



Derecho PUCP

ISSN: 0251-3420

ISSN: 2305-2546

Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP

Pezzano, Luciano

El artículo XXI del GATT y la agresión: hacia una interpretación compatible con la unidad del orden jurídico internacional

Derecho PUCP, núm. 86, 2021, Enero-Junio, pp. 09-38

Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP

DOI: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202101.001>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533668449001>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en [redalyc.org](https://www.redalyc.org)

UDEM [redalyc.org](https://www.redalyc.org)

Sistema de Información Científica Redalyc  
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

# El artículo XXI del GATT y la agresión: hacia una interpretación compatible con la unidad del orden jurídico internacional\*

GATT article XXI and aggression: Towards an interpretation compatible with the unity of the international legal order

LUCIANO PEZZANO\*  
CIJS-UNC/CONICET (Argentina)

**Resumen:** En este artículo se sostiene que las normas de la Organización Mundial del Comercio (OMC) no resultan ajenas a la gravedad de la agresión ni a las consecuencias de su prohibición en el derecho internacional. En ese sentido, el artículo XXI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés), al permitir la adopción de medidas necesarias para la protección de los intereses esenciales de la seguridad de un Estado «en tiempos de guerra», debe ser interpretado a la luz de las disposiciones generales en materia de agresión. Este objetivo nos llevará necesariamente a considerar si los órganos del sistema de solución de diferencias (SSD) de la OMC son competentes para entender en una situación en la que se ha cometido un acto de agresión y, en términos generales, qué implicancias —principalmente jurídicas, pero también políticas e institucionales— tiene la violación del *ius cogens* en una diferencia ante el SSD. Con tal fin, esta investigación explora el contenido y alcance del artículo XXI del GATT y su interpretación, en particular, acerca del significado del término «guerra» en su apartado b, inciso iii, para luego pasar a considerar las implicancias de su posible aplicación a la luz de las normas internacionales en materia de agresión y las competencias de los órganos del SSD al respecto. En relación a esto último, el artículo evalúa las alternativas a las que se podría enfrentar un grupo especial ante una invocación del artículo XXI por un Estado agresor y, rechazando la posibilidad de que se realice una interpretación y aplicación de la disposición aislada de las normas en materia de agresión, se exploran eventuales soluciones a las que el grupo especial puede arribar, manteniendo un equilibrio entre la eficacia del sistema y la unidad del orden jurídico.

**Palabras clave:** Artículo XXI del GATT, sistema de solución de diferencias de la OMC, agresión, *ius cogens*

**Abstract:** This article contends that the World Trade Organization (WTO) rules are affected by the gravity of aggression and the consequences of its prohibition on international law. In this regard, article XXI of the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), by enabling the adoption of

\* Una versión preliminar de este trabajo se presentó en el XXXI Congreso Argentino de Derecho Internacional, realizado en Córdoba, Argentina, del 4 al 7 de septiembre de 2019, bajo el título «El artículo XXI del GATT y la agresión», mas no fue publicada.

\*\* Abogado por Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES), Argentina. Magister en Relaciones Internacionales y doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba (UNC), Argentina; y becario postdoctoral CIJS UNC/Conicet. Profesor ayudante «A» de Derecho Internacional Público en la UNC. Profesor asociado de Derecho Internacional Público y de la Integración en la UCES San Francisco.

Código ORCID: 0000-0002-6794-7915. Correo electrónico: [luciano.pezzano@unc.edu.ar](mailto:luciano.pezzano@unc.edu.ar)

measures necessary for the protection of the essential security interests of a State «in times of war», must be interpreted in the light of general provisions on aggression. This objective will necessarily lead us to consider whether the bodies of the WTO dispute settlement system (DSS) are competent to understand, in a situation where an act of aggression has been committed and in general terms, what implications —mainly legal, but also institutional and political in nature— the violation of the *jus cogens* has in a dispute before the DSS. To this end, this investigation explores the content and scope of GATT's article XXI and its interpretation, in particular, of the meaning of the term «war» in subparagraph b, subsection iii, and then considers the implications of its possible application in the light of international rules on aggression and the jurisdiction of SSD bodies in this regard. The article assesses the alternatives that a panel might face in view of an invocation of article XXI by an aggressor State and, rejecting the possibility of an interpretation and application of the provision isolated of the rules on aggression, explores possible solutions to which the panel may enter, maintaining the balance between the efficacy of the system and the unity of the legal order.

**Key words:** GATT's article XXI, WTO dispute settlement system, aggression, *jus cogens*

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. EL ARTÍCULO XXI DEL GATT.- II.1. LA INTERPRETACIÓN DEL APARTADO B).- II.1.1. COMPETENCIA PARA LA INTERPRETACIÓN.- II.1.2. LA PRETENDIDA NATURALEZA POLÍTICA DE LA CUESTIÓN.- II.1.3. EL SIGNIFICADO DE «GUERRA» EN EL APARTADO B), INCISO III).- III. LA INVOCACIÓN DEL ARTÍCULO XXI, APARTADO B), INCISO III), EN CASO DE AGRESIÓN.- III.1. LA DIMENSIÓN SUSTANCIAL: ¿PUEDE UN AGRESOR VALERSE DEL ARTÍCULO XXI?.- III.2. LA DIMENSIÓN PROCESAL: LA COMPETENCIA LOS ÓRGANOS DEL SSD PARA DETERMINAR LA EXISTENCIA Y LOS EFECTOS DE UN ACTO DE AGRESIÓN.- III.2.1. EL ÓRGANO NO PUEDE APARTARSE DE SU COMPETENCIA *RATIONE MATERIAE*.- III.2.2. LA DETERMINACIÓN DE LA EXISTENCIA DEL ACTO DE AGRESIÓN POR LOS ÓRGANOS DEL SSD ES IMPRESCINDIBLE A LOS FINES DE INTERPRETAR Y APLICAR EL ARTÍCULO XXI.- III.2.3. EN UN CASO QUE REQUIERA LA DETERMINACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UN ACTO DE AGRESIÓN, LOS ÓRGANOS DEL SSD DEBEN DECLINAR EL EJERCICIO DE SU COMPETENCIA.- IV. CONSIDERACIONES FINALES.

## I. INTRODUCCIÓN

La actual crisis del sistema de solución de diferencias (SSD) de la Organización Mundial de Comercio (OMC) no ha impedido que, en recientes pronunciamientos, dos grupos especiales hayan analizado e interpretado, por primera vez en la historia de la organización, las denominadas «excepciones de seguridad», consagradas en el artículo XXI del Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT) y en otros acuerdos de la OMC (Arredondo & Godio, 2019; Baena Rojas, 2019).

## 11

El contenido y alcance de la norma, y en particular la competencia de los órganos del SSD a su respecto, han sido materia de gran discusión en la doctrina, renovada por los informes de los grupos especiales en las diferencias *Rusia - Medidas que afectan el tráfico en tránsito* (en adelante, *Rusia - Tráfico en tránsito*), de 2019, y *Arabia Saudita - Medidas relativas a la protección de derechos de propiedad intelectual* (en adelante, *Arabia Saudita - Propiedad intelectual*), de 2020. Sin embargo, no pretendemos aquí un exhaustivo análisis de la norma ni de su interpretación en tales casos. Nuestro objetivo es más preciso, pero no por ello menos ambicioso: nos proponemos analizar el artículo XXI con relación a la prohibición de la agresión en el derecho internacional.

Pensamos que la agresión es tan grave que conmueve los cimientos mismos de la comunidad internacional, de allí que su prohibición se haya convertido en una de las normas fundamentales del derecho internacional contemporáneo y que las consecuencias de su violación se expandan por la totalidad del ordenamiento jurídico. Estas no se limitan al ámbito de la responsabilidad internacional (tanto estatal —por el acto de agresión— como individual —por el crimen de agresión—) y al sistema de seguridad colectiva, sino que también se encuentran en otras ramas del derecho internacional, como —para lo que nos interesa aquí— en las normas que regulan el comercio internacional.

En efecto, sostendremos aquí que las normas de la OMC no resultan ajenas a la gravedad de la agresión ni a las consecuencias de su prohibición en el derecho internacional. Este trabajo tiene por objeto demostrar esta «fuerza expansiva» de la prohibición de la agresión a través de sus efectos en el SSD. En ese sentido, pensamos que el artículo XXI del GATT, al permitir la adopción de medidas necesarias para la protección de los intereses esenciales de la seguridad de un Estado «en tiempos de guerra», debe ser interpretado a la luz de las disposiciones generales en materia de agresión. Este objetivo nos llevará necesariamente a considerar si los órganos del SSD son competentes para entender en una situación en la que se ha cometido un acto de agresión, y en términos generales, qué implicancias tiene la violación del *ius cogens* en una diferencia ante el SSD.

Con tal fin, comenzaremos explorando el artículo XXI del GATT y su interpretación, para luego pasar a considerar las implicancias de su posible aplicación a la luz de las normas internacionales en materia de agresión y las competencias de los órganos del SSD al respecto.

En ese sentido, debemos señalar que la mayoría de los autores que han abordado este tema se centran en la discutida cuestión de la competencia de los órganos del sistema de solución de diferencias de la OMC para interpretar el artículo XXI, pero no han abordado con anterioridad la temática precisa que proponemos. De otro lado, los autores que más

EL ARTÍCULO  
XXI DEL GATT Y  
LA AGRESIÓN:  
HACIA UNA  
INTERPRETACIÓN  
COMPATIBLE CON  
LA UNIDAD DEL  
ORDEN JURÍDICO  
INTERNACIONAL

GATT ARTICLE XXI  
AND AGGRESSION:  
TOWARDS AN  
INTERPRETATION  
COMPATIBLE WITH  
THE UNITY OF THE  
INTERNATIONAL  
LEGAL ORDER

han reflexionado sobre la agresión en el derecho internacional no se han preguntado sobre sus implicancias en las normas relativas al comercio internacional en general, ni al artículo XXI del GATT en particular. Es decir, la tesis sostenida en este artículo, aunque firmemente basada tanto en las normas aplicables en materia de agresión como en las reglas y práctica del SSD, no registra precedentes en la literatura académica y puede constituir un aporte de interés para acercar ambas áreas del derecho internacional, y así promover una interpretación compatible con la unidad del orden jurídico.

## II. EL ARTÍCULO XXI DEL GATT

El artículo XXI del GATT<sup>1</sup> de 1947, que no fue modificado por el GATT de 1994, está titulado «Excepciones relativas a la seguridad» y dispone:

No deberá interpretarse ninguna disposición del presente Acuerdo en el sentido de 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

<sup>1</sup> El artículo XIV bis del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (GATS) y el artículo 73 del Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (Adpic) contienen disposiciones similares al artículo XXI. En su informe del 16 de junio de 2020, el grupo especial en el caso *Arabia Saudita - Derechos de propiedad intelectual* consideró las conclusiones del grupo especial en *Rusia - Tráfico en tránsito*, aplicables al artículo 73 del Adpic: «la redacción del inciso iii) del apartado b) del artículo 73 del Acuerdo sobre los ADPIC es idéntica a la del inciso iii) del apartado b) del artículo XXI del GATT de 1994, que fue interpretada en primer lugar por el Grupo Especial en el asunto *Rusia - Tráfico en tránsito*. La interpretación del inciso iii) del apartado b) del artículo XXI que hizo el Grupo Especial en esa diferencia dio lugar a un marco analítico que puede orientar la evaluación de si un demandado ha invocado adecuadamente el inciso iii) del apartado b) del artículo XXI del GATT de 1994 o, a los efectos de la presente diferencia, el inciso iii) del apartado b) del artículo 73 del Acuerdo sobre los ADPIC» (*Arabia Saudita - Derechos de propiedad intelectual*, 2020, § 7.241). Por su parte, el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio y el Acuerdo revisado sobre contratación pública contienen disposiciones relativas a la protección de los «intereses esenciales en materia de seguridad» de los Estados (Vidigal, 2019, nota 2), aunque no mencionan expresamente a la «guerra».

- 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.

Históricamente, la norma no había sido invocada en el sistema de solución de diferencias más que en un puñado de ocasiones (Mitchell, 2017, p. 286). Sin embargo, en los últimos años se ha producido un gran número de invocaciones del artículo XXI<sup>2</sup>, una de las cuales llevó, en abril de 2019, al primer pronunciamiento de un grupo especial de la OMC al respecto, en la ya mencionada diferencia *Rusia - Tráfico en tránsito*.

No obstante, su sentido y alcance fue y sigue siendo discutido por la doctrina, sobre todo porque el GATT no define términos críticos tales como «estime necesarias», «intereses esenciales de su seguridad», «tiempo de guerra» y «grave tensión internacional» (Lindsay, 2003, p. 1278), todos ellos contenidos en el apartado b) que, por referirse a la «guerra», suscitará nuestra atención.

## II.1. La interpretación del apartado b)

### II.1.1. Competencia para la interpretación

El apartado b) permite a una parte «la adopción de todas las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad» y, desde su misma redacción, planteó el problema de interpretación acerca de quién determina cuáles son los «intereses esenciales» para la seguridad del Estado (OMC, 2012, pp. 600-601). Así, históricamente se plantearon dos posturas opuestas respecto de esta interpretación: por un lado, quienes consideran que el único juez de tales medidas es el Estado que las adopta; por el otro, quienes consideran que las medidas tomadas en virtud del artículo también pueden ser consideradas por los órganos del SSD. En apoyo de la primera postura, la interpretación literal de los términos «que estime» sugiere que solo el Miembro que invoque la norma puede determinar cuáles son los intereses esenciales de su seguridad<sup>3</sup>, lo que estaría de acuerdo con el objetivo de calmar cualquier temor o dudas de que el GATT pudiera impactar en la capacidad de un Miembro para defender su nación (Federer, 2018, p. 229) y, por lo tanto, ningún otro Miembro u órgano

EL ARTÍCULO  
XXI DEL GATT Y  
LA AGRESIÓN:  
HACIA UNA  
INTERPRETACIÓN  
COMPATIBLE CON  
LA UNIDAD DEL  
ORDEN JURÍDICO  
INTERNACIONAL

GATT ARTICLE XXI  
AND AGGRESSION:  
TOWARDS AN  
INTERPRETATION  
COMPATIBLE WITH  
THE UNITY OF THE  
INTERNATIONAL  
LEGAL ORDER

2 Vidigal (2019) menciona que al menos veintitrés diferencias sometidas al sistema de solución de diferencias de la OMC involucran las excepciones de seguridad —aunque no necesariamente impliquen invocación del artículo XXI—: cuatro de ellas vinculadas a la situación entre Rusia y Ucrania, cuatro al conflicto de Qatar con sus vecinos del Golfo y quince motivadas por las medidas restrictivas adoptadas por los Estados Unidos (pp. 3-4). De estos casos, solamente los dos que citamos han llegado a producir informes de Grupos Especiales —uno adoptado y otro apelado—, cuatro han sido terminados por arreglo entre las partes y los restantes siguen pendientes de resolución.

3 Se sostiene que el artículo XXI es una expresión de la intención de mantener los asuntos de seguridad nacional lo más lejos del escrutinio multilateral como fuera posible (Ravikumar, 2016, p. 322).

de la OMC tendría derecho a determinar si una medida tomada por un Miembro satisface los requisitos de la norma (Bhala, 1998, pp. 268-269).

En apoyo de la segunda postura, se han adelantado dos argumentos. Según el primero, un Estado Miembro puede determinar por sí mismo si es aplicable una excepción de seguridad, pero se le impone un estándar de buena fe que sí está sujeto a revisión por los órganos de la OMC. En virtud del segundo argumento, el Estado puede considerar por sí mismo qué medidas son «necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad», pero la satisfacción de las condiciones enumeradas en el apartado b) sí está sujeta a escrutinio por los órganos de la OMC (Alford, 2011, p. 704).

Compartimos este último argumento. Si bien la primera parte del apartado puede considerarse *self-judging*, en el sentido de que la determinación de cuáles son los «intereses esenciales» de la seguridad de un Estado corresponde al propio Estado, el cumplimiento de los requisitos que habilitan la adopción de medidas en virtud del inciso, comprendidos en los apartados i) a iii), sí puede ser evaluado por los órganos de solución de diferencias de la OMC (Akande & Williams, 2003, p. 399), puesto que se trata de circunstancias objetivas y de conceptos jurídicos que deben interpretarse a la luz del derecho aplicable.

Este argumento fue compartido por el grupo especial en el caso *Rusia - Tráfico en tránsito*:

el sentido corriente del inciso iii) del apartado b) del artículo XXI, en su contexto y a la luz del objeto y fin del GATT de 1994 y del Acuerdo sobre la OMC más generalmente, es que la cláusula adjetiva “que estime” que figura en la parte introductoria del apartado b) [...] no califica a la determinación de las circunstancias descritas en el inciso iii). Más bien, para que una medida esté comprendida en el alcance del apartado b) del artículo XXI, se debe constatar objetivamente que cumple los requisitos de uno de los incisos enumerados de dicha disposición (*Rusia - Tráfico en tránsito*, 2019, § 7.82).

En función de ello, rechazó la excepción de falta de jurisdicción interpuesta por Rusia y se declaró competente para interpretar el artículo XXI (*Rusia - Tráfico en tránsito*, 2019, § 7.102).

Con tal fin, el grupo especial diseñó test objetivos que un Miembro debe cumplir en aras de invocar válidamente el artículo XXI (Vidigal, 2019, p. 13), que el grupo especial en *Arabia Saudita - Derechos de propiedad intelectual* resumió así:

determinar si las medidas del Miembro invocante fueron “aplicadas en tiempos de guerra o en caso de grave tensión internacional” [y ...] si las medidas [...] son las “que estim[a] necesarias para la protección de

los intereses esenciales de su seguridad”, [...] 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 “grave tensión internacional” (*Arabia Saudita - Derecho de propiedad intelectual*, 2020, § 7.230).

Los órganos del SSD son, por tanto, competentes para interpretar y aplicar el artículo XXI, así como para evaluar las medidas tomadas por el Miembro invocante con relación a la norma. Incluso podría pensarse que el criterio adoptado<sup>4</sup> por los grupos especiales avanzó más allá de lo que proponía la tesis afirmativa al limitar el ámbito de discrecionalidad del Estado al juicio de si las medidas son «necesarias» para proteger sus intereses esenciales de seguridad.

#### II.1.2. La pretendida naturaleza política de la cuestión

En su intervención como tercero en *Rusia - Tráfico en tránsito*, los Estados Unidos habían planteado que la invocación del artículo XXI por Rusia era una «cuestión política» que no resultaba «justiciable». Al afirmar su competencia, el grupo especial sostuvo:

La interpretación dada por el Grupo Especial al inciso iii) del apartado b) del artículo XXI implica también que el Grupo Especial rechaza el argumento formulado por los Estados Unidos de que la invocación de dicho artículo por Rusia “no es enjuiciable”, en la medida en que este argumento también se basa en la supuesta naturaleza totalmente “discrecional” de la disposición (*Rusia - Tráfico en tránsito*, 2019, § 7.103).

En una nota al pie, el grupo especial amplió su razonamiento al sostener que otra manera de formular el argumento de que la invocación por un Miembro del inciso iii) del apartado b) del artículo XXI no es enjuiciable consiste en caracterizar el problema de «cuestión política». Recordó que la Corte Internacional de Justicia (CIJ) ha rechazado el argumento de la «cuestión política» y ha concluido que, mientras el caso expuesto ante ella o la solicitud de una opinión consultiva estén fundados en una cuestión jurídica susceptible de recibir una respuesta jurídica, está obligada a asumir jurisdicción sobre ella, sin importar el trasfondo político ni los demás aspectos políticos de la cuestión. El grupo especial agregó:

en *México - Impuestos sobre los refrescos*, el Órgano de Apelación expresó la opinión de que la decisión de un grupo especial de declinar el ejercicio de una jurisdicción que le ha sido válidamente conferida no sería compatible con las obligaciones que le corresponden en virtud

EL ARTÍCULO  
XXI DEL GATT Y  
LA AGRESIÓN:  
HACIA UNA  
INTERPRETACIÓN  
COMPATIBLE CON  
LA UNIDAD DEL  
ORDEN JURÍDICO  
INTERNACIONAL

GATT ARTICLE XXI  
AND AGGRESSION:  
TOWARDS AN  
INTERPRETATION  
COMPATIBLE WITH  
THE UNITY OF THE  
INTERNATIONAL  
LEGAL ORDER

<sup>4</sup> Debe señalarse que el informe en *Rusia - Tráfico en tránsito* fue adoptado por el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) (OMC, 2019), mientras que el informe en *Arabia Saudita - Derechos de propiedad intelectual* fue apelado (OMC, 2020), aunque la actual parálisis del Órgano de Apelación nos impide pensar en un pronunciamiento en el corto plazo.



del párrafo 2 del artículo 3 y del párrafo 2 del artículo 19 del ESD [...]. Por consiguiente, [...] esta forma de caracterizar el problema como base para que el Grupo Especial decline la invocación por Rusia del inciso iii) del apartado b) del artículo XXI es también insostenible (*Rusia - Tráfico en tránsito*, 2019, nota 183).

De esa forma, el grupo especial rechazó que se tratara de una «cuestión política» que le impidiera ejercer sus competencias conforme al Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD) (Vidigal, 2019, pp. 5-7). La expresa invocación de lo resuelto por el Órgano de Apelación (OA) en el caso *México - Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas* (en adelante, *México - Refrescos*) requerirá que, más adelante, volvamos sobre el particular en nuestro análisis de las competencias de un grupo especial respecto a las medidas tomadas como consecuencia de un acto de agresión.

#### II.1.3. El significado de «guerra» en el apartado b), inciso iii)

La palabra «guerra» no aparece definida en el artículo XXI ni en ninguna otra disposición del GATT, y tampoco figura en los demás acuerdos de la OMC. Se ha sostenido que su significado no es completamente claro, pero que, aunque puede ser difícil a veces determinar si hay una guerra en una situación dada, esta determinación está basada en un concepto bien establecido del derecho internacional y es, *prima facie*, una cuestión justiciable (Schloemann & Ohloff, 1999, p. 445). Tiene, por lo tanto, un contenido objetivo y un significado jurídico, que incluye no solamente la guerra declarada, sino también cualquier otra situación que envuelva un conflicto armado (Matsushita *et al.*, 2015, p. 560). El mismo sentido fue el adoptado por el grupo especial en *Rusia - Tráfico en tránsito*: «Guerra hace referencia a un conflicto armado. Un conflicto armado puede producirse entre Estados (conflicto armado internacional) o entre fuerzas del Gobierno y grupos armados privados o entre dichos grupos dentro del mismo Estado (conflicto armado interno)» (*Rusia - Tráfico en tránsito*, 2019, § 7.72). Como su análisis se desarrolló principalmente bajo el supuesto de «grave tensión internacional», no elaboró mucho más sobre el sentido y alcance del término «guerra».

Ello no impide que nos permitamos una precisión terminológica. Participamos de la opinión que considera que la palabra «guerra» ya no tiene significado jurídico alguno en el derecho internacional contemporáneo (O'Connell & Niyazmatov, 2012, p. 196) y que, si el ordenamiento jurídico le asigna algún contenido, es para calificarla como un crimen, atento a la prohibición del uso de la fuerza contenida en la Carta de las Naciones Unidas<sup>5</sup>. En función de ello, consideramos que la referencia a la «guerra» en la norma bajo examen debe entenderse de

5 Ver al respecto la declaración del representante de México en el Comité Especial para la Definición de la Agresión (Asamblea General, 1974b, p. 43).

## 17

acuerdo a las nociones jurídicamente aceptables de «uso de la fuerza»<sup>6</sup> o «conflicto armado»<sup>7</sup>, en el sentido de recurso a la fuerza armada entre Estados o entre grupos armados en el territorio de un Estado. Aunque el grupo especial parece limitarse a esto último, en otro pasaje de su informe también hace referencia al uso de la fuerza con expresa cita del artículo 2.4 de la Carta (*Rusia - Tráfico en tránsito*, 2019, nota 151).

Los trabajos preparatorios del GATT y de la Carta de La Habana no dan ninguna precisión respecto del concepto de «guerra», pero se ha sostenido que «The drafters included Article XXI, the national security exception, to avoid the absurd result of penalizing a member state for placing tariffs against another member state who is at war with them» (Davis, 2020, p. 368). Si interpretamos eso como el objeto y fin de la norma, puede pensarse que resultaría igualmente absurdo que un Estado iniciara una guerra con un acto de agresión, aplicara medidas restrictivas del comercio en contra de la otra parte, y que luego pretenda invocar el artículo XXI en su favor.

### III. LA INVOCACIÓN DEL ARTÍCULO XXI, APARTADO B), INCISO III), EN CASO DE AGRESIÓN

El último planteamiento nos lleva al objeto principal de nuestro análisis que, para los fines de la exposición, desarrollaremos en dos partes. Por un lado, la dimensión sustancial del problema: ¿puede un agresor invocar el artículo XXI en su favor? Por otro lado, desde lo procesal: ¿son competentes los órganos del SSD en caso de agresión?

#### III.1. La dimensión sustancial: ¿puede un agresor valerse del artículo XXI?

Entendemos por «agresión», en consonancia con la Definición de la Agresión (aprobada por la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas y el artículo 8 bis del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional), al uso grave de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial y la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas. Es aceptado de manera pacífica que su prohibición está considerada como el ejemplo paradigmático de norma imperativa de derecho internacional general o *ius cogens* (CDI, 2019, p. 224), y que constituye lo que la Comisión de Derecho Internacional (CDI) llamó «el crimen internacional por antonomasia» (1977, p. 108), lo que en el lenguaje actual de las normas sobre responsabilidad internacional, y a la luz del proyecto de artículos de la CDI sobre

EL ARTÍCULO  
XXI DEL GATT Y  
LA AGRESIÓN:  
HACIA UNA  
INTERPRETACIÓN  
COMPATIBLE CON  
LA UNIDAD DEL  
ORDEN JURÍDICO  
INTERNACIONAL

GATT ARTICLE XXI  
AND AGGRESSION:  
TOWARDS AN  
INTERPRETATION  
COMPATIBLE WITH  
THE UNITY OF THE  
INTERNATIONAL  
LEGAL ORDER

6 Que se utiliza en el ámbito del *ius ad bellum*.

7 Que se utiliza en el ámbito del *ius in bello*, particularmente en los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977.

responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícito (en adelante, el Proyecto de 2001), cabe considerar como «violación grave de obligación emanada de norma imperativa», en el sentido de su artículo 40.

Así planteado, y dado que el artículo XXI no hace distinción alguna, ¿podría un agresor válidamente invocar la excepción de la norma y ampararse en la protección de sus intereses de seguridad en caso de una «guerra» que él mismo inició? Pensamos que la respuesta negativa se impone: las medidas restrictivas al comercio que el agresor podría adoptar solamente contribuirían a consolidar su agresión, y la aplicación del principio *ex iniuria ius non oritur* no le permite invocar la norma para justificar sus medidas. De otra forma, las consecuencias de su agresión aparecerían amparadas por el propio GATT y eso es inadmisibles por su manifiesta oposición a normas elementales del derecho internacional general<sup>8</sup>.

Una de las pocas oportunidades en que el artículo XXI fue discutido en el sistema de solución de diferencias del GATT de 1947 fue en la situación generada a raíz del embargo de los Estados Unidos contra Nicaragua, llevada por este Estado al sistema en 1985 (Mavroidis, 2007, p. 323). El informe del Panel, que finalmente no fue adoptado, incluye ciertas referencias que pueden resultar de utilidad para nuestro análisis. Así, Nicaragua sostuvo que no podía permitirse a un país basarse en la existencia de una «emergencia» que él mismo ha creado. En ese respecto, consideró que el artículo XXI es análogo al derecho de legítima defensa en el derecho internacional. Esta disposición podría ser invocada solamente por una parte sujeta a una agresión directa o un ataque armado, y no por el agresor o por partes indirectamente en riesgo. Nicaragua agregó que debía tenerse en cuenta que el GATT no existía en un vacío, sino que era parte integral de una estructura más amplia del derecho internacional, y que el Acuerdo General no debía ser interpretado en una manera inconsistente con el derecho internacional<sup>9</sup>. Sin embargo, como el mandato del Panel le impedía evaluar la validez o la motivación de la invocación por parte de los Estados Unidos del artículo XXI (*United States - Trade Measures Affecting Nicaragua*, 1986, § 1.4), no se llegó a ninguna determinación respecto de la cuestión.

8 Cabe recordar al respecto que el artículo 5.1 de la Definición de la Agresión dispone que «Ninguna consideración, cualquiera sea su índole, política, económica, militar o de otro carácter, podrá servir de justificación de una agresión» (Asamblea General, 1974a).

9 «A country could not be allowed to base itself on the existence of an “emergency” which it had itself created. In that respect, Article XXI was analogous to the right of self-defence in international law. This provision could be invoked only by a party subjected to direct aggression or armed attack and not by the aggressor or by parties indirectly at risk. Nicaragua added that it must be borne in mind that GATT did not exist in a vacuum but was an integral part of the wider structure of international law, and that the General Agreement must not be interpreted in a way inconsistent with international law» (*United States - Trade Measures Affecting Nicaragua*, 1986, § 4.5).

## 19

Eso no nos impide, pensamos, advertir que los argumentos de Nicaragua son análogos a los nuestros: la disposición del inciso iii) del apartado b) del artículo XXI tiene por objeto no mantener vinculada por las obligaciones del GATT a la víctima de una agresión respecto de su agresor, y no darle nuevas herramientas a este para consolidar su agresión.

La doctrina ha reparado poco en esta cuestión. Solamente Hahn (1991), en un anticuado pero muy completo estudio, se ha formulado un interrogante similar al nuestro, pero no lo responde<sup>10</sup>, por cuanto considera que tal interpretación atribuiría al GATT un rol que este instrumento técnico no tiene: cuando las relaciones interestatales descienden al nivel de la ley de la selva, los detalles del GATT no tienen un papel que desempeñar. En otras palabras, afirma, el GATT ni siquiera tuvo la intención de tener vigor en un conflicto armado, reconociendo así el papel limitado del derecho internacional económico una vez que los Estados han decidido ir a la guerra (p. 587). No podemos estar de acuerdo con esta opinión pues, si se formulara desde una visión realista, no es compatible con la defensa del orden jurídico, cuya vigencia no puede verse en juego por su propia violación. Al contrario, la propia disposición del artículo XXI implica la respuesta del ordenamiento particular del GATT/OMC para lidiar con situaciones de conflicto: las obligaciones del GATT no se suspenden en caso de «guerra», sino que el mismo acuerdo permite a los Estados tomar medidas para proteger sus intereses de seguridad, las cuales, insistimos, no pueden amparar a un agresor sin vulnerar las normas más fundamentales del derecho internacional.

El mismo principio inspira el artículo 15 del Proyecto de artículos de la CDI sobre Efectos de los conflictos armados en los tratados, titulado «Prohibición de beneficio para un Estado que cometa un acto de agresión», que dispone:

El Estado que cometa un acto de agresión en el sentido de la Carta de las Naciones Unidas y la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas no podrá dar por terminado un tratado, retirarse de él ni suspender su aplicación como consecuencia de un conflicto armado resultante del acto de agresión, si ello redundase en beneficio de ese Estado.

Esta norma es en sí misma una aplicación del principio *ex iniuria ius non oritur* (CDI, 2016, p. 130) y confirma nuestras consideraciones

10 Más adelante en el mismo trabajo parece dar respuestas, pero en términos ambiguos y algo contradictorios. Así, sostiene que si incluso un agresor puede escapar del GATT en virtud del artículo XXI, entonces el Estado que actúa en legítima defensa debe ser liberado de tener que conceder beneficios comerciales a su atacante (Hahn, 1991, p. 589); pero luego, al comentar sobre los posibles conflictos entre la norma y el derecho internacional general, menciona que en una situación de guerra y de cualquier ataque armado que permita el uso lícito de la fuerza está claro que la «guerra» o el (incluso potencial) uso de la fuerza no plantean ninguna barrera (p. 603).

EL ARTÍCULO  
XXI DEL GATT Y  
LA AGRESIÓN:  
HACIA UNA  
INTERPRETACIÓN  
COMPATIBLE CON  
LA UNIDAD DEL  
ORDEN JURÍDICO  
INTERNACIONAL

GATT ARTICLE XXI  
AND AGGRESSION:  
TOWARDS AN  
INTERPRETATION  
COMPATIBLE WITH  
THE UNITY OF THE  
INTERNATIONAL  
LEGAL ORDER

respecto de que la existencia de conflicto no solamente no implica *per se* la suspensión de las obligaciones de los Estados en virtud del GATT, sino que impide al agresor beneficiarse de su propia agresión.

De la misma forma, pensamos que una interpretación que permita al agresor valerse de la excepción del artículo XXI para justificar medidas adoptadas en defensa de su propia agresión implicaría reconocer que puede obtener un beneficio de esa violación grave de una norma de *ius cogens*, lo cual es inadmisibile.

En Rusia - Tráfico en tránsito, el grupo especial sostuvo:

Sería totalmente contrario a la seguridad y la previsibilidad del sistema multilateral de comercio establecido por el GATT de 1994 y los Acuerdos de la OMC, incluidas las concesiones que permiten desviaciones de las obligaciones en determinadas circunstancias, interpretar que el artículo XXI es una condición potestativa sin reservas, que supedita la existencia de las obligaciones de un Miembro en el marco del GATT y de la OMC a una simple expresión de la voluntad unilateral de ese Miembro (2019, § 7.79).

Si se consideró contraria al sistema la posibilidad de interpretar el artículo XXI como una condición potestativa sin reservas, *a fortiori* debe considerarse contrario que un Miembro inicie una guerra mediante una agresión para luego pretender usar al sistema en su beneficio.

En definitiva, una interpretación del artículo XXI, apartado b), inciso iii) del GATT en línea con el derecho internacional general y, en particular, con las normas de *ius cogens*, nos lleva a concluir que un Estado agresor no puede invocar válidamente la excepción en caso de una «guerra» que él mismo haya iniciado con un acto de agresión.

### III.2. La dimensión procesal: la competencia los órganos del SSD para determinar la existencia y los efectos de un acto de agresión

Si bien, en lo sustancial, la cuestión parece tener una respuesta clara —al menos, desde el campo teórico—, en lo procesal son más las preguntas que las respuestas, en función de la limitada competencia de los órganos del SSD. ¿Debe un órgano como un grupo especial, el OA o el OSD pronunciarse sobre los efectos jurídicos de un acto de agresión en los acuerdos abarcados si ello es necesario para tomar una decisión sobre una diferencia que le es planteada? E, íntimamente relacionado a ello, ¿pueden tales órganos determinar la existencia de un acto de agresión, aunque no resulten expresamente competentes para ello en virtud del ESD?

Con relación al primer interrogante, debemos distinguir entre dos supuestos básicos: que algún órgano competente de las Naciones Unidas haya realizado la determinación de la existencia de un acto de agresión, o que tal determinación no haya sido realizada.

En el primer supuesto, si la determinación fue efectuada por el Consejo de Seguridad, nos encontramos ante el caso menos problemático: se ha producido una agresión y esta ha sido constatada por el órgano cuyo poder de determinación ha sido reconocido expresamente por el artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas<sup>11</sup>. En tal caso, no vemos que nada impida a los órganos del SSD la posibilidad de considerar la responsabilidad de la parte calificada como agresora por el Consejo de Seguridad en la existencia de la «guerra» en el sentido del artículo XXI, apartado b), inciso iii) del GATT a los fines de realizar su análisis de las medidas tomadas con relación a ella<sup>12</sup>.

Creemos que la misma conclusión es aplicable al caso en el que la Asamblea General, reunida en virtud del procedimiento establecido en la resolución 377 (V) «Unión pro Paz», haya determinado la existencia de un acto de agresión ante la falta de unanimidad de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad (Kenny, 2016, pp. 27-28). Tampoco vemos obstáculo alguno en que se pueda proceder de esa forma en el SSD si existe una sentencia de la CIJ que determina la existencia de un acto de agresión, aunque sí observamos que podría existir un obstáculo de índole práctica, considerando que, en general, la tramitación de los litigios ante la CIJ tarda mucho más que las diferencias sometidas al SSD y sería difícil imaginar un escenario en el que la sentencia de la Corte precediera al informe de un grupo especial.

El segundo supuesto es mucho más complejo y nos lleva de inmediato al segundo interrogante: ¿podrían los órganos del SSD determinar, a los fines de interpretar y aplicar el artículo XXI del GATT, la existencia de un acto de agresión?

*A priori*, parecería que la negativa debe imponerse, toda vez que las consecuencias de la determinación de un acto de agresión exceden por mucho las cuestiones comerciales y no parece, por más extensiva

EL ARTÍCULO  
XXI DEL GATT Y  
LA AGRESIÓN:  
HACIA UNA  
INTERPRETACIÓN  
COMPATIBLE CON  
LA UNIDAD DEL  
ORDEN JURÍDICO  
INTERNACIONAL

GATT ARTICLE XXI  
AND AGGRESSION:  
TOWARDS AN  
INTERPRETATION  
COMPATIBLE WITH  
THE UNITY OF THE  
INTERNATIONAL  
LEGAL ORDER

11 En este caso, recurrimos nuevamente a la analogía con el proyecto de artículos de la CDI sobre efectos de los conflictos armados en los tratados. La CDI (2016) indica, en su comentario al artículo 15: «La calificación del Estado como agresor dependerá, [...] desde el punto de vista del procedimiento, del Consejo de Seguridad. Si este órgano califica como agresor a un Estado que desee dar por terminado un tratado, retirarse de él o suspender su aplicación, lo cual presupone que se ha acudido al Consejo, dicho Estado no podrá hacerlo o, en todo caso, únicamente podrá hacerlo en la medida en que no se beneficie de ello, teniendo en cuenta que este último aspecto puede ser apreciado eventualmente por el Consejo o por un juez o árbitro» (p. 130).

12 Es oportuno tener presente que, si el Consejo de Seguridad determina la existencia de un acto de agresión, probablemente adopte medidas contra el agresor en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, y las medidas que tomen los Estados en cumplimiento de estas disposiciones ya no se regirán por el apartado b) del artículo XXI, sino por el apartado c).

que pueda hacerse una interpretación de las normas del ESD, que los órganos del sistema tengan semejante competencia.

Al mismo tiempo, las consecuencias de la agresión operan de pleno derecho, con independencia de la determinación de su existencia. Eso significa que un órgano del SSD no podría ignorar la cuestión al tener que resolver una diferencia, máxime al tratarse del ejemplo paradigmático de la violación grave de una obligación emanada de una norma imperativa de derecho internacional.

Estas consideraciones nos llevan a explorar tres alternativas a las que se puede enfrentar un órgano del SSD, en particular un grupo especial, en caso de invocación del artículo XXI del GATT por un agresor: a) omitir todo pronunciamiento sobre la agresión y resolver la cuestión solamente en base a los acuerdos abarcados; b) considerar que la determinación de la existencia del acto de agresión es imprescindible a los fines de interpretar y aplicar el artículo XXI; o c) declinar el ejercicio de su competencia en el caso. Ahora, analizaremos cada una de ellas.

### III.2.1. El órgano no puede apartarse de su competencia *ratione materiae*

La competencia de los órganos está definida por el ESD, cuyo artículo 1 la limita a los denominados «acuerdos abarcados», que son los enumerados en el apéndice 1 del ESD y a los que nos referiremos genéricamente como «los acuerdos de la OMC». El artículo 3.2 explicita que el sistema «sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados» y que «Las recomendaciones y resoluciones del OSD no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdo abarcados». El artículo 3.5 insiste en que «Todas las soluciones de los asuntos planteados [...] habrán de ser compatibles con dichos acuerdos y no deberán anular ni menoscabar las ventajas resultantes de los mismos para ninguno de sus Miembros». Por otra parte, el artículo 11 especifica que la función de los grupos especiales «es ayudar al OSD a cumplir las funciones que le incumben en virtud del presente Entendimiento y de los acuerdos abarcados».

Es decir, el ESD es claro en cuanto limita la competencia de los órganos del sistema a los acuerdos abarcados. ¿Implica esta limitación también la imposibilidad de pronunciarse sobre la existencia de un acto de agresión cuando dicho acto afecta la interpretación y aplicación de una norma de los acuerdos abarcados, como el artículo XXI del GATT?

Un pasaje del informe del grupo especial en *Rusia - Tráfico en tránsito* podría dar una respuesta afirmativa a este interrogante, veamos:

el Grupo Especial debe determinar si esta situación entre Ucrania y Rusia que existe desde 2014 constituye una grave tensión internacional



## 23

en el sentido del inciso iii) del apartado b) del artículo XXI. El Grupo Especial señala que para esta determinación no es pertinente saber qué actor o actores son internacionalmente responsables por la existencia de esta situación a que se refiere Rusia. Tampoco es necesario que el Grupo Especial caracterice la situación entre Rusia y Ucrania con arreglo al derecho internacional en general (2019, §§ 7.120-7.121).

¿Qué significa este pasaje con relación a la agresión? Podemos señalar al menos dos posibles interpretaciones. Según la primera, en la determinación de ninguna de las situaciones del inciso iii) sería pertinente saber qué actor o actores son internacionalmente responsables por la existencia de ellas. En tal caso, el grupo especial debería limitarse a constatar si existe o no una «guerra» como circunstancia objetiva y proseguir con su test para la aplicación del artículo XXI. Como sostiene Heath (2019):

by using the phrase “international responsibility”, appears to be stating that the panel will not decide whether Russia breached any of its obligations under general international law (such as Article 2(4) of the UN Charter on the use of force). [...] by using the phrase “characterize the situation”, seems to be saying that the panel is not going to make any authoritative statement about whether the Russia-Ukraine situation amounts to an “armed conflict” [...] Two legal results flow from this decision [...]. The explicit result is that the panel is refusing to make the invocation of GATT Article XXI(b)(iii) contingent on the invoking state’s legal responsibility — a party can invoke the “war” exception even if it started the war.

No obstante, Heath (2019) omite mencionar<sup>13</sup> que, si se tratara de una violación de la prohibición del uso de la fuerza, estaría involucrado el *ius cogens* y esa circunstancia no puede ser inocua, como veremos.

Pero, para la segunda interpretación, el análisis de la responsabilidad por la existencia de la situación no podría ser obviado en caso de «guerra», en el sentido del inciso iii). Steve Charnovitz sostuvo que no puede ser irrelevante cuál Estado es responsable por la creación de la tensión internacional; de otra forma, la libertad de acción para actuar en una situación de tensión estipulada en el artículo XXI permitiría a los Estados crear esa tensión con el objeto de justificar cualquier acción comercial que quieran (Lester, 2019)<sup>14</sup>. Sin embargo, planteó la cuestión

EL ARTÍCULO  
XXI DEL GATT Y  
LA AGRESIÓN:  
HACIA UNA  
INTERPRETACIÓN  
COMPATIBLE CON  
LA UNIDAD DEL  
ORDEN JURÍDICO  
INTERNACIONAL

GATT ARTICLE XXI  
AND AGGRESSION:  
TOWARDS AN  
INTERPRETATION  
COMPATIBLE WITH  
THE UNITY OF THE  
INTERNATIONAL  
LEGAL ORDER

13 Otros autores, en similar posición a la de Heath, también omiten esta circunstancia, incluso celebrando el hecho de que el grupo especial defienda la autoridad del sistema (Ioachimescu-Voinea, 2019, p. 23), como si se tratara de un sistema cerrado ajeno por completo a las normas imperativas del derecho internacional.

14 «It's just can't be irrelevant what state is responsible for the emergency. Otherwise, the leeway in Article XXI to act in an emergency would allow states to create an emergency in order to justify any trade action they want» (Lester, 2019). Vale la pena anotar que la cita proviene de un comentario de Steve Charnovitz a un post de Simon Lester sobre el informe del grupo especial.



en términos generales y no se refirió específicamente al concepto de «guerra» ni a la existencia de normas imperativas en tal contexto<sup>15</sup>. Por nuestra parte, sostenemos que hay cuatro argumentos que abonan esta segunda interpretación.

En primer lugar, el informe claramente establece que para «esta» determinación no es pertinente saber qué actor es el responsable, y tal determinación no es otra que la referida al comienzo del pasaje citado; es decir, si la situación entre Rusia y Ucrania «constituye una grave tensión internacional en el sentido del inciso iii)». Nada hay en el texto del informe que indique que la opinión del grupo especial acerca de la falta de pertinencia de la responsabilidad por la existencia de la situación se aplica también al caso de «guerra».

En segundo lugar, el propio grupo especial propone una distinción entre la guerra y la «grave tensión internacional», aun cuando reconozca que la primera es «un ejemplo característico» de la segunda, a la que califica como «una categoría más amplia», cuyos límites «son menos claros que [...] los de la guerra» (*Rusia - Tráfico en tránsito*, 2019, § 7.71). En otras palabras, considera que la guerra tiene un significado más preciso que la «grave tensión internacional». Al momento de definir la «guerra», como vimos, el grupo especial la equipara a la noción de «conflicto armado», un concepto jurídico con un significado concreto en el derecho internacional; mientras que para definir la «grave tensión internacional» debió recurrir al significado del diccionario (§ 7.72). Esta distinción, pensamos, no puede ser inocua para nuestra interpretación. Por otra parte, no consideramos que el haber recurrido a una noción propia del DIH —donde no se tiene en cuenta, en principio, la licitud del conflicto— sea relevante en esta discusión, toda vez que también recurrió al *ius ad bellum* al citar el artículo 2.4 de la Carta cuando hizo referencia a las «relaciones internacionales» (nota 151).

Por ser conceptos diferentes, uno susceptible de tener significado jurídico<sup>16</sup> y el otro no, la determinación de la responsabilidad para el

15 Lapa (2020) sostiene que esta posición implicaría la posibilidad de utilizar la doctrina de las «manos limpias» en el derecho de la OMC. Dado que dicha doctrina ha sido escasamente usada en la práctica, la autora sostiene que «transposing it into the WTO might have brought additional arguments for a backlash against the WTO system» (p. 23). Si bien estamos de acuerdo en que la doctrina de las «manos limpias» no tiene mucho reconocimiento en la práctica jurisdiccional, no obstante —como la autora señala— haber sido propuesta en el contexto de la diferencia entre Rusia y Ucrania (Rice, 2015), no vemos cómo la determinación de la responsabilidad por la creación de la «guerra» en el sentido del artículo XXI podría ser considerada como una aplicación de dicha doctrina, que tiene un carácter más bien procesal relativo al *ius standi* (CDI, 2012, p. 2). Es por eso que pensamos que la crítica de Charnovitz está más cerca de nuestra posición que de tal doctrina, pero lo que ni él ni los otros autores parecen tener en cuenta es el rol del *ius cogens* en la cuestión, que es una cuestión central en nuestra argumentación.

16 Sostenemos esto a pesar de considerar, como dijimos, que la «guerra» como tal no es un concepto jurídico en el derecho internacional contemporáneo; sin embargo, como también hemos señalado, los términos «uso de la fuerza» y «conflicto armado», asociados a la noción de «guerra», sí tienen un significado jurídico preciso en el derecho internacional.

segundo puede ser válidamente considerada como no pertinente, pero no podría caber la misma consideración para el primero.

Ello se relaciona con nuestro tercer argumento, por cuanto las características propias de la prohibición del uso de la fuerza en el derecho internacional contemporáneo hacen que, en caso de agresión, no pueda considerarse a los beligerantes en pie de igualdad. El agresor no está en el derecho internacional contemporáneo en la misma posición que la víctima de la agresión<sup>17</sup>, puesto que ha cometido una violación grave de una norma de *ius cogens* —lo que Heath (2019) no parece tener en cuenta en su análisis— y, a los fines de determinar las consecuencias jurídicas de la situación creada por la agresión —como la «guerra» del inciso iii)—, necesariamente habrá de determinarse quién tiene la responsabilidad por dicha agresión.

El cuarto argumento es de carácter procesal y ha sido destacado por Hill-Cawthorne (2019, pp. 797-798)<sup>18</sup>, aunque significativamente omitido por Heath: Ucrania no planteó la cuestión de la presunta responsabilidad rusa por la creación de la situación de grave tensión internacional, de allí que el grupo especial haya podido eludir el pronunciamiento sin mayores consecuencias.

En conclusión, pensamos que no es dable extrapolar las consideraciones que efectuó el grupo especial respecto de la determinación de la responsabilidad por la existencia de la «grave tensión internacional» a la posible determinación de responsabilidad por la «guerra», particularmente en casos de agresión. Esto no significa necesariamente que consideremos que los órganos del SSD tengan competencia para determinar la existencia de un acto de agresión; simplemente estamos afirmando que no vemos en ese pasaje del informe del grupo especial un argumento por la negativa.

Ello no impediría que, en los hechos, un grupo especial, haciendo una interpretación restrictiva de sus competencias en virtud del ESD y teniendo en cuenta lo resuelto por el OA en *México - Refrescos*, caso que analizaremos más adelante, considerara que puede realizar una determinación de la «circunstancia objetiva» de la «guerra» en el artículo XXI, sin pronunciarse sobre la responsabilidad en el inicio de tal guerra y determinar que las medidas adoptadas por un agresor para proteger sus intereses esenciales de seguridad —es decir, para mantener la agresión— no violan las disposiciones del GATT.

EL ARTÍCULO  
XXI DEL GATT Y  
LA AGRESIÓN:  
HACIA UNA  
INTERPRETACIÓN  
COMPATIBLE CON  
LA UNIDAD DEL  
ORDEN JURÍDICO  
INTERNACIONAL

GATT ARTICLE XXI  
AND AGGRESSION:  
TOWARDS AN  
INTERPRETATION  
COMPATIBLE WITH  
THE UNITY OF THE  
INTERNATIONAL  
LEGAL ORDER

17 Al respecto, son muy ilustrativas las opiniones planteadas en la CDI (1967, pp. 66-67) durante la discusión del proyecto de lo que luego sería el artículo 75 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

18 No obstante, piensa que los órganos del SSD podrían seguir el criterio del caso *México - Refrescos* y que el pasaje comentado podría ser un indicio de esa posición (Hill-Cawthorne, 2019, pp. 797-798).

Sin embargo, entendemos que esta alternativa no puede ser considerada válida. El artículo 42.2 del Proyecto de artículos de la CDI sobre Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales dispone: «Ningún Estado ni ninguna organización internacional reconocerá como lícita una situación creada por una violación grave en el sentido del artículo 41, ni prestará ayuda o asistencia para mantener esa situación». Es verdad que el artículo 41 del proyecto se refiere a «una violación grave por una organización internacional de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general», y no a una violación grave por un Estado —artículo 40 del Proyecto de 2001—, como sucedería en el supuesto bajo discusión; pero, en su comentario al artículo 42, la CDI (2016) sostuvo:

Aun cuando la práctica no ofrece ejemplos de casos en que las obligaciones enunciadas en el presente artículo se hicieron valer con respecto a una violación grave cometida por una organización internacional, no es baladí que se considerase que esas obligaciones se aplicaban a las organizaciones internacionales cuando un Estado supuestamente cometía una violación (p. 93).

De hecho, uno de los ejemplos de la práctica que aporta es relativo a un acto de agresión:

con respecto a la anexión de Kuwait por el Iraq, el Consejo de Seguridad, en el párrafo 2 de su resolución 662 (1990), de 9 de agosto de 1990, exhortó a «todos los Estados, organizaciones internacionales y organismos especializados a no reconocer esa anexión y a abstenerse de todo acto o transacción que pudiera interpretarse como un reconocimiento indirecto de la anexión» (CDI, 2016, p. 93).

El deber del artículo 42.2, por lo tanto, es aplicable a todo tipo de violación grave de una obligación emanada de una norma imperativa y es la solución más razonable de acuerdo a la naturaleza de este tipo de violaciones.

Pero la pregunta es: ¿implica un pronunciamiento de un grupo especial sobre la aplicación de medidas respecto de las que se invocó la excepción del artículo XXI por parte de un agresor un «reconocimiento»? Creemos que sí. Para ello debe tenerse presente que lo que la norma manda a las organizaciones internacionales es no reconocer como lícita «la situación creada», y no la violación grave en sí misma. En nuestro caso, «la situación creada» sería la «guerra», en el sentido del artículo XXI del GATT; mientras que la violación grave es el acto de agresión que le dio origen. Si un grupo especial<sup>19</sup> realiza la «determinación objetiva» de la existencia de una «guerra» sin indagar en sus causas, y a partir de

19 En la medida en que los grupos especiales son creados en el ámbito del SSD de la OMC con gastos a cargo del presupuesto de la organización —artículo 8.11 del ESD—, y que su función es ayudar al OSD —artículo 11—, podemos considerar que son órganos de la OMC. Incluso si así no fuera,

ahí encuentra justificadas las medidas tomadas por el agresor, estaría reconociendo como lícita una situación creada por una violación grave de una norma imperativa en flagrante violación de su obligación de no reconocimiento.

En consecuencia, pensamos que un órgano del SSD no podría, en caso de agresión, interpretar y aplicar aisladamente las disposiciones del artículo XXI del GATT sin correr el riesgo de convalidar medidas tomadas por el agresor para consolidar su agresión, lo cual iría en contra de las obligaciones de la OMC ante casos de violación grave de obligaciones emanadas de normas imperativas. La primera alternativa, por lo tanto, nos resulta inadmisibles.

III.2.2. La determinación de la existencia del acto de agresión por los órganos del SSD es imprescindible a los fines de interpretar y aplicar el artículo XXI

La anterior conclusión parecería llevarnos inevitablemente, y en línea con nuestras consideraciones sustanciales, a sostener que la gravedad de la agresión, que impide al agresor beneficiarse de la situación ilícita creada por su acto, permitiría a un grupo especial —o en su caso, al OA y al OSD— pronunciarse sobre la responsabilidad en el comienzo de la «guerra», a los fines de interpretar y aplicar el artículo XXI del GATT.

Recordemos que, conforme al artículo 3.2 del ESD, el SSD sirve «para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público». Al disponer que la interpretación de los acuerdos abarcados se realice conforme a las normas del derecho internacional público, el ESD implica —en nuestra opinión— que el sistema de la OMC no es un régimen cerrado, sino que permite la penetración de otras normas del derecho internacional<sup>20</sup>. El GATT no funciona en un vacío fáctico ni jurídico, es parte del sistema general de normas jurídicas que gobiernan las relaciones entre los Estados (Hahn, 1991, p. 560). Como lo ha sostenido con meridiana claridad el propio OA, «no debe leerse el Acuerdo General aislándolo clínicamente del derecho internacional público» (*Estados Unidos - Gasolina*, 1996, p. 20). El artículo XXI del GATT, por tanto, al recurrir al concepto de «guerra», debe interpretarse a la luz de las normas que regulan el uso de la fuerza en el derecho internacional, lo cual incluye el carácter imperativo de la prohibición de la agresión.

Sin embargo, no podemos negar que recurrir a otras normas con la finalidad de interpretar una disposición de uno de los acuerdos abarcados,

EL ARTÍCULO  
XXI DEL GATT Y  
LA AGRESIÓN:  
HACIA UNA  
INTERPRETACIÓN  
COMPATIBLE CON  
LA UNIDAD DEL  
ORDEN JURÍDICO  
INTERNACIONAL

GATT ARTICLE XXI  
AND AGGRESSION:  
TOWARDS AN  
INTERPRETATION  
COMPATIBLE WITH  
THE UNITY OF THE  
INTERNATIONAL  
LEGAL ORDER

la adopción de sus informes por el OSD —artículo 16 del ESD— es, fuera de toda duda, un acto atribuible a la OMC y, por lo tanto, susceptible de generar su responsabilidad internacional.

<sup>20</sup> Así, compartimos la posición planteada por el Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre la fragmentación del derecho internacional: «parece que casi no hay razones de principio para apartarse de la opinión de que el derecho internacional general complementa el derecho de la OMC» (CDI, 2006, p. 169).

y determinar la responsabilidad de una de las partes en la diferencia por la violación de normas ajenas a la OMC, son dos cuestiones muy diferentes entre sí (Pauwelyn, 2003, p. 444). Resulta claro, incluso para los que reconocemos que los órganos del SSD pueden y deben recurrir a normas internacionales, fuera de los acuerdos abarcados, en aras de obtener una interpretación armónica de estos con el derecho internacional, que la determinación de la responsabilidad por la comisión de un acto de agresión excede los límites de la competencia *ratione materiae* de dichos órganos en virtud del ESD. Como sostuvo el OA en el caso *México - Refrescos*, la interpretación que proponía México en su apelación:

conllevaría una determinación de si los Estados Unidos han actuado de forma compatible o incompatible con las obligaciones que les corresponden en virtud del TLCAN. No vemos en el ESD fundamento alguno para que los grupos especiales y el Órgano de Apelación resuelvan diferencias no relacionadas con la OMC. [...] Aceptar la interpretación de México supondría que el sistema de solución de diferencias de la OMC podría utilizarse para determinar derechos y obligaciones que estén fuera del ámbito de los acuerdos abarcados (*México - Refrescos*, 2006, § 56).

Pero, al mismo tiempo, no podemos perder de vista que no se trata de cualquier obligación ajena a la OMC, sino de —insistimos— una violación grave a una obligación emanada de una norma imperativa, y una determinación de un grupo especial que no tuviera en cuenta esta circunstancia iría en contra de lo que el *ius cogens* implica.

Queda claro que el supuesto que planteamos no se trata de la incompatibilidad entre una norma de la OMC (en este caso, el artículo XXI del GATT) y una norma de *ius cogens*. En ese caso —que no registra precedentes en la práctica internacional ni en la jurisprudencia<sup>21</sup>—, la mera aplicación de la jerarquía del *ius cogens* redundaría en la invalidez de la norma en oposición (CDI, 2006, p. 211). Nuestro caso, más bien, trata de una medida tomada por un agresor —es decir, un Estado que ha cometido una violación grave de una norma de *ius cogens*— que, para convalidarla, invoca la excepción del artículo XXI del GATT.

Marceau (2002) ha tenido en cuenta esta posibilidad al considerar el caso de que una disposición de la OMC fuera implementada por un miembro de manera tal que violara el *ius cogens*, y se pregunta si un grupo especial o el OA puede llegar a la conclusión de que una medida nacional que implementa un derecho u obligación de la OMC está en violación del *ius cogens*. Posiblemente, considera que podrían determinar solamente si una medida viola una disposición de la OMC, no el *ius cogens*; pero también sería posible que un órgano determine que cualquier violación

21 Sobre los precedentes relativos a las excepciones de seguridad, ver Vázquez Arango (2011).

del *ius cogens* resulta inconsistente con la verdadera interpretación/aplicación de la disposición de la OMC (p. 800)<sup>22</sup>.

¿Cómo podría, entonces, un órgano del SSD determinar que una agresión —una violación de una norma imperativa— sería inconsistente con la interpretación y aplicación del artículo XXI? Una vía posible sería la buena fe.

Al respecto, el grupo especial en *Rusia - Tráfico en tránsito* sostuvo:

la discreción de un Miembro para designar determinadas preocupaciones como “intereses esenciales de [...] seguridad” 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. [...] La obligación de buena fe exige que los Miembros no utilicen las excepciones previstas en el artículo XXI como un medio para eludir las obligaciones que les corresponden en virtud del GATT de 1994 (2019, §§ 7.132-7.133).

Cometer un acto de agresión y luego pretender valerse de la excepción del artículo XXI para justificar medidas destinadas a consolidar la agresión es un evidente comportamiento de mala fe, y el grupo especial podría considerar así que la invocación de la disposición no pudo realizarse válidamente.

Es verdad que en el caso revisado el grupo especial no cuestionó la buena fe de Rusia, pero ello habría sido posible si Ucrania hubiese planteado que la invocación del artículo XXI representaba un abuso del derecho, dada la ocupación de Crimea y las actividades en el este de Ucrania, lo cual, como dijimos, no sucedió (Hill-Cawthorne, 2019, p. 789).

No se nos escapa que los órganos del SSD podrían echar mano a la distinción —artificial y criticada— que la CIJ realizó en su sentencia en el caso *Inmunidades jurisdiccionales de los Estados* (2012) al sostener que no había conflicto entre las normas de *ius cogens* y las relativas a la inmunidad del Estado por tratar sobre diferentes materias y por la naturaleza procesal de estas últimas (§ 93). Así, los órganos del SSD podrían sostener que la naturaleza de *ius cogens* de la prohibición de la agresión no modifica su competencia conforme al ESD, puesto que estas son normas de naturaleza procesal y no sustancial. Sin embargo, la analogía llegaría hasta allí porque si, apelando a esa distinción, el grupo especial pretendiera interpretar y aplicar el artículo XXI del GATT sin tener en cuenta el *ius cogens*<sup>23</sup>, caería nuevamente en la situación descrita en el punto anterior y el razonamiento de la CIJ ya no sería aplicable.

22 “Can a WTO panel or the Appellate Body reach a conclusion that a national measure implementing a WTO right or obligation is in violation of *ius cogens*? Arguably, a panel or the Appellate Body can only determine whether a national measure violates a WTO provision, not *ius cogens*. But it may be possible for a panel or the Appellate Body to determine that any violation of *ius cogens* would be inconsistent with the true interpretation/application of the WTO provision. The panel would then be reading the WTO provisions so as to avoid conflicts with *ius cogens*” (Marceau, 2002, p. 800).

23 Cabe recordar también lo que sostuvo el tribunal arbitral en la controversia entre Irlanda y el Reino Unido, en virtud del artículo 9 de la Convención para la Protección del Medio Ambiente Marino del

EL ARTÍCULO  
XXI DEL GATT Y  
LA AGRESIÓN:  
HACIA UNA  
INTERPRETACIÓN  
COMPATIBLE CON  
LA UNIDAD DEL  
ORDEN JURÍDICO  
INTERNACIONAL

GATT ARTICLE XXI  
AND AGGRESSION:  
TOWARDS AN  
INTERPRETATION  
COMPATIBLE WITH  
THE UNITY OF THE  
INTERNATIONAL  
LEGAL ORDER

Es decir, tal distinción podría servir, en todo caso, para «declinar» la competencia del órgano, lo cual nos lleva a la tercera alternativa.

III.2.3. En un caso que requiera la determinación de la existencia de un acto de agresión, los órganos del SSD deben declinar el ejercicio de su competencia

¿Pueden los órganos del SSD declinar el ejercicio de su competencia? En el ya citado caso *México - Refrescos*, México había apelado el informe del grupo especial que, entre otras cosas, había rechazado su solicitud de declinar de ejercer jurisdicción a favor de un panel arbitral establecido de conformidad con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Analizando las disposiciones del ESD, el OA llegó a la conclusión de que un grupo especial no goza de facultades discrecionales para declinar el ejercicio de su jurisdicción en el asunto que se le haya sometido (*México - Refrescos*, 2006, §§ 47-54).

Sin embargo, no pensamos que el mismo análisis sea directamente trasladable al supuesto que estudiamos. El propio OA circunscribió el alcance de su pronunciamiento de la siguiente manera:

Teniendo presente el alcance preciso de la apelación de México, no nos pronunciamos sobre si puede haber otras circunstancias en que pudieran existir impedimentos legales que imposibilitarían a un grupo especial resolver los aspectos de fondo de las alegaciones que se le hayan sometido (*México - Refrescos*, 2006, § 54).

En un caso en el que se hubiese cometido un acto de agresión, es decir, que estuviera en juego una norma de *ius cogens*, pensamos que podría haber «otras circunstancias» que implican «impedimentos legales» que imposibilitarían resolver a un grupo especial<sup>24</sup>, dada la situación que hemos descrito previamente.

¿Podría, en ese caso, un grupo especial declinar de su competencia ante la ausencia de cualquier norma expresa al respecto? Pauwelyn y Salles (2009) se inclinan por una respuesta afirmativa al considerar que el grupo especial puede ser competente para entender en el caso e, igual, declinar de ejercer esa competencia por considerar que es «inadmisible»

Atlántico del Nordeste (Ospar, por sus siglas en inglés): «It should go without saying that the first duty of the Tribunal is to apply the OSPAR Convention. An international tribunal, such as this Tribunal, will also apply customary international law and general principles unless an to the extent that the Parties have created a *lex specialis*. Even then, it must defer to a relevant *jus cogens* with which the Parties' *lex specialis* may be inconsistent» (*Dispute Concerning Access to Information under Article 9 of the OSPAR Convention*, 2003, § 84). En nuestro supuesto, un grupo especial está limitado, en virtud del ESD, a aplicar los acuerdos de la OMC, que constituyen la *lex specialis* en el caso; pero esa *lex specialis* debe ser consistente con el *ius cogens*, máxime cuando la inconsistencia no es manifiesta, sino que puede evitarse mediante la interpretación de la norma especial de la manera que aquí proponemos.

<sup>24</sup> En su informe del caso *India - Determinadas medidas sobre las importaciones de productos de hierro y acero*, el grupo especial sostuvo: «no se ha planteado ninguna cuestión que indique que haya un impedimento legal que imposibilite al Grupo Especial resolver los aspectos de fondo del asunto que se nos ha sometido» (§ 7.19).



## 31

ante la existencia de circunstancias que constituyan «impedimentos legales» (pp. 94 y ss.). Si un grupo especial llegara a la conclusión de que no puede interpretar y aplicar el artículo XXI, sin necesariamente pronunciarse sobre la responsabilidad por la comisión de un acto de agresión, por no ser competente para esta última determinación, podría válidamente considerar que ello constituye un «impedimento legal» para pronunciarse y así declinar de ejercer su competencia en el asunto.

¿Qué podemos considerar respecto del rechazo del pretendido «carácter político» de la cuestión en la diferencia *Rusia - Medidas en tránsito*? Como vimos, el grupo especial rechazó el argumento al vincularlo con la supuesta naturaleza «discrecional» del artículo XXI, y no con la necesidad de determinar la responsabilidad de una de las partes por la violación de una norma imperativa, como en el supuesto que planteamos. En un caso de esta naturaleza, un grupo especial se enfrentaría con una situación en la que la violación de una norma imperativa —jerárquicamente superior al GATT y a todos los acuerdos de la OMC— es determinante en la interpretación y aplicación de la disposición, por lo que puede constituir un «impedimento legal», en el sentido expresado por el OA; y, simultáneamente, configura una cuestión política de alto nivel que involucra el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Por lo tanto, el argumento que el grupo especial empleó no sería directamente aplicable a nuestro supuesto y bien podría, por tales razones, declinar el ejercicio de su competencia.

Al respecto, debemos recordar que el artículo 86.3 de la Carta de La Habana preveía esta posibilidad al disponer:

Los Miembros reconocen que la Organización no deberá obrar de manera alguna que implique la emisión de un juicio, en cualquier forma, sobre cuestiones de orden esencialmente político. En consecuencia, y a fin de evitar un conflicto de competencia entre las Naciones Unidas y la Organización respecto de tales cuestiones, toda medida tomada por un Miembro, que tenga relación directa con una cuestión política sometida a las Naciones Unidas de conformidad con el Capítulo IV o VI de la Carta de las Naciones Unidas, será considerada como de la competencia de las Naciones Unidas y no estará sujeta a las disposiciones de esta Carta (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo, 1948).

Es verdad, como apunta la doctrina (Pinchis-Paulsen, 2020, p. 187, nota 537), que ni el GATT ni los acuerdos de la OMC tienen una disposición similar a la apuntada; y que, a diferencia de la OIC, la OMC no fue concebida como un organismo especializado de las Naciones Unidas ni se buscó establecer una relación institucional formal con la ONU. También debe notarse que el Preámbulo del GATT no contiene disposiciones relativas a la paz internacional. Algunos autores consideran que la ausencia de una referencia a la paz es notable, dada su mención en el

EL ARTÍCULO  
XXI DEL GATT Y  
LA AGRESIÓN:  
HACIA UNA  
INTERPRETACIÓN  
COMPATIBLE CON  
LA UNIDAD DEL  
ORDEN JURÍDICO  
INTERNACIONAL

GATT ARTICLE XXI  
AND AGGRESSION:  
TOWARDS AN  
INTERPRETATION  
COMPATIBLE WITH  
THE UNITY OF THE  
INTERNATIONAL  
LEGAL ORDER



artículo 1 de la Carta de La Habana y al artículo 55 de la Carta de las Naciones Unidas, así como la importancia del *nexus* entre la estabilidad económica internacional y la paz internacional en los desarrollos que llevaron al establecimiento del GATT (Wolfrum *et al.*, 2010, p. 50).

Durante la Ronda Uruguay, la Argentina (Ronda Uruguay, 1988a) y Nicaragua (Ronda Uruguay, 1988b) —dos Estados en cuyo perjuicio se había adoptado medidas en virtud del artículo XXI— presentaron sendas propuestas para adoptar interpretaciones del artículo XXI que no dieran lugar a empleos abusivos de la norma por parte de los Estados. En la propuesta argentina se mencionaba la relación que la Carta de La Habana planteaba entre el artículo 86 y el artículo 99 —que contenía las excepciones de seguridad en un texto similar al artículo XXI—, y en la nicaragüense se hacía expresa referencia a los órganos competentes de las Naciones Unidas. Asimismo, en la discusión en el Grupo de Negociación sobre el GATT se insistió en que no debía traerse al GATT cuestiones políticas no procedentes (Ronda Uruguay, 1988c, § 6) y se sostuvo que «sería útil continuar observando la cláusula inicial del tercer párrafo del artículo 86» (Ronda Uruguay, 1988c, § 7). Como sabemos, el artículo XXI no fue modificado ni se adoptaron notas interpretativas, pero es interesante destacar que el espíritu del artículo 86 pareció haber permanecido en los Estados respecto de la improcedencia de llevar cuestiones políticas al ámbito del GATT.

En ese sentido, pensamos que no se ha llamado la atención sobre el acuerdo entre la OMC y las Naciones Unidas, celebrado mediante un canje de notas entre el director general y el secretario general en 1995. En dicho acuerdo, convinieron:

en que los acuerdos y las prácticas descritos en el adjunto documento (A/AC.179/5) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 9 de marzo de 1976, referentes a la relación entre las Naciones Unidas y el GATT, proporcionan una base adecuada sobre la que podrán seguir fundándose las relaciones entre las Naciones Unidas y la Organización Mundial del Comercio (Consejo General, 1995, p. 2).

El mencionado documento, adjunto a las notas, contiene este significativo pasaje:

Con respecto a las cuestiones fundamentalmente políticas, las PARTES CONTRATANTES siguen el criterio fijado en el artículo 86 de la Carta de La Habana, es decir, evitar la emisión de juicio alguno sobre tales cuestiones y atenerse a las decisiones de las Naciones Unidas en lo que a ellas concierne (Consejo General, 1995, p. 7).

Aunque pudiera subsistir alguna duda respecto de la vigencia del criterio, indudablemente está inspirado en los mismos principios que llevaron a

## 33

la elaboración de la Carta de La Habana, y pensamos que podría ser utilizado por un grupo especial para declinar su jurisdicción en un caso de aplicación del artículo XXI en el que deba determinarse la existencia de un acto de agresión, pues esta corresponde primordialmente a los órganos de las Naciones Unidas y no a la OMC.

En definitiva, aunque es una solución que dista de ser la ideal, es a todas luces preferible a que, mediante un análisis aislado del artículo XXI del GATT, se llegue a la convalidación de un acto de agresión en manifiesta oposición con las normas de *ius cogens*.

#### IV. CONSIDERACIONES FINALES

No creemos que sea posible realizar una lectura armónica del artículo XXI del GATT con el derecho internacional que implique la posibilidad de que un agresor se valga de las excepciones de la norma para consolidar su propia agresión. Una interpretación de ese tipo atentaría contra una de las normas más fundamentales sobre las que se asienta la comunidad internacional y, de esa forma, contra la unidad del orden jurídico.

A pesar de que estamos convencidos de la conclusión que antecede, no podemos decir lo mismo respecto de la forma en que podrían actuar los órganos del SSD ante una diferencia real en la que un Estado invoque la excepción y la otra parte lo acuse de ser un agresor. Aunque, en aras de la preservación de la unidad del orden jurídico internacional y del papel central que cumplen las normas de *ius cogens* —en particular, la prohibición de la agresión— en dicho orden, deseáramos que los órganos interpretaran el artículo XXI a la luz de tales normas y que, en virtud del principio de la buena fe, rechazaran la invocación de la excepción por parte del agresor, tanto la limitada competencia *ratione materiae* de los órganos como sus propios precedentes nos hacen ver tal escenario como poco probable, máxime en plena crisis del sistema, en la que una posición como la que proponemos podría redundar en un perjuicio para la confianza de los Estados en la solución de diferencias de la OMC.

Así, si se quiere evitar esa situación de *fiat iustitia pereat mundus*, creemos que existen razonables argumentos para sostener que, en caso de agresión, un grupo especial no estaría en la capacidad de analizar si se cumplen las condiciones del artículo XXI del GATT —o sus normas análogas del GATS y del Acuerdo ADPICP— sin determinar la responsabilidad por el inicio de la «guerra» a la que refiere la norma y, como dicha facultad excede los límites de su competencia, debería declinar el ejercicio de la misma e informar al respecto al OSD. Este, en todo caso, podrá decidir si comunica a los órganos competentes de las Naciones Unidas para que tomen las medidas pertinentes.

EL ARTÍCULO  
XXI DEL GATT Y  
LA AGRESIÓN:  
HACIA UNA  
INTERPRETACIÓN  
COMPATIBLE CON  
LA UNIDAD DEL  
ORDEN JURÍDICO  
INTERNACIONAL

GATT ARTICLE XXI  
AND AGGRESSION:  
TOWARDS AN  
INTERPRETATION  
COMPATIBLE WITH  
THE UNITY OF THE  
INTERNATIONAL  
LEGAL ORDER

Aunque a muchos pueda parecer una solución insatisfactoria, pensamos que es la que mejor equilibra los intereses en juego. Así, desde lo estrictamente jurídico, los órganos del SSD no corren el riesgo de convalidar una violación grave de una norma imperativa —con las consecuencias que ello puede tener, no solamente para los derechos de la víctima y para la comunidad internacional en su conjunto, sino también para la responsabilidad internacional de la propia OMC— por pretender un análisis sesgado de las normas internacionales. Desde lo político, el SSD queda a salvo de eventuales acusaciones de actuación *ultra vires* que podrían hacer peligrar (aún más) la confianza que los Estados le han depositado.

No dejaremos de insistir, como hicimos desde el comienzo, en que los órganos del SSD no pueden convalidar una interpretación del artículo XXI del GATT que permita a un agresor beneficiarse de su propia agresión. Una interpretación de ese tipo, en aras de una autonomía a ultranza del SSD y de sus normas aplicables, en completo aislamiento del *ius cogens*, repugna a las más fundamentales normas del derecho internacional y atenta contra la unidad del orden jurídico. La gravedad de la agresión, con sus efectos incluso sobre las normas de comercio internacional, no deja de ser una demostración de esa unidad.

## REFERENCIAS

Akande, D., & Williams, S. (2003). International Adjudication on National Security Issues: What Role for the WTO. *Virginia Journal of International Law*, 43(2), 365-404.

Alford, R. P. (2011). The Self-Judging WTO Security Exception. *Utah Law Review*, 3, 697-759.

Arredondo, R., & Godio, L. M. (2019). La crisis del Órgano de Apelación de la Organización Mundial de Comercio. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, (13), 163-179. <https://doi.org/10.16890/rstpra7.n13.p163>

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1974a). *Definición de la Agresión*, resolución 3314 (XXIX) [UN doc. A/RES/3314 (XXIX)].

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1974b). *Informe del Comité Especial sobre la cuestión de la Definición de la Agresión* [UN doc. A/9619]. Nueva York: Organización de las Naciones Unidas.

Baena Rojas, J. J. (2019). Proteccionismo inverso y política comercial dentro del sistema multilateral de comercio: el caso de las restricciones a la exportación. *Estudos internacionais*, 7(3), 28-50. <https://doi.org/10.5752/p.2317-773x.2019v7n3p28-50>

Bhala, R. (1998). National Security and International Trade Law: What the GATT Says, and What The United States Does. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, 19(2), 263-317.

Comisión de Derecho Internacional (CDI). (1967). *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1966* (vol. I, 2da parte). Nueva York: Organización de las Naciones Unidas.

Comisión de Derecho Internacional (CDI). (1977). *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1976* (vol. II, 2da parte). Nueva York: Organización de las Naciones Unidas.

Comisión de Derecho Internacional (CDI). (2006). *Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional* [doc. A/CN.4/L.682]. Ginebra: Organización de las Naciones Unidas.

Comisión de Derecho Internacional (CDI). (2012). *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2005* (vol. II, 2da parte). Nueva York y Ginebra: Organización de las Naciones Unidas.

Comisión de Derecho Internacional (CDI). (2016). *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2011* (vol. II, 2da parte). Nueva York y Ginebra: Organización de las Naciones Unidas.

Comisión de Derecho Internacional (CDI). (2019). *Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 71º período de sesiones* [doc A/74/10]. Ginebra: Organización de las Naciones Unidas.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo (Cnucyd). (1948). *Acta final y documentos conexos* [UN doc. E/CONE.2/78]. Lake Success: Comisión Interina de la Organización Internacional de Comercio.

Consejo General de las Naciones Unidas. (1995). *Acuerdos de cooperación efectiva con otras organizaciones intergubernamentales. Relaciones entre la OMC y las Naciones Unidas* [comunicación del director general, doc. WT/GC/W/10]. Ginebra: Organización Mundial del Comercio.

Davis, S. (2020). Inherent Limits to the World Trade Organization's Article XXI Self-. *Maryland Journal of International Law*, 34(1), 364-387.

Federer, H. (2018). GATT Article XXI: Trade Sanctions and the Need to Clarify the Security Exceptions. *Cambridge Law Review*, 1, 212-233.

Hahn, M. J. (1991). Vital Interests and the Law of GATT: An Analysis of GATT's Security Exception. *Michigan Journal of International Law*, 12(3), 558-620.

Heath, B. (6 de mayo de 2019). *Trade, Security, and Stewardship (Part II): Making Legal Space to Adjudicate Security Matters*. International Economic Law and Policy Blog. <https://ielp.worldtradelaw.net/2019/05/guest-post-trade-security-and-stewardship-part-ii-making-legal-space-to-adjudicate-security-matters.html> (consultado el 10 de octubre de 2020).

Hill-Cawthorne, L. (2019). International Litigation and the Disaggregation of Disputes: Ukraine/Russia as a Case Study. *International and Comparative Law Quarterly*, 68(4), 779-815. <https://doi.org/10.1017/s0020589319000411>

Ioachimescu-Voinea, M. (2019). National Security Exceptions in the WTO – A Carte Blanche for Protectionism? Part I – Introduction, Negotiating history of

EL ARTÍCULO  
XXI DEL GATT Y  
LA AGRESIÓN:  
HACIA UNA  
INTERPRETACIÓN  
COMPATIBLE CON  
LA UNIDAD DEL  
ORDEN JURÍDICO  
INTERNACIONAL

GATT ARTICLE XXI  
AND AGGRESSION:  
TOWARDS AN  
INTERPRETATION  
COMPATIBLE WITH  
THE UNITY OF THE  
INTERNATIONAL  
LEGAL ORDER

Art. XXI of GATT, Russia – Traffic in Transit Panel's Report. *International Law Review*, X(2), 12-42.

Kenny, C. (2016). Responsibility to recommend: the role of the UN General Assembly in the maintenance of international peace and security. *Journal on the Use of Force and International Law*, 3(1), 3-36. <https://doi.org/10.1080/20531702.2016.1183970>

Lapa, V. (2020). The WTO Panel Report in Russia – Traffic in Transit: Cutting the Gordian Knot of the GATT Security Exception? *Questions of International Law*, 69, 5-27.

Lester, S. (5 de abril de 2019). *The Russia - Traffic in Transit Panel Report*. International Economic Law and Policy Blog. <https://ielp.worldtradelaw.net/2019/04/the-russia-traffic-in-transit-panel-report.html> (consultado el 10 de octubre de 2020).

Lindsay, P. (2003). The Ambiguity of GATT Article XXI: Subtle Success or Rampant Failure? *Duke Law Journal*, 52, 1277-1313.

Marceau, G. (2002). WTO Dispute Settlement and Human Rights. *European Journal of International Law*, 13(4), 753-814. <https://doi.org/10.1093/ejil/13.4.753>

Matsushita, M., Schoenbaum, T. J., Mavroidis, P. C., & Hahn, M. (2015). *The World Trade Organization. Law, Practice, and Policy* (3ra ed.). Oxford: Oxford University Press.

Mavroidis, P. C. (2007). *Trade in Goods. The GATT and the Other Agreements Regulating Trade in Goods*. Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199552139.001.0001>

Mitchell, A. D. (2017). Sanctions and the World Trade Organization. En L. Van den Herik (ed.), *Research Handbook on UN Sanctions and International Law* (pp. 283-303). Cheltenham: Elgar. <https://doi.org/10.4337/9781784713034.00021>

O'Connell, M. E., & Niyazmatov, M. (2012). What is Aggression? Comparing the Jus ad Bellum and the ICC Statute. *Journal of International Criminal Justice*, 10(1), 189-207. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqs003>

Organización Mundial del Comercio (OMC). (2012). *Guide to GATT Law and Practice: analytical index*. Ginebra: Organización Mundial del Comercio.

Organización Mundial del Comercio (OMC). (2019). *DS512: Rusia - Medidas que afectan al tráfico en tránsito*. [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds512\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds512_s.htm) (consultado el 10 de noviembre de 2020).

Organización Mundial del Comercio (OMC). (2020). *DS567: Arabia Saudita — Medidas relativas a la protección de derechos de propiedad intelectual*. [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds567\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds567_s.htm) (consultado el 10 de noviembre de 2020).

Pauwelyn, J. (2003). *Conflict of Norms in Public International Law. How WTO Law Relates to other Rules of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/cbo9780511494550>

Pauwelyn, J., & Salles, L. E. (2009). Forum Shopping before International Tribunals: (Real) Concerns, (Im)Possible Solutions. *Cornell International Law Journal*, 42(1), 77-118.

Pinchis-Paulsen, M. (2020). Trade Multilateralism and U.S. National Security: The Making of the GATT Security Exceptions. *Michigan Journal of International Law*, 41(1), 109-193. <https://doi.org/10.36642/mjil.41.1.trade>

Ravikumar, S. (2016). The GATT Security Exception: Systemic Safeguards against its Misuse. *National University of Juridical Sciences*, 9, 321-340.

Rice, B. (25 de noviembre de 2015). Russia and the WTO: Is it Time to Pierce the Article XXI(b)(iii) Security Exception? SSRN. <https://ssrn.com/abstract=2695936> (consultado el 10 de octubre de 2020).

Ronda Uruguay. (1988a). *Ronda Uruguay. Comunicación de la Argentina* [doc. MTN.GNG/NG7/W/44. Ginebra: GATT.

Ronda Uruguay. (1988b). *Ronda Uruguay. Comunicación de Nicaragua* [doc. MTN.GNG/NG7/W/48. Ginebra: GATT.

Ronda Uruguay. (1988c). *Ronda Uruguay. Grupo de Negociación sobre los Artículos del Acuerdo General. Nota sobre la reunión de los días 27 y 30 de junio de 1988* [doc. MTN.GNG/NG7/8. Ginebra: GATT.

Schloemann, H. L., & Ohloff, S. (1999). Constitutionalization and Dispute Settlement in the WTO: National Security as an Issue of Competence. *American Journal of International Law*, 93(2), 424-451. <https://doi.org/10.2307/2997999>

Vásquez Arango, C. (2011). La jurisprudencia sobre las excepciones relativas a la seguridad en el acuerdo GATT. *Forum*, 1(2), 41-67.

Vidigal, G. (2019). WTO Adjudication and the Security Exception: Something Old, Something New, Something Borrowed – Something Blue? *Legal Issues of Economic Integration*, 46(3). <https://doi.org/10.2139/ssrn.3400717>

Wolfrum, R., Stoll, P.-T., & Hestermeyer, H. (eds.). (2010). *WTO - Trade in Goods*. Leiden: Brill. <https://doi.org/10.1163/ej.9789004145665.i-1228>

## Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (GATS) (1995).

Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (1994).

Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT) (1947).

Acuerdo revisado sobre contratación pública (ACP) (OMC, 1994).

Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC) (OMC, 1994).

*Arabia Saudita - Medidas relativas a la protección de derechos de propiedad intelectual*. Informe del Grupo Especial (WT/DS567/R) (GATT/OMC, 16 de junio de 2020).

Carta de La Habana (Ginebra, 1 de enero de 1948).

Carta de las Naciones Unidas (San Francisco, 26 de junio de 1945).

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo (1948).

Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (Viena, 23 de mayo de 1969).

Convenios de Ginebra (1949).

*Dispute Concerning Access to Information under Article 9 of the OSPAR Convention (Ireland vs. United Kingdom)*. Laudo definitivo (tribunal arbitral, 2 de julio de 2003).

Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD).

*Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional*. Informe del Órgano de Apelación (WT/DS2/AB/R) (GATT/OMC, 29 de abril de 1996).

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ONU, 17 de julio de 1988).

*Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))*, arrêt. C.I.J. Recueil, 2012, p. 99.

*India - Determinadas medidas sobre las importaciones de productos de hierro y acero*. Informe del Grupo Especial (WT/DS518/R) (GATT/OMC, 6 de noviembre de 2018).

*México - Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas*. Informe del Órgano de Apelación (WT/DS308/AB/R) (GATT/OMC, 6 de marzo de 2006).

Protocolos Adicionales I y II a los Convenios de Ginebra (8 de junio de 1977).

Proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados (Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, 2011).

Proyecto de artículos de la CDI sobre Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales (Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, 2011).

Resolución 3314 (XXIX) (Asamblea General de la ONU, 14 de diciembre de 1974).

Resolución 377 (V) «Unión pro Paz» (Asamblea General de la ONU, 3 de noviembre de 1950).

*Rusia - Medidas que afectan al tráfico en tránsito*. Informe del Grupo Especial (WT/DS512/R) (GATT/OMC, 5 de abril de 2019).

Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) (17 de diciembre de 1992).

*United States - Trade Measures Affecting Nicaragua*. Informe del Panel (L/6053) (GATT/OMC, 16 de octubre de 1986).

Recibido: 11/11/2020

Aprobado: 19/01/2021