelante, ADPIC)¹³ y los artículos XXIII:I o 2.2 del Acuerdo sobre obstáculos técnicos al comercio (en adelante, Acuerdo OTC). Viéndose igualmente reproducido sin más en, o sirviendo de referencia para, un número muy relevante de las cláusulas de excepción recogidas en los TLCs -y también en los diversos APPRIs¹⁴.

Todos estos instrumentos incorporan excepciones basadas en la consecución de ciertos legítimos objetivos estatales¹⁵. Coincidiendo en la idea de que la liberalización del comercio y los compromisos surgidos de la red de tratados que regulan los flujos comerciales internacionales no necesaria, ni totalmente, prevalecen sobre los intereses vitales de los Estados en la defensa y protección de su propia existencia y objetivos¹⁶. Y, consecuentemente, permiten disfrutar a éstos de una amplia discreción al momento de especificar que consideran necesario para proteger sus intereses esenciales de seguridad frente a riesgos, ya reales o potenciales, para ésta.

10 Vid. ROSE-ACKERMAN, S. y BILLA, B.: “Treaties and National”, cit., p. 454.

11 Sobre el GATT 1994 y los cambios de contenido y entorno existentes respecto de la versión originaria de 1947, vid. NAGY, C.I.: “World Trade, Imperial Fantasies and Protectionism: Can You Really Have Your Cake and Eat It Too”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2019, vol. 26, n.º. 1, p. 102 y ss.

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

13 Vid. LEE, J.: “Commercializing National Security: National Security Exceptions’ Outer Parameter under GATT Article XXI”, *Asian J. WTO & Int’l Health L & Pol’y*, 2018, vol. 13, pp. 289-290.

14 Y en menor medida en el art. XIVbis AGCS. Al respecto, ESPLUGUES MOTA, C.: *El control*, cit., p. 137 y ss.

15 COTTIER, T. y DELIMATIS, P.: “Article XIVbis”, cit., p. 1.

16 *Ibid.*, p. 1.

III. EL PROCESO DE DELIMITACIÓN DEL SIGNIFICADO DEL ARTÍCULO XXI GATT.

La finalidad del artículo XXI GATT, y del resto de cláusulas diseñadas en los distintos acuerdos internacionales en línea con él, es equilibrar la protección de los intereses esenciales de seguridad de los Estados miembros de la OMC, con el fomento y salvaguarda del libre comercio. Sin embargo, y aunque nos encontramos ante cláusulas de naturaleza excepcional, la generalidad con que vienen redactadas, y la indeterminación de los conceptos en ellas incorporados, favorecen que el recurso a las mismas pueda generar importantes incertidumbres y tensiones en el comercio internacional¹⁷, haciendo ineludible un esfuerzo de depuración de su significado.

En tal sentido, el artículo XXI GATT -y todas aquellas cláusulas convencionales que se basan en él o, sin más, lo reproducen¹⁸- plantea directamente la cuestión del sentido atribuible a los diversos conceptos expresados en su tenor. Especialmente, con relación al significado a otorgar a la noción de “intereses esenciales de su seguridad” presente en sus apartados a) y b), así como al término “necesarias” recogido en el apartado b) del precepto. Todo ello en el marco del debate sobre la capacidad del Estado que se ampara en este tipo de cláusulas de moldear libremente su significado, dotándolas, en suma, de una naturaleza plenamente discrecional –“self-judging”-. O, por contra, de la eventual presencia de ciertos límites para aquel en dicho proceso¹⁹.

La realidad demuestra que no se trata de cuestiones sencillas. La respuesta otorgable a ambas se ve directamente afectada por la escasa práctica²⁰ con que ha contado el artículo XXI GATT hasta tiempos muy recientes, tanto en el marco del GATT, primero, como de la OMC, después²¹. La referencia al precepto ha sido marginal, casi excepcional²². En muy pocas ocasiones se conformaron grupos especiales para abordar controversias que implicaran su aplicación²³, y en todo

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

18 Nótese, ESPLUGUES MOTA, C.: *El control*, cit., p. 141 y ss.

19 Vid. FEDERER, H.: “GATT Article”, cit., p. 221.

20 En contraste con lo que ha ocurrido con el artículo XX GATT, al respecto, vid. AKANDE, D. y WILLIAMS, S.: “International Adjudication”, cit., p. 373. Vid. también, ALFORD, R.P.: “The Self-Judging WTO Security Exception”, *Utah Law Review*, 2011, vol. 3, pp. 750–751.

21 Vid. ALFORD, R.P.: “The Self-Judging”, cit., p. 750; LINDSAY, P.: “The Ambiguity of GATT Article XXI: Subtle Success or Rampant Failure?”, *Duke Law Journal*, 2002-2003, vol. 52, pp. 1297 y 1299–1300.

22 COTTIER, T. y DELIMATISIS, P.: “Article XIVbis”, cit., p. 2.

23 Un análisis de ellas se encuentra en ESPLUGUES MOTA, C.: “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”, *CdT*, 2020, vol. 12, n°. 1, p. 184 y ss. Nótese, igualmente, SCHLOEMANN, H.L. y OHLHOFF, S.: ““Constitutionalization” and Dispute Settlement in the WTO: National Security as an Issue of Competence”, *American Journal of International Law*, 1993, vol. 93, pp. 100–104; BHALA, R.: “National Security and International Trade Law: What the GATT Says, and What the United States Does”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 1989, vol. 19, pp. 268–275.

caso, en aquellas ocasiones en que así ocurrió, no permitieron aportar una clara guía en relación con el precepto, su naturaleza o su contenido²⁴. Lo que ha favorecido, entre otras consecuencias, que la escasa interpretación del artículo haya tenido su origen habitualmente fuera del marco de la OMC.

Este escenario, sin embargo, ha comenzado a cambiar en los últimos años con la publicación del Informe del Grupo Especial en el asunto Rusia - Medidas que afectan al tráfico en tránsito, de abril de 2019²⁵. Al que más recientemente ha seguido, el 16 de junio de 2020, el Informe del Grupo Especial en el asunto Arabia Saudita - Medidas Relativas a la Protección de Derechos de Propiedad Intelectual²⁶. La relevancia de estos Informes se incrementa exponencialmente si recordamos el ya mencionado impacto que el artículo XXI GATT ha tenido en el tenor de las cláusulas de excepción recogidas en los distintos TLCs y APPRI y la pendencia, en estos momentos, de otros varios asuntos en los que el artículo XXI GATT se encuentra en el centro de la disputa²⁷.

I. El debate sobre la eventual naturaleza discrecional –“self-judging”- del artículo XXI GATT.

El artículo XXI GATT es un precepto deliberadamente ambiguo²⁸. Por su propia naturaleza, y atendidos los objetivos que busca alcanzar, se encuentra redactado en términos bastante vagos y genéricos²⁹. A primera vista, su amplio y flexible tenor posibilitaría a los Estados miembros de la OMC la adopción de 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 OMC³⁰. Más

24 Un análisis en profundidad de esta cuestión se encuentra en ESPLUGUES, C.: *Foreign Investment, National Security and Strategic Assets*, Cambridge, intersentia, 2018, pp. 116-135. Nótese, igualmente, PENG, S.Y.: “Cybersecurity Threats and the WTO National Security Exceptions”, *Journal of International Economic Law*, 2015, vol. 18, nº 2, pp. 460–461; FEDERER, H.: “GATT Article”, cit., pp. 221-224.

25 OMC: *Informe del Grupo Especial en la Diferencia DS512, Rusia - Medidas que afectan al tráfico en tránsito*, de 05.04.2019, WT/DS512/7, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds512_s.htm. En relación con ella, vid. ESPLUGUES MOTA, C.: “La creciente interacción”, cit., p. 189 y ss.; VOON, T.: “The Security Exception in WTO Law: Entering a New Era”, *AJIL Unbound*, 2019, vol. 113, p. 46.

26 OMC: *Informe del Grupo Especial en la Diferencia DS567, Arabia Saudita - Medidas Relativas a la Protección de Derechos de Propiedad Intelectual*, de 16.06.2020, WT/DS567/R, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/567r_s.pdf

27 Nótese, PAULSEN, M.: “The Beginning, End, and Imminence of Invoking Essential Security at the WTO”, *International Economic Law and Policy Blog*, 25.07.2021, <https://ielp.worldtradelaw.net/>

28 LINDSAY, P.: “The Ambiguity”, cit., p. 1298.

29 CANN, W. 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*, 2001, vol. 26, p. 415.

30 HAHN, M.J.: “Vital Interests”, cit., p. 560; SHAPIRO, D.T.: “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*, 1997, vol. 31, p. 111.

aún, su eventual naturaleza plenamente discrecional –“self-judging”³¹, podría servir como una excusa para la protección de sectores industriales o empresas consideradas “vitales” para el Estado³², dado que correspondería a éste, en última instancia, darle al precepto el sentido y la amplitud que deseen.

Esta capacidad extremadamente amplia, casi sin límites, atribuida al Estado a la hora de conformar su significado y extensión, podría acabar minando el funcionamiento del sistema, al amparar conductas excesivas o abusivas por parte de aquel³³. De hecho, la única garantía frente a la práctica impunidad que parece ofrecer esta interpretación del precepto, sería el espíritu con que cada Estado procede a interpretar y a aplicar, tanto el artículo XXI GATT, como todas aquellas cláusulas convencionales diseñadas a partir del mismo³⁴, asumiendo que estos lo harían atendiendo al espíritu de la norma³⁵.

No estamos, sin embargo, ante una cuestión cerrada. A pesar de la escasa práctica que ha generado el artículo XXI GATT hasta fechas recientes, el debate en torno a su naturaleza ha sido amplio y la doctrina aporta una pluralidad de argumentos de índole diversa en favor³⁶ y en contra³⁷ de su carácter discrecional.

A) Argumentario favorable a su carácter discrecional.

Focalizándonos en la interpretación favorable a esta naturaleza discrecional, y al amparo del mandato del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados³⁸, cualquier disposición convencional, incluyendo por tanto al artículo XXI GATT y todas aquellas cláusulas convencionales elaboradas

31 Vid. ALFORD, R.P.: “The Self-Judging”, cit., p. 706. También, SCHILL, S.W. y BRIESE, R., ““If the State Considers”: Self-Judging Clauses in International Dispute Settlement”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2009, vol. 13, p. 67, aportando una definición de discrecional (*self-judging*).

32 Por ejemplo, el art. XXV GATT. Vid. SCHILL, S.W. y BRIESE, R., ““If the State”, cit., p. 107; HAHN, M.J.: “Vital Interests”, cit., p. 597.

33 NAGY, C.I.: “World Trade”, cit., p. 114.

34 DATTU, R. y BOSCARIOL, J.: “GATT Article XXI, Helms–Burton and the Continuing Abuse of the National Security Exception”, *Canadian Business Law Journal*, 1997, vol. 28, p. 204. Sin embargo, se señala que su valoración en el marco general del GATT favorecería una interpretación restrictiva. Al respecto, HAHN, M.J.: “Vital Interests”, cit., p. 579.

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

36 Puede encontrarse una primera aproximación global al tema en, AKANDE, D. y WILLIAMS, S.: “International Adjudication”, cit., p. 381 y ss.

37 Y existen argumentos tanto a favor como en contra. Vid. en este sentido, GOODMAN, R.: “Norms and National Security: The WTO as a Catalyst for Inquiry”, *Chicago Journal of International Law*, 2001, vol. 2, n°. 1, pp. 104–105; P LINDSAY, P.: “The Ambiguity”, 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, New York/Geneva, United Nations, 2009, p. 55.

38 BOE, de 13.06.1980.

con base en éste, debe ser interpretada en el “contexto” de los términos del tratado, y “teniendo en cuenta su objeto y fin”³⁹.

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 potencial adopción por parte del Estado “de todas las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad”⁴⁰. Sopesar ambas perspectivas, se dice, resulta imprescindible para articular el exacto significado y contenido del precepto⁴¹ y, con ello, adicionalmente, de las cláusulas recogidas en los distintos TLCs y APPRIs elaboradas a su sombra.

Al amparo de este apartado b) del artículo XXI GATT, el Estado contratante contaría con plena discrecionalidad para decidir sobre la validez de cualquier acción adoptada por él con el objeto de preservar los intereses esenciales de su seguridad⁴². A él le correspondería, de forma unilateral y plena, articular su significado. Y, consecuentemente, y en consonancia con ello, 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 GATT en sus distintos apartados⁴³. En suma, nada en el marco del GATT –y por ende, de todos aquellos textos convencionales que lo mimetizan- 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, proceder a la suspensión de sus obligaciones convencionales⁴⁴.

En el entorno específico de la OMC, la inclusión de esta regla -una cláusula de escape omnímoda⁴⁵- en su entramado convencional supondría 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

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

40 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*, de 30.05.2005, 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.

41 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*, de 01.12.2003, WT/DS246/R, p. 111, n.º. 7.40, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds246_s.htm.

42 CANN, W. JR.: “Creating Standards”, cit., p. 415).

43 ALFORD, R.P.: “The Self-Judging”, cit., p. 704.

44 EMMERSON, A.: “Conceptualizing Security Exceptions: Legal Doctrine or Political Excuse?”, *Journal of International Economic Law*, 2008, vol. 11, p. 136. Esta interpretación se vería amparada, a contrario, por la Sentencia de 27.06.1986 en el asunto *Military and Paramilitary Activities (Nicaragua v. U.S.)* 1986 ICJ 14.

45 SCHLOEMANN, H.L. y OHLHOFF, S.: “Constitutionalization” and Dispute”, cit., p. 426; EMMERSON, A.: “Conceptualizing Security”, cit., p. 145.

medidas que considere necesarias para amparar sus intereses esenciales de seguridad⁴⁶. Lo que, de facto, se traduciría, en última instancia, en la atribución a los Estados miembros de la OMC –o parte en textos convencionales que incluyan una cláusula de similares características- de la capacidad de desvincularse unilateralmente de sus obligaciones convencionales en ciertas ocasiones⁴⁷.

B) *Visiones favorables a una visión restrictiva del precepto.*

No se trata, empero, de una posición unánime. De hecho, esta unanimidad dista mucho de existir. Distintos autores entienden que ninguno de los razonamientos aportados apoyaría una interpretación plenamente discrecional de la excepción recogida en el precepto⁴⁸, existiendo, por ende, una pluralidad de argumentos en contra de tal entendimiento.

Así, los propios trabajos preparatorios del artículo XXI GATT secundarían esta posición restrictiva⁴⁹, con lo que la interpretación y práctica del precepto no quedaría, por lo tanto, a la sola discrecionalidad de los Estados parte en el Acuerdo⁵⁰. Adicionalmente, se incide en la obligación de interpretar las disposiciones de un Tratado a la luz de los principios generales del Derecho. Y se hace patente, igualmente, el apoyo a una interpretación más objetiva del artículo, que limite la capacidad de los Estados de ampararse en él⁵¹.

Más aun, se dice, 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 genera⁵². La cláusula de excepción no sería así general, sino que, por el contrario, aportaría un nivel limitado de excepcionalidad aplicable a ciertas específicas situaciones⁵³. 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 algunos⁵⁴, la mayor dificultad estribaría en el significado atribuible

46 BHALA, R.: “National Security”, cit., p. 267, el precepto se valora en profundidad en pp. 268-275.

47 PENG, S.Y.: “Cybersecurity Threats”, cit., pp. 458-459; HAHN, M.J.: “Vital Interests”, cit., p. 559; COTTIER, T. y DELIMATIS, P.: “Article XIVbis”, cit., p. 2.

48 Vid. ALFORD, R.P.: “The Self-Judging”, cit., pp. 706–707.

49 WTO: “Article XXI. Security Exceptions”, en *Analytical Index of the GATT*, https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/gatt_ai_e/gatt_ai_e.htm, pp. 608–610.

50 ROSE-ACKERMAN, S. y BILLA, B.: “Treaties and National”, cit., p. 467.

51 En línea con el mandato del art. 31.3.c) de la mencionada Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados de 23.05.1969. Vid. PÉREZ, A.S.: “WTO and U.N. Law: Institutional Comity in National Security”, *Yale Journal of International Law*, 1998, vol. 23, p. 328.

52 BHALA, R.: “National Security”, cit., p. 267.

53 SCHLOEMANN, H.L. y OHLHOFF, S.: “Constitutionalization” and Dispute”, cit., p. 442.

54 NOLAN, M.D. y SOURGENS, F.G.: “The Limits”, cit., p. 404.

al término “necesarias” un punto que, como veremos más adelante⁵⁵, sí que ha sido objeto de análisis por la práctica existente en relación con los artículos XX y XXI GATT.

C) *La presencia de una novedosa práctica en torno al precepto.*

Toda esta situación expuesta, empero, se ha visto sacudida con la ya avanzada 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, aunque no totalmente lineales, perspectivas con relación a la concreción de la naturaleza del artículo XXI GATT y su práctica. Y a la que ha seguido, en junio de 2020, el Informe del Grupo Especial en el asunto Arabia Saudita - Medidas Relativas a la Protección de Derechos de Propiedad Intelectual, en el que, en el marco de la ruptura de relaciones diplomáticas entre Qatar y Arabia Saudita, producida en 2017, se planteaba la cuestión de la promoción por parte de este último país de una emisora deportiva –beoutQ- frente a la qatarí red beIN Sports, prohibida en Arabia Saudita desde esa fecha, titular de los derechos en Oriente Medio para transmitir eventos deportivos, y a quien se impidió defender tales derechos ante los tribunales de Arabia Saudita⁵⁶.

Focalizándonos en el primero de ellos, en el año 2016, y en el entorno de las graves tensiones existentes entre ambas naciones desde 2014, Ucrania inició acciones contra la Federación Rusa en relación con diversas medidas, adoptadas por ésta última, 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 Central⁵⁷. 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.

El 5 de abril de 2019, el Grupo Especial hizo público su Informe. La decisión adoptada aborda algunas de las cuestiones -muy relevantes- que han sido objeto de controversia desde el momento de redacción del precepto: entre ellas, su eventual naturaleza discrecional, y el concreto significado atribuible a la noción de “intereses esenciales de la seguridad”. El resultado final, ya lo avanzamos, presenta importantes claroscuros.

55 Vid. II.2.B) *infra*.

56 El Informe del Grupo Especial refiere, en concreto, a ciertas medidas adoptadas al amparo del art. 73.b)iii) ADPIC, que reproduce el tenor de art. XXI.b)iii) GATT.

57 Vid. al respecto, OMC: *Informe del Grupo Especial en la Diferencia DS512*, cit., p. 32, n.º. 7.28.

El Informe del Grupo Especial admite de partida que “el mero sentido de las palabras y la construcción gramatical”⁵⁸ del artículo XXI GATT 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, recogida en el precepto, parecería apoyar una visión muy amplia de éste, y de la capacidad del Estado para hacerlo.

Significativamente, ésta era la posición apoyada por Rusia en sus alegaciones, al apuntar que el Grupo Especial carecía de jurisdicción para evaluar medidas⁵⁹ decididas al amparo del artículo XXI del GATT de 1994, en tanto que dicho precepto conferiría al Estado que lo invoca “discreción exclusiva para determinar la necesidad, la forma, el diseño y la estructura de las medidas adoptadas”⁶⁰. En esta línea, Rusia consideró que las cuestiones que plantea su referencia al artículo XXI.b)iii) del GATT iban más allá del alcance de las relaciones comerciales y económicas entre Miembros de la OMC, y no están comprendidas en el ámbito de ésta. Cualquier otra interpretación, añadía, “daría lugar a una injerencia en [los] asuntos internos y externos de un Estado soberano”⁶¹. Por consiguiente, bastaría “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”⁶², 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 judicial⁶³.

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 Ucrania⁶⁴.

Llamativamente, en similar sentido se manifestaron 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

58 OMC: *Informe del Grupo Especial en la Diferencia DSS12*, cit., p. 43, n.º 7.65.

59 En relación con este debate, vid. ESPLUGUES MOTA, C.: “La creciente interacción”, cit., p. 189 y ss.

60 OMC: *Informe del Grupo Especial en la Diferencia DSS12*, cit., pp. 25-31. En relación con las posiciones mantenidas por la Federación Rusa y los EE.UU., vid. LESTER, S.L. y ZHU, H.: “A Proposal”, cit., pp. 1462-1463.

61 OMC: *Informe del Grupo Especial en la Diferencia DSS12*, cit., p. 33, n.º 7.29.

62 Ibid.

63 Ya que las medidas en cuestión no son medidas comerciales ordinarias que los grupos especiales de la OMC evalúan regularmente, Ibid.

64 OMC: *Informe del Grupo Especial en la Diferencia DSS12*, cit., p. 25, n.º 7.4.

por el resto de Estados terceros⁶⁵, 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, tal 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 ocasiones⁶⁶.

En esta línea, el gobierno norteamericano resaltó 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”⁶⁷. 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”⁶⁸.

Sin embargo, y a pesar de todas estas afirmaciones, el Grupo Especial en su Informe en el asunto Rusia - Medidas que afectan al tráfico en tránsito entiende que las distintas circunstancias previstas en los 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 procede a preguntarse si resulta lógico, habida cuenta de esta función limitativa, “dejar su determinación exclusivamente a la discreción del Miembro invocante”⁶⁹.

De acuerdo con el Informe, la respuesta a esta cuestión se vería 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

65 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*, de 08.11.2017, WT/DS512, 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).

66 OMC: *Informe del Grupo Especial en la Diferencia DS512*, cit., p. 40, n.º. 7.51.

67 Ibid., p. 41.

68 Ibid., p. 39.

69 Ibid., p. 43, n.º. 7.65.

su separación en dos artículos⁷⁰. 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”⁷¹.

Por lo tanto, concluye el Grupo Especial que la referencia a “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”⁷².

Esta referencia a la objetividad de la valoración de la medida adoptada implica, en última instancia, limitar la naturaleza estrictamente discrecional –“self-judging”- del artículo. Lo que supone que su interpretación ya no va a ser meramente subjetiva y 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. Y, en tal sentido, como señala el Informe del Grupo Especial en el asunto Rusia - Medidas que afectan al tráfico en tránsito, y reitera el Informe del Grupo Especial en el asunto Arabia Saudita — Medidas relativas a la protección de derechos de propiedad intelectual, “se requiere evaluar si el Miembro invocante ha articulado los ‘intereses esenciales de ... seguridad’ para cuya protección, a su juicio, son necesarias las medidas en litigio y evaluar asimismo si las medidas están tan alejadas, o desligadas” de la situación en disputa⁷³.

Ello exige, adicionalmente, que el Estado que se ampara en dicha cláusula lo haga de buena fe –esto es, que “no utilice(n) las excepciones previstas en el artículo XXI como un medio para eludir las obligaciones que les corresponden en virtud del GATT de 1994”⁷⁴. Quedando obligado, además, a “formular los intereses esenciales de seguridad que se afirma surgen de la grave tensión internacional en grado suficiente para demostrar su veracidad”⁷⁵.

70 En relación con este punto, vid. ESPLUGUES MOTA, C.: *El control de las inversiones*, cit., pp. 75-76.

71 *Ibid.*, p. 54, n° 7.98.

72 *Ibid.*, p. 54, n° 7.101.

73 OMC: *Informe del Grupo Especial en la Diferencia DS567*, cit., p. 121, n° 7.230.

74 OMC: *Informe del Grupo Especial en la Diferencia DS512*, cit., p. 62, n° 7.134.

75 *Ibid.*, cit., p. 61, n° 7.133.

Todo lo anterior se plasma, en suma, en el requerimiento 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”⁷⁶.

Los Informes de los Grupos Especiales en los asuntos Rusia - Medidas que afectan al tráfico en tránsito y Arabia Saudita — Medidas relativas a la protección de derechos de propiedad intelectual entrañan una importante clarificación de la naturaleza del artículo XXI GATT, al ofrecer “un marco analítico que puede orientar la evaluación de si un demandado ha invocado adecuadamente”⁷⁷ el precepto o no. Su relevancia, empero, no queda limitada a esta cuestión, por importante que ésta es, sino que la trasciende, afectando a la concreción de su específico significado y extensión, en unos términos, como seguidamente observaremos, no siempre plenamente coherentes con la posición mantenida en relación con la naturaleza discrecional, o no, del precepto.

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

En tal sentido, el debate sobre la naturaleza del artículo XXI GATT no cierra las controversias en relación con él. 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 ha echado históricamente en falta la existencia de una práctica mínima en relación con la norma que permita sustentar una interpretación del exacto significado atribuible a la expresión “intereses esenciales de su seguridad” recogida en el apartado b) del artículo XXI GATT⁷⁸. Una situación que ahora, también, comienza a cambiar.

La doctrina apoya una interpretación amplia del concepto de “intereses esenciales” de la seguridad del Estado, sin que ello se traduzca en la correlativa atribución de un significado coherente al mismo⁷⁹. La amplitud con que viene redactado el artículo XXI GATT -y, también, muchas de las cláusulas de excepción recogidas en los distintos textos convencionales que lo reproducen o se amparan en él- tiende, igualmente, a favorecer su entendimiento extensivo. Algunos países,

76 OMC: *Informe del Grupo Especial en la Diferencia DS567*, cit., p. 121, n.º. 7.230.

77 *Ibid.*, cit., p. 126, n.º. 7.241.

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

79 Vid. en relación con éste y otros conceptos similares, ESPLUGUES MOTA, C.: *El control de las inversiones*, cit., p. 101 y ss.; ESPLUGUES, C.: *Foreign Investment*, cit., pp. 78 a 111. Igualmente, considérese, BURKE-WHITE, W. y VON STADEN, A.: “Investment Protection”, cit., p. 351 y ss.

de hecho, han manifestado de forma explícita el apoyo a esta posición: la práctica de los EE.UU.⁸⁰ o de la India⁸¹, ha aportado cierta guía al respecto.

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”⁸². Sin embargo, una vez más, no estamos ante una posición unánime, y 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.)* 1996⁸³.

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 libre comercio e inversiones, refieren ampliamente a ideas vinculadas a la integridad y poder del Estado como un aparato institucional⁸⁴. Aun no resultando idénticos, y pudiendo su interpretación diferir en ocasiones, siendo factible, incluso, que sean entendidos e interpretados de forma distinta en supuestos internos e internacionales⁸⁵, 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 vida⁸⁶. Estando 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.

80 En tal 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 with Annex and Protocol, signed at Washington, of 06.10.1994, 104th Congress 1st Session Senate Treaty Doc. 104-10, Art. 10*, <http://www.state.gov/documents/organization/43579.pdf>. 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>.

81 Así, por ejemplo, en India el concepto de “essential security” ha sido considerado como equivalente al de “security of the State”. 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 (I) 709) y de 11.7.1985 en el asunto *Union of India v. Tulsiram Patel* ([1985] AIR 1416, [1985] SCR Supl. (2) 131). Vid. BURKE-WHITE, W. y VON STADEN, A.: “Investment Protection”, cit., pp. 353–354.

82 Cit., p. 107, n.º. 224.

83 1996 ICJ 803.

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

85 BURKE-WHITE, W. y VON STADEN, A.: “Investment Protection”, cit., pp. 360–361.

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

A) La tradicional ausencia de una práctica internacional clara y unidireccional en relación con el significado de “intereses esenciales de seguridad” del Estado.

La referencia a los intereses esenciales de la seguridad del Estado, la seguridad nacional, el orden público y el resto de nociones recogidas en las cláusulas de excepción presentes en los distintos textos convencionales pueden significar cosas distintas para gente diversa, en momentos diferentes, en lugares dispares⁸⁷. Debido a esta relatividad intrínseca, cabe también que respondan a una pluralidad amplia de intereses y valores⁸⁸. 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 protección⁸⁹.

El significado del término “intereses esenciales de la seguridad del Estado”⁹⁰ 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 sobre responsabilidad dictado, en 2006, en el asunto LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic⁹¹ abordó la interpretación del término “essential security interests” presente en el artículo XI⁹² del Treaty between the United States and the Argentine Republic concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment de 1991⁹³. El tribunal arbitral apoyó una interpretación amplia del concepto y señaló que “Este Tribunal rechaza la interpretación según la cual el Artículo XI sólo es aplicable a circunstancias relacionadas con la acción militar o la

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

88 LINDSAY, P.: “The Ambiguity”, cit., p. 1297.

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

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

91 De 03-10-2006, ICSID Case No. ARB/02/1, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0461.pdf>. Igualmente, laudo de 12.05.2005 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. BURKE-WHITE, W. y VON STADEN, A.: “Investment Protection”, cit., p. 394 y KURTZ, J.: “Adjudging”, cit., pp. 362–365.

92 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.”

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

guerra. ... Cuando las bases económicas de un Estado se encuentran sitiadas, la severidad del problema puede compararse con la de una invasión militar⁹⁴.

Esta posición se desarrolló con posterioridad, en 2007, en el laudo dictado en el asunto *Sempra Energy International v. Argentine Republic*⁹⁵ y, en 2008, por el dictado en relación con el asunto *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*⁹⁶. 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, 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'⁹⁷.

Sin embargo, como decimos, no ha existido tradicionalmente 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. En este proceso, tampoco el Informe del Grupo Especial en el supuesto de Rusia - Medidas que afectan al tráfico en tránsito aborda de forma definitiva el significado de "intereses esenciales de la seguridad" del Estado, aunque sí aporta ciertas pautas para su aproximación. Se diseña, así, "un marco analítico"⁹⁸ que puede orientar la evaluación de si un demandado ha invocado adecuadamente, como con posterioridad pondrá de manifiesto el Informe del Grupo Especial en el asunto Arabia Saudita — Medidas relativas a la protección de derechos de propiedad intelectual.

94 Decisión sobre responsabilidad de 03.10.2006 en el asunto *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, cit., p. 76, n°. 238.

95 Laudo de 28.09.2007 en el asunto *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, ICSID Case n°. ARB/02/16, p. 110, n°. 374, <http://www.italaw.com/cases/1002>.

96 Laudo de 05.09.2008 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/ita02228.pdf.

97 Pp. 79-80, n°. 180. El laudo añade en este mismo n°. 180, 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".

98 OMC: *Informe del Grupo Especial en la Diferencia DSS67*, cit., p. 126, n°. 7.241.

El Informe del Grupo Especial en el supuesto de Rusia - Medidas que afectan al tráfico en tránsito comienza señalando que es la propia salvaguarda de dichos "intereses esenciales de la seguridad" del Estado en supuestos de grave tensión internacional lo que justifica su adopción. Añadiendo 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"⁹⁹.

A partir de ello, sin embargo, de forma significativa y en contraste con la clara posición mantenida por el propio Grupo Especial en relación con la naturaleza discrecional del artículo XXI GATT, el Informe precisa que los intereses específicos que se consideran directamente pertinentes para la protección de un Estado frente a las 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"¹⁰⁰.

Esta interpretación supone, en última instancia, atribuir un carácter muy amplio a la determinación del significado de la noción y, con ello, insistimos, modular grandemente el impacto real de la negación de la naturaleza discrecional –"self-judging"- del artículo XXI GATT apoyada por el propio Grupo Especial, en la medida en que los Estados podrán considerar prácticamente todo como contrario a los intereses esenciales de su seguridad.

En todo caso, añade el Informe del Grupo Especial, esto último no implica otorgar una capacidad omnímoda al Estado para elevar cualquier preocupación al grado de "interés esencial de... seguridad". Como ya hemos señalado se entiende que la discreción del Estado "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"¹⁰¹. Lo que, en concreto, supone 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 1994¹⁰². Exigiéndose, consecuentemente, que las medidas en litigio cumplan con el mencionado "requisito mínimo de plausibilidad en relación con los intereses esenciales de seguridad presentados,

⁹⁹ OMC: *Informe del Grupo Especial en la Diferencia DS512*, cit., p. 61, n.º. 7.130.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 61, n.º. 7.131.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 61, n.º. 7.132.

¹⁰² *Ibid.*, p. 61, n.º. 7.133.

es decir, que no sean implausibles como medidas de protección de dichos intereses¹⁰³. 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) GATT¹⁰⁴.

En esta línea, el Informe del Grupo Especial en el asunto Arabia Saudita — Medidas relativas a la protección de derechos de propiedad intelectual, de abril de 2020, va un paso más allá en el proceso de depuración del significado de los términos recogidos en el artículo XXI GATT. El Grupo Especial procede a aplicar en esta ocasión el “marco analítico” articulado en el Informe del Grupo Especial en el asunto Rusia - Medidas que afectan al tráfico en tránsito, señalando que la Arabia Saudita había articulado expresamente los “intereses esenciales de su seguridad”, refiriéndose a su protección “frente a los peligros del terrorismo y el extremismo”¹⁰⁵. Se trataría, en suma, de “proteger a los ciudadanos sauditas y la población sauditas, las instituciones gubernamentales sauditas y el territorio de la Arabia Saudita frente a las amenazas del terrorismo y el extremismo”¹⁰⁶. Y uno de los medios para ello es, precisamente, “poniendo fin a toda interacción directa o indirecta entre la Arabia Saudita y Qatar... finaliza(ndo) o prev(iniendo) todo contacto o interacción, directo o indirecto, entre los nacionales de la Arabia Saudita y Qatar”¹⁰⁷.

Estaríamos, por lo tanto, ante unos intereses “claramente ‘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’”¹⁰⁸.

Al abordarlas la situación en concreto, el Grupo Especial en el asunto Arabia Saudita — Medidas relativas a la protección de derechos de propiedad intelectual señala que el “requisito de que un Miembro invocante articule los ‘intereses esenciales de su seguridad’ en grado suficiente para posibilitar una evaluación de si las medidas impugnadas están relacionadas con dichos intereses no es especialmente oneroso y está debidamente sujeto a un examen limitado por parte de un grupo especial”¹⁰⁹. Se trata, en suma, de verificar si se ha realizado una articulación “mínimamente satisfactoria”¹¹⁰ del precepto, asumiendo que “esta etapa analítica sirve principalmente para proporcionar un punto de referencia a fin

103 Ibid., p. 62, n° 7.138.

104 Ibid., p. 64, n° 7.148.

105 OMC: Informe del Grupo Especial en la Diferencia DSS67, cit., p. 135, n° 7.280.

106 Ibid., p. 136, n° 7.284.

107 Ibid., p. 136, n° 7.284.

108 Ibid., p. 135, n° 7.280.

109 Ibid., p. 136, n° 7.281.

110 Ibid., p. 135, n° 7.281.

de examinar las 'medidas' previstas ... Es decir, esta etapa analítica posibilita que el Grupo Especial evalúe si alguna de las medidas declaradas incompatibles con el Acuerdo sobre los ADPIC está plausiblemente relacionada con la protección de esos intereses esenciales de seguridad"¹¹¹.

En este supuesto específico, las medidas habían tenido como resultado impedir que la sociedad qatarí beIN, titular de los derechos de retransmisión deportivas en la región, consiguiera "un abogado saudita para hacer respetar sus derechos de propiedad intelectual por medio de procedimientos civiles de observancia ante las cortes y los tribunales de la Arabia Saudita (las medidas contra las muestras de solidaridad)¹¹²", atendida la instrucción dada a los abogados de la Arabia Saudita de abstenerse de representarle. A la vista de ello, el Grupo Especial se plantea si estas medidas "cumpl[en] un requisito mínimo de plausibilidad en relación con los intereses esenciales de seguridad presentados"¹¹³, concluyendo que, efectivamente, así ocurre¹¹⁴.

Sin embargo, correlativa y llamativamente, el Grupo Especial entiende que no puede decirse lo mismo respecto de la relación entre los antes mencionados intereses esenciales de la seguridad de la Arabia Saudita "y la no aplicación por sus autoridades de procedimientos y sanciones penales a beoutQ"¹¹⁵. Esta es la emisora deportiva promocionada por las autoridades saudíes y que "piratea emisiones a escala comercial"¹¹⁶, afectando no solo a Qatar o los nacionales de Qatar, sino también a una serie de terceros titulares de derechos, sin que se apliquen procedimientos o sanciones penales por parte del gobierno saudí. Respecto de estas medidas el Grupo Especial considera que "la no aplicación de procedimientos y sanciones penales a beoutQ no 'cumpl[e] 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"¹¹⁷. Y que, por lo tanto, no podrían quedar amparadas por el artículo 73.b) ADPIC, que reproduce el mandato del artículo XXI.b) GATT.

B) El significado de medidas "necesarias" para la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado.

En contraste con la noción de "intereses esenciales de su seguridad" que, a pesar de estos recientes avances, está todavía en proceso de construcción, el

¹¹¹ OMC: Informe del Grupo Especial en la Diferencia DS567, cit., p. 136, n.º 7.281.

¹¹² Ibid., p. 136, n.º 7.285.

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ Ibid., p. 137, n.º 7.288.

¹¹⁵ Ibid., p. 137, n.º 7.289.

¹¹⁶ Ibid., p. 138, n.º 7.291.

¹¹⁷ Ibid., p. 139, n.º 7.293.

término “necesidad” recogido 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 OMC¹¹⁸, principalmente, eso sí, en relación con el artículo XX GATT¹¹⁹.

De este análisis se han derivado tres ideas esenciales:

1) En primer lugar, y en relación con la naturaleza de la específica medida a adoptar por parte del Estado que se ampara en el precepto, la decisión del Órgano de Apelación en el asunto Corea — Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada, en 2000¹²⁰, articuló ciertos parámetros en torno a la determinación de cuando una medida era necesaria de acuerdo con el artículo XX.d) GATT, incidiendo en la equivalencia entre “necesaria” e “indispensable” a efectos de valorarla.

En tal sentido, señala la decisión del Órgano de Apelación 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’”¹²¹.

2) En segundo lugar, y en línea directa con lo anterior, se procede a diseñar un test para “sopesar y confrontar” la específica medida planteada por el Estado,

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

119 En relación con su significado tómesese en consideración BURKE-WHITE, W. y VON STADEN, A.: “Investment Protection”, cit., p. 343 y ss.; YANNACA-SMALL, K.: “Essential Security Interests under International Investment Law”, en AA.VV.: *International Investment Perspectives: Freedom of Investment in a Changing World*, Paris, OECD, 2007, pp. 99–101 u ORAKHELASHVILI, A.: “Threat, Emergency and Survival: The Legality of Emergency Action in International Law”, *Chinese Journal of International Law*, 2010, pp. 353–355.

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

121 *Ibid.*, pp. 55-56, n°. 161. Igualmente, considérese, OMC: *Informe del Órgano de Apelación en la Disputa DS135, Comunidades Europeas — Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, de 12.03.2001 WT/DS135/AB/R, pp. 62-63, n°. 172, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds135_s.htm y OMC: *Informe del Grupo Especial en la Disputa DS285, Estados Unidos — Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas*, de 10.11.2004, WT/DS285/RW p. 240, n°. 6.475, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds285_s.htm.

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 exigencia de sopesar, 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 contribución¹²².

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”¹²³.

3) En todo caso, se añade que, evaluada 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: cigarrillos¹²⁴ de octubre de 2007 interpretó 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

122 Vid. OMC: *Informes del Órgano de apelación 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*, de 22.05.2014, 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=:/WT/DS/400ABR.pdf>.

123 OMC: *Informe del Órgano de Apelación en la Disputa DS161*, cit., p. 58, n.º. 164. También, OMC: *Informe del Órgano de Apelación en la Disputa DS135*, cit., pp. 62-63, n.º. 172 y OMC: *Informe del Grupo Especial en la Disputa DS285*, cit., p. 240, n.º. 6.476. En relación con la aplicación del criterio, vid. OMC: *Informe del Órgano de Apelación en la Disputa DS302, República Dominicana — Medidas que afectan a la importación y venta interna de cigarrillos*, de 25.04.2005, 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 en la Disputa DS366, Colombia — Precios indicativos y restricciones de los puertos de entrada*,

de 27.04.2009, WT/DS366/R, p. 193-233, nn.º. 7.482-7.620, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds366_s.htm; OMC: *Informe del Órgano de Apelación en la Disputa DS, Brasil – Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados*, de 03.10.2007, WT/DS332/AB/R, pp. 71-75, nn.º. 151-156, <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=:/WT/DS/332ABR.pdf> u OMC: *Informes del Grupo Especial en la Disputa DS398, China – Medidas relativas a la exportación de diversas materias primas*, de 5.7.2011, WT/DS394/R, WT/DS395/R y WT/DS398/R, pp. 166-170, nn.º. 7.478-7.493, <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=:/WT/DS/398R.pdf>.

124 GATT: *Informe del Grupo Especial en la Disputa Tailandia — Restricciones a la importación de cigarrillos e impuestos internos sobre los cigarrillos*, de 7.11.1990, DS10/R-37S/2009, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/envir_s/edis03_s.htm, reproduciendo el GATT: *Informe del Grupo Especial en la Disputa Estados Unidos — Artículo 337 de la Ley Arancelaria de 1930*, de 07.11.1989, L/6439-36S/345, p. 45, n.º. 5.26, https://www.wto.int/spanish/tratop_s/dispu_s/87tar337.pdf.

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”¹²⁵.

En línea con ello, el informe del Grupo Especial en el asunto Estados Unidos — Artículo 337 de la Ley Arancelaria de 1930, de enero de 1989, ya había precisado 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”: “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”¹²⁶.

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 abril de 2004¹²⁷, apuntando 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’”¹²⁸.

A efectos de la aplicación del precepto, recordemos que 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

125 Cit., p. 20, n°. 74.

126 GATT: *Informe del Grupo Especial en la Disputa Estados Unidos — Artículo 337*, cit., p. 52, n°. 5.26. También, OMC: *Informe del Órgano de Apelación en la Disputa DS161*, cit., p. 50, n°. 165 y OMC: *Informe del Órgano de Apelación en la Disputa DS135*, cit., p. 62, n°. 171.

127 OMC: *Informe del Grupo Especial en la Disputa Canadá — Medidas relativas a las exportaciones de trigo y al trato aplicado al grano importado*, de 06.04.2004, WT/DS276/R, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds276_s.htm.

128 *Ibid.* p. 217, n°. 6.226.

podiera ampararse en él. Y la respuesta otorgada por el Estado, además, debería ser necesariamente razonable¹²⁹.

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 fe¹³⁰.

Esta reiteración de la 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 fe¹³¹ constituye un elemento fundamental de interpretación del Acuerdo de la OMC¹³², que apoya la razonable aplicación de los derechos otorgados por éste a los Estados parte¹³³ y, subsecuentemente, previene a cualquier miembro de abusar de los derechos convencionales que se le reconocen en el marco del Acuerdo¹³⁴.

Todo lo anterior conduce, en la práctica, a considerar, por ejemplo, que unas medidas tendentes 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

129 BHALA, R.: “National Security”, cit., p. 275.

130 SCHLOEMANN, H.L. y OHLHOFF, S.: “Constitutionalization” and Dispute”, cit., p. 444; ALFORD, R.P.: “The Self-Judging”, cit., pp. 705–706.

131 Vid. AKANDE, D. y WILLIAMS, S.: “International Adjudication”, cit., p. 389 y ss. Con respecto al significado de este principio, Nótese PENG, S.Y.: “Cybersecurity Threats”, cit., p. 467; NOLAN, M.D. y SOURGENS, F.G.: “The Limits”, cit., p. 408 y ss.; UNCTAD: *The Protection*, cit., p. 40.

132 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°. 6.50 y 606 (con práctica).

133 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°. 158, <i>https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds58_s.htm</i>, 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°. 7.94, <i>https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds457_s.htm</i>.

134 OMC, Informe del Órgano de Apelación de 12.10.1988 en la Disputa DS58, *Estados Unidos — Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos*, cit., pp. 61-62, n°. 158. Sobre la importancia de la buena fe en este ámbito, considérese, BURKE-WHITE, W. y VON STADEN, A.: “Investment Protection”, 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 evaluase la situación generada. Vid. al respecto AKANDE, D. y WILLIAMS, S.: “International Adjudication”, cit., p. 390.

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”¹³⁵.

IV. ALGUNAS CONCLUSIONES Y CIERTAS PISTAS.

Con los Informes de los Grupos Especiales en los supuestos de Rusia - Medidas que afectan al tráfico en tránsito y Arabia Saudita — Medidas relativas a la protección de derechos de propiedad intelectual parece iniciarse una nueva era en relación con la práctica e interpretación del artículo XXI GATT. Más allá de su objetiva trascendencia, ambos Informes patentizan la dificultad que supone la fijación del significado de preceptos fruto de complejas negociaciones internacionales, redactados en un período histórico y en una concreta lengua, que luego son traducidos y aplicados en otros momentos en distintos lugares y por órganos diversos, lo que les añade un elemento adicional de dificultad.

Aunque, seguro, más lejanos que los textos nacionales para algunos particulares, su trascendencia es enorme y el impacto en nuestra vida diaria resulta innegable. Atrás quedaron los tiempos en que lo “nacional” y lo “internacional” también en relación con las fuentes eran realidades paralelas que nunca se cruzaban. La revolución tecnológica ha borrado fronteras, también, en el ámbito del Derecho y puesto de manifiesto la necesidad, como bien afirmaría el Prof. Bianca, de afrontar las nuevas realidades que la práctica diaria muestra desde la solvencia intelectual y la flexibilidad.

135 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°. 7.868, <i><https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=S:/WT/DS/363R-00.pdf></i>.

BIBLIOGRAFÍA

AKANDE, D. y WILLIAMS, S.: "International Adjudication on National Security Issues: What Role for the WTO?", *Virginia Journal of International Law*, 2003-2004, vol. 43, pp. 366–367

ALFORD, R.P.: "The Self-Judging WTO Security Exception", *Utah Law Review*, 2011, vol. 3, p. 750

BAUMAN, Z.: *Modernidad líquida*, FCE, México, 2002

BHALA, R.: "National Security and International Trade Law: What the GATT Says, and What the United States Does", *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 1989, vol. 19, p. 268

BIANCA, C.M.: *Realtà sociale ed effettività della norma: scritti giuridici*, Giuffrè, Milan, 2002, 2 vols

BJORKLUND, A.K.: "Emergency Exceptions", en AA.VV.: *The Oxford Handbook of International Investment Law* (ed. por MUCHLINSKI, P.T., ORTINO, F. y SCHREUER, C.), Oxford, OUP, 2008, p. 476

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

BURKE-WHITE, W. y VON STADEN, A.: "Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties", *Virginia Journal of International Law*, 2008, vol. 48, nº. 2, p. 320

CANN, W. 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*, 2001, vol. 26, p. 415

COTTIER, T. y DELIMATIS, P.: "Article XIVbis GATS: Security Exceptions", en AA.VV.: *Max Planck Commentaries on World Trade Law, WTO – Trade in Services* (ed. por WOLFRUM, R., STOLL, P.T. y FEINÄUGLE, C.), Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2008, vol. 6, p. 6

DATTU, R. y BOSCARIOL, J.: "GATT Article XXI, Helms–Burton and the Continuing Abuse of the National Security Exception", *Canadian Business Law Journal*, 1997, vol. 28, p. 204

EMMERSON, A.: "Conceptualizing Security Exceptions: Legal Doctrine or Political Excuse?", *Journal of International Economic Law*, 2008, vol. 11, p. 136

ESPLUGUES, C.: *Foreign Investment, National Security and Strategic Assets*, Cambridge, intersentia, 2018

ESPLUGUES MOTA, C.: *El control de las inversiones extranjeras directas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018

ESPLUGUES MOTA, C.: "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", *CdT*, 2020, vol. 12, n°. 1, p. 170.

FEDERER, H.: "GATT Article XXI: Trade Sanctions and the Need to Clarify the Security Exceptions", *Cambridge Law Review*, vol. 3, 2018, p. 220

GOODMAN, R.: "Norms and National Security: The WTO as a Catalyst for Inquiry", *Chicago Journal of International Law*, 2001, vol. 2, n°. 1, p. 104

HAHN, M.J.: "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

KURTZ, J.: "Adjudging the Exceptional at International Investment Law, Security, Public Order and Financial Crisis", *International and Comparative Law Quarterly*, 2010, vol. 59, p. 326

KURTZ, J.: *The WTO and International Investment Law Converging Systems*, Cambridge, CUP, 2016

LEE, J.: "Commercializing National Security: National Security Exceptions' Outer Parameter under GATT Article XXI", *Asian J. WTO & Int'l Health L & Pol'y*, 2018, vol. 13, p. 289

LESTER, S.L. y ZHU, H.: "A Proposal for Rebalancing to Deal with National Security Trade Restrictions", *Fordham Int'l L.J.*, 2019, vol. 42, n°. 5, p. 1452

LINDSAY, P.: "The Ambiguity of GATT Article XXI: Subtle Success or Rampant Failure?", *Duke Law Journal*, 2002-2003, vol. 52, p. 1297

MOON, W.J.: "Essential Security Interests in International Investment Agreements", *Journal of International Economic Law*, 2012, vol. 15, n°. 2, p. 492

NAGY, C.I.: "World Trade, Imperial Fantasies and Protectionism: Can You Really Have Your Cake and Eat It Too", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2019, vol. 26, n.º. 1, p. 102

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

NOLAN, M.D. y SOURGENS, F.G.: "The Limits of Discretion? Self-Judging Emergency Clauses in International Investment Agreements", *Yearbook on International Investment Law & Policy*, 2001, vol. 1, p. 395

OECD: *Security-Related Terms in International Investment Law and in National Security Strategies*, Paris, OECD, May 2009

ORAKHELASHVILI, A.: "Threat, Emergency and Survival: The Legality of Emergency Action in International Law", *Chinese Journal of International Law*, 2010, p. 353

PENG, S.Y.: "Cybersecurity Threats and the WTO National Security Exceptions", *Journal of International Economic Law*, 2015, vol. 18, n.º 2, p. 460

PÉREZ, A.S.: "WTO and U.N. Law: Institutional Comity in National Security", *Yale Journal of International Law*, 1998, vol. 23, p. 328

ROSE-ACKERMAN, S. y BILLA, B.: "Treaties and National Security", *International Law and Politics*, 2008, vol. 40, p. 443

SCHILL, S.W. y BRIESE, R., "If the State Considers": Self-Judging Clauses in International Dispute Settlement", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2009, vol. 13, p. 67

SCHLOEMANN, H.L. y OHLHOFF, S.: "Constitutionalization" and Dispute Settlement in the WTO: National Security as an Issue of Competence", *American Journal of International Law*, 1993, vol. 93, p. 100

SHAPIRO, D.T.: "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*, 1997, vol. 31, p. 111

SORNARAJAH, M.: *Resistance and Change in the International Law of Foreign Investment*, CUP, Cambridge, 2015

UNCTAD: *The Protection of National Security in IIAs*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, UNCTAD/DIAE/IA/2008/5, New York/Geneva, United Nations, 2009

VOON, T.: "The Security Exception in WTO Law: Entering a New Era", *AJIL Unbound*, 2019, vol. 113, p. 46

WALDRON, J.: "Safety and Security", en AA.VV.: *Civil Liberties, National Security and Prospects for Consensus. Legal, Philosophical and Religious Perspectives* (ed. por REED, E. y DUMPER, M.), Cambridge, CUP, 2012, p. 14

WEBER, R.H. y BAISCH, R.: "Revisiting the Public Moral/Order and the Security Exception under the GATS", *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy*, 2018, vol. 13, n°. 2, p. 376

WOLFERS, A.: "'National Security' as an Ambiguous Symbol", *Political Science Quarterly*, 1952, vol. 67, n°. 4, p. 481

WTO: "Article XXI. Security Exceptions", en *Analytical Index of the GATT*, https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/gatt_ai_e/gatt_ai_e.htm, pp. 608

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

YANNACA-SMALL, K.: "Essential Security Interests under International Investment Law", en AA.VV.: *International Investment Perspectives: Freedom of Investment in a Changing World*, Paris, OECD, 2007, p. 99

