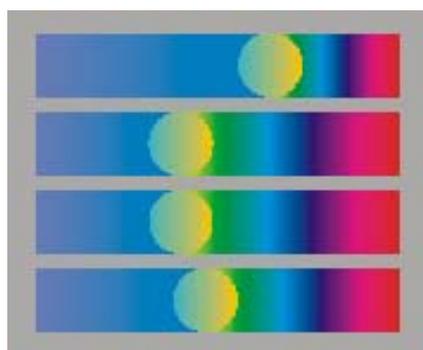


CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO

LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD NACIONAL EN LOS AII

Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas
relacionados con las políticas internacionales de
inversión para el desarrollo



NACIONES UNIDAS

CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO

**LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD
NACIONAL EN LOS AII**

**Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas
relacionados con las políticas internacionales de
inversión para el desarrollo**



**NACIONES UNIDAS
Nueva York y Ginebra, 2009**

NOTA

Responsable de coordinar en el sistema de las Naciones Unidas las cuestiones relacionadas con la inversión, las empresas y el desarrollo, con más de 30 años de experiencia en estas esferas, la UNCTAD, a través de la División de la Inversión y la Empresa (DIE), promueve la comprensión de los temas fundamentales en esas esferas. La DIE también ayuda a los países en desarrollo a atraer y aprovechar la inversión extranjera, así como a aumentar su capacidad productiva y su competitividad internacional. Se hace hincapié en una política integrada de la inversión, la empresa y el desarrollo.

El término "país" utilizado en el presente estudio también se refiere, según proceda, a territorios o zonas; las denominaciones empleadas y la forma en que se expone su contenido no implican, de parte de la Secretaría de las Naciones Unidas, juicio alguno sobre la condición jurídica de países, territorios, ciudades o zonas, o de sus autoridades, ni respecto de la delimitación de sus fronteras o límites. Asimismo, los nombres de los grupos de países solamente tienen por objeto un interés estadístico o analítico y no implican ningún juicio sobre la etapa alcanzada por cualquier país o zona en el proceso de desarrollo.

En los cuadros se han utilizado los siguientes signos:

Dos puntos (..) indican que los datos faltan o no constan por separado.

Se ha prescindido de una fila en los casos en que no se disponía de datos sobre algunos elementos de la fila.

La raya (-) indica que la cantidad es nula o insignificante.

Un espacio en blanco en un cuadro indica que el rubro de que se trata no es aplicable.

La barra (/) puesta entre fechas que representan años, por ejemplo 1994/95, indica un ejercicio económico.

El guión (-) puesto entre fechas que representan años, por ejemplo 1994-1995, indica que se trata de todo el período considerado, incluidos el año inicial y el final.

Por la palabra "dólares" (\$) se entiende dólares de los Estados Unidos, salvo que se indique otra cosa.

A menos que se indique otra cosa, las tasas anuales de crecimiento de variación se refieren a tasas anuales compuestas.

Debido a que a veces se redondean las cifras, los datos parciales y los porcentajes presentados en los cuadros no siempre suman el total correspondiente.

El material que contiene el estudio puede citarse libremente siempre que se mencione la fuente.

UNCTAD/DIAE/IA/2008/5

PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

Número de venta: S.09.II.D.12

ISBN 978-92-1-312358-4

ISSN 1819-9240

Copyright © Naciones Unidas, 2009

Derechos reservados

Impreso en Suiza

PREFACIO

La secretaría de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) está aplicando un programa sobre los acuerdos internacionales de inversión. El objeto del programa es ayudar a los países en desarrollo a participar lo más eficazmente posible en la elaboración de normas relativas a la inversión internacional. Comprende actividades de investigación y desarrollo en materia de política, incluida la preparación de una colección de publicaciones temáticas; actividades de fomento de la capacidad de los recursos humanos y de la capacidad institucional, incluidos seminarios nacionales, simposios regionales y cursos de formación, y de apoyo al logro de un consenso intergubernamental.

El presente estudio forma parte de una nueva *Colección de publicaciones sobre temas relacionados con las políticas internacionales de inversión para el desarrollo*. Se basa en la *Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales de inversión* y amplía su alcance. Al igual que la anterior, la nueva colección está destinada a funcionarios gubernamentales, dirigentes de empresas, representantes de organizaciones no gubernamentales, funcionarios de organismos internacionales e investigadores.

La *Colección* procura ofrecer un análisis equilibrado de las cuestiones que se pueden plantear en el contexto de los criterios internacionales de la elaboración de normas sobre la inversión y su repercusión en el desarrollo. Su objeto es contribuir a mejorar la comprensión de las difíciles cuestiones técnicas y su interacción, así como de las ideas innovadoras susceptibles de ampliar la dimensión de desarrollo de los acuerdos internacionales de inversión.

La *Colección* está a cargo de un equipo dirigido por James Zhan. Componen asimismo el equipo Bekele Amare, Anna Joubin-Bret, Hamed El-Kady, Joachim Karl, Jan Knoerich, Ventzislav Kotetzov, Marie-Estelle Rey, Elisabeth Tuerk y Jörg Weber. Los miembros del

Comité de Examen son John Kline, Peter Muchlinski, Antonio Parra, Patrick Robinson, Karl P. Sauvart, Pierre Sauvé, M. Sornarajah y Kenneth Vandeveld.

Este documento ha sido preparado por Joachim Karl. Hicieron aportaciones importantes Amare Bekele, Hamed El-Kady, Michael Gindler, Elisabeth Tuerk y Jörg Weber. Se recibieron comentarios de Gabriel Bottini, Rudolf Dolzer, Anna Joubin-Bret, Patrick Robinson, Ignacio Torterola y James Zhan. Sandra Boigontier prestó asistencia en la investigación y Teresita Ventura se ocupó de la maquetación.

En el presente documento se facilita un oportuno examen de una cuestión esencial relacionada con la dimensión de desarrollo de los AII, en consonancia con el desempeño del nuevo mandato de la UNCTAD en la esfera de los acuerdos internacionales de inversión surgido del Acuerdo de Accra (párr. 151).

Supachai Panitchpakdi
Secretario General de la UNCTAD

Junio de 2009

ÍNDICE

	<i>Página</i>
PREFACIO	v
RESUMEN	xv
INTRODUCCIÓN	1
I. EXPLICACIÓN DE LA CUESTIÓN.....	7
A. La evolución del concepto de seguridad nacional: de la neutralización de las amenazas militares a la lucha contra la crisis económica y la protección de las industrias estratégicas	7
1. Crisis económica.....	8
2. Protección de las industrias estratégicas.....	10
a) Definición de "industrias estratégicas"	15
b) ¿Contra quién se busca protección?	18
c) Umbral para invocar intereses de seguridad nacional.....	25
B. El papel de los AII	26
1. La necesidad de equilibrar intereses contrapuestos	26
2. La distinción entre las etapas anterior y posterior al establecimiento de un inversor	28
a) Los intereses de la seguridad nacional y la entrada de inversores extranjeros	29
b) Los intereses de la seguridad nacional y el tratamiento de los inversores extranjeros después de su establecimiento	32

ÍNDICE *(continuación)*

	<i>Página</i>
I.B. <i>(continuación)</i>	
3. Los intereses de la seguridad nacional y la cláusula de "denegación de ventajas"	34
4. Los AII y el derecho internacional consuetudinario...	35
C. Principales cuestiones de política que guardan relación con la protección de los intereses de la seguridad nacional.....	39
1. El grado de autonomía de las partes contratantes a la hora de invocar una excepción relativa a la seguridad.....	40
a) Cláusulas de naturaleza discrecional.....	41
b) Cláusulas que no son de naturaleza discrecional	43
2. Los efectos de una excepción relacionada con la seguridad	45
3. Los fondos soberanos como inversores protegidos	46
D. La jurisprudencia internacional y la seguridad nacional..	47
1. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI).....	48
a) Relación entre la excepción contemplada en un tratado y la defensa de estado de necesidad al amparo del derecho internacional consuetudinario.....	49
b) Inclusión de la crisis económica en la cláusula de excepción.....	51
c) ¿Se trata de una excepción que puede aplicarse de forma discrecional?.....	52

ÍNDICE *(continuación)*

	<i>Página</i>
I.D. <i>(continuación)</i>	
d) Indemnización.....	53
2. Organización Mundial del Comercio/Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio	54
a) Interpretación de los términos "moral pública" y "orden público"	54
b) Necesidad de la medida	56
c) Naturaleza discrecional.....	57
3. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas .	58
4. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).....	62
5. Conclusión.....	62
II. ANTECEDENTES Y ANÁLISIS	75
A. Utilización de la expresión "intereses esenciales de seguridad" y expresiones conexas usadas en los AII.....	77
1. "Intereses esenciales de seguridad" y "seguridad nacional"	77
2. Otras expresiones utilizadas.....	78
a) Orden público	78
b) Situación de emergencia extrema.....	80
c) Moral pública.....	81
d) La paz y/o la seguridad internacionales	82
e) Medidas relativas a la producción, el comercio y el desarrollo de armas y otro material de defensa....	84

ÍNDICE *(continuación)*

	<i>Página</i>
II.A. <i>(continuación)</i>	
B. Condiciones para invocar una excepción relativa a la seguridad en los AII.....	85
1. Que no exista una discriminación arbitraria o injustificable	85
2. Restricción encubierta a la inversión o el comercio.....	87
3. Enumeración de los casos en que puede haber una amenaza a los "intereses esenciales de seguridad"	88
4. Conformidad con otras normas internacionales.....	93
5. Necesidad de la respuesta del país receptor	94
a) Cláusulas de naturaleza discrecional.....	94
b) El estado de necesidad como condición previa objetiva.....	96
c) Exclusión del criterio del "estado de necesidad"	98
d) Exclusión del examen judicial.....	99
C. Excepciones relacionadas con la seguridad aplicables a disposiciones específicas de los AII.....	100
1. Cláusula de excepción específica como alternativa a una cláusula general	100
a) Derecho de establecimiento.....	100
b) No discriminación.....	101
c) Transferencia de fondos.....	102
d) Solución de controversias entre inversores y Estados	104

ÍNDICE *(continuación)*

	<i>Página</i>
II.C. <i>(continuación)</i>	
2. Excepción específica por motivos de seguridad unida a una cláusula general.....	105
a) Transparencia.....	105
b) Entrada de personas en visita de negocios	107
D. No aplicabilidad de una excepción relativa a la seguridad con respecto a disposiciones concretas de los AII	108
III. INTERACCIÓN CON OTRAS CUESTIONES Y CONCEPTOS	115
IV. OPCIONES DE POLÍTICA CON RESPECTO A LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD NACIONAL EN LOS AII	123
A. No inclusión de una cláusula de seguridad nacional	123
B. Aclaración de la expresión "intereses esenciales de seguridad"	126
C. Necesidad de la respuesta del país receptor.....	129
1. Cláusula de naturaleza discrecional.....	130
2. Cláusula de naturaleza no discrecional.....	131
D. Medios adicionales para limitar el ámbito de aplicación de una excepción relativa a la seguridad.....	133
1. Introducir un requisito de "buena fe".....	133
2. La excepción por motivos de seguridad nacional sólo con respecto a ciertas disposiciones del AII.....	134

ÍNDICE *(continuación)*

	<i>Página</i>
IV.D. <i>(continuación)</i>	
3. La no aplicabilidad de la excepción de seguridad nacional con respecto a determinadas disposiciones de los AII.....	135
4. Examen periódico de la medida.....	136
CONCLUSIÓN.....	139
REFERENCES	143
SELECTED UNCTAD PUBLICATIONS ON TRANSNATIONAL CORPORATIONS AND FOREIGN DIRECT INVESTMENT	145
QUESTIONNAIRE	157
<i>Recuadros</i>	
1. Planes recientes de adquisición por empresas extranjeras que se han visto afectados por supuestos intereses de seguridad nacional	11
2. Directrices de la OCDE sobre las políticas de inversiones en relación con la seguridad nacional.....	23
<i>Cuadros</i>	
1. Interacción entre cuestiones y conceptos.....	115
2. Formulaciones posibles de las excepciones relativas a la seguridad en los AII	126

SIGLAS Y ABREVIATURAS

AELC	Asociación Europea de Libre Comercio
AGCS	Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios
AII	Acuerdo internacional de inversión
ALC	Acuerdo de libre comercio
ASEAN	Asociación de Naciones del Asia Sudoriental
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CE	Comunidad Europea
CEDEAO	Comunidad Económica de Estados de África Occidental
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CNOOC	China National Offshore Oil Corporation
FMI	Fondo Monetario Internacional
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
IED	Inversión extranjera directa
OCDE	Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos
OMC	Organización Mundial del Comercio
TBI	Tratado bilateral de inversión
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
UE	Unión Europea
UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

RESUMEN

Tras casi dos decenios de apoyo prácticamente inequívoco a la liberalización de las inversiones, muchos países han comenzado a reevaluar esas políticas y algunos las han enmendado, haciendo con ello uso de su derecho a regular la inversión extranjera para que responda a los objetivos de la política nacional. Una de las principales esferas en las que ha quedado patente la adopción de un enfoque más restrictivo de la inversión extranjera guarda relación con la seguridad nacional y la protección de las industrias estratégicas y la infraestructura esencial¹. Aunque los recelos en materia de seguridad nacional relacionados con la inversión extranjera no son nada nuevo y deben preocupar incluso a los países más liberales, en los últimos años se han hecho más frecuentes los casos en que inversores extranjeros han sido rechazados por motivos de seguridad nacional o se han visto sujetos a otras medidas restrictivas después de su establecimiento. En la mayoría de los casos se han invocado preocupaciones en materia de seguridad provocadas por inversiones previstas en las denominadas industrias estratégicas y en la infraestructura esencial. Así pues, la cuestión tiene repercusiones que van mucho más allá de las actividades relacionadas con la defensa para las que inicialmente se diseñó la excepción relativa a la seguridad nacional.

Son varios los motivos que pueden explicar esa evolución:

- En primer lugar, las amenazas para la seguridad nacional, reales o percibidas, se han hecho más numerosas. Aunque la guerra fría ha terminado, ahora hay muchos más conflictos locales y regionales, así como ataques terroristas que, al parecer, pueden golpear de forma aleatoria. Todo ello ha contribuido a incrementar de forma sustancial la percepción de la amenaza a nivel mundial. En las políticas sobre la inversión extranjera no se pueden pasar por alto esos acontecimientos, ya que pueden ser más las ocasiones en que un inversor proceda de un país considerado como un adversario real o potencial o en que los

propios inversores se perciban como una posible amenaza para la seguridad.

- En segundo lugar, la ola imparable de la privatización de los últimos decenios ha tenido el resultado imprevisto de que muchos países se sienten ahora más expuestos que en el pasado en lo que se refiere a la seguridad. Obviamente, se considera que el control extranjero de las industrias nacionales vitales - como la energía, las telecomunicaciones, el transporte o el abastecimiento de agua- podría tener repercusiones para la seguridad nacional. Mientras las industrias estratégicas pertenecieron al Estado, los gobiernos no tenían que preocuparse de que pudieran caer bajo la influencia extranjera. Ahora que partes considerables de esas industrias se han privatizado en muchos países, la posibilidad de que caigan en manos extranjeras se ha hecho realidad.
- En tercer lugar, algunos países ven necesario ejercer un control más firme sobre sus recursos naturales. En consecuencia, han introducido nuevas restricciones a los inversores extranjeros en las industrias extractivas o han exigido la renegociación de contratos de inversión vigentes. A menudo, las consideraciones de seguridad nacional han desempeñado un importante papel en esas políticas.
- En cuarto lugar, los países pueden pensar que la propiedad o el control nacionales de las industrias estratégicas es importante para su competitividad. En el caso de los países en desarrollo, la cuestión de la competitividad tiene también una importante dimensión de desarrollo. El hecho de que la erosión de la competitividad económica y la falta de desarrollo económico y social puedan desembocar en graves crisis financieras y sociales, supone la existencia de una relación entre esos factores y las preocupaciones en materia de seguridad nacional en lo que se refiere a la inversión extranjera.

-
- En quinto lugar, la proliferación de empresas y fondos soberanos -especialmente de los países del Sur- y el incremento de la actividad que desempeñan han acentuado la preocupación por los efectos que las inversiones extranjeras puedan tener en la seguridad nacional. Hay temor ante la posibilidad de que, dado su enorme poderío económico, esas empresas estén en condiciones de adquirir cualquier industria. Asimismo, el hecho de que un Estado sea propietario de esos fondos y empresas ha llevado a sostener que sus objetivos no serán sólo de carácter económico, sino también político.

Aparte de la cuestión de las industrias estratégicas, en los últimos años también se ha hecho mención a los intereses de la seguridad nacional en relación con la crisis económica. Ese fue el caso en particular, durante la crisis por la que atravesó la Argentina a principios del presente siglo. Para combatir la crisis, el Gobierno de la Argentina tomó una serie de medidas que limitaban las operaciones de los inversores extranjeros, como la restricción de las transferencias. Esas medidas afectaron, pues, a los inversores que ya se habían establecido en el país, mientras que las restricciones de la inversión encaminadas a proteger las industrias estratégicas afectan normalmente a la entrada de inversores extranjeros. La Argentina se apoyó en el argumento de que esas medidas eran necesarias para proteger los intereses de su seguridad interna ante posibles disturbios y conflictos sociales generalizados. Si se tiene en cuenta que cualquier país -especialmente los países en desarrollo- puede sufrir los efectos de una grave crisis económica, la cuestión no se circunscribe a la situación por la que pasó la Argentina.

Una diferencia importante entre los intereses de seguridad nacional con respecto a las industrias estratégicas, por una parte, y con respecto a las crisis económicas, por otra, es que las medidas que adoptan los países suelen ser de carácter preventivo en el primer caso y de carácter reactivo en el segundo. Los gobiernos toman medidas para proteger a las industrias estratégicas antes de que se haya producido ningún daño. Por el contrario, un país se tiene que encontrar ya en medio de

una crisis económica para que el gobierno adopte medidas invocando consideraciones relativas a la seguridad nacional.

Así pues, desde la perspectiva de un país receptor, los intereses de la seguridad nacional son importantes tanto para los países desarrollados como para los países en desarrollo. Los países desarrollados se han destacado más a la hora de invocar los intereses de seguridad nacional en relación con la posible adquisición de sus industrias estratégicas por inversores extranjeros. Los países en desarrollo pueden considerar necesario hacerlo en épocas de crisis económica.

Todo ello nos lleva a la cuestión del papel de los acuerdos internacionales de inversión (AII) en relación con las restricciones a la inversión basadas en consideraciones de seguridad nacional. Al establecer para las partes contratantes obligaciones relativas al trato de los inversores extranjeros, en los AII se imponen ciertos límites al derecho soberano de los países a regular la inversión extranjera en su territorio, incluidas sus normas en la esfera de la seguridad nacional. Así pues, aparece un posible conflicto entre el objetivo de brindar protección a las inversiones, por un lado, y el respeto de las preocupaciones de las partes contratantes en materia de seguridad, por otro. Sin embargo, en numerosos AII se libera explícitamente a las partes contratantes de todas o algunas de sus obligaciones en caso de que una inversión suponga una amenaza para su seguridad nacional. Vemos, pues, que el problema para los gobiernos es encontrar el equilibrio ideal -lograr un nivel adecuado de protección de sus intereses en materia de seguridad nacional y, al mismo tiempo, garantizar que la protección de las inversiones sea lo suficientemente firme como para que el país siga siendo atractivo para los inversores extranjeros.

El problema de equilibrar los derechos y las obligaciones, así como los intereses de los inversores extranjeros y de los países receptores, se hace más acuciante a medida que ganan impulso las políticas encaminadas a proteger las industrias estratégicas. Cuando cada vez son más los países que justifican la protección de esas industrias

invocando consideraciones de seguridad nacional, las excepciones relativas a la seguridad nacional contempladas en los AII, pensadas inicialmente para hacer frente a amenazas militares y otros problemas similares, cobran una nueva dimensión y amplían su ámbito de aplicación considerablemente. Del mismo modo, la crisis económica mundial ha golpeado, en grados diferentes, a muchos países en desarrollo y nadie puede descartar la posibilidad de que esa crisis pueda desencadenar una situación de emergencia en un creciente número de ellos. Además de todo lo anterior, una excepción en materia de seguridad puede tener un enorme efecto -el de liberar a una parte contratante de todas sus obligaciones dimanantes del AII.

Todo esto tiene consecuencias importantes. En primer lugar, los países que han concertado AII que no contienen una excepción relativa a la seguridad nacional pueden pensar que la necesitan para salvaguardar su libertad normativa con respecto a las industrias estratégicas o por si tuvieran que encarar una crisis económica. En segundo lugar, los países que han convenido incluir excepciones de ese tipo en un AII pueden preguntarse si su alcance permite hacerlas extensivas a la imposición de restricciones a la inversión extranjera con fines de protección de las industrias estratégicas o para hacer frente a una crisis económica. Por otra parte, los inversores extranjeros y sus países de origen podrían tener intereses diametralmente opuestos. Estos últimos podrían haber pensado que el alcance de las excepciones con fines de seguridad nacional se limitaba a la defensa y descubrir de pronto que la cláusula tiene un alcance y unos efectos inesperados mucho más amplios. En tercer lugar, no se sabe claramente si los cambios que se han producido hacen necesario modificar los AII en lo que respecta a las condiciones en que se pueden invocar las excepciones. Parece lógico que las partes contratantes puedan aplicar en mayor medida sus propios criterios en respuesta a las amenazas para la seguridad nacional cuando estas sean de carácter militar o se trate de situaciones de emergencia que cuando lo que esté en juego sea una serie de intereses políticos, económicos y de competencia relacionados con la protección de industrias estratégicas y no se dé una verdadera situación de crisis.

Del examen realizado para el presente estudio parece desprenderse que, hasta ahora, sólo una minoría de los AII contienen algún tipo de excepción relativa a la seguridad nacional y que esas cláusulas son más frecuentes en los acuerdos que se refieren a la entrada de inversiones extranjeras que en los que se limitan a la etapa posterior al establecimiento. Ello puede explicarse porque las preocupaciones en materia de seguridad nacional relacionadas con la inversión extranjera se plantean principalmente cuando se aborda la cuestión de la entrada de esas inversiones.

Los países han adoptado diversos enfoques a la hora de redactar una excepción por motivos de seguridad nacional para incluirla en los AII. Hay diferencias en cuanto a la terminología utilizada (seguridad nacional, intereses esenciales de seguridad, paz y seguridad internacionales, orden público), las condiciones en las que puede invocarse la excepción y el grado de autonomía que las partes contratantes se reservan en cuanto a la determinación de si existe o no una amenaza para la seguridad nacional y cómo reaccionar ante esa amenaza. Así pues, los países que consideran la posibilidad de incluir una excepción por motivos de seguridad nacional en los AII han de hacer frente a la adopción de varias opciones críticas.

Por lo que respecta a la redacción y las condiciones de aplicación de la cláusula, es difícil encontrar una tendencia predominante. Mucho depende de con qué latitud o rigor interpreten las partes contratantes la expresión "seguridad nacional" o cualquier otro término similar en su acervo legislativo nacional y si tratan de protegerse fundamentalmente contra los riesgos "clásicos" para la seguridad nacional, o pretenden hacerlo de una forma más amplia. En ese contexto, es importante destacar que la evolución hacia una protección más firme de las industrias estratégicas a nivel nacional no se ha traducido (todavía) en una política de inclusión de una excepción expresa a ese respecto en los AII. Una explicación de esa situación podría encontrarse en que en la mayoría de los AII no se establece ninguna obligación con respecto a la entrada de inversores extranjeros mientras que, como ya se ha explicado, la protección de las industrias estratégicas es

principalmente una cuestión de regular la entrada de esas inversiones. Otra explicación podría ser que las partes contratantes en los AII no desean incluir una excepción de ese tipo o consideran que una cláusula relativa a la seguridad nacional de naturaleza "normal" es suficiente para abarcar también el caso de las industrias estratégicas. Por otra parte, en varios AII se menciona explícitamente la protección del orden público o las perturbaciones internas graves, lo que parece tener por objeto abarcar las situaciones de crisis económica profunda.

Del mismo modo, es difícil discernir un patrón claro por lo que se refiere a la segunda cuestión esencial: si la aplicación de la excepción relativa a la seguridad nacional debe o no ser discrecional. Evidentemente, la primera alternativa ofrece a las partes contratantes una mayor facilidad para aplicar sus propios criterios en cuanto a la aplicación de la cláusula -un enfoque que puede no ser el más apropiado cuando se trata de proteger las industrias estratégicas. No obstante, como se explica en el epígrafe I.C.1, las diferencias entre las dos opciones tal vez sean menos pronunciadas en la práctica de lo que pudiera parecer a primera vista.

Otra cláusula estrechamente relacionada con la excepción relativa a la seguridad nacional es la denominada "denegación de ventajas" que puede encontrarse en algunos AII. Habitualmente, esa cláusula da derecho a las partes contratantes a denegar a una inversión las ventajas del tratado si quienes la controlan son inversores procedentes de un tercer Estado con el que la parte contratante que decide la denegación no mantiene relaciones diplomáticas. Así pues, esa cláusula puede utilizarse también para denegar el acceso de inversores extranjeros a industrias sensibles desde el punto de vista estratégico, aunque las condiciones para hacerlo -la ausencia de relaciones diplomáticas con el Estado de origen del inversor que controla la inversión- son mucho más restrictivas que en el caso de una cláusula relativa a la seguridad nacional.

A la luz de los acontecimientos más recientes, los negociadores de AII tal vez deseen prestar más atención a la posible inclusión de las industrias estratégicas y las crisis económicas en las excepciones por

motivos de seguridad nacional y conceptos análogos. Deben preguntarse si consideran necesaria una excepción por motivos de seguridad de carácter amplio y poco definido que les facilite la máxima discrecionalidad o si prefieren una cláusula más limitada en interés de una mayor previsibilidad y una seguridad jurídica más sólida. En este último caso, las partes contratantes en los AII cuentan con varias opciones para aclarar el alcance y las condiciones en las que puede aplicarse una excepción por motivos de seguridad nacional. Entre ellas cabe mencionar la definición más precisa de la expresión "seguridad nacional" y las situaciones en las que ha de aplicarse la cláusula de excepción. También puede pensarse en la posibilidad de incluir condiciones previas para invocar la excepción, como un requisito explícito de buena fe, y un examen periódico de la necesidad de mantener la restricción a las inversiones en aras de la seguridad nacional. Todas esas opciones ayudan a evitar que la inclusión de excepciones relativas a la seguridad nacional en los AII se convierta en algo que haya de ser "blanco o negro" y permiten adoptar soluciones más diferenciadas que facilitan el logro de un equilibrio justo entre los intereses de las partes contratantes y los inversores extranjeros.

Nota

¹ Puede distinguirse entre "industrias estratégicas" e "infraestructura esencial". Mientras que la primera expresión se refiere a todas las industrias que un gobierno considera esenciales para su desarrollo económico, la última se limita al sector de las infraestructuras y no sólo reviste interés por motivos económicos, sino también por su influencia en el bienestar de la sociedad (por ejemplo, el abastecimiento de agua y el saneamiento). Aunque, por tanto, los dos términos no son idénticos, en el presente documento se utiliza para ambos la expresión "industrias estratégicas" a fin de "facilitar" la lectura.

INTRODUCCIÓN

Recientemente ha empezado a manifestarse una tendencia a invocar consideraciones relativas a la seguridad nacional en un contexto económico. En varios laudos arbitrales dictados recientemente en relación con la crisis económica por la que atravesó la Argentina en los primeros años del nuevo milenio se trataba de establecer si esa situación constituía una amenaza a la seguridad nacional del país y, por tanto, justificaba la imposición de restricciones a los inversores extranjeros¹. Una grave crisis económica o financiera puede llegar a golpear a cualquier país. Los países en desarrollo corren mayor riesgo, como puede demostrarse con muchos ejemplos extraídos del pasado y contemplados en el presente. Más recientemente, las crisis de los alimentos y de la energía han causado disturbios y otras formas de violencia en muchos lugares. Así pues, es posible que en el futuro haya cada vez más países que se sientan obligados a adoptar medidas de emergencia y que entre esas medidas se encuentre la imposición de restricciones a la inversión extranjera.

Aunque esas medidas de emergencia parezcan importantísimas desde el punto de vista del país receptor, pueden causar daños considerables a los inversores extranjeros y tener un efecto muy negativo en el clima de inversión. Pueden incluso provocar un agravamiento de la crisis, al menos a corto plazo, si el tan necesario capital extranjero abandona el país y se interrumpe la afluencia de nuevos fondos. Así pues, la adopción de medidas de emergencia en tiempos de crisis económica puede tener sus ventajas y sus inconvenientes, por lo que evitar una reacción desproporcionada por parte del gobierno puede ser esencial.

Del mismo modo, un número creciente de países se muestra renuente a permitir que inversores extranjeros adquieran empresas que consideran de importancia estratégica o se oponen directamente a ello. A menudo, lo que alimenta esas políticas es una mezcla de consideraciones de carácter político y económico -el deseo de

mantener el control de los recursos naturales y la infraestructura esencial, o la creencia de que ceder la propiedad a intereses extranjeros podría socavar los esfuerzos gubernamentales por mejorar la competitividad y las perspectivas de desarrollo de un país, por ejemplo. En particular, las inversiones de los fondos soberanos extranjeros y el posible riesgo de que sus decisiones de inversión puedan no estar libres de consideraciones políticas han desembocado en la exigencia de un control más estricto de sus actividades. En algunos casos, esos recelos no han afectado sólo a las nuevas inversiones en el país receptor, sino que han conducido a la imposición de una desinversión forzosa de inversiones existentes o a la modificación de sus condiciones.

Los cambios significativos que se están produciendo en los patrones de las corrientes internacionales de inversión pueden reforzar aún más esas tendencias. A medida que las economías emergentes pasan a convertirse en actores económicos y políticos poderosos, también invierten más en el extranjero. Las corrientes de inversión que una vez siguieron un curso unidireccional desde los países desarrollados a los países en desarrollo fluyen cada vez más en ambas direcciones y con gran intensidad. Ese fenómeno marca el comienzo de una nueva etapa de la globalización en la que inversores de las economías emergentes (como el Brasil, China, la Federación de Rusia, la India y Sudáfrica) desempeñan un papel cada vez más importante.

¿Cómo van a reaccionar los países en desarrollo ante esos cambios en la distribución del poder? ¿Darán una bienvenida incondicional al incremento de la corriente de inversión procedente de las economías en desarrollo, o adoptarán una actitud más restrictiva? En lo que se refiere concretamente a la inversión de los fondos soberanos extranjeros, la evolución reciente observada en varios países desarrollados muestra una imagen desigual. Aunque esos países, en general, han permanecido hasta ahora abiertos a esas inversiones, no puede descartarse la posibilidad de que adopten una actitud más defensiva a la luz de la crisis económica y sus secuelas. De hecho, las tendencias proteccionistas ya se dejan ver y pueden intensificarse aún

más cuando la economía mundial se recupere y los fondos públicos comiencen a salir de las empresas más importantes rescatadas durante la crisis. A medida que la fortaleza económica y financiera de los fondos soberanos aumente, es posible que traten de hacerse con el control de empresas estratégicas en las que posean alguna participación. Como resultado, se corre el riesgo de que una mezcla de argumentos políticos y efectos psicológicos pueda dar al traste con el razonamiento económico.

Nos encontramos también con otro riesgo más grave. Si la defensa de las industrias estratégicas se generaliza en todos los países, podría tener graves consecuencias en el crecimiento económico, dificultar la asignación óptima de los recursos y conducir a una importante distorsión de las inversiones. Las consecuencias económicas pueden ser aún más graves si se tiene en cuenta que, en la mayoría de los países, los sectores estratégicos se encuentran entre los más importantes y valiosos, no sólo desde el punto de vista del país receptor, sino frecuentemente también desde la perspectiva del país de origen de los inversores. Impedir a estos últimos llevar a cabo una inversión en el exterior puede afectar también profundamente a las estrategias de desarrollo del país de origen².

No cabe duda de que los países receptores tienen el derecho soberano de regular la inversión extranjera, y eso incluye la posibilidad de imponer restricciones por motivos de seguridad nacional. Corresponde también a los países receptores decidir cómo desean definir el término "seguridad nacional" y en qué circunstancias consideran que esos intereses corren peligro. Eso les da un gran margen de discrecionalidad a la hora de decidir si una inversión extranjera concreta supone o no una amenaza para su seguridad nacional y cómo quieren responder ante esa amenaza. Por otra parte, una empresa extranjera que esté considerando la posibilidad de hacer una inversión en el extranjero desea claridad y garantías jurídicas en lo que se refiere a las condiciones para invertir en el país receptor. Así pues, una política de los países receptores en relación con la inversión extranjera basada en un concepto de la seguridad nacional poco

definido puede desalentar a los inversores extranjeros, tanto si fuera de aplicación en un caso concreto como si no.

En el presente documento se examina el papel que los AII desempeñan en ese contexto y cuáles son los enfoques que se han adoptado en esos tratados en lo que se refiere a las excepciones relativas a la seguridad nacional. Esas excepciones figuran en la mayoría de los acuerdos de libre comercio (ALC) con disposiciones relativas a la inversión suscritos recientemente y en el 12% de los tratados bilaterales de inversión (TBI) examinados³. En el futuro, la cuestión de la seguridad nacional puede incluso adquirir mayor importancia en la negociación de AII, ya que va en aumento el número de Estados que están introduciendo, o considerando la posibilidad de introducir, leyes nacionales encaminadas a restringir la propiedad extranjera por motivos de seguridad nacional y a garantizar un mayor control gubernamental de los sectores estratégicos, como los recursos naturales y las industrias extractivas (UNCTAD, 2008).

En los AII se establecen ciertas limitaciones a la medida en que las partes contratantes pueden regular la inversión extranjera en su territorio. Eso significa que también se puede limitar el derecho de los países a restringir la inversión extranjera por motivos de seguridad nacional. No obstante, en la medida en que los AII incluyan una excepción de ese tipo, es posible que ya no puedan aplicarse las limitaciones que se imponen a los gobiernos en virtud de esos acuerdos. Así pues, tanto los encargados de la formulación de políticas como los inversores extranjeros necesitan conocer las diversas interacciones entre las políticas de seguridad nacional, la concertación de AII y la inclusión en el tratado de excepciones relativas a la seguridad nacional.

Resulta evidente que existe un conflicto potencial entre el objetivo general de esos tratados, que consiste en promover y proteger la inversión extranjera, y el deseo legítimo de los países receptores de salvaguardar sus intereses relacionados con la seguridad nacional. Un examen de lo que sería el equilibrio "ideal" entre esos objetivos potencialmente divergentes de los AII resulta tanto más importante

cuanto que la protección de las industrias estratégicas y también las medidas de emergencia adoptadas en momentos de crisis económica añaden importantes elementos nuevos a lo que puede considerarse la "seguridad nacional" y, por tanto, podrían alterar el equilibrio en favor del fortalecimiento de la soberanía del Estado a expensas de la protección de las inversiones.

Al explorar el papel de los AII en ese contexto, en el presente documento se pretende abordar las siguientes cuestiones:

- ¿En qué medida contienen los AII medidas específicas relativas a la seguridad nacional?
- ¿Qué concepto de la "seguridad nacional" se utiliza en los AII?
- ¿Qué enfoque se adopta en los AII en lo que se refiere al derecho de las partes contratantes a invocar una excepción relativa a la seguridad nacional?
- ¿Hasta dónde llegan los efectos jurídicos de una excepción relativa a la seguridad nacional?
- ¿De qué opciones pueden valerse los negociadores de AII cuando estudian una excepción relativa a la seguridad nacional? Y también, ¿sería útil distinguir entre diferentes tipos de amenazas a la seguridad?
- ¿Cuál es el papel del arbitraje internacional en ese contexto? Y, en particular, ¿qué interpretación han venido dando los tribunales de arbitraje al concepto de la seguridad nacional?

La estructura del presente documento se ajusta a las líneas establecidas en la *Colección de publicaciones sobre temas relacionados con las políticas internacionales de inversión para el desarrollo* de la UNCTAD⁴, y es la siguiente:

- Explicación de la cuestión de la seguridad nacional en el contexto de los AII, incluido un estudio de los últimos ejemplos en la esfera de las decisiones administrativas y la legislación a nivel nacional;

- Estudio de las excepciones relativas a la seguridad nacional presentes en los AII, como los tratados bilaterales sobre inversiones y los acuerdos regionales y de libre comercio;
- Interacción de las excepciones relativas a la seguridad nacional con otras cuestiones y conceptos presentes en los AII;
- Opciones de que disponen los negociadores de AII en lo que se refiere a la inclusión de excepciones relativas a la seguridad nacional en esos acuerdos.

Notas

¹ Véase el epígrafe I.D.1.

² Puede verse un análisis en UNCTAD (2006).

³ Las excepciones relativas a la seguridad aparecen continuamente en los TBI concluidos por Alemania, la India, Bélgica-Luxemburgo, el Canadá, los Estados Unidos y, en menor medida, México. A veces esas excepciones aparecen bajo un nombre diferente como "intereses esenciales de seguridad" u "orden público". Todos los AII que se mencionan en el presente documento pueden consultarse en la dirección <http://www.unctad.org/AII>.

⁴ Véase la dirección <http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intItemID=2322&lang=1>.

I. EXPLICACIÓN DE LA CUESTIÓN

Al examinar la cuestión de la inclusión de una excepción relativa a la seguridad nacional en los AII vienen a la mente cuatro preguntas básicas:

- A. ¿Cuál es el centro del debate actual en torno a la inversión extranjera y la seguridad nacional?
- B. ¿Qué papel desempeñan los AII en ese debate?
- C. ¿Cuáles son las principales cuestiones de política que se plantean al negociar la inclusión de una excepción relativa a la seguridad nacional en un AII?
- D. ¿Cómo ha evolucionado la jurisdicción internacional en esa esfera?

A. La evolución del concepto de seguridad nacional: de la neutralización de las amenazas militares a la lucha contra la crisis económica y la protección de las industrias estratégicas

El concepto de "seguridad nacional" es amplio y puede ser ambiguo. La traducción al español de la definición que se da en el *Oxford English Dictionary* vendría a ser la "seguridad de una nación y su población, instituciones, etc., especialmente frente a las amenazas de carácter militar o derivadas del espionaje, el terrorismo, etc.". Esa definición no es exhaustiva ni en lo que se refiere al objeto de la protección ni en lo que se refiere al origen de la amenaza. Así pues, mientras que la seguridad de la nación y su población constituyen claramente el núcleo de la definición, podría defenderse razonadamente que la definición engloba también las amenazas a la salud de la población o al medio ambiente, así como, en general, las amenazas al sistema político, económico y financiero de un país, incluidas la infraestructura nacional y las tradiciones culturales. Del mismo modo, una amenaza a la seguridad nacional puede tener una

variedad de causas. Además de los ejemplos que se mencionan de una amenaza militar o derivada del espionaje o el terrorismo, también pueden plantearse riesgos debidos, por ejemplo, a la aparición de epidemias, desastres naturales, conmoción civil, crisis económicas graves o un intento por controlar desde el extranjero alguna industria nacional esencial. El concepto en evolución de seguridad nacional conlleva también la posibilidad de que en el futuro surjan nuevas amenazas que hoy nos son desconocidas.

1. Crisis económica

En los últimos años se han planteado dos cuestiones importantes en relación con las preocupaciones en materia de seguridad nacional con respecto a las inversiones extranjeras. Una de ellas tiene que ver con la relación entre la crisis económica y la seguridad nacional. En varios litigios recientes relacionados con las inversiones se ha planteado la cuestión de si la crisis económica por la que atravesó la Argentina a principios del nuevo milenio suponía una amenaza para la seguridad del país y si eso podía considerarse una defensa válida frente a las denuncias de los inversores de que el país había vulnerado sus obligaciones dimanantes del TBI concluido con los Estados Unidos de América¹.

Todos los tribunales coincidieron en opinar que en el artículo 11 del TBI se contemplaban también las emergencias económicas y, por tanto, no se limitaba a las amenazas de carácter militar y político. El tribunal del caso *CMS*, por ejemplo, determinó que "ninguna norma de costumbre internacional como tampoco el objeto y fin del Tratado, excluyen de por sí las crisis económicas agudas del alcance del artículo 11"². Además, "si el concepto de intereses esenciales de seguridad se limitara a los problemas inmediatos en materia de política y seguridad nacional, en particular de naturaleza internacional, y excluyera otros intereses, por ejemplo las emergencias económicas graves, ello podría dar lugar a una interpretación desequilibrada del artículo 11"³.

El tribunal del caso *LG&E* también rechazó la interpretación según la cual el artículo 11 sólo es aplicable a circunstancias relacionadas con la acción militar o la guerra. En su opinión, concluir que una profunda crisis económica no es una cuestión de seguridad nacional "sería minimizar el caos que la economía puede causar en las vidas de una población entera y en la capacidad de dirección del Gobierno"⁴. En el caso *Continental Casualty*, el tribunal recordó que "el derecho internacional no es ciego al requisito de que los Estados deben poder ejercer su soberanía en defensa de los intereses de su población libres de amenazas internas y externas a su seguridad y al mantenimiento del orden interno"⁵. Cuando los cimientos económicos de un Estado se ven amenazados, la gravedad de las repercusiones podrían equipararse a las de cualquier invasión militar. Así pues, aunque a través de enfoques interpretativos diferentes, todos los tribunales llegaron a la misma conclusión, es decir, que la expresión "intereses esenciales de seguridad" abarca también, en principio, las crisis económicas graves.

A pesar de ese resultado, los tribunales difirieron en su evaluación del nivel de gravedad de la crisis económica de la Argentina. Mientras el tribunal del caso *CMS* afirmó que "la crisis argentina fue grave pero no llevó a un total colapso económico y social"⁶, el del caso *LG&E* determinó que "desde el 1º de diciembre de 2001 hasta el 26 de abril de 2003, la Argentina estuvo sumida en un período de crisis durante el cual fue necesario tomar medidas con miras a mantener el orden público y proteger sus intereses esenciales de seguridad"⁷. El tribunal del caso *Continental Casualty*, sin delimitar el período de la crisis, concluyó que la invocación de la cláusula de seguridad nacional "no exige que la situación ya se haya degenerado en una circunstancia que exija la suspensión de las garantías constitucionales y las libertades fundamentales"⁸.

Según el tribunal del caso *CMS*, para satisfacer los requisitos establecidos en el artículo 11 del TBI sería necesaria una crisis económica que pusiera en peligro la propia existencia del Estado. El tribunal negó que se hubiera producido una situación de esa magnitud. De forma similar, los tribunales de los casos *Enron* y *Sempra*

determinaron que la crisis de la Argentina había sido grave. Aun así, afirmaron también que "el argumento de que dicha situación comprometió la existencia misma del Estado y su independencia, y que por ello afectaba un interés esencial del Estado, no es convincente"⁹.

Por el contrario, el tribunal del caso *LG&E* se apoyó en los principales indicadores económicos y determinó que todo ese escenario negativo -económico, político y social- en su conjunto, activó las protecciones ofrecidas por el artículo 11 del tratado para mantener el orden público y controlar el descontento de la población¹⁰. Determinó que "una crisis extremadamente severa en los sectores económico, político y social, alcanzó su clímax en diciembre de 2001, amenazando con el colapso total del Gobierno y del Estado argentino"¹¹. De forma similar, el tribunal del caso *Continental Casualty* llegó a la conclusión de que la crisis produjo "el abandono repentino y caótico del dogma fundamental de la vida económica del país"¹². Así pues, los tribunales difirieron en su interpretación de los fundamentos del caso.

En conclusión, si un AII contiene una excepción relativa a la seguridad nacional, las partes contratantes pueden estar relativamente seguras de que, en caso de crisis económica, esa cláusula será, en principio, aplicable. No obstante, la seguridad es mucho menor por lo que se refiere al grado de profundidad que debe tener la crisis para que pueda invocarse una excepción por motivos de seguridad nacional. Ello podría influir en la redacción de las excepciones relativas a la seguridad nacional que se incluyan en futuros AII¹³.

2. Protección de las industrias estratégicas

La segunda cuestión guarda relación con las preocupaciones en materia de seguridad nacional en relación con el control extranjero de sectores e industrias que el país receptor estime como de importancia estratégica. Los casos en que empresas extranjeras han sido rechazadas o sujetas a otras restricciones porque trataban de invertir en industrias importantes desde el punto de vista estratégico son hoy

día mucho más frecuentes que aquellos en los que el acceso se ha denegado a causa de una seguridad nacional entendida de una forma literal (véase recuadro 1). En la mayoría de los casos, esas medidas han dificultado el funcionamiento de los inversores extranjeros. Entre las medidas pueden encontrarse la imposición de nuevas restricciones a la propiedad extranjera, la nacionalización del sector petrolero y otros sectores sensibles, la renegociación de los contratos de concesión con inversores extranjeros y la introducción de nuevas listas de sectores en los que se restringe la inversión extranjera directa (IED).

Recuadro 1

Planes recientes de adquisición por empresas extranjeras que se han visto afectados por supuestos intereses de seguridad nacional

El número de casos en que los gobiernos han bloqueado inversiones extranjeras en industrias nacionales clave por motivos de seguridad nacional ha ido en aumento en los últimos años. Los recelos eran especialmente intensos cuando las empresas mantenían vínculos estrechos con el gobierno de su país de origen. Las industrias más afectadas fueron el petróleo, el gas y otros recursos mineros; la tecnología de la información y las comunicaciones; y otros servicios de infraestructura (UNCTAD, 2006). A continuación se ofrecen algunos ejemplos.

Uno de los primeros casos que recibieron gran atención tuvo como protagonista a la China National Offshore Oil Corporation (CNOOC), la empresa petrolera propiedad del Estado chino que anunció en 2005 la adquisición de Unocal, la novena empresa petrolera de los Estados Unidos. La adquisición propuesta dio lugar a preocupaciones en materia de seguridad nacional, supuesta competencia desleal y riesgo de fuga de tecnología. Tras la intervención del Congreso de los Estados Unidos, la CNOOC retiró su oferta y Unocal terminó por fusionarse con Chevron

Corporation, una empresa radicada en los Estados Unidos (UNCTAD, 2006).

En marzo de 2006, el Congreso de los Estados Unidos bloqueó la adquisición por parte de Dubai Ports World, por la suma de 6.800 millones de dólares, de la empresa británica Peninsular and Oriental (P&O). Esa operación hubiera puesto bajo su control seis puertos de los Estados Unidos -incluidos los de Nueva York y Filadelfia- (Singh, 2007).

En Europa, el Gobierno español impidió con éxito la adquisición de la empresa proveedora de energía Endesa por la alemana E.ON en 2005. En una acción similar, el Gobierno de Francia se opuso a la adquisición de Suez por la empresa italiana ENEL. Para ello promovió la fusión de Gaz de France y Suez, creando así un "campeón nacional".

La oferta de 22.700 millones de dólares de Mittal Steel para la adquisición de la luxemburguesa Arcelor en 2005 encontró una fuerte resistencia política de los Gobiernos de Francia, Luxemburgo y España. Con sede en Luxemburgo, Arcelor es una empresa europea del sector del acero creada en 2001 a raíz de la fusión de Aceralia (española) Usinor (francesa) y Arbed (luxemburguesa). Como la oferta de Mittal Steel era lucrativa desde el punto de vista financiero, la mayoría de los accionistas de Arcelor descartaron las preocupaciones gubernamentales y aprobaron la venta en junio de 2006 (Singh, 2007).

Las inversiones extranjeras también han suscitado preocupaciones en materia de seguridad en algunos mercados emergentes. China, por ejemplo, ha intensificado el escrutinio de las adquisiciones extranjeras de algunas empresas nacionales estratégicas, (Sauvant, 2006). Últimamente se han planteado preocupaciones en materia de seguridad nacional en relación con industrias que no todos percibirían como un riesgo para la seguridad. Fueron las preocupaciones de esa naturaleza las que impulsaron al Gobierno de la India a bloquear, en noviembre de

2005, la oferta de una subsidiaria de Hutchison Whampoa, de Hong Kong (China), para adquirir una terminal de contenedores en Mumbai (UNCTAD, 2006).

La inversión extranjera en el sector de la energía, especialmente el petróleo y el gas, se ha visto especialmente expuesta a las preocupaciones relacionadas con la seguridad nacional en los últimos años. Varios países han introducido nuevas restricciones a la inversión extranjera o han tratado de modificar de alguna otra forma las condiciones contractuales para esas empresas. Las empresas petroleras extranjeras que operan en la Federación de Rusia, tuvieron que ceder el control de varios proyectos importantes que habían adquirido en el decenio de 1990. Quizá lo más destacado fuera la venta por Royal Dutch Shell de una participación de control en el proyecto Sakhalin-2 y la venta por British Petroleum de su participación en el yacimiento de gas de Kovykta. En ambos casos el comprador fue la empresa estatal rusa Gazprom, que ostenta el monopolio del gas natural

Varios países latinoamericanos han renegociado los contratos con inversores extranjeros en sectores estratégicos con el fin de alcanzar un mejor equilibrio económico entre la empresa extranjera y el país receptor. En Bolivia, todas las empresas petroleras extranjeras de carácter transnacional acordaron convertir sus contratos de reparto de la producción en contratos de explotación y ceder el control de las ventas a Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos, la empresa petrolera estatal de Bolivia, tal como se estipulaba en el decreto de nacionalización de los recursos de petróleo y gas promulgado en mayo de 2006. Además, en 2007 el Gobierno cerró un acuerdo con Petrobras (Brasil) para volver a nacionalizar las dos refinerías de petróleo que Petrobras había adquirido en 1999. El Gobierno está intentando también recuperar el control de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (Entel), controlada actualmente por Telecom Italia, que fue nacionalizada en 1996 (UNCTAD, 2007a). En el Ecuador, el 1º de mayo de 2006 se promulgó una nueva ley por la

que el Gobierno estableció un impuesto del 60% sobre los beneficios obtenidos del petróleo por empresas extranjeras si el precio de esa materia prima sobrepasaba determinados niveles (Singh, 2007). En 2007, la República Bolivariana de Venezuela aprobó un decreto por el que la empresa estatal PDVSA adquiría una participación mayoritaria y podía acceder al control de cuatro empresas conjuntas en la rica cuenca petrolífera del Orinoco. La República Bolivariana de Venezuela asumió también el control de otras industrias, como las telecomunicaciones, la electricidad y la minería de productos no combustibles. En el caso de la minería de productos no combustibles, la Asamblea Nacional aprobó en 2006 un proyecto de ley para reformar la ley de minería (UNCTAD, 2007a).

Fuente: UNCTAD.

Aunque los términos utilizados para designar esas actividades pueden ser diferentes -puede hablarse, por ejemplo, de "infraestructura estratégica", "industrias esenciales" o "campeones nacionales"- el propósito es siempre parecido: estar en condiciones de impedir que empresas extranjeras inviertan en sectores que se consideran de importancia crítica para una sociedad o, si esa inversión ya se ha realizado, reservarse el derecho a ponerle fin y hacerla objeto de otras restricciones¹⁴.

Hay varios motivos por los que la protección de las industrias estratégicas ha atraído tanta atención. Uno de ellos tiene que ver con la privatización. Mientras las empresas estratégicas, como las de las del sector de las infraestructuras, fueron propiedad del Estado, no había peligro de que pudieran caer bajo control extranjero. Los inversores privados, nacionales o extranjeros, simplemente no tenían permitido invertir en esas actividades. Ahora que en muchos países la privatización se extiende a las industrias estratégicas, los inversores extranjeros tienen la posibilidad de adquirir participaciones en ellas. En gran número de esos países, sin embargo, las voces que afirman que habría que poner coto a esas inversiones se escuchan cada vez con

más volumen o, cuando menos, se les oye decir que deberían ponerse algunas salvaguardias para controlar la influencia extranjera en esas empresas.

Además, en muchos países en desarrollo cunde el descontento por los negocios que se han hecho en el pasado al amparo de la privatización. Ha habido quejas de que los contratos fueron demasiado favorables para los inversores extranjeros y que sería necesaria su renegociación para alcanzar un equilibrio de intereses justo. En la mayoría de los casos, esos contratos de inversión afectan a industrias estratégicas, como la producción de energía o el abastecimiento de agua¹⁵.

Además, la reciente tendencia al aumento de la demanda mundial de energía y otros productos básicos ha confirmado la gran importancia que tienen esas industrias como importantes fuentes de ingresos para los países que las poseen y como medio para incrementar su peso político y económico. A pesar de la reducción que actualmente experimenta la demanda, no supone ninguna sorpresa que esos países estén más deseosos que nunca de ejercer su control sobre esas industrias esenciales y que consideren ese control como algo de interés nacional.

Las cuestiones que se exponen a continuación revisten especial interés en el debate actual.

a) Definición de "industrias estratégicas"

En ausencia de un consenso internacional acerca del significado y el alcance de ese término, cada país define a su manera lo que entiende por empresas o industrias "estratégicas". Mientras en varios convenios internacionales se ha intentado aclarar el significado de la expresión "seguridad nacional", no se ha hecho ninguna aclaración similar del término "industrias estratégicas". A menudo se echa en falta una distinción clara entre ambos conceptos, es decir, los países protegen las industrias estratégicas porque las consideran necesarias para su seguridad nacional. Como resultado, es mucha la incertidumbre en torno a las condiciones en que la legislación nacional

de los países receptores permiten bloquear la entrada de inversores extranjeros o intervenir de alguna otra forma en sus actividades.

El abanico de industrias que pueden considerarse como "de importancia estratégica" es potencialmente muy amplio. Una categoría importante es la infraestructura nacional, que comprende las telecomunicaciones, el transporte, la energía y el abastecimiento de agua. La agricultura puede ser otro sector que un país considere esencial para su supervivencia. Además, puede haber industrias específicas en países concretos que tienen tal importancia para la economía nacional que ese país las considera de importancia estratégica. Un país puede, por ejemplo, depender de un sector concreto o incluso de una única empresa para la obtención de divisas, o puede considerar que otro sector es esencial para promover el desarrollo tecnológico.

Los países receptores y los inversores extranjeros tienen intereses que pueden ser opuestos en cuanto a la definición de las industrias "estratégicas". Los países receptores pueden inclinarse por un concepto relativamente amplio que deje al gobierno suficiente discrecionalidad a la hora de designar los sectores estratégicos, junto con la posibilidad de añadir o retirar de la lista determinadas actividades a su antojo. Por el contrario, es más probable que los inversores extranjeros estén interesados en una definición de los sectores "estratégicos", si es que no puede evitarse por completo, que sea lo más estricta posible y en el establecimiento de criterios claros para determinar si una empresa reviste o no importancia "estratégica".

En el plano nacional, pueden distinguirse dos conceptos básicos relativos a la definición de las industrias que son sensibles por motivos de seguridad nacional o revisten importancia estratégica. Uno de los enfoques es dejar esos términos prácticamente sin definir, con lo que se facilita a las autoridades nacionales la máxima discrecionalidad a la hora de ampliar el concepto en un caso concreto. En el otro extremo del espectro se encuentra un método en virtud del cual un país establece una lista exhaustiva de industrias o actividades que considera de interés para la seguridad nacional. Evidentemente,

esta última técnica es mucho más transparente y arroja mucha más claridad. Al mismo tiempo, sin embargo, también reduce el margen de maniobra de los gobiernos (véase también la sección IV.C).

También existen diferencias en la práctica de los Estados en lo que se refiere a importantes cuestiones de procedimiento. Mientras que en algunos países las empresas extranjeras tienen que solicitar permiso para llevar a cabo una inversión, en otros se deja al arbitrio de la empresa extranjera si desea informar a las autoridades nacionales de la adquisición que tienen prevista. No obstante, el país receptor se reserva el derecho a denegar retroactivamente la autorización para la adquisición si no se ha facilitado información antes de llevar a cabo la inversión.

La necesidad de proteger las industrias estratégicas es algo que sienten muchos países, sea cual sea su nivel de desarrollo. En cuanto a la protección de las empresas estratégicas, cabría suponer que serían principalmente los países en desarrollo los que recurriesen a esas políticas como instrumento intervencionista para proteger a sus campeones nacionales y avanzar en pos de sus objetivos de desarrollo. Sin embargo, cada vez es mayor el número de países desarrollados que siguen el mismo camino. En realidad, el grueso del debate en torno a las preocupaciones por la seguridad nacional en relación con las inversiones extranjeras y la supuesta necesidad de proteger a las empresas estratégicas ha tenido lugar en países de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) y no en el mundo en desarrollo (véase también el epígrafe I.A.4).

Teniendo en cuenta que es probable que el papel de las economías emergentes como exportadores de capital crezca considerablemente en los próximos años, cabría esperar que ese debate adquiriera todavía mayor impulso. Los países desarrollados necesitan adaptarse a unos profundos cambios en el proceso de globalización que hacen que sus empresas transnacionales ya no sean los únicos actores de categoría mundial en el terreno de la inversión extranjera. Cada vez son más las empresas de países en desarrollo que alcanzan la capacidad necesaria para hacer inversiones sustanciales en el extranjero y competir con

éxito con sus homólogas de los países de la OCDE, aunque el monto total de la inversión extranjera de los países en desarrollo sigue siendo pequeño comparado con el de los países desarrollados¹⁶.

Las exigencias que se dejan oír en los países desarrollados en favor de la protección de sus industrias estratégicas son principalmente una respuesta defensiva ante esos dramáticos cambios. Está por ver si esas exigencias se agudizarán aún más en el futuro o si habrá un regreso a las políticas más liberales cuando concluya la actual etapa de adaptación y la crisis económica mundial llegue a su fin.

b) ¿Contra quién se busca protección?

• **La nacionalidad del inversor extranjero**

Aunque el mero hecho de que el inversor venga de un país extranjero puede ser suficiente para provocar algunos recelos por motivos de seguridad nacional, esos recelos pueden ser especialmente intensos si el inversor proviene de un país al que se considera hostil o con el cual, por cualquier otro motivo, se mantienen unas relaciones políticas poco amistosas. Es poco probable, por ejemplo, que un país receptor permitiese la adquisición de una empresa nacional de alta tecnología si se corriera el riesgo de que el inversor extranjero, y su país de origen, pudiera explotar esa tecnología para desarrollar armas u otros equipos militares que pudieran utilizarse contra él. Por el contrario, esos temores pueden no existir si el inversor proviene de un país con el que el país receptor mantiene buenas relaciones o que es incluso un aliado militar.

Preocupaciones similares podrían plantearse en relación con las inversiones en empresas estratégicas del país receptor, incluida la infraestructura. Ese país tal vez no desee que partes vitales de su economía (por ejemplo el transporte, las telecomunicaciones, la energía o el abastecimiento de agua) caigan en manos de extranjeros si teme que un día puedan utilizar su control de esos activos de una forma hostil.

Sin embargo, los países receptores pueden verse ya inclinados a rechazar inversiones extranjeras en esos sectores por motivos menos dramáticos. El orgullo nacional puede ser suficiente para rechazar la participación de cualquier inversor extranjero en compañías nacionales "de bandera". Los países receptores tal vez deseen mantener esas empresas libres de influencia extranjera incluso si el inversor proviene de un país amigo.

- **Los fondos soberanos**

Buena parte del reciente debate sobre la defensa de las industrias estratégicas se ha planteado en relación con los fondos soberanos. Eso puede explicarse por el hecho de que esos fondos han ido adquiriendo considerable importancia en los últimos años. No obstante, los fondos soberanos no son un fenómeno nuevo. Uno de los primeros ejemplos fue la "Caisse des dépôts et consignations" francesa, fundada en 1816. Buen número de esos fondos se crearon antes de 1980, en el contexto de la acumulación de ingresos procedentes del petróleo durante el decenio de 1970. Dos de los mayores se fundaron hace más de veinticinco años: la Abu Dhabi Investment Authority, en 1976, y la Singapore's Government Investment Corporation, en 1981. Gracias en gran medida al enorme aumento de los ingresos procedentes del petróleo, el número de fondos soberanos se duplicó, pasando de 20 a 40, entre los años 2000 y 2005. Hoy, son agentes económicos poderosos que operan a nivel mundial, la mayoría de ellos concentrados en Asia y en la región árabe. La Abu Dhabi Investment Authority, establecida en 1976, es actualmente el mayor fondo soberano, seguido por los de Noruega, Singapur, Kuwait y China (véase UNCTAD, 2008: 20 a 26).

Se calcula que los fondos soberanos gestionan un volumen de activos que se aproxima a los 5 billones de dólares, lo que supone más de la mitad de las reservas oficiales de divisas de todo el mundo. Se prevé que en 2012 esa cifra habrá llegado a 10 billones de dólares¹⁷. Sin embargo, si se comparan con los fondos de pensiones (que cuentan con un volumen de recursos de unos 22,5 billones de dólares) o las compañías de seguros (que gestionan unos fondos de 16,5

billones de dólares), el volumen de los activos que gestionan los fondos soberanos es todavía relativamente modesto. Además, la IED procedente de los fondos soberanos no superó los 10.000 millones de dólares en 2007, lo que supone un magro 0,2% del volumen total de sus activos y tan sólo el 0,6% del total de las corrientes de IED (ibíd., pág. 21).

Un fondo soberano puede definirse como un fondo que es propiedad del Estado o del Gobierno y está compuesto por activos financieros como acciones, bonos, bienes inmuebles, oro, divisas y otros vehículos de inversión. En esencia, se trata de los activos financieros que los países pretenden dedicar a la inversión. No obstante, no hay un sólo tipo uniforme de fondos soberanos; esos fondos pueden diferir sustancialmente entre sí en cuanto a sus activos financieros, su conexión con el gobierno, sus estrategias de inversión y sus objetivos operacionales. La mayoría de esos fondos están compuestos por reservas acumuladas de divisas procedentes de los superávits presupuestarios y por cuenta corriente (Hoegge, 2007). La mayoría de los fondos soberanos obtienen la mayor parte del efectivo de los ingresos procedentes de los recursos naturales, pero algunos de sus ingresos provienen también de las operaciones de privatización.

Los fondos soberanos sirven a los gobiernos como vehículo de inversión para obtener una gran rentabilidad de sus reservas de efectivo invirtiendo en acciones y otros activos del exterior. Los gobiernos gestionan esos activos separadamente de las reservas oficiales de las autoridades monetarias (los bancos centrales y las funciones de los ministerios de finanzas relacionadas con las reservas).

Los fondos soberanos pueden tener un efecto positivo en la economía del país receptor, ya que aportan un capital muy necesario y pueden permitirse ser pacientes hasta que empiezan a llegar los beneficios. En el contexto de la actual crisis financiera provocada por el mercado de las hipotecas de alto riesgo de los Estados Unidos, por ejemplo, los fondos soberanos de Singapur y Abu Dhabi inyectaron capital en los bancos occidentales afectados. Es probable que ese tipo

de inversión en instituciones financieras occidentales (y otras industrias afectadas) crezca aún más en 2008 y 2009.

Por otra parte, se han manifestado preocupaciones por que los fondos soberanos puedan actuar de forma distinta a las empresas privadas en determinados escenarios futuros y utilizar su poder económico con fines políticos. Esas preocupaciones son un reflejo de la creencia de que el comportamiento comercial de las entidades que tienen su origen en un Estado extranjero no se basará únicamente en criterios económicos, ya que están estrechamente conectadas con los centros de poder político de sus países de origen. Se ha dicho que los fondos soberanos son en esencia diferentes de los inversores privados, ya que las entidades propiedad de los gobiernos pueden tener otros intereses que prevalezcan sobre la maximización de los beneficios (ibíd., págs. 24 a 26)¹⁸.

Otra importante preocupación surge del hecho de que los fondos soberanos tengan en su lista de compras algunas industrias estratégicas. Entre los sectores elegidos se encuentran la energía, los servicios financieros, las tecnologías extranjeras, la investigación y el desarrollo (I+D), así como las marcas más conocidas de las economías desarrolladas (Casarini, 2007)¹⁹.

También ha provocado recelos lo que se percibe como una falta de transparencia y rendición de cuentas de los fondos soberanos²⁰. La falta de transparencia alienta la especulación. Son muy pocos los fondos soberanos que publican información detallada sobre sus activos, su pasivo o sus estrategias de inversión.

Se han hecho varias sugerencias para abordar esas preocupaciones relacionadas con los fondos soberanos. Entre ellas cabe citar invertir en condiciones de igualdad, ser más transparentes y utilizar gestores de activos independientes. Se ha propuesto que los fondos soberanos elaboren un código de conducta en colaboración con los gobiernos de los países desarrollados. También se ha hecho referencia al Norwegian State Fund como uno de los raros ejemplos en que las actividades de inversión de esos órganos están sujetas a un código ético. En octubre

de 2007, el grupo de los siete países más industrializados (G-7) pidió que se elaborasen normas para guiar las inversiones internacionales de los fondos gestionados por los gobiernos con el fin de mejorar la supervisión de sus operaciones. Esas iniciativas tienen por objeto encontrar prácticas idóneas para los fondos soberanos en esferas como la estructura institucional, la gestión del riesgo, la transparencia y la rendición de cuentas. Ese grupo de países pidió al Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial y la OCDE que examinara la cuestión. En abril de 2008, la OCDE adoptó directrices para las políticas de inversión de los países receptores en relación con la seguridad nacional (véase el recuadro 2). La Comisión Europea también trabaja en ese terreno. En septiembre de 2008, un grupo de trabajo del FMI encargado de elaborar un código de conducta para los fondos soberanos acordó un proyecto de texto al que se dio el nombre de "Principios de Santiago". Se espera que ese código sirva de alguna manera para mejorar la transparencia, especialmente en lo que se refiere a las estructuras de funcionamiento y las estrategias de inversión de los fondos soberanos. En el momento de redactar el presente documento todavía no se había publicado el contenido de esos principios.

Un código de conducta podría abarcar diversas cuestiones, incluidas las normas para el deslinde de responsabilidades dentro de las estructuras de los fondos a fin de que las decisiones de inversión se adopten con independencia de los políticos. En ese código se podría establecer también el requisito de publicación de una política de inversiones en la que se definan los objetivos generales, la autonomía operacional de que dispone el fondo para alcanzar sus objetivos y la revelación de los principios generales que rigen la relación con el gobierno que lo patrocina. Entre las disposiciones sobre la transparencia podría estar la divulgación anual de las posiciones de inversión y la asignación de activos y la publicación de información sobre el uso de préstamos y divisas. Podría incluir también normas sobre la información acerca del volumen y el origen de los recursos del fondo y cómo ejerce los derechos de voto que le dan las acciones que posee.

Recuadro 2**Directrices de la OCDE sobre las políticas de inversiones en relación con la seguridad nacional**

Los países de la OCDE han reiterado que ven con agrado las inversiones de los fondos soberanos como una fuerza positiva para el desarrollo y la estabilidad financiera mundiales. En ese contexto, han dado su apoyo a las directrices elaboradas bajo los auspicios del Comité de Inversiones de la OCDE para velar por que las medidas relativas a las inversiones orientadas a salvaguardar la seguridad nacional no sean, en realidad, medidas proteccionistas disfrazadas. El Comité de Inversiones de la OCDE ha elaborado un informe sobre las directrices de la OCDE sobre las políticas de inversiones de los países receptores en relación con la seguridad nacional. El informe fue aprobado por los gobiernos el 4 de abril de 2008.

Las directrices se basan en los principios de las políticas de inversiones de no discriminación, transparencia y liberalización. Más concretamente, en las directrices se reitera que los gobiernos deben apoyarse en las medidas de aplicación general, que tratan de la misma manera a los inversores que se encuentran en la misma situación. Si ese tratamiento no es compatible con la protección de la seguridad nacional, podrán adoptarse medidas específicas con respecto a determinadas inversiones concretas.

En las directrices también se hace hincapié en la importancia de la transparencia en las prácticas normativas. Así pues, por ejemplo, las leyes deben codificarse y hacerse públicas, los gobiernos deben recabar las opiniones de las partes interesadas cuando estudien la posibilidad de introducir cambios en las políticas de inversiones, y deben establecerse plazos estrictos para examinar los procedimientos relativos a las inversiones extranjeras.

Se aclara también que las restricciones a la inversión no deben

ser exageradas o mayores de lo que sea estrictamente necesario para la protección de la seguridad nacional. En las directrices se especifica que las preocupaciones en materia de seguridad nacional están sujetas al arbitrio de las partes y corresponde a los gobiernos decidir cuándo es necesario proteger la seguridad nacional. No obstante, esas medidas de restricción de las inversiones deben centrarse y ajustarse a los riesgos específicos que pueda plantear una operación de inversión concreta. No deberán utilizarse más que como último recurso, cuando no pueda recurrirse a otras políticas para disipar las preocupaciones en materia de seguridad nacional.

Para garantizar los derechos de los inversores extranjeros, en las directrices se hace hincapié en la responsabilidad de las autoridades que pongan en práctica las medidas restrictivas. Los inversores extranjeros podrán solicitar una revisión de las decisiones adoptadas para restringir las inversiones extranjeras bien por procedimientos administrativos, bien ante los tribunales judiciales. Esos esfuerzos tienen por objeto garantizar la responsabilidad, la previsibilidad y la imparcialidad en la aplicación de las políticas de restricción de las inversiones.

Fuente: UNCTAD, basado en las Directrices de la OCDE sobre las políticas de inversiones en relación con la seguridad nacional. Pueden consultarse en: <http://www.oecd.org>.

También se ha sugerido que las características especiales de los fondos soberanos podrían ser justificación suficiente para tratarlos de forma distinta a como se trata a la inversión extranjera que normalmente es de propiedad privada. Así pues, podría concebirse el establecimiento de un régimen especial para los fondos soberanos en virtud del cual quedarían excluidos de la definición de "inversión" en los AII, aunque se les permitiría integrarse en ella en determinadas circunstancias. Las controversias, por ejemplo, se tratarían como diferencias entre Estados y no como diferencias entre Estados e inversores.

Hasta ahora, los temores relacionados con los fondos soberanos no se han materializado. No se conoce ningún caso en que los fondos de Estados extranjeros se hayan convertido en agentes políticos y hayan planteado ningún tipo de amenaza para la seguridad nacional. Es importante señalar que los fondos soberanos, hasta ahora, sólo han actuado como inversores financieros y no han intentado adquirir el control de las empresas en las que poseen una participación.

Además, no debe olvidarse que los fondos soberanos, como cualquier otro inversor extranjero, están sujetos a la legislación del país receptor en el momento en que se hace la inversión. Esos fondos no pueden comportarse como quieran sin más. Si los países receptores opinan que están actuando de una forma poco deseable, siempre pueden adoptar con ellos medidas correctivas. No obstante, en ese caso, el país receptor corre el riesgo de provocar una confrontación con el país de origen y, por tanto, un incidente político. Se trata de algo diferente a la regulación del comportamiento de los inversores privados, esfera en la que se reduce el riesgo de un conflicto político con el país de origen. Eso puede tener importantes repercusiones en el caso de una controversia en torno a una inversión en la que esté implicado un fondo soberano. En el caso de un inversor privado, esas diferencias se resuelven normalmente en el marco de los procedimientos de arreglo de controversias entre inversores y Estados. Sin embargo, cuando están implicados los fondos soberanos, podría afirmarse que deben aplicarse las normas de solución de diferencias entre Estados.

c) Umbral para invocar intereses de seguridad nacional

Queda la cuestión de qué grado de participación en una empresa nacional deben alcanzar los inversores extranjeros para que se considere que son un riesgo para las políticas estratégicas del país receptor o para la seguridad nacional. ¿Es necesario que el inversor extranjero se convierta en propietario de la empresa nacional? En otro caso, ¿en qué punto se puede considerar que el inversor extranjero controla realmente la empresa nacional? No existe un consenso internacional en torno a esa cuestión, ya que diferentes países han

establecido niveles distintos. Esos niveles van desde una simple participación del 25% hasta la adquisición de una participación mayoritaria.

En ese contexto, el proyecto de la OCDE sobre libertad de inversión, seguridad nacional e "industrias estratégicas", que se puso en marcha en 2006, tiene por objeto el establecimiento de directrices políticas comunes para las consideraciones en materia de seguridad nacional en relación con la inversión extranjera. Las tres esferas de políticas que surgieron son: i) la transparencia y la previsibilidad; ii) la proporcionalidad normativa, y iii) la rendición de cuentas. Más concretamente, las prácticas y objetivos normativos deben ser lo más transparentes posible con el fin de aumentar la previsibilidad de los resultados, aunque al mismo tiempo deben servir para proteger la confidencialidad de la información delicada. En cuanto a la proporcionalidad normativa, las restricciones a la inversión no deben ser mayores de lo necesario para proteger la seguridad nacional y, en general, deberían evitarse cuando pueda recurrirse a otras medidas apropiadas y suficientes para hacer frente a una preocupación en materia de seguridad nacional. En cuanto a la rendición de cuentas, en el proyecto de la OCDE se mencionan los procedimientos de control parlamentario, la revisión judicial, la evaluación del impacto a intervalos periódicos y la exigencia de que las decisiones para bloquear una inversión se adopten en los más altos niveles de gobierno²¹.

B. El papel de los AII

1. La necesidad de equilibrar intereses contrapuestos

Los intereses de los países receptores y de los inversores extranjeros pueden entrar en conflicto cuando aparecen consideraciones en materia de seguridad nacional en relación con las inversiones extranjeras. Los países receptores tienen derecho a regular y tienden a reservarse la mayor libertad posible para reaccionar ante lo que pueden percibir como una amenaza a su seguridad nacional. Los inversores extranjeros, por el contrario, aspiran al mayor nivel posible

de protección y previsibilidad a la hora de hacer una inversión en el país receptor. Así pues, los AII tienen que dar satisfacción a un propósito doble: por una parte, han de proporcionar una protección adecuada a los inversores extranjeros para que se sientan atraídos al país receptor y, por otra, deben convencer a las partes contratantes de que siguen manteniendo la capacidad de regular la inversión extranjera por motivos de seguridad nacional. En esas circunstancias, ¿cómo se consigue alcanzar el equilibrio en los AII entre la promoción y protección de los inversores extranjeros y la salvaguardia de los intereses de la seguridad nacional?

Es lógico suponer que las preocupaciones en materia de seguridad nacional tienen precedencia sobre los intereses de los inversores extranjeros en lo que se refiere a recibir protección en los AII. No obstante, los últimos intentos por ampliar el concepto de seguridad nacional más allá de las amenazas militares, de manera que abarque también aspectos económicos, suscitan nuevas cuestiones en cuanto al equilibrio "ideal" entre la protección de la inversión y la salvaguardia de los intereses del Estado. El concepto, que se elaboró durante la guerra fría como instrumento para impedir las inversiones de enemigos o posibles enemigos e impedirles obtener acceso a las tecnologías de interés militar, ha ido adquiriendo un alcance mucho más amplio. Una cosa es reconocer la soberanía de un país en cuestiones de guerra y paz, pero la predominancia de los intereses del Estado se hace más problemática cuando se trata de la protección de industrias estratégicas, situación en la que a menudo se difumina la fina línea que la separa del proteccionismo económico. Por lo que se refiere a la crisis económica, tampoco queda claro cuál debe ser el nivel de gravedad de una crisis para que constituya una razón válida para imponer restricciones a la inversión.

Todo ello tiene varias consecuencias. En primer lugar, los países que no incluyeron en sus AII una excepción relativa a la seguridad, porque pensaban que su ámbito quedaría limitado a las amenazas militares y acontecimientos similares y podrían hacer frente a esas situaciones sin violar el acuerdo, quizá piensen ahora que hubiera sido

mejor incluir esa excepción para estar en mejores condiciones de adoptar medidas encaminadas a proteger sus industrias estratégicas o a reaccionar ante una crisis económica. Por otra parte, los países que aceptaron la inclusión de una excepción relativa a la seguridad nacional sólo porque no tuvieron más remedio, porque no la veían necesaria más que en el remoto caso de una amenaza militar u otra situación de emergencia similar, tal vez se enfrenten ahora a situaciones en que la otra parte contratante la interpreta de una forma mucho más amplia y pretende utilizarla también para proteger sus industrias estratégicas o invocarla en caso de crisis económica.

Además, la posibilidad de incluir la protección de las empresas estratégicas y la situación de crisis económica en la excepción relativa a la seguridad nacional plantea nuevas cuestiones acerca de las condiciones en que puede invocarse la cláusula. Cuanto más amplio sea el alcance de la disposición, más motivos tendrán los inversores extranjeros y sus países de origen para afirmar que esa ampliación debe estar equilibrada por alguna salvaguardia que acote una discrecionalidad de las partes contratantes que, de otro modo, no tendría límites. Eso puede ser aún más importante si la excepción por motivos de seguridad tuviera el efecto de liberar a la parte contratante que la invoque de cualquier obligación que hubiera contraído en virtud del AII.

2. La distinción entre las etapas anterior y posterior al establecimiento de un inversor

Los países receptores sólo tienen que preocuparse por que un AII pueda limitar su libertad para restringir la inversión extranjera por motivos de seguridad nacional en la medida en que en el acuerdo se impongan obligaciones a las partes contratantes. En este punto, es necesario establecer una distinción esencial entre los AII en los que se contempla exclusivamente la etapa posterior al establecimiento y los que alcanzan a la etapa anterior al establecimiento.

El que un AII se aplique a una situación en que un país receptor imponga restricciones a los inversores extranjeros por motivos de

seguridad nacional depende de dos variables: en primer lugar, si la restricción se refiere al establecimiento de inversores extranjeros o a su tratamiento después del establecimiento y, en segundo lugar, si ese AII se refiere únicamente al tratamiento después del establecimiento o si alcanza también a la etapa anterior al establecimiento.

Las únicas situaciones en las que un AII no tendría ninguna influencia son aquellas en que una restricción de la inversión por motivos de seguridad nacional se refiera a la entrada de inversores extranjeros y en la que el AII aplicable se limite a la etapa posterior al establecimiento de un inversor. Ese es el escenario típico cuando se trata de preocupaciones en materia de seguridad nacional relacionadas con la posible adquisición por extranjeros de industrias estratégicas. Así pues, los países que conciertan AII que tienen su alcance limitado a la etapa posterior al establecimiento mantienen toda la flexibilidad a la hora de imponer restricciones por motivos de seguridad a las inversiones extranjeras en sectores estratégicos, siempre que no adopten medidas que afecten a los inversores ya establecidos. La situación es distinta, sin embargo, cuando se trata de responder ante una crisis económica. El caso más típico aquí es que el país receptor adopte medidas contra los inversores establecidos. En consecuencia, esas medidas estarán contempladas en el alcance de los AII que abarcan la etapa posterior al establecimiento.

a) Los intereses de la seguridad nacional y la entrada de inversores extranjeros

Las consideraciones en materia de seguridad nacional adquieren interés principalmente en relación con el establecimiento de inversores extranjeros, sea en forma de inversión en nuevas empresas, sea en forma de fusiones y adquisiciones. Por otro lado, la mayoría de los AII no abarcan la etapa anterior al establecimiento, es decir, en ellos no se impone ninguna obligación a las partes contratantes en cuanto a la admisión de inversiones extranjeras. En consecuencia, en esos AII no se prohíbe a las partes contratantes que denieguen el acceso a los inversores extranjeros por motivos de seguridad nacional.

Sin perjuicio de ese enfoque general, la mayoría de los AII que se encuadran en esa categoría no son completamente mudos en lo que se refiere a la entrada de inversores extranjeros. Normalmente contienen un compromiso político de crear condiciones favorables para la inversión procedente de la otra parte contratante y en ellos puede establecerse además que esa inversión se aceptará con arreglo a la legislación del país receptor. Así pues, podría decirse que una política de rechazo de la inversión extranjera por motivos de seguridad nacional es contraria al objetivo general del acuerdo de crear un entorno acogedor para los inversores extranjeros. El que esas afirmaciones estén justificadas o no dependerá en gran medida de las circunstancias de cada caso, en particular de si hay signos de un rechazo sistemático de los inversores extranjeros y si el país receptor da al concepto de "seguridad nacional" una interpretación muy amplia o muy restringida. No obstante, en ninguna circunstancia podría afirmarse que la política de un país receptor, incluso la más restrictiva, constituye una violación del tratado.

La situación puede ser distinta en el caso de la minoría de los AII en los que se contempla la etapa anterior al establecimiento, es decir, aquellos que contienen obligaciones relativas a la entrada de los inversores extranjeros. En los tratados que se encuadran en esa categoría se impone normalmente a las partes contratantes el principio de no discriminación; es decir, en ellos se otorga a los inversores extranjeros el derecho a recibir el trato nacional y el trato de nación más favorecida a la hora de establecerse en el país receptor. En ese caso, al menos teóricamente, el rechazo de un inversor extranjero por motivos de seguridad nacional podría constituir una violación de la norma de no discriminación.

Sin embargo, la excepción relativa a la seguridad nacional no sería, con toda probabilidad, la única salvaguardia con la que el país receptor contase en caso de que quisiera imponer restricciones a la entrada. Ese recurso podría no ser necesario si el principio de no discriminación no fuese de aplicación porque el país receptor hubiese excluido de su ámbito de aplicación al sector concreto de actividad en

que se pretendiera realizar la inversión. Por lo que se refiere a los sectores o actividades sensibles desde el punto de vista de la seguridad, es poco probable que un país esté dispuesto a conceder a un inversor extranjero el derecho a establecerse en ese sector. Así pues, en ausencia de ese derecho no sería necesario invocar una excepción por motivos de seguridad nacional para bloquear la entrada de inversores extranjeros.

No obstante, la situación puede ser diferente cuando se trate de sectores o actividades que, aunque no sean directamente sensibles desde el punto de vista de la seguridad nacional, revistan, sin embargo, una importancia estratégica para el país receptor. Determinar qué sectores o actividades son importantes desde el punto de vista estratégico está más abierto al juicio subjetivo que el término "seguridad nacional", con una definición más estricta. Además es probable que la clasificación de los sectores o actividades considerados de importancia estratégica cambie a lo largo del tiempo, por ejemplo con la llegada al poder de un nuevo gobierno y los consiguientes cambios en las políticas económicas. De esa manera, una actividad o un sector que no se consideraba de importancia estratégica en el momento de concertar un AII puede considerarse estratégicamente importante en un momento posterior. En consecuencia, si las partes contratantes hubieran otorgado en el marco del AII el derecho de establecimiento en esa actividad o sector, estarían vulnerando sus obligaciones dimanantes del tratado si más adelante denegaran el acceso a los inversores extranjeros, a menos que en el tratado se hubiera incluido una excepción por motivos de seguridad nacional suficientemente amplia que alcance a la actividad o sector de que se trate.

La mayoría de los AII no tienen más que una importancia limitada cuando se trata de imponer restricciones a la entrada de inversores extranjeros por motivos de seguridad nacional, puesto que no abarcan la etapa anterior al establecimiento de un inversor. Incluso los pocos AII en los que se otorga el derecho de establecimiento no revisten más que un interés relativo, porque es probable que en ellos se excluyan expresamente de las obligaciones de las partes contratantes en la etapa

anterior al establecimiento de los inversores aquellos sectores o actividades de interés para la seguridad nacional. Así pues, lo que queda son básicamente las restricciones a la entrada en industrias estratégicamente importantes no contempladas en reservas relativas a sectores concretos. Aunque la importancia de los AII en lo que se refiere a las restricciones a la entrada de inversores extranjeros por motivos de seguridad nacional es en la actualidad relativamente modesta, la situación puede cambiar a medida que se vayan concluyendo cada vez más acuerdos de libre comercio en los que se contemplen los derechos de establecimiento de los inversores extranjeros.

b) Los intereses de la seguridad nacional y el tratamiento de los inversores extranjeros después de su establecimiento

Mientras que las preocupaciones en materia de seguridad nacional relacionadas con las industrias estratégicas adquieren interés principalmente en relación con el establecimiento de inversores extranjeros, las medidas adoptadas en tiempos de crisis económica afectan principalmente a los inversores ya establecidos. Además, estos últimos pueden ser también objeto de restricciones en favor de las industrias estratégicas nacionales, como los sectores de la energía, las telecomunicaciones o el abastecimiento de agua. Recientemente se han dado varios casos, por ejemplo, en que los gobiernos han exigido a inversores extranjeros ya establecidos la renegociación de los contratos de inversión vigentes o la renuncia completa a sus inversiones.

• **Imposición de otro tipo de medidas de emergencia**

Las consideraciones en materia de seguridad nacional pueden afectar a cualquier clase de inversión extranjera ya establecida, sean cuales sean la actividad o el sector concretos en que opere. Eso quedó patente, por ejemplo, en el contexto de la crisis financiera que golpeó a la Argentina en 2001, cuando el Gobierno adoptó varias medidas de emergencia encaminadas a estabilizar la economía. Esas medidas no iban dirigidas específicamente a empresas de las industrias relacionadas con la seguridad, sino que afectaron más bien a todos los inversores. Cuando tuvo que enfrentarse a las quejas de que esas medidas vulneraban las obligaciones de la Argentina dimanantes de

los AII en vigor, el país contestó que estaban justificadas por motivos de emergencia nacional²². Como resultado de las medidas de emergencia adoptadas por la Argentina, el país se ha visto envuelto en más de 44 controversias entre el Estado y los inversores directamente relacionadas con la crisis.

Entre las medidas de emergencia adoptadas en momentos de crisis financiera pueden encontrarse las restricciones a las transferencias de capital y, por tanto, pueden vulnerarse las disposiciones de los AII relativas a la libertad de movimiento de capital. También pueden entrar en conflicto con otras disposiciones de los AII, como las relativas a la expropiación, el principio de no discriminación, la norma de dar un trato justo y equitativo y la obligación de brindar plena protección y seguridad²³. Si un país receptor infringe esas normas de los AII vuelve a plantearse la pregunta de si esa infracción puede excusarse haciendo referencia a una excepción por motivos de seguridad nacional contemplada en el acuerdo.

- **Desinversión forzosa**

Puede suceder que, después de hecha la inversión, el país receptor determine que se ha dirigido a actividades sensibles desde el punto de vista de la seguridad. Otro escenario posible es que la inversión se haya dirigido a un sector o a una actividad que el país receptor no consideraba importante desde el punto de vista de la seguridad en el momento en que se hizo la inversión, pero que haya considerado así posteriormente. Asimismo, puede suceder que, después del establecimiento de una inversión, el país receptor determine que el sector económico al que se ha dirigido esa inversión es de importancia estratégica y desea reservarlo a las empresas nacionales.

Si un país receptor determina que una inversión extranjera establecida plantea una amenaza a la seguridad nacional, tal vez desee privar a ese inversor extranjero de la inversión, bien sea exigiendo su cierre o forzando su venta a una empresa nacional. También podría exigir la renegociación de un contrato de inversión vigente. Esto nos lleva a la pregunta de si el país receptor tendría que compensar en esos casos al inversor extranjero según las normas de la expropiación o al

amparo de la cláusula general de un AII. Eso depende, entre otras cosas, de si el AII en cuestión contiene una excepción relativa a la seguridad nacional que exima al país receptor de la obligación de pagar una indemnización en esos casos (véase la sección II.D).

3. Los intereses de la seguridad nacional y la cláusula de "denegación de ventajas"

Son varios los AII que contienen una cláusula denominada "denegación de ventajas" por la que se reconoce a las partes contratantes el derecho a denegar a las inversiones las ventajas derivadas del tratado en determinadas condiciones. Una de esas condiciones se refiere a las relaciones diplomáticas. Según esa cláusula, una parte contratante tiene derecho a denegar las ventajas del AII a una inversión si está controlada por inversores de un país tercero con el que esa parte contratante no mantenga relaciones diplomáticas. Así pues, si el país receptor alberga recelos por razones de seguridad acerca de una inversión extranjera concreta, esos recelos podrían justificar la denegación de ventajas si tienen un reflejo en la ausencia de relaciones diplomáticas con ese país tercero. Además, algunos AII permiten también que el país receptor invoque la cláusula de denegación de ventajas si prohíbe en general las transacciones con ese país tercero, por ejemplo en el caso de un embargo de naturaleza política o económica.

El Tratado sobre la Carta de la Energía (1994)²⁴, por ejemplo, contiene una cláusula de denegación de ventajas cuyo texto es el siguiente:

Artículo 17

*No aplicación de la Parte III en determinadas
circunstancias*

*Cada Parte Contratante se reserva el derecho de denegar los
beneficios de la presente Parte a:*

...

2. *A una inversión, cuando la Parte Contratante que decida dicha denegación establezca que se trata de la inversión de un inversor de un tercer Estado con el cual, la Parte Contratante que decide la denegación:*

- a) No mantenga relaciones diplomáticas, o*
- b) Adopte o mantenga disposiciones que:*
 - i) Prohíban las transacciones con los inversores de dicho Estado, o*
 - ii) Puedan resultar infringidas o soslayadas de concederse las ventajas de la presente Parte a los inversores de dicho Estado o a sus inversiones. (Énfasis añadido)*

Puede encontrarse una redacción similar en el TBI concertado entre los Estados Unidos y el Uruguay (2005) o en el concertado entre el Canadá y el Perú (2006), aunque en este último no se incluye la ausencia de relaciones diplomáticas como una de las justificaciones para invocar la cláusula de denegación de ventajas.

De lo anterior se desprende que una cláusula de denegación de ventajas tiene un ámbito de aplicación más restringido que una excepción por motivos de seguridad nacional. No sólo porque la ausencia de relaciones diplomáticas o la existencia de un embargo económico es una situación poco frecuente, sino porque la cláusula de denegación de ventajas exige también que esos escenarios se den en conjunción con el hecho de que un país tercero sea el país de origen del inversor que controla la inversión. Por el contrario, una excepción relativa a la seguridad nacional podría aplicarse en todos los casos en que el país receptor albergue recelos acerca de los efectos de una inversión extranjera en su seguridad nacional, sea cual sea el estado de las relaciones diplomáticas o la existencia o no de un embargo.

4. Los AII y el derecho internacional consuetudinario

Si las preocupaciones relativas a la seguridad nacional se reflejan en los AII en forma de una cláusula de excepción, el tratado se convierte en la principal vara de medir a la hora de determinar si las

medidas adoptadas por un país receptor para restringir la inversión extranjera por motivos de seguridad nacional han sido legítimas o no. Sin embargo, incluso en ausencia de una excepción por motivos de seguridad nacional en el AII, el país receptor podría justificar sus medidas al amparo de las normas del derecho internacional consuetudinario. Esas normas siguen siendo aplicables aunque en un AII no se diga nada acerca de la seguridad nacional. Al mismo tiempo, adquiere importancia el hecho de conocer en qué medida el derecho internacional consuetudinario puede eximir de responsabilidad internacional a los países receptores en caso de que decidan restringir la inversión extranjera por motivos de seguridad nacional. O, en otras palabras: ¿tendría una excusa amparada en el derecho internacional consuetudinario los mismos efectos jurídicos que una disposición explícita relativa a una excepción?

El derecho internacional consuetudinario ofrece a los Estados cierta flexibilidad jurídica en circunstancias excepcionales. Entre esas situaciones pueden mencionarse los casos de fuerza mayor, peligro extremo y estado de necesidad, cada uno de los cuales puede liberar de responsabilidad internacional a un Estado. Puede invocarse la existencia de fuerza mayor cuando tiene lugar un acontecimiento fortuito que queda fuera del control del Estado y le hace imposible cumplir sus obligaciones legales. Se está en una situación de peligro extremo cuando, para salvaguardar una vida que se encuentra bajo su protección, un Estado no tiene más remedio que vulnerar una norma legal. Se habla de estado de necesidad cuando un Estado no dispone de otros medios para salvaguardar un interés esencial y puede hacerlo sin perjudicar un interés esencial de otro Estado (Burke-White y von Staden, 2007). Esta última posible defensa reviste especial importancia en el contexto que nos ocupa.

Es importante señalar que la defensa consuetudinaria del estado de necesidad se aplica dentro de unos límites muy estrechos. Según la Comisión de Derecho Internacional (CDI), la medida adoptada ha de ser "el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial

contra un peligro grave e inminente" y es esencial que esa medida "no afecte gravemente a un interés esencial de otro Estado"²⁵.

Las amenazas a la seguridad nacional se contemplan en el artículo 25 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, aprobado por la CDI en su 53º período de sesiones (2001)²⁶, en el que se establece que:

Artículo 25

Estado de necesidad

1. Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté de conformidad con una obligación internacional de ese Estado a menos que ese hecho:

a) Sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; y

b) No afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto.

2. En todo caso, ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si:

a) La obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o

b) El Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad²⁷.

La Corte Internacional de Justicia (CIJ) confirmó esa interpretación restrictiva del estado de necesidad en el caso *Gabcikovo-Proyecto Nagymaros* al sostener que la defensa no era aplicable porque Hungría tenía otros medios a su disposición para remediar la situación²⁸. Así pues, un acto sólo es necesario, a los efectos de la defensa por estado de necesidad, si es el *único* medio de salvaguardar un interés esencial del Estado. Una variante de ese enfoque se ha aplicado en la jurisprudencia del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y

Comercio (GATT) y la Organización Mundial del Comercio (OMC). Al adoptar una decisión sobre, por ejemplo, si una prohibición de la importación de cigarrillos sería necesaria para proteger la salud humana, un grupo especial del GATT dictaminó que esa medida sólo podría justificarse si fuese el *medio menos restrictivo* para alcanzar el objetivo de política legítimo²⁹.

Hemos visto que el derecho internacional consuetudinario ofrece a los Estados una justificación para apartarse de sus obligaciones dimanantes de un AII, incluso si no se menciona expresamente en el tratado. Así pues, no se puede hacer a las partes en un AII responsables de una infracción del tratado cuando la adopción de medidas para la protección de sus intereses nacionales o esenciales está permitida en el marco del derecho internacional consuetudinario. Los Estados disponen, pues, de un doble nivel de justificación para invocar una excepción por motivos de seguridad nacional: el derecho consuetudinario internacional y el derecho de los tratados. Una diferencia importante entre ambos enfoques es que el derecho internacional consuetudinario exime de responsabilidad a los Estados después de cometida una infracción real de alguna obligación jurídica, mientras que las excepciones relativas a la seguridad nacional incluidas en los AII impiden que se produzca una violación del tratado. Como resultado de la inclusión de cláusulas relativas a la seguridad nacional en sus AII, los Estados han creado "un mecanismo jurídico basado en los tratados para distribuir los riesgos entre los Estados y los inversores en circunstancias extraordinarias que es diferente de las defensas que ofrece el derecho internacional consuetudinario, aunque coexiste con ellas" (Burke-White y von Staden, 2007).

En comparación con las excepciones relativas a la seguridad nacional incluidas en los AII, la defensa basada en el estado de necesidad derivada del derecho internacional consuetudinario elimina, en general, la responsabilidad internacional de los Estados por la adopción de una categoría más restringida de medidas. El derecho internacional consuetudinario no puede, pues, sustituir a una

excepción explícita incluida en un tratado. Es dudoso, por ejemplo, que el derecho internacional consuetudinario pueda ofrecer una excusa para proteger las industrias estratégicas. Podría afirmarse que el estado de necesidad abarca las crisis económicas que puedan dar lugar a perturbaciones sociales o afecten a los derechos humanos de la población. En consecuencia, la protección de las industrias estratégicas sólo podría justificarse al amparo del derecho internacional consuetudinario si se adoptara en el contexto de una crisis de esa naturaleza. Además, resulta incierto en qué medida el derecho internacional consuetudinario podría justificar la imposición de restricciones a la entrada de inversores extranjeros, incluso en sectores económicos directamente ligados a la seguridad nacional. Como ya se ha mencionado, esas restricciones sólo podrían defenderse si no hubiese otros medios, como las medidas de control después del establecimiento, para alcanzar los objetivos de política deseados.

C. Principales cuestiones de política que guardan relación con la protección de los intereses de la seguridad nacional

Una vez que los negociadores de un AII han convenido en la idea de incluir una excepción relativa a la seguridad nacional, se plantean varias preguntas importantes sobre cuál debe ser su aspecto. Como se explicará más detalladamente en el capítulo siguiente, hay diversas opciones sobre cómo definir la "seguridad nacional" y cómo establecer las condiciones en las que puede invocarse una excepción por motivos de seguridad nacional. En un extremo se encuentra el enfoque que deja a las partes contratantes total libertad para decidir qué es una amenaza a la seguridad nacional y cómo reaccionar ante ella. En el extremo diametralmente opuesto se encuentra una política que supedita la invocación de la excepción por motivos de seguridad nacional a una serie de condiciones y contempla la posibilidad de realizar un detallado examen judicial de la medida adoptada.

Una cuestión conexa guarda relación con los posibles efectos de la inclusión en un AII de una excepción por motivos de seguridad nacional. ¿Eximiría a las partes contratantes de todas sus obligaciones

dimanantes del AII, o existen otros compromisos básicos que es necesario respetar en cualquier circunstancia?

Otra cuestión preliminar se refiere a las inversiones de los fondos soberanos. Teniendo en cuenta que en esos casos el inversor es un Estado, cabe preguntarse si los AII abarcan esa actividad inversora.

1. El grado de autonomía de las partes contratantes a la hora de invocar una excepción relativa a la seguridad

Una cuestión clave relativa a la aplicación de las excepciones por motivos de seguridad nacional incluidas en los AII es en qué medida los tribunales arbitrales deben respetar la determinación inicial de las autoridades del país receptor acerca de si la inversión de que se trate plantea o no una amenaza a la seguridad nacional. Cuanto mayor sea el margen de discrecionalidad que se reserve el país receptor, mayor será el grado de flexibilidad normativa de las partes contratantes y más limitada será la protección que los AII pueden ofrecer a los inversores extranjeros en esos casos.

Un desafío importante al que han de enfrentarse los países a la hora de invocar excepciones por motivos de seguridad nacional es que deben tener cuidado de que los inversores extranjeros no interpreten o perciban que la medida tienen un fin proteccionista o es una excusa para liberarse de las obligaciones dimanantes de los AII. Una cuestión delicada es cómo juzgar si una medida adoptada por un Estado se tomó como respuesta a una amenaza "real" o no. Además, ¿cómo puede determinarse si las medidas adoptadas por el gobierno fueron apropiadas y no desproporcionadas o abusivas? Por último, es necesario velar por que esas medidas, en el caso de una crisis de seguridad nacional, se adopten de una forma no discriminatoria.

Una cuestión importante en ese contexto es si la naturaleza de la amenaza percibida para la seguridad nacional debe suponer alguna diferencia en el grado de discrecionalidad de las partes contratantes en el marco del AII. Podría afirmarse que se justifica un mayor nivel de autonomía cuando se trata de reaccionar ante amenazas militares y otras situaciones de emergencia, mientras que la discrecionalidad del

país receptor debería ser más limitada cuando se trate de restricciones a la inversión que tienen un fondo distinto en lo fundamental.

En la práctica de los AII pueden distinguirse dos enfoques principales, en el sentido de que la excepción relativa a la seguridad nacional sea o no de naturaleza discrecional.

a) Cláusulas de naturaleza discrecional

En muchos AII se deja al arbitrio de las partes contratantes determinar cuándo existe una amenaza para su seguridad nacional y cómo reaccionar ante esa amenaza. La formulación más habitual es que el tratado no debe impedir a una parte contratante adoptar las medidas que considere necesarias para la protección de su seguridad nacional. Cuando los AII contienen una cláusula de ese tipo se elimina, en principio, la posibilidad de que los tribunales de arbitraje realicen un examen judicial de la medida en cuestión.

La amplia discrecionalidad de los países receptores se manifiesta no sólo en relación con la elección de las industrias que se consideran sensibles desde el punto de vista de la seguridad nacional, o con la determinación de si existe una crisis económica. El carácter discrecional del concepto se hace evidente también en relación con la medida concreta que el país receptor considere necesaria para responder ante lo que percibe como una amenaza para su seguridad nacional. En el caso de una cláusula de naturaleza discrecional, se considera prerrogativa exclusiva de las autoridades del país receptor evaluar si la inversión propuesta supone una amenaza para la seguridad nacional y cómo reaccionar ante esa amenaza.

La amplitud y la opacidad del término "seguridad nacional" permiten a los países receptores imponer restricciones a la inversión extranjera por muchos motivos. Las restricciones pueden aplicarse con respecto a lo que puede ser un gran número de actividades o sectores económicos y con respecto a inversores extranjeros de muchas nacionalidades.

Por otra parte, se ha dicho que el carácter discrecional de una excepción relativa a la seguridad nacional incluida en un AII no protege de forma absoluta del escrutinio judicial. Los Estados siguen estando sujetos a la obligación general dimanante de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (art. 26) de cumplir sus compromisos de buena fe. Así pues, cuando la invocación de la cláusula por un Estado no se hace de buena fe, se está vulnerando el tratado. No obstante, parece difícil determinar sobre esa base que se ha producido una violación del tratado. Un ejemplo podría ser el comportamiento contradictorio, por ejemplo en una situación en que un Estado invoca una amenaza a la seguridad nacional como defensa en procedimientos relativos a las controversias en materia de inversiones, mientras que puede demostrarse que en su evaluación interna niega la existencia de esa amenaza.

Aunque la buena fe viene siendo de antiguo un principio básico del derecho internacional, el significado concreto de ese concepto no está muy claro³⁰. En relación con la prueba de buena fe en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (art. 300), la Comisión Ballenera Internacional concluyó que para que haya buena fe se requiere "equidad, sensatez, integridad y honestidad en el comportamiento internacional"³¹. Lo escaso de la jurisprudencia lleva a que los tribunales de arbitraje tengan que elaborar su propia interpretación de esa norma. Se ha propuesto que el principio de buena fe debe incluir dos elementos: en primer lugar, si el Estado ha negociado con honestidad y equidad y, en segundo lugar, si hay una base racional para la afirmación de la excepción por motivos de seguridad nacional (Burke-White y von Staden, 2007). Así pues, para que pueda decirse que una excepción por motivos de seguridad nacional se ha invocado de buena fe, la pregunta que debe hacerse un tribunal es si una persona razonable en la situación del Estado en cuestión hubiera llegado a la conclusión de que existía una amenaza para la seguridad nacional de gravedad suficiente para justificar las medidas adoptadas.

De lo anterior se sigue que la existencia de una excepción relativa a la seguridad nacional de naturaleza discrecional en un AII no exime por completo de responsabilidad internacional a las partes contratantes cuando invocan esa cláusula en relación con las restricciones impuestas a la inversión extranjera. El requisito de actuar de buena fe pone en manos de los tribunales de arbitraje una vara con la que medir la legalidad de la medida. Eso permite a los tribunales, en particular, distinguir entre las preocupaciones justificadas en materia de seguridad nacional y las medidas que no son más que una forma disfrazada de proteccionismo. Asimismo, con la prueba de la actuación de buena fe, puede resultar más difícil para las partes contratantes justificar la protección de las industrias estratégicas al amparo de una cláusula relativa a la seguridad nacional.

b) Cláusulas que no son de naturaleza discrecional

Hay AII en los que no se contempla ningún grado de deferencia para las partes contratantes a la hora de invocar una excepción por motivos de seguridad nacional. En ese caso -ausencia de elementos no textuales que indiquen que las partes consideran la excepción relativa a la seguridad nacional como de naturaleza discrecional³²- los árbitros están facultados, en general, para examinar la legalidad de la medida y llegar a sus propias conclusiones acerca de si puede justificarse por motivos de seguridad nacional. Eso incluye una evaluación de si ha existido o no una amenaza a la seguridad nacional y si la medida adoptada por el Estado ha sido necesaria para responder a esa amenaza.

No obstante, como sucede en el caso de una excepción relativa a la seguridad nacional de naturaleza discrecional, ese resultado está sujeto a algunas calificaciones. El hecho de que una cláusula de ese tipo no sea de naturaleza discrecional no se traduce automáticamente en una determinación en favor de un examen completo hasta el punto de que los árbitros puedan sustituir la evaluación de la situación y de las medidas necesarias para remediarla adoptada por un Estado por la suya propia. Los objetivos permisibles del AII o la redacción específica utilizada al definir la relación entre la amenaza percibida y

la respuesta que se puede adoptar para hacerle frente puede indicar o incluso hacer necesario un nivel de examen más bajo que dé un mayor peso a la evaluación realizada por el Estado (Burke-White y von Staden, 2007).

Por su propia naturaleza, el concepto de seguridad nacional no puede interpretarse en completo aislamiento de la independencia nacional. El concepto perdería su significado y su propósito si un tercero estuviera en condiciones de imponer a un Estado que se sintiera amenazado su propia opinión de si en realidad existe una amenaza y qué medidas puede tomar, si es que puede tomar alguna, como respuesta. Es mucho más difícil someter esferas de política altamente sensibles, como la seguridad nacional, al mismo grado de examen judicial que otras cuestiones jurídicas más técnicas, como la cláusula de nación más favorecida o las normas de indemnización. Así pues, se han expresado profundas dudas acerca de si algún tribunal puede revocar la afirmación de un Estado de que una controversia afecta a su seguridad³³.

Aceptando esa opinión se reconocería que una situación en la que se invoque una excepción relativa a la seguridad nacional puede ser objeto de diferentes evaluaciones. Se reconocería que los países pueden tener opiniones distintas acerca de la gravedad que debe tener una amenaza para desencadenar la puesta en marcha de la cláusula de excepción y que puede haber una gama de posibles respuestas lícitas ante esa amenaza. La principal tarea del tribunal de arbitraje sería, en ese caso, determinar los límites apropiados del margen de apreciación y, por tanto, la libertad de acción del Estado que reacciona (Burke-White y von Staden, 2007).

Esos límites pueden ser distintos de un caso a otro. Hay dos aspectos determinantes, que son la redacción del tratado y el contexto en que se negoció. Se ha sugerido que el menor nivel de deferencia correspondería a las situaciones en las que se hubieran establecido normas objetivas para evaluar si el objetivo de la medida es permisible y la relación necesaria, y sería mayor cuando no se hubieran establecido dichas normas³⁴. En consecuencia, un examen judicial de

las medidas encaminadas a proteger las industrias estratégicas podría ser menos problemático que los casos en que se trata de una amenaza militar.

Teniendo en cuenta esas incertidumbres en la interpretación de las excepciones relativas a la seguridad nacional que no son de naturaleza discrecional, no causa ninguna sorpresa el hecho de que la jurisprudencia reciente no siempre haya sido coherente. Eso queda ilustrado en varios laudos arbitrales relativos a la legalidad de las medidas de emergencia adoptadas por la Argentina en respuesta a la crisis económica por la que atravesó a principios del presente siglo³⁵. En esos laudos, los tribunales tenían que decidir si esas medidas de emergencia quedaban amparadas por la excepción relativa a la seguridad nacional incluida en el TBI entre la Argentina y los Estados Unidos (1991). Mientras que en los casos *CMS c. la Argentina*³⁶, *Enron c. la Argentina*³⁷ y *Sempra c. la Argentina*³⁸, los tribunales determinaron que la excepción no era aplicable, los tribunales que se ocuparon de los casos *LG&E c. la Argentina*³⁹ y *Continental Casualty*⁴⁰ llegaron a la conclusión contraria.

2. Los efectos de una excepción relacionada con la seguridad

La importancia que reviste para los países receptores y para los inversores extranjeros una excepción por motivos de seguridad nacional depende también de cuál sea el alcance de sus efectos jurídicos. Como se explicará más detalladamente en el capítulo IV, en los AII pueden adoptarse distintas opciones a ese respecto. La parte contratante que invoque la excepción puede quedar completamente liberada de cualquier obligación relacionada con el AII, o puede seguir ligada al cumplimiento de algunos compromisos básicos, por ejemplo con respecto a una expropiación. Otro posible enfoque es limitar la posibilidad de aplicar la excepción relativa a la seguridad nacional a determinadas disposiciones del AII, de forma que no pueda invocarse con respecto al resto del acuerdo.

3. Los fondos soberanos como inversores protegidos

En la mayoría de los AII no se especifica si los fondos estatales se consideran "inversores". El término "inversor" se refiere generalmente a las personas físicas y las entidades con personalidad jurídica. A este último concepto normalmente se le da una interpretación amplia de manera que se refiera a cualquier tipo de entidad jurídica constituida u organizada en el marco de la legislación aplicable de una parte. Eso significa que, a menos que en el AII se establezca en contrario, las empresas estatales o el propio Estado quedan normalmente protegidos por el AII. En algunos AII, incluso se aclara detalladamente que las instituciones públicas y los organismos gubernamentales quedan protegidos por el tratado. Ese es el caso, por ejemplo, de los TBI concluidos por la Arabia Saudita. Una formulación habitual de ese enfoque es la que figura en el TBI concluido entre la Arabia Saudita y Malasia (2000).

Artículo 1

Definiciones

3. Por "inversor" se entiende:

a) Con respecto a Malasia:

- i) *Cualquier persona física que posea la ciudadanía de Malasia con arreglo a su legislación; o*
- ii) *Cualquier corporación, sociedad, fondo, empresa conjunta, organización, asociación o empresa incorporada o debidamente constituida con arreglo a la legislación aplicable.*

b) Con respecto al Reino de la Arabia Saudita:

- i) *Las personas físicas que posean la nacionalidad del Reino de la Arabia Saudita con arreglo a la legislación del Reino de la Arabia Saudita;*
- ii) *Cualquier entidad con personalidad jurídica constituida con arreglo a la legislación del Reino de la Arabia Saudita y que*

tenga su oficina principal en su territorio como corporaciones, empresas, cooperativas, compañías, sociedades, oficinas, establecimientos, fondos, organizaciones, asociaciones comerciales y demás entidades similares, sean o no de responsabilidad limitada; o

iii) El Gobierno del Reino de la Arabia Saudita y sus autoridades e instituciones financieras, como el Organismo Monetario de la Arabia Saudita, los fondos públicos y demás instituciones gubernamentales similares presentes en la Arabia Saudita. (Énfasis añadido)

D. La jurisprudencia internacional y la seguridad nacional

Como se verá a continuación, las excepciones relativas a la seguridad nacional se formulan a menudo de una forma muy amplia y, por tanto, pueden aparecer difuminadas en cierta medida. De ahí surge la cuestión de si la jurisprudencia internacional (por ejemplo, los laudos del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), de los tribunales del GATT o de la OMC, los fallos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) o de la CIJ) puede tomarse como referencia para aclarar el significado y el contenido de esas excepciones, para lograr una mayor coherencia y previsibilidad en su aplicación, o para dar alguna orientación a los negociadores de AII que deseen redactar la cláusula de excepción con mayor detalle.

El cuerpo de jurisprudencia en que se puede basar un análisis de esa naturaleza es relativamente pequeño. Aunque los Estados utilizan a menudo razones de seguridad para justificar el hecho de desligarse de las obligaciones dimanantes de un tratado, sólo en raras ocasiones esa justificación se ha sometido al escrutinio judicial en el contexto de los AII, salvo en el caso de las excepciones contempladas en el Tratado de la Unión Europea. Así pues, parecería que la jurisprudencia no puede ofrecer aún una base sólida a ese respecto. Por el contrario, difiriendo en sus enfoques y conclusiones sobre

antecedentes de hecho prácticamente idénticos, distintos tribunales del CIADI han llegado a conclusiones muy diferentes. Así pues, en caso de arbitraje sigue siendo considerable la incertidumbre en torno a la posibilidad de aplicar las excepciones por motivos de seguridad nacional y los requisitos sustanciales necesarios para hacerlo.

1. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)

La jurisprudencia surgida de los laudos arbitrales dictados en el marco del Convenio del CIADI en relación con las cláusulas relativas a la seguridad nacional contenidas en los TBI es muy limitada. Como ya se ha mencionado, en los últimos años se han dictado cinco laudos, todos ellos en relación con denuncias presentadas por empresas de los Estados Unidos contra la Argentina en respuesta a las medidas adoptadas por el Gobierno de ese país como reacción ante la grave crisis económica de 2001-2002⁴¹. Los denunciantes sostenían que esas medidas habían perjudicado a sus inversiones en los sectores del gas y los seguros de la Argentina y habían vulnerado el TBI concertado entre ese país y los Estados Unidos. Está previsto que en un futuro próximo se dicte un número importante de laudos en relación con cuestiones similares con el telón de fondo de esa crisis⁴².

En todos los casos concluidos, la cuestión esencial de la controversia era si las medidas de emergencia adoptadas por la Argentina en un momento de grave crisis económica i) quedan dentro del alcance de la excepción por motivos de seguridad nacional contenida en el TBI concertado entre los Estados Unidos y la Argentina, o ii) puede justificarse por la defensa de estado de necesidad al amparo del derecho internacional consuetudinario. El tribunal determinó tan sólo en dos casos que durante un cierto período las medidas adoptadas estuvieron justificadas por la cláusula del tratado, por lo que no se podía considerar a la Argentina responsable de las pérdidas sufridas por los denunciantes durante ese período⁴³. Por el contrario, los otros tribunales no aceptaron la defensa de la Argentina y determinaron que estaba obligada a pagar una indemnización. Como lo expuso uno de esos tribunales, había motivos

de preocupación porque "*cualquier Estado podría invocar necesidad para eludir sus obligaciones internacionales, lo cual, ciertamente, sería contrario a la estabilidad y previsibilidad del derecho*"⁴⁴.

El artículo XI del TBI concertado entre la Argentina y los Estados Unidos, que fue el que la Argentina invocó en los procedimientos mencionados más arriba, reza así:

*El presente Tratado no impedirá la aplicación por cualquiera de las Partes de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, el cumplimiento de sus obligaciones para el mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad internacionales, o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad.*⁴⁵

a) Relación entre la excepción contemplada en un tratado y la defensa de estado de necesidad al amparo del derecho internacional consuetudinario

La primera cuestión que los tribunales abordaron se refiere a la relación entre la cláusula contenida en el tratado y la defensa de estado de necesidad al amparo del derecho consuetudinario que también invocó la Argentina. Para analizar esa cuestión, los tribunales hicieron referencia al artículo 25 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (en los artículos de la CDI) que se acepta generalmente como una codificación del derecho internacional consuetudinario⁴⁶.

Salvo en los tribunales de los casos *LG&E* y *Continental Casualty*, ningún tribunal separó estrictamente la invocación del artículo XI del TBI de la defensa de estado de necesidad al amparo del derecho internacional consuetudinario. De hecho, esos tribunales contemplaron los requisitos establecidos en el artículo 25 de los artículos CDI en conjunción con el artículo XI del TBI, refundiéndolos en una defensa única e inseparable. El tribunal del caso *Sempra*, por ejemplo, afirmó que:

Este Tribunal entiende, sin embargo, que la disposición del Tratado es inseparable del estándar establecido en el derecho consuetudinario en lo que se refiere a la definición del estado de necesidad y a las condiciones requeridas para su ejercicio, habida cuenta de que es en el derecho consuetudinario donde se han definido dichos elementos. De manera similar, el Tratado no contiene una definición relativa al mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales, ni a las condiciones para que pueda invocarse su aplicación⁴⁷.

Sin embargo, el comité de anulación del caso *CMS* concluyó que ese enfoque era erróneo por dos motivos. Uno de los errores se refería a los diferentes requisitos establecidos en esas disposiciones y el otro a la relación entre ellos y el orden de su aplicación.

En primer lugar, señaló que el tribunal había "asimilado los requisitos necesarios para la aplicación del artículo XI del TBI a aquellos concernientes al estado de necesidad conforme al derecho internacional consuetudinario"⁴⁸. Criticó al tribunal por haberse limitado a asumir que el artículo XI del TBI y el artículo 25 de los artículos de la CDI se mantenían en pie de igualdad, sin entrar a analizar la relación entre la disposición del tratado y la norma del derecho internacional consuetudinario. El Comité señaló que los requisitos establecidos en el artículo XI del TBI no eran los mismos que los que regían según el derecho internacional consuetudinario codificado en el artículo 25 del proyecto de artículos de la CDI; de hecho, mostraban diferencias importantes.

En segundo lugar, el Comité sostuvo que el tribunal del caso *CMS* cometió otro error de derecho, puesto que no consideró que la excusa basada en el derecho internacional consuetudinario no era más que un elemento subsidiario de la exclusión basada en el artículo XI. Señaló que una excusa basada el artículo 25 de los artículos de la CDI solamente tendría interés una vez se hubiera decidido que se había producido un incumplimiento de las obligaciones sustantivas. En otro caso, de ser aplicable el artículo XI del TBI, dejarían de estar en vigor las obligaciones sustantivas dimanantes del tratado.

A pesar de que el Comité señaló esos errores, no pudo anular el laudo porque sólo tenía una jurisdicción limitada con arreglo al artículo 52 del Convenio CIADI, ya que no se había producido una extralimitación manifiesta de facultades. En última instancia, el tribunal del caso *CMS* había aplicado el artículo XI del TBI "aun si lo fue en forma ambigua y defectuosa"⁴⁹.

Las conclusiones del comité de anulación en el caso *CMS* son coherentes con el enfoque adoptado por el tribunal del caso *LG&E*. Ese tribunal aplicó el artículo XI del TBI sin considerarlo conjuntamente con los requisitos establecidos en el artículo 25 de los artículos de la CDI⁵⁰. El tribunal del caso *LG&E* aplicó principalmente el artículo XI del TBI e hizo referencia al artículo 25 de los artículos de la CDI únicamente como un argumento adicional y separado para reforzar sus conclusiones, y no como "una mera reafirmación textual de la defensa preexistente de estado de necesidad conforme al derecho consuetudinario"⁵¹. Asimismo, el tribunal del caso *Continental Casualty* subrayó la diferencia entre la excepción contemplada en el artículo XI del TBI y la exigencia más estricta necesaria para excluir la ilicitud de un acto al amparo del derecho internacional consuetudinario⁵².

Es imposible prever si en el futuro los tribunales seguirán el razonamiento del comité de anulación del caso *CMS* y de los tribunales de los casos *LG&E* y *Continental Casualty*. No obstante, como señaló un analista, "dada la claridad y la importancia del fondo de la conclusión del Comité... es probable que el informe tenga un efecto persuasivo en los casos pendientes"⁵³.

b) Inclusión de la crisis económica en la cláusula de excepción

Todos los tribunales concluyeron que la crisis económica puede justificar la invocación de una excepción relativa a la seguridad nacional. No obstante, se mostraron en desacuerdo acerca de la gravedad que ha de tener la crisis para poder recurrir a la cláusula⁵⁴.

c) ¿Se trata de una excepción que puede aplicarse de forma discrecional?

Como se expone más arriba, la cuestión de si una excepción relativa a la seguridad nacional contenida en un AII es de naturaleza discrecional es de vital importancia⁵⁵. En los casos relacionados con la Argentina, todos los tribunales abordaron esa cuestión con cierto detalle en relación con el artículo XI del TBI concertado entre la Argentina y los Estados Unidos y rechazaron que su aplicación fuese de naturaleza discrecional.

La redacción del artículo XI del TBI que se ha incluido más arriba permite a las partes adoptar las "medidas necesarias", no las medidas que una parte considere como tales. Aplicando un enfoque textual y comparando el artículo XI del TBI con disposiciones redactadas de manera distinta, como el artículo XXI del GATT, el tribunal del caso *CMS* observó que cuando los Estados tienen la intención de atribuirse el derecho a determinar unilateralmente la legitimidad de medidas extraordinarias que entrañan el incumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de un tratado, lo hacen expresamente⁵⁶. En el artículo XXI b) del GATT se establece que el Acuerdo no deberá interpretarse de manera que impida a una parte contratante la adopción de todas las medidas *que estime necesarias* para la protección de su seguridad nacional. Además, hizo referencia a los fallos de la CIJ en los casos *Nicaragua*⁵⁷ y *Oil Platforms*⁵⁸. En ambos casos, la CIJ había determinado que las excepciones relativas a la seguridad nacional contenidas en los tratados concertados entre los Estados Unidos y Nicaragua e Irán, respectivamente, no eran de naturaleza discrecional, sino que estaban sujetas a examen judicial. Basó su interpretación en la redacción de las disposiciones que, a diferencia del artículo XXI del GATT, no contenía las palabras "que considere". Además, el tribunal hizo referencia al fallo de la CIJ en el caso *Gabcikovo-Nagymaros*⁵⁹, en el que la CIJ determinó, en relación con la defensa por estado de necesidad al amparo del derecho internacional consuetudinario, que "el Estado involucrado no es el único juez para determinar si se han reunido esas condiciones".

El tribunal del caso *LG&E*, por el contrario, basó sus conclusiones en la interpretación del tratado por las partes en el momento de la firma. Según el tribunal, los Estados Unidos sólo comenzaron a considerar que la cláusula de excepción se aplicase de forma discrecional con la ratificación del TBI entre la Federación de Rusia y los Estados Unidos⁶⁰. Los tribunales de los casos *Enron* y *Sempra* recurrieron a ambos motivos para apoyar sus conclusiones⁶¹. El tribunal del caso *Continental Casualty*, por último, basó su fallo en la redacción de la cláusula y no encontró pruebas de que, a pesar de la redacción utilizada, las partes contratantes hubieran considerado que la excepción fuese de naturaleza discrecional⁶².

d) Indemnización

La cuarta cuestión que cabe señalar en el contexto que nos ocupa es la indemnización. El tribunal del caso *CMS*, en *obiter dicta*, dedujo del artículo 27 b) de los artículos de la CDI que la invocación de estado de necesidad puede excluir la ilicitud de un acto o de la medida de que se trate, pero no excluye el deber de indemnizar al titular del derecho que debió sacrificarse⁶³.

Una vez más, el tribunal del caso *LG&E* adoptó una postura diferente. Afirmó que ni en el artículo 27 de los artículos de la CDI ni en el artículo XI del TBI se especificaba si debía pagarse indemnización alguna a la parte que sufriese pérdidas durante el estado de necesidad. No obstante, y en consonancia con su conclusión de que el artículo XI del TBI eximía de responsabilidad a la Argentina, el tribunal decidió que los perjuicios sufridos durante el estado de necesidad debían ser asumidos por el inversor⁶⁴.

De forma similar, el comité de anulación en el caso *CMS* sostuvo que el tribunal que se ocupó de ese caso debió examinar la cuestión de la indemnización en el marco del artículo XI del TBI antes de pasar a considerar el artículo 27 b) de los artículos de la CDI. Para el Comité, estaba claro que, como el artículo XI excluía la aplicabilidad de las disposiciones sustantivas del TBI, no podía haber obligación de pagar indemnización durante ese período⁶⁵.

2. Organización Mundial del Comercio/Acuuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio

Aunque las decisiones de los grupos especiales y del Órgano de Apelación del GATT y la OMC no guardan relación directa con los AII y no se ocupan directamente de la cuestión de la seguridad nacional, pueden contribuir, no obstante, a un mejor entendimiento del concepto de estado de necesidad y de la naturaleza de la cláusula de aplicación discrecional. En última instancia, las cuestiones legales y los problemas clave son similares, ya sea en el contexto de los TBI o en el de los ALC.

Entre las disposiciones pertinentes de los acuerdos de la OMC en ese contexto figuran el artículo XXI del GATT y el artículo XIV *bis* del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS)⁶⁶. Por lo que se refiere a este último, un grupo especial y posteriormente el Órgano de Apelación, se encargaron de interpretar los términos "moral pública" y "orden público". También decidieron cuándo podía considerarse necesaria una medida adoptada para proteger la moral y el orden públicos. Por lo que respecta al artículo XXI del GATT, en los primeros casos se planteó la cuestión de si esa disposición era o no de naturaleza discrecional.

a) Interpretación de los términos "moral pública" y "orden público"

En el asunto *Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas*, los Estados Unidos de América invocaron el artículo XIV del GATT para justificar un conjunto de leyes federales y estatales que Antigua afirmaba suponían una "prohibición total" del suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar. El grupo especial establecido para el caso fue el primero en interpretar los términos "moral pública" y "orden público" que figuraban en el artículo XIV a) del AGCS. En su interpretación, reconoció en primer lugar los aspectos delicados asociados con la interpretación de esos términos y observó que el significado de esos conceptos para los miembros puede

variar en el tiempo y en el espacio en función de diversos factores, incluidos los valores sociales, culturales, éticos y religiosos que prevalezcan⁶⁷. En consecuencia, y en consonancia con decisiones anteriores del Órgano de Apelación en relación con conceptos sociales similares, el grupo especial sostuvo que debe darse a los miembros cierta libertad para definir y aplicar por lo que a ellos respecta los conceptos de "moral pública" y "orden público" en sus respectivos territorios, conforme a sus propios sistemas y escalas de valores.

El grupo especial se aventuró a exponer los componentes individuales de ambos términos. Concluyó que la "moral pública" y el "orden público" eran dos conceptos diferentes que trataban de proteger valores en gran medida similares y que podían superponerse. No obstante, cualquier medida que se adopte para proteger cualquiera de ellos "debe estar encaminada a proteger los intereses del pueblo dentro de una comunidad y nación en su conjunto". Ese era el sentido de la palabra "público".

Refiriéndose al significado ordinario de los términos "moral" y "orden" definió la expresión "moral pública" como algo que denota normas de buena y mala conducta por parte de o en nombre de una comunidad o nación. En opinión del grupo especial, el "orden público" -teniendo en cuenta también la nota de pie de página N° 5 del artículo- alude a la preservación de los intereses fundamentales de una sociedad, tal como se reflejan en las leyes y en las políticas públicas⁶⁸. Esos intereses fundamentales podían guardar relación, entre otras cosas, con normas jurídicas, de seguridad y morales.

A la luz de esa interpretación, el grupo especial consideró que las medidas que se estaban examinando quedaban dentro del alcance de esas definiciones, por cuanto los Estados Unidos las impusieron para abordar preocupaciones como las concernientes al blanqueo de dinero, la delincuencia organizada, el fraude, la participación de menores en juegos de azar y la ludopatía. El Órgano de Apelación confirmó posteriormente esa conclusión del grupo especial⁶⁹.

b) Necesidad de la medida

En cuanto al requisito establecido en el artículo XVI a) del AGCS de que las medidas que se adopten para proteger la moral o el orden públicos deben ser "necesarias", el grupo especial hizo referencia a decisiones anteriores del Órgano de Apelación en los asuntos *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna* y *CE-Amianto*, en las que había establecido parámetros para la prueba de la necesidad en disposiciones similares a las del GATT⁷⁰. A la luz de esas decisiones, el grupo especial formuló los siguientes criterios pertinentes para una prueba consistente en sopesar y confrontar: a) la importancia de los intereses o valores que la medida impugnada tiene por finalidad proteger; b) la medida en que la disposición impugnada contribuye a la realización del fin que esa disposición persigue; y c) la repercusión en el comercio de la medida impugnada⁷¹. Es importante señalar que el grupo especial subrayó que, con respecto al criterio de la repercusión en el comercio, el Órgano de Apelación había indicado que al aplicar ese requisito también debería tenerse en cuenta si podía recurrirse razonablemente a una medida alternativa. El grupo especial determinó que los Estados Unidos no habían demostrado que se hubiera satisfecho ese criterio: "Al rechazar la invitación de Antigua a entablar consultas y/o negociaciones bilaterales o multilaterales, los Estados Unidos no siguieron de buena fe un curso de acción que podrían haber utilizado para explorar la posibilidad de encontrar una alternativa compatible con la OMC razonablemente a su alcance"⁷².

El Órgano de Apelación revocó esa conclusión del grupo especial y sostuvo que las medidas adoptadas por los Estados Unidos habían sido necesarias. En ese contexto, arrojó alguna luz sobre los aspectos de procedimiento relacionados con la prueba de necesidad. Subrayó que, aunque la carga de la prueba de la necesidad de una medida recaía en última instancia sobre la parte demandada, no incumbía a esa parte demostrar, en primer lugar, que no había alternativas que estuvieran razonablemente a su alcance para lograr sus objetivos⁷³. No obstante, la parte demandada tenía que demostrar que una medida que pudiera proponer una parte demandante no constituía una alternativa

razonable. A diferencia del grupo especial, el Órgano de Apelación no consideró que las consultas ofrecidas por Antigua fueran una alternativa razonable, ya que las consultas eran, por definición, un proceso de resultado incierto y, por tanto, no podían compararse con las medidas en litigio en ese caso. Así pues, como Antigua no consiguió presentar una medida compatible con las normas de la OMC, la legislación de los Estados Unidos resultaba necesaria. Sin embargo, el Órgano de Apelación mantuvo (en parte) la conclusión del grupo especial de que las medidas contravenían los requisitos establecidos en el artículo XIV del AGCS, ya que los Estados Unidos no habían demostrado que las prohibiciones incluidas en esas medidas se aplicaran tanto a los proveedores de servicios de apuestas hípcas a distancia nacionales como a los extranjeros⁷⁴.

c) Naturaleza discrecional

La cuestión de si una excepción relativa a la seguridad, como el artículo XXI del GATT, no debe considerarse *totalmente* discrecional, a pesar de la presencia de la expresión "... que estime necesarias...", se abordó en una antigua controversia entre Checoslovaquia y los Estados Unidos de América relativa a una prohibición de las importaciones impuesta por estos últimos por motivos de seguridad nacional. Durante el debate entre los delegados de las partes contratantes, que a la sazón se ocupaban de la solución de diferencias, se planteó la opinión de que la prohibición "parecería justificada, porque todo país debe tener la última palabra en cuestiones relativas a su propia seguridad"⁷⁵. Al mismo tiempo, las partes debían tener cuidado de no tomar ninguna medida que pudiera tener el efecto de socavar el Acuerdo General. Las partes contratantes rechazaron el planteamiento de Checoslovaquia. A la luz de los debates entre los delegados en los que se trajo a colación el artículo XXI del GATT, podría decirse que las partes contratantes consideraron su posible jurisdicción formal en relación con una defensa formulada al amparo del artículo XXI⁷⁶.

Los Estados Unidos también invocaron el artículo XXI del GATT en relación con una demanda planteada por Nicaragua porque una

orden ejecutiva del Presidente Reagan, por la que se prohibía todo tipo de comercio con Nicaragua, violaba las obligaciones contraídas por los Estados Unidos en el marco del GATT. El mandato del grupo especial, que entonces tenían que convenir ambas partes para que el grupo pudiera establecerse, impedía expresamente al grupo especial examinar la validez de esa defensa. No obstante, aprovechó la ocasión para plantear "cuestiones más generales":

*Si se aceptara que la interpretación del artículo XXI estuviera reservada totalmente al arbitrio de las partes contratantes que lo invocasen, ¿cómo podrían las partes contratantes asegurarse de que esa excepción general a todas las obligaciones dimanantes del Acuerdo General no se invocara excesivamente o para fines distintos a los contemplados en esa disposición? Si las partes contratantes confiaran a un grupo especial la tarea de examinar un caso relativo a la invocación del artículo XXI sin autorizarlo a examinar la justificación de esa invocación, ¿estarían limitando el derecho de la parte contratante perjudicada a que su denuncia se investigara con arreglo al párrafo 2 del artículo XXIII?*⁷⁷

Así pues, hay buenas razones para pensar que las medidas adoptadas al amparo del artículo XXI del GATT pueden ser objeto de revisión por los tribunales. Los argumentos para la posibilidad de llevar a cabo esa revisión pueden ser incluso más firmes hoy, ya que el proceso se ha sometido más a examen judicial en virtud del entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias en la OMC. Las diferencias deben resolverse recurriendo a las "normas usuales de interpretación del derecho internacional público" que incluyen el requisito de actuar de buena fe (párrafo 2 del artículo 3 del entendimiento de la OMC)⁷⁸.

3. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

El TJCE se ocupó de las cláusulas de excepción relativas a la seguridad contenidas en el Tratado de la Unión Europea principalmente en el contexto de la privatización de empresas públicas en el sector de la infraestructura⁷⁹. En los procedimientos de

infracción iniciados por la Comisión Europea, el TJCE sólo ha aceptado hasta ahora la defensa de un Estado miembro en una ocasión.

A fines del decenio de 1990, varios Estados miembros promulgaron legislación encaminada a controlar la inversión extranjera en esas empresas mediante, entre otras cosas, el establecimiento de procedimientos de autorización previa y la concesión al Estado del derecho de veto mediante una "acción de oro" en la empresa de que se tratara.

Las medidas adoptadas, por ejemplo, por Portugal limitaban la posibilidad de que los nacionales de otros Estados miembros adquiriesen más de un número determinado de acciones en determinadas empresas de los sectores bancario, de seguros, de la energía y del transporte. Además, se requería una autorización previa en caso de que se sobrepasara un umbral determinado de acciones o de derechos de voto. Francia estableció un procedimiento similar con respecto a una empresa que le suministraba productos derivados del petróleo. Además, estableció el derecho del Gobierno de invalidar (*a posteriori*) cualquier decisión relativa a la transferencia de activos o su utilización como garantía. Bélgica puso en práctica también un procedimiento de ese tipo que se limitaba a las decisiones relativas a los activos estratégicos de las empresas que pudieran utilizarse como infraestructuras importantes para el transporte nacional de productos energéticos. Según la legislación de Bélgica, el ministro del ramo podía oponerse a esas decisiones si consideraba que la operación en cuestión afectaba negativamente a los intereses nacionales en el sector de la energía.

En sus fallos, el TJCE determinó que esas medidas constituían una restricción de la libre circulación de capitales y, como consecuencia, también de la libertad de establecimiento. En cuanto a la posible justificación de una restricción de esa naturaleza, y en consonancia con fallos anteriores, determinó que la libre circulación de capitales sólo podía restringirse en algunas condiciones estrictas. En primer lugar, la restricción debía estar justificada por razones contempladas en el Tratado⁸⁰ o por razones imperiosas de interés general que se

aplicaran a cualquier persona o empresa que ejerciese una actividad en el territorio del Estado miembro de acogida. En segundo lugar, la normativa nacional en cuestión debía ser adecuada para garantizar la realización del objetivo que persiguiera y, en tercer lugar, no debía ir más allá de lo necesario para alcanzarlo, a fin de respetar el criterio de proporcionalidad⁸¹. La misma norma era aplicable a una restricción de la libertad de establecimiento al amparo del artículo 46 del Tratado.

En cuanto a la autorización administrativa previa mencionada anteriormente, recordó que un régimen de esa naturaleza debía ser proporcionado respecto al fin perseguido, de forma que no pudiera alcanzarse el mismo objetivo con medidas menos restrictivas, en particular, mediante un sistema de declaraciones *a posteriori*. Ese régimen debía basarse también en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano por las empresas interesadas y cualquier persona afectada por una medida restrictiva de ese tipo debía poder disponer de un medio de impugnación jurisdiccional⁸².

Con ese telón de fondo, el Tribunal determinó que las medidas adoptadas por Portugal no satisfacían esos requisitos. Los objetivos económicos que se pretendían alcanzar mediante las medidas en cuestión, a saber, la elección de un socio estratégico, el reforzamiento de la estructura competitiva del mercado que fuese o la modernización y el reforzamiento de la eficacia de los medios de producción, no podían constituir una justificación válida de la imposición de restricciones a la libertad fundamental de que se tratara: "En efecto, es jurisprudencia reiterada que motivos de naturaleza económica no pueden en ningún caso servir de justificación a obstáculos prohibidos por el Tratado"⁸³.

Francia, por el contrario, fundamentó sus medidas controvertidas en la salvaguardia del abastecimiento de productos petrolíferos en caso de crisis. En ese caso, el Tribunal determinó que no podía negarse que ese objetivo respondía a un interés público legítimo, puesto que la garantía de un abastecimiento mínimo de productos petrolíferos en todo momento podía justificar la imposición de una

restricción como consideración relativa a la seguridad pública en el marco del Tratado⁸⁴. Asimismo, en el caso *La Comisión c. España*, el Tribunal determinó expresamente que la salvaguardia de los suministros de telecomunicaciones, electricidad y petróleo o la prestación de sus servicios en un Estado miembro en caso de crisis podía constituir un motivo de seguridad pública⁸⁵. No obstante, el Tribunal interpreta esa exención de manera estricta, de forma que cada Estado miembro no puede determinar unilateralmente su alcance sin control por parte de las instituciones de la Comunidad. "Por tanto, la seguridad pública sólo puede invocarse **en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad**"⁸⁶. (Énfasis añadido)

En ese contexto, el Tribunal dictaminó que el sistema francés era contrario al principio de la seguridad jurídica, puesto que los inversores afectados no recibieron indicación alguna acerca de las circunstancias objetivas específicas en las que se concedería o denegaría la autorización previa. Un poder discrecional tan amplio constituiría una grave vulneración de la libre circulación de capitales. Como la discrecionalidad a la hora de ejercer el derecho de oposición *a posteriori* tampoco estaba limitada por ninguna condición, se aplicaba la misma consideración. En consecuencia, el Tribunal afirmó que "dada la ausencia de criterios objetivos y precisos en la estructura del régimen establecido, la normativa controvertida va más allá de lo que resulta necesario para alcanzar el objetivo indicado"⁸⁷.

Al igual que la legislación francesa, las medidas adoptadas por Bélgica perseguían el objetivo de salvaguardar el abastecimiento de energía en caso de crisis y, por tanto, constituía una cuestión de seguridad pública que podía justificar la imposición de un obstáculo a la libre circulación de mercancías y capitales. A diferencia del sistema francés, la legislación promulgada por Bélgica contenía varias limitaciones que las autoridades competentes tenían que cumplir. Por ejemplo, se establecían plazos estrictos, el régimen estaba limitado a determinadas decisiones relativas a los activos estratégicos de las empresas en cuestión y sólo sería admisible la intervención cuando

existiera una amenaza de que los objetivos de la política energética pudieran verse comprometidos. Además, esa intervención debía fundamentarse en una declaración de motivos formal y estaba sujeta a una revisión judicial efectiva. Por esas limitaciones, el tribunal dictaminó que "el sistema ofrece al Estado la posibilidad de intervenir para garantizar, en una situación determinada, el cumplimiento de las obligaciones de servicio público que incumben a SNTC y a Distrigaz, al mismo tiempo que respeta las exigencias impuestas por la seguridad jurídica"⁸⁸. La Comisión no pudo demostrar que hubieran podido adoptarse medidas menos restrictivas para alcanzar el objetivo perseguido. En consecuencia, el Tribunal determinó que la legislación de Bélgica estaba justificada por el objetivo, que consistía en garantizar la seguridad del abastecimiento energético en caso de crisis⁸⁹.

4. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)

Hasta la fecha, parece que no hay jurisprudencia en relación con el artículo 2102 del TLCAN, que contiene una excepción relativa a la seguridad nacional. Además, por lo que se refiere a la inversión extranjera, parece poco probable que un tribunal del TLCAN revise una medida adoptada por una parte por motivos de seguridad nacional por la que prohíba o restrinja una inversión realizada por un inversor de otra parte. Con arreglo al artículo 1138.1 del TLCAN, una decisión adoptada por una parte al amparo del artículo 2102 con el fin de prohibir o restringir una inversión en su territorio por un inversor de otra parte, o su inversión, queda excluida de los procedimientos de solución de controversias. Así pues, a ese respecto, los inversores afectados por esas medidas no disponen de ningún recurso jurídico para someter esas medidas a examen judicial.

5. Conclusión

Como resumen, puede señalarse que en los laudos del CIADI relativos a las cláusulas de excepción por motivos de seguridad nacional incluidas en los AII no se ha establecido todavía un enfoque común. Hablando en un sentido amplio, en el fallo del tribunal del

caso *LG&E*, la decisión del comité de anulación en el caso *CMS* y el laudo sobre el caso *Continental Casualty*, por una parte, y los laudos de los tribunales de los casos *CMS*, *Sempra* y *Enron*, por otra, se puede ver que se han adoptado dos enfoques opuestos⁹⁰.

No obstante, parece haber un amplio acuerdo en dos cuestiones importantes. En primer lugar, el alcance de una excepción relativa a la seguridad nacional puede abarcar situaciones de grave crisis económica, si bien no está claro cuál ha de ser la magnitud de la crisis para que se considere suficiente. En segundo lugar, todos los tribunales han decidido que una defensa basada en una cláusula como la contenida en el TBI concertado entre la Argentina y los Estados Unidos está sujeta a examen judicial y no es de naturaleza discrecional.

Cuando la imagen se amplía a fin de incluir también las decisiones del TJCE y de los grupos especiales y el Órgano de Apelación del GATT/OMC en relación con las cláusulas relativas a la seguridad nacional, pueden observarse algunas similitudes y obtenerse alguna orientación en cuanto a la interpretación.

En primer lugar, por lo que se refiere al examen judicial, todos los tribunales mencionados más arriba han afirmado su competencia, al menos en principio, para examinar las medidas adoptadas por motivos de seguridad nacional. Así pues, parece que, en general, los tribunales no quedan al margen del examen de esas medidas. En el caso de que una cláusula se considere de naturaleza discrecional, como sucede con el artículo XXI del GATT en el que la redacción es un indicador importante, el examen se limita a una prueba de buena fe. Una excepción importante a esa regla es el artículo 1138.1 del TLCAN, puesto que en virtud de esa disposición quedan exentas de los procedimientos de arreglo de controversias las medidas adoptadas por motivos de seguridad nacional que puedan afectar a la inversión.

En segundo lugar, cuando se invocan cláusulas que no son de naturaleza discrecional, los Estados cuentan con un cierto margen de libertad para decidir qué intereses consideran fundamentales y qué

grado de protección quieren otorgarles. No obstante, como se ha analizado en el contexto del artículo XIV del AGCS y los artículos 46 y 58 del Tratado de la Unión Europea, sólo pueden adoptarse medidas que sean objetivamente necesarias. Hablando en un sentido amplio, el Órgano de Apelación de la OMC y el TJCE se plantean en ese contexto si pudieron adoptarse otras medidas a las que se tuviera acceso razonable y que fueran menos restrictivas. La Unión Europea (UE) -como comunidad homogénea que ha alcanzado un alto nivel de integración- aplica condiciones estrictas a ese respecto. Por el contrario, el tribunal del caso *LG&E*, al interpretar el artículo XI del TBI concertado entre la Argentina y los Estados Unidos, no estableció criterios de necesidad claros. Afirmó que un Estado tiene la libertad de elegir entre varias respuestas posibles⁹¹. Así pues, parece que el tribunal aplicó también un criterio consistente en sopesar y confrontar, y determinó que la gravedad de la crisis justificaba claramente las medidas adoptadas.

En tercer lugar, un grupo especial y el Órgano de Apelación de la OMC abrieron recientemente una nueva vía al interpretar los términos "moral pública" y "orden público" contenidos en el párrafo a) del artículo XIV del AGCS. Hay algunos paralelismos con la interpretación que el TJCE dio a términos similares contenidos en el Tratado de la Unión Europea, que requieren que para que pueda invocarse una excepción del Tratado por motivos de seguridad nacional debe existir una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad.

No obstante, la jurisprudencia en ese terreno se encuentra todavía en una etapa inicial y es imposible prever cómo los tribunales abordarán esas importantes cuestiones en el futuro. En particular, parece haber una jurisprudencia muy limitada con respecto a la cuestión de la protección de las industrias estratégicas, y la jurisprudencia existente se refiere a la situación especial de la integración regional. Un camino que las partes en los AII que deseen reducir los riesgos asociados con una interpretación impredecible de una cláusula de excepción por motivos de seguridad nacional pueden

tomar es definir su entendimiento mutuo de su alcance y sus posibles repercusiones, como las indemnizaciones. Algunos países han recurrido ya a una estrategia de ese tipo en relación con otras disposiciones sustantivas de los tratados como el trato justo y equitativo o la expropiación (UNCTAD, 2007b). No obstante, debe tenerse presente que ese enfoque limita la flexibilidad normativa de las partes en una esfera de políticas tan sensible como es la seguridad nacional. La respuesta a la pregunta de si debe adoptarse una estrategia de esa naturaleza -y cómo debería adoptarse- depende de que varios factores puedan equilibrarse con arreglo a las preferencias de cada Estado (véase el capítulo IV).

Notas

¹ Los casos pertinentes son: *CMS Gas Transmission Company c. la República Argentina*, caso del CIADI N° ARB/01/08, laudo de 12 de mayo de 2005; *LG&E Energy Corp./LG&E Capital Corp./LG&E International Inc. c. la República Argentina*, caso del CIADI N° ARB/02/1, laudo de 3 de octubre de 2006; *Enron Corporation Ponderosa Assets L.P. c. la República Argentina*, caso del CIADI N° ARB/01/03, laudo de 22 de mayo de 2007; *Sempra Energy International c. la República Argentina*, caso del CIADI N° ARB/02/16, laudo de 28 de septiembre de 2007; *Continental Casualty Company c. la República Argentina*, caso del CIADI N° ARB/03/9A, laudo de 5 de septiembre de 2008. Véase también el epígrafe I.D.1 del presente documento.

² *CMS Gas Transmission Company c. la República Argentina*, caso del CIADI N° ARB/01/08, 12 de mayo de 2005, párr. 359.

³ *CMS Gas Transmission Company c. la República Argentina*, caso del CIADI N° ARB/01/08, 12 de mayo de 2005, párr. 360.

⁴ *LG&E Energy Corp./LG&E Capital Corp./LG&E International Inc. c. la República Argentina*, caso del CIADI N° ARB/02/1, 3 de octubre de 2006, párr. 238.

⁵ *Continental Casualty Company c. la República Argentina*, caso del CIADI N° ARB/03/9A, laudo de 5 de septiembre de 2008, párr. 175.

⁶ *CMS Gas Transmission Company c. la República Argentina*, caso del CIADI N° ARB/01/08, 12 de mayo de 2005, párr. 355.

⁷ *LG&E Energy Corp./LG&E Capital Corp./LG&E International Inc. c. la República Argentina*, caso del CIADI N° ARB/02/1, 3 de octubre de 2006, párr. 226.

⁸ *Continental Casualty Company c. la República Argentina*, caso del CIADI N° ARB/03/9A, laudo de 5 de septiembre de 2008, párr. 180.

⁹ *Enron Corporation Ponderosa Assets L.P. c. la República Argentina*, caso del CIADI N° ARB/01/03, 22 de mayo de 2007, párr. 306; *Sempra Energy International c. la República Argentina*, caso del CIADI N° ARB/02/16, 28 de septiembre de 2007, párr. 348.

¹⁰ *LG&E Energy Corp./LG&E Capital Corp./LG&E International Inc. c. la República Argentina*, caso del CIADI N° ARB/02/1, 3 de octubre de 2006, párrs. 231 a 237.

¹¹ *Ibid.*, párr. 231.

¹² *Continental Casualty Company c. la República Argentina*, caso del CIADI N° ARB/03/9A, laudo de 5 de septiembre de 2008, párr. 180.

¹³ Véase también el capítulo IV del presente documento.

¹⁴ El umbral de lo que se considera "crítico" puede ser diferente de un país a otro. Véase la reseña que figura en el documento de la OCDE sobre los enfoques de la inversión extranjera en infraestructura "crítica" desde el punto de vista de la seguridad nacional. Doc. N° DAF/INV/WD(2007) 21/REV1. 3 de marzo de 2008.

¹⁵ Véase el análisis que figura en UNCTAD (2008), caps. IV y V.

¹⁶ Véase UNCTAD (2008 y 2006).

¹⁷ Wharton School of the University of Pennsylvania (2007). "A closer look at sovereign wealth funds: secretive, powerful, unregulated and huge". Puede consultarse en: <http://knowledge.wharton.upenn.edu/category.cfm?cid=1>.

¹⁸ Otro argumento que se ha utilizado contra los fondos de Estados extranjeros es que sus inversiones pueden dar lugar a una "nacionalización" de las compañías nacionales. Eso sería contrario al principio de la economía

de mercado basada en la empresa privada. Esa "nacionalización" sería especialmente incómoda si afectase a empresas extranjeras que se hubieran privatizado recientemente, y posiblemente en contra de una firme oposición interna. Cabe señalar que el término "nacionalización" puede generar confusión en este contexto. Normalmente, se entiende por "nacionalización" la transferencia de propiedad de una inversión al *país receptor*, mientras que en el caso de los fondos soberanos quien reclama la propiedad es una *entidad pública extranjera* presente en el país receptor. Los dos escenarios difieren en gran medida, ya que en el primer caso el país receptor se convierte en dueño soberano de la propiedad, mientras que en el segundo el fondo soberano sigue estando sujeto a las leyes y normas del país receptor.

¹⁹ Por otra parte, también se ha dicho que la inversión de los fondos soberanos en el extranjero crea más riesgos para los propios fondos que para los países en los que invierten. Los fondos soberanos se encontrarían en una posición más débil que los países receptores, ya que podrían llegar a convertirse en "rehenes" de esos países. Esos fondos "solamente" adquirirían un derecho legal sobre los activos en los que invirtieran, mientras que el país receptor podría ejercer el control físico sobre esos activos si así lo decidiera. En caso de conflicto entre el fondo soberano y el país receptor, el hecho de que el primero tuviera un derecho de propiedad en la empresa en que hubiera invertido le serviría de poco, ya que el país receptor podría ignorar esos derechos y confiscar los activos. Se podría mencionar, por ejemplo, la congelación por el país receptor de las cuentas bancarias de acreedores extranjeros, o la amenaza de una expropiación si el inversor extranjero no se comporta de la forma que el país receptor estime oportuna. Así pues, los fondos soberanos se exponen a un mayor nivel de riesgo que el país receptor. Véase *Neue Zürcher Zeitung*, 26 de febrero de 2008, pág. 27.

²⁰ Los fondos más transparentes en lo que se refiere a su volumen, la composición de su cartera y los beneficios obtenidos de sus inversiones son los de Noruega, Temasek, Alaska, Malasia, Azerbaiyán y Alberta (Canadá). Los menos transparentes son los de los Emiratos Árabes Unidos, Kuwait, China, Qatar, Brunei, la República Bolivariana de Venezuela, la Provincia china de Taiwán y Omán. Véase: Truman (2007).

²¹ OCDE Doc. N° DAF/INV(2008)5, 12 de marzo de 2008.

²² Véase el epígrafe I.D.1 del presente documento.

²³ Véanse los diversos casos relacionados con las crisis financieras de la Argentina que se mencionan en la sección I.D del presente documento.

²⁴ El Tratado sobre la Carta de la Energía y el Protocolo de la Carta de la Energía sobre la eficacia energética y los aspectos medioambientales relacionados se firmaron en diciembre de 1994 y entraron en vigor en abril de 1998. Hasta la fecha, han firmado el Tratado o se han adherido a él 51 Estados, así como la Comunidad Europea y el Euratom (así pues, cuenta en total con 53 miembros).

²⁵ Proyecto de artículos de la CDI sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, con comentarios, *Documentos Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10*, cap. 4. Documento de las Naciones Unidas A/56/10, arts. 24 y 25. Puede consultarse en <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english>.

²⁶ Véase también la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, arts. 60 y 62.

²⁷ Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Documento de las Naciones Unidas A/RES/56/83 (2001).

²⁸ 1997. Corte Internacional de Justicia 7, págs. 51, 52 y 55.

²⁹ Informe del grupo especial, Tailandia: Restricciones sobre la importación y la imposición de gravámenes internos a los cigarrillos, 75, DS10/R.5 de octubre de 1990. GATT B.I.S.D. (suplemento 37), págs. 200 y 222 (1990).

³⁰ O'Connor, J. *Good Faith in International Law*. 1991d.

³¹ Comisión Ballenera Internacional. Resolución 2001-01 (2001). Puede consultarse en <http://www.iwcoffice.org/meetings>.

³² Puede verse un análisis en Bottini (2008).

³³ Pauterpacht, H. *The Function of Law in the International Community*, 1933, pág.188.

³⁴ A ese respecto véase, en particular, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Véase Mahoney, P. *Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the*

Same Coin. 11 Human Rights. L.J. 57, 78–80 (1990).; Macdonald, Ronald St. John. *The Margin of Appreciation Doctrine in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*. I-2 Collected courses of the Academy of European Law 95, 139 a 156 (Andrew Clapham, Frank Emmert, eds., 1990).

³⁵ Hasta ahora, la cuestión de las excepciones por motivos de seguridad en relación con una crisis económica sólo se ha planteado en los casos contra la Argentina.

³⁶ *CMS Gas Transmission Co. c. la República Argentina*, caso del CIADI N° ARB/01/8 (2005).

³⁷ *Enron Corp. Ponderosa Assets c. la República Argentina*, caso del CIADI N° ARB/01/3 (2007).

³⁸ *Sempra Energy International c. la República Argentina*, caso del CIADI N° ARB/02/16. 28 de septiembre de 2007.

³⁹ *LG&E Energy Corp. et al. c. la República Argentina*, caso del CIADI N° ARB/02/1 (2006).

⁴⁰ *Continental Casualty Company c. la República Argentina*, caso del CIADI N° ARB/03/9A, laudo de 5 de septiembre de 2008.

⁴¹ Los casos pertinentes se mencionan en la nota de pie de página N° 6.

⁴² En septiembre de 2008 hay 33 casos pendientes contra la Argentina en el marco de la Convención del CIADI, la mayoría de los cuales guarda relación con medidas adoptadas a raíz de la crisis financiera.

⁴³ En uno de esos casos (*Continental Casualty c. la Argentina*), el tribunal determinó que todas las medidas adoptadas por la Argentina, excepto una, estaban amparadas por la excepción relativa a la seguridad nacional.

⁴⁴ *CMS Gas Transmission Company c. la República Argentina*, caso del CIADI N° ARB/01/08, 12 de mayo de 2005, párr. 317.

⁴⁵ Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, firmado el 14 de noviembre de 1991 y en vigor desde el 20 de octubre de 1994. Puede consultarse en: http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch_779.aspx.

⁴⁶ Comisión de Derecho Internacional. Proyectos de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, con comentarios. Puede consultarse en http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf. El texto de ese artículo se reproduce en el epígrafe I.B.3.

⁴⁷ *Sempra Energy International c. la República Argentina*, caso del CIADI N° ARB/02/16, 28 de septiembre de 2007, párr. 376.

⁴⁸ *CMS Gas Transmission Company c. la República Argentina*, caso del CIADI N° ARB/01/08, 12) (procedimiento de anulación). Decisión del Comité ad hoc sobre la solicitud de anulación de la República Argentina, 25 de septiembre de 2007, párrs. 128 a 131.

⁴⁹ *CMS Gas Transmission Company c. la República Argentina*, caso del CIADI N° ARB/01/08, 12) (procedimiento de anulación). Decisión del Comité ad hoc sobre la solicitud de anulación de la República Argentina, 25 de septiembre de 2007, párr. 136.

⁵⁰ *LG&E Energy Corp./LG&E Capital Corp./LG&E International Inc. v. The Republic of Argentine*, caso del CIADI N° ARB/02/1, 3 de octubre de 2006, párr. 245: "Luego, y aunque el Tribunal considera que las protecciones del artículo XI del Tratado han sido accionadas en este caso y son suficientes para eximir a la Argentina de responsabilidad, reconoce que el estado de necesidad, tal y como se define hoy en el derecho internacional (reflejado en el artículo 25 del proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos internacionales, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional) confirma la conclusión del Tribunal"

⁵¹ Burke-White W. y von Staden A. Investment protection in extraordinary times: the interpretation and application of non-precluded measures provision in bilateral investment treaties. *Virginia Journal of International Law*. 48 (2).

⁵² *Continental Casualty Company c. la República Argentina*, caso del CIADI N° ARB/03/9A, laudo de 5 de septiembre de 2008, párrs. 160 a 168.

⁵³ Kurtz, Jürgen T. *CIADI Annulment Committee Rules on the Relationship between Customary and Treaty Exceptions on Necessity in Situations of Financial Crisis*. ASIL Insight, International Economic Law Edition, 20 de diciembre de 2007, vol. 11, N° 30. Puede consultarse en: <http://www.asil.org/insights/2007/12/insights071220.html>.

⁵⁴ Véase el epígrafe I.A.1.

⁵⁵ Véase el epígrafe IV.B.1.

⁵⁶ *CMS Gas Transmission Company c. la República Argentina*, caso del CIADI N° ARB/01/08, 12 de mayo de 2005, párr. 370.

⁵⁷ *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua c. los Estados Unidos de América)*. Fondo del asunto, 1986 CIJ 14, 116.

⁵⁸ *Oil Platforms (República Islámica de Irán c. los Estados Unidos de América)* 1996 CIJ 803, 20.

⁵⁹ Caso concerniente a Gabčíkovo-Nagymaros Project (*Hungría c. Eslovaquia*), 1997 CIJ 7.

⁶⁰ *LG&E Energy Corp./LG&E Capital Corp./LG&E International Inc. c. la República Argentina*, caso del CIADI N° ARB/02/1, 3 de octubre de 2006, párr. 213.

⁶¹ *Enron Corporation Ponderosa Assets L.P. c. la República Argentina*, caso del CIADI N° ARB/01/03, 22 de mayo de 2007, párr. 335-339; *Sempra Energy International c. la República Argentina*, caso del CIADI N° ARB/02/16, 28 de septiembre de 2007, párrs. 379 a 388.

⁶² *Continental Casualty Company c. la República Argentina*, caso del CIADI N° ARB/03/9A, laudo de 5 de septiembre de 2008, párr. 187.

⁶³ *CMS Gas Transmission Company c. la República Argentina*, caso del CIADI N° ARB/01/08, 12 de mayo de 2005, párr. 388. En el artículo 27 b) de los artículos del CDI se establece que: La invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud en virtud del presente capítulo se entenderá sin perjuicio de...; b) la cuestión de la indemnización de cualquier pérdida efectiva causada por el hecho en cuestión.

⁶⁴ *LG&E Energy Corp./LG&E Capital Corp./LG&E International Inc. c. la República Argentina*, caso del CIADI N° ARB/02/1, 3 de octubre de 2006, párr. 264.

⁶⁵ *CMS Gas Transmission Company c. la República Argentina* (caso del CIADI N° ARB/01/08, 12) (procedimiento de anulación). Decisión del

Comité ad hoc sobre la solicitud de anulación de la República Argentina, 25 de septiembre de 2007, párr. 146.

⁶⁶ El artículo XIV a) del AGCS se reproduce en la sección II.A del presente documento. El artículo XXI del GATT reza: "Ninguna disposición del presente Acuerdo se interpretará en el sentido de que: a) imponga a un Miembro la obligación de suministrar informaciones cuya divulgación considere contraria a los intereses esenciales de su seguridad; o b) impida a un Miembro la adopción de las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad: i) relativas al suministro de servicios destinados directa o indirectamente a asegurar el abastecimiento de las fuerzas armadas; ii) relativas a las materias fisionables o fusionables o a aquellas que sirvan para su fabricación; iii) aplicadas en tiempos de guerra o en caso de grave tensión internacional; o c) impida a un Miembro la adopción de medidas en cumplimiento de las obligaciones por él contraídas en virtud de la Carta de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales."

⁶⁷ *Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas*. Informe del grupo especial, WT/DS285/R (10 de noviembre de 2004), párrs. 6.461 y ss.

⁶⁸ La nota de pie de página N° 5 de ese artículo reza: "La excepción de orden público únicamente podrá invocarse cuando se plantee una amenaza verdadera y suficientemente grave para uno de los intereses fundamentales de la sociedad."

⁶⁹ *Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas*. Informe del Órgano de Apelación, WT/DS285/AB/R (7 de abril de 2005), párr. 299.

⁷⁰ Puede verse un análisis de la jurisprudencia relacionada con el estado de necesidad en Neumann y Tuerk, 2003.

⁷¹ *Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas*. Informe del grupo especial, WT/DS285/R (10 de noviembre de 2004), párr. 6.477.

⁷² *Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas*. Informe del grupo especial, WT/DS285/R (10 de noviembre de 2004), párr. 6.531.

⁷³ *Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas*. Informe del Órgano de Apelación, WT/DS285/AB/R (7 de abril de 2005), párr. 309.

⁷⁴ *Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas*. Informe del Órgano de Apelación, WT/DS285/AB/R (7 de abril de 2005), párr. 372.

⁷⁵ Partes contratantes, tercer período de sesiones, acta resumida de la 22ª sesión. Solicitud del Gobierno de Checoslovaquia para que se adopte una decisión al amparo del artículo XXIII acerca de si el Gobierno de los Estados Unidos de América ha incumplido o no sus obligaciones dimanantes del Acuerdo con su gestión de la cuestión de las licencias de exportación, GATT/CP.3/SR.22 (8 de junio de 1949), pág. 7.

⁷⁶ Véase Hannes L. Schloemann y Stefan Ohloff, "Constitutionalizing" and Dispute Settlement in the OMC: National Security as an Issue of Competence, 93 AJIL (1999), 424, 432; Susan Rose-Ackerman y Benjamin Billa, *Treaties and National Security*, Yale Law School, pág. 18.

⁷⁷ *Estados Unidos - Medidas comerciales que afectan a Nicaragua*. Informe del grupo especial, GATT Doc. L/6053, 13 de octubre de 1986, párr. 5.17.

⁷⁸ Susan Rose-Ackerman y Benjamin Billa, *Treaties and National Security*, Yale Law School, pág. 21.

⁷⁹ Las cláusulas pertinentes son los artículos 46 y 58 del Tratado de la Unión Europea que se mencionan en el epígrafe II.C.2.

⁸⁰ El apartado b) del párrafo 1 del artículo 58. El texto se reproduce en el epígrafe II.C.2.

⁸¹ Caso N° C-503/99, *La Comisión c. Bélgica* [2002] ECR I-4809, párr. 45; caso N° C-483/99, *La Comisión c. Francia* [2002] ECR I-4781, párr. 45; caso N° C-367/98, *La Comisión c. Portugal*, párr. 49.

⁸² Caso N° C-483/99, *La Comisión c. Francia* [2002] ECR I-4781, párr. 46; caso N° C-367/98, *La Comisión c. Portugal*, párr. 50.

⁸³ Caso N° C-367/98, *La Comisión c. Portugal*, párr. 52.

⁸⁴ Caso N° C-483/99, *La Comisión c. Francia* [2002] ECR I-4781, párr. 47. En ese contexto, el Tribunal recuerda su fallo en el N° C-72/83 *Campus Oil*

[1984] ECR 2727, párr. 35, en el que determinó que "habida cuenta de la gravedad de las consecuencias que la interrupción del suministro de productos derivados del petróleo puede tener para la existencia de un país, debe considerarse que el propósito de garantizar un abastecimiento mínimo de productos derivados del petróleo en todo momento trasciende las consideraciones puramente económicas y puede, por tanto, constituir un objetivo amparado por el concepto de seguridad pública".

⁸⁵ Caso N° C-463/00, *La Comisión c. España* [2003] ECR I-4581, párr. 71.

⁸⁶ Caso N° C-483/99, *La Comisión c. Francia* [2002] ECR I-4781, párr. 48. Véanse también: caso N° C-503/99, *La Comisión c. Bélgica* [2002] ECR I-4809, párr. 47; caso N° C-463/00, *La Comisión c. España* [2003] ECR I-4581, párr. 72.

⁸⁷ Caso N° C-483/99, *La Comisión c. Francia* [2002] ECR I-4781, párr. 53.

⁸⁸ Caso N° C-503/99, *La Comisión c. Bélgica* [2002] ECR I-4809, párr. 52.

⁸⁹ Caso N° C-503/99 *La Comisión c. Bélgica* [2002] ECR I-4809, párr. 55. Compárese con el caso N° C-463/00, *La Comisión c. España* [2003] ECR I-4581, párrs. 74 y ss., en el que el TJCE volvió a determinar que se daba a las autoridades administrativas españolas demasiada discrecionalidad a la hora de ejercer su derecho a aprobar o rechazar determinadas adquisiciones de acciones.

⁹⁰ Esa es también la opinión general en la literatura especializada. Véase Burke-White W. y von Staden A. Investment protection in extraordinary times: the interpretation and application of non-precluded measures provision in bilateral investment treaties. *Virginia Journal of International Law*. 48 (2): 70.

⁹¹ *LG&E Energy Corp./LG&E Capital Corp./LG&E International Inc. c. la República Argentina*, caso del CIADI N° ARB/02/1, 3 de octubre de 2006, párrs. 239 a 241.

II. ANTECEDENTES Y ANÁLISIS

En el presente capítulo se examinan las diferentes formulaciones de las excepciones por motivos de seguridad nacional utilizadas por los países en los AII. Como se verá, las fórmulas varían considerablemente. Mientras algunos acuerdos contienen amplias excepciones por motivos de seguridad nacional que otorgan a los Estados la máxima discrecionalidad para interpretar qué constituye una amenaza a la seguridad nacional y cuáles son las medidas que deben tomarse frente a esa amenaza, en otros acuerdos se ha adoptado un criterio más restrictivo y se enumeran las condiciones en que puede invocarse la cláusula de seguridad nacional. En esas condiciones se establece, por ejemplo, que las medidas deben aplicarse de manera no discriminatoria o que la excepción sólo puede invocarse en relación con sectores específicos, como las actividades económicas del ejército o el tráfico de armas y municiones. En algunos AII, la excepción por motivos de seguridad nacional se aplica únicamente a disposiciones concretas (por ejemplo, las relativas a la solución de controversias entre los inversores y los Estados o a la expropiación) y no a todo el acuerdo. En algunos AII se utiliza una expresión distinta a "seguridad nacional" y se permite apartarse de las obligaciones que impone el acuerdo en caso de crisis graves como guerras, desastres naturales, crisis financieras, actos de terrorismo o pandemias. La fórmula utilizada en la excepción por motivos de seguridad nacional refleja el grado de discrecionalidad que las partes contratantes desean reservarse cuando se enfrentan a una amenaza a la seguridad.

Como se verá, los negociadores y los responsables de la elaboración de políticas pueden elegir entre una variedad de opciones disponibles para protegerse en caso de que se produzca una grave crisis que pueda poner en peligro su seguridad nacional o esencial. Las conclusiones se pueden resumir en tres amplias opciones de política utilizadas en los AII. En primer lugar, las partes contratantes podrían excluir totalmente la inclusión de una excepción en el acuerdo. En tal caso se podrían seguir invocando excepciones por motivos de

seguridad nacional, pero sólo al amparo del derecho internacional consuetudinario. Una segunda opción es aplicar un criterio restrictivo, con arreglo al cual las partes enumeran las condiciones en que puede invocarse la excepción. En ese caso, las partes pueden reducir aún más el alcance de la disposición evitando el uso de una fórmula que facilite su aplicación discrecional. Por último, y en el extremo opuesto al segundo criterio, las partes podrían asegurarse una mayor flexibilidad y libertad de acción optando por la fórmula "medidas que *considere necesarias*", que permite la aplicación discrecional de la cláusula, y evitando enumerar las condiciones en que puede invocarse la excepción.

Aunque sólo un 12% de los TBI examinados contiene excepciones por motivos de "seguridad nacional", gran parte de los acuerdos de libre comercio concluidos recientemente que contienen disposiciones sobre inversión incluyen ese tipo de excepción. La mayoría de los TBI que contienen una excepción por motivos de seguridad nacional han sido concertados por un pequeño grupo de países¹. Curiosamente, los TBI contienen esas excepciones independientemente de que los acuerdos se refieran sólo a la fase posterior al establecimiento o también a la entrada de inversión extranjera.

La cuestión de la seguridad nacional puede cobrar más importancia en las futuras negociaciones de AII, ya que cada vez son más los Estados que están promulgando o considerando la posibilidad de promulgar leyes nacionales para restringir la propiedad extranjera por motivos de seguridad nacional y asegurar un mayor control del Gobierno en sectores estratégicos como los recursos naturales y las industrias extractivas. Además, muchos países en desarrollo siguen corriendo el riesgo de sufrir una grave crisis económica, amenaza de la que no están a salvo ni siquiera los países desarrollados.

A. Utilización de la expresión "intereses esenciales de seguridad" y expresiones conexas usadas en los AII

1. "Intereses esenciales de seguridad" y "seguridad nacional"

La mayoría de los AII que contienen una excepción por motivos de seguridad utilizan la expresión "intereses esenciales de seguridad" o "seguridad nacional" para describir una situación en que puede invocarse la excepción. El Acuerdo de Cooperación Económica entre la India y Singapur (2005) es un ejemplo de la primera alternativa:

Artículo 6.12

Excepciones por motivos de seguridad

1. Ninguna disposición del presente Acuerdo se interpretará en el sentido de que:

*a) Requiere a una Parte que proporcione información cuya divulgación considere contraria a sus **intereses esenciales de seguridad**; o*

*b) Impide a una Parte la adopción de las medidas que considere necesarias para la protección de sus **intereses esenciales de seguridad**... (Énfasis añadido)*

Por otra parte, en el TBI entre Hungría y la Federación de Rusia se hace referencia, entre otras situaciones de crisis, a la "seguridad nacional":

Artículo 2

Promoción y protección recíproca de las inversiones

*3. Lo dispuesto en el presente Acuerdo no impedirá la aplicación por cualquiera de las partes contratantes de medidas necesarias para el mantenimiento de la defensa, la **seguridad nacional** y el orden público, la protección del medio ambiente, la moral y la salud pública. (Énfasis añadido)*

¿Se refieren las expresiones "intereses esenciales de seguridad" y "seguridad nacional" al mismo tipo de situaciones, o hay una

diferencia sustancial entre ellas? Se podría argumentar que la expresión "intereses esenciales de seguridad", al incluir el término "esenciales", es más restrictiva que la expresión "seguridad nacional", más general. Sin embargo, no está tan claro que, al elegir una de estas alternativas, las partes contratantes quisieran realmente hacer esa distinción. Eso deja principalmente a los tribunales de arbitraje la tarea de aclarar esas expresiones.

2. Otras expresiones utilizadas

a) Orden público

Otro enfoque consiste en citar el "orden público" como condición para invocar la excepción por motivos de seguridad. Un ejemplo es el TBI entre la Unión Económica de Bélgica-Luxemburgo y Guatemala (2005):

Artículo 3

Protección de las inversiones

*1. Todas las inversiones, sean directas o indirectas, realizadas por inversionistas de una Parte Contratante disfrutarán de un trato justo y equitativo en el territorio de la otra Parte Contratante. Excepto por las medidas requeridas **para mantener el orden público**, dichas inversiones disfrutarán de continua protección y seguridad, excluyendo cualquier medida injustificada o discriminatoria que pudiera obstaculizar, ya sea de hecho o de derecho, la administración, mantenimiento, uso, posesión o liquidación de las mismas. (Énfasis añadido)*

Como se explica en la sección I.D del presente documento, el significado del concepto "orden público" está sujeto a interpretación y actualmente hay poca jurisprudencia internacional que pueda ayudar a aclarar el término. También está la cuestión de determinar la relación entre "orden público" y "seguridad nacional", es decir, si una excepción por motivos de orden público abarca cualquier tipo de amenaza a la seguridad nacional, o si más bien se refiere a las perturbaciones del orden jurídico interno.

En el TBI entre el Japón y la República de Corea (2002) se aclara más detalladamente el significado de "orden público". En el acuerdo se establece que la excepción sólo podrá invocarse cuando se plantee una amenaza verdadera y suficientemente grave para uno de los intereses fundamentales de la sociedad:

Artículo 16

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en las demás disposiciones del presente Acuerdo... cada Parte Contratante podrá:

a) Adoptar cualesquiera medidas que considere necesarias para la protección de sus intereses esenciales de seguridad;

i) Aplicadas en tiempos de guerra o de conflicto armado o en caso de grave tensión internacional o de grave tensión en esa Parte Contratante; o

ii) Relacionadas con la aplicación de políticas nacionales o acuerdos internacionales en materia de no proliferación de armas;

b) Adoptar cualesquiera medidas en cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de la Carta de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales;

c) Adoptar cualesquiera medidas necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales; o

d) Adoptar cualesquiera medidas necesarias para el mantenimiento del orden público. La excepción de orden público únicamente podrá invocarse cuando se plantee una amenaza verdadera y suficientemente grave para uno de los intereses fundamentales de la sociedad. (Énfasis añadido)

Al igual que otros ejemplos ya citados, en esta disposición se vuelve a hacer una importante distinción en relación con su naturaleza discrecional. Si bien para la protección de los intereses esenciales de

seguridad cada parte contratante tiene derecho a determinar a su arbitrio qué medida considera necesaria para responder a la amenaza, sólo podrá adoptar una medida que sea *objetivamente necesaria* para el mantenimiento del orden público.

El ejemplo anterior también es interesante por otra razón. En la disposición se distingue expresamente entre los casos en que están en juego los intereses esenciales de seguridad de una parte contratante y aquellos en los que existe una amenaza al orden público. Eso significa que las partes contratantes del AII consideran que las expresiones "intereses esenciales de seguridad" y "orden público" no son equivalentes.

El "orden público" de un país puede verse afectado en caso de que haya una grave crisis económica que provoque disturbios civiles o de otro tipo. Se plantea asimismo la cuestión de si las medidas adoptadas por una parte contratante para proteger sus industrias estratégicas también podrían estar justificadas por una excepción de orden público. Al menos en el ejemplo anterior, el umbral fijado para invocar la excepción es elevado, ya que el país que desee hacerlo tendría que demostrar que la adquisición extranjera de una industria nacional estratégica supondría una amenaza verdadera y suficientemente grave para uno de los intereses fundamentales de la sociedad.

b) Situación de emergencia extrema

Otro criterio consiste en citar "circunstancias de emergencia extrema" como justificación adicional para invocar la excepción. En la mayoría de los TBI concertados por la India se recoge ese planteamiento. Un ejemplo es el BTI entre Egipto y la India (1997):

Artículo 11.2

*No obstante lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo, ninguna disposición del presente Acuerdo impedirá a la Parte Contratante receptora adoptar medidas para proteger sus intereses esenciales de seguridad o **en circunstancias de emergencia extrema** de conformidad con sus leyes aplicadas*

*normal y razonablemente en forma no discriminatoria*². (Énfasis añadido)

Una vez más, se plantea la cuestión de cómo distinguir este concepto de una situación en que estén en juego los intereses esenciales de seguridad de una parte. En otras palabras: ¿cuándo puede darse una situación de emergencia extrema en que no se vean amenazados los intereses esenciales de seguridad de un país? Esas situaciones de emergencia podrían consistir en crisis financieras, económicas o políticas muy graves, desastres naturales o la propagación de epidemias. También podría tratarse de actos de desobediencia civil, disturbios y acontecimientos similares que no llegan a constituir una amenaza a los intereses esenciales de seguridad de un país.

c) Moral pública

En algunos AII, las partes también hacen referencia a la moral pública. Eso amplía considerablemente el alcance de la cláusula de seguridad. El TBI entre Egipto y los Estados Unidos (1986) incluye una disposición de este tipo:

Artículo X

Medidas no excluidas por el Tratado

*1. Lo dispuesto en el presente Tratado no impedirá la aplicación por cualquiera de las Partes o de sus órganos subsidiarios de todas las medidas necesarias para el mantenimiento de **la moral y el orden públicos**, el cumplimiento de sus obligaciones internacionales presentes y la protección de sus propios intereses de seguridad, o de las medidas que las Partes consideren adecuadas para el cumplimiento de sus obligaciones internacionales futuras.* (Énfasis añadido)

La definición de lo que constituye una violación de la moral pública depende enormemente de las tradiciones culturales y la religión, que pueden variar sustancialmente según el país o la región. Por consiguiente, las partes contratantes de un AII pueden divergir al

determinar si existe una amenaza a la moral pública. La excepción podría aplicarse, por ejemplo, a determinados sectores, como el de los medios de comunicación, para prohibir la publicación de material pornográfico o de otro material "inmoral".

Con respecto a cada uno de los apartados anteriores -a), b), c) y d)-, las partes contratantes de los AII deben decidir si quieren mantener la indefinición de las expresiones (por ejemplo, "orden público" o "emergencia extrema") o si prefieren incluir algunas aclaraciones. Existen diferentes criterios y el grado de claridad y precisión varía de un acuerdo a otro. Cuanto más detallada sea la fórmula, más difícil resultará a las partes contratantes invocar la excepción de seguridad, mientras que un criterio menos restrictivo admite distintas interpretaciones de lo que constituye una condición razonable para invocar la excepción por motivos de seguridad nacional. Por otra parte, el uso de un término amplio y abierto reduce la claridad jurídica y la previsibilidad. A los negociadores de los AII les puede resultar muy difícil encontrar el equilibrio "adecuado" entre la conservación de un grado suficiente de discrecionalidad por las partes contratantes y un nivel adecuado de protección de las inversiones (véase el capítulo IV).

d) La paz y/o la seguridad internacionales

En algunos AII se incluyen las obligaciones relativas a la paz y la seguridad internacionales como otra posible justificación para invocar la excepción relativa a la seguridad. Esa disposición permite a las partes invocar la excepción por motivos de seguridad nacional en caso de un conflicto internacional en que tengan la obligación de mantener o restablecer la seguridad, aunque el conflicto no amenace directamente la seguridad nacional de las partes. Por lo tanto, amplía el alcance de la excepción de seguridad.

En los AII se han adoptado dos criterios a ese respecto. En algunos acuerdos se hace referencia a "la paz o la seguridad", mientras que en otros se alude a "la paz y la seguridad". El TBI entre los Estados Unidos y el Uruguay (2005) es un ejemplo de la primera opción:

*Artículo 18**Seguridad esencial*

Ninguna disposición de este Tratado se interpretará en el sentido de:

...

*2. Impedir a una Parte aplicar medidas que considere necesarias para el cumplimiento de sus **obligaciones con respecto al mantenimiento y restauración de la paz y la seguridad internacionales** [la traducción literal de la expresión que se utiliza en el texto inglés sería "la paz o la seguridad internacionales"], o para proteger sus intereses esenciales en materia de seguridad³. (Énfasis añadido)*

La segunda opción se utiliza en el Acuerdo de asociación económica, concertación política y cooperación entre la UE y México (2000):

*Artículo 52**Cláusula de seguridad nacional*

Ninguna disposición del Acuerdo será obstáculo para que una Parte tome las medidas:

...

*c) Que considere esenciales para garantizar su seguridad en caso de disturbios internos graves que pudieran poner en peligro la paz social, en caso de guerra o de grave tensión internacional con riesgo de llegar a un conflicto armado o para **satisfacer obligaciones que hubiera aceptado con vistas a mantener la paz y la seguridad internacional**. (Énfasis añadido)*

Se plantea la cuestión de si existe alguna diferencia sustancial por utilizar las conjunciones "y" u "o". Parece que la primera alternativa, al exigir que esté en juego el mantenimiento tanto de la paz como de la seguridad, es más restrictiva que la segunda, que permite invocar la

excepción en caso de amenaza bien a la paz, bien a la seguridad internacionales. No obstante, en la práctica es difícil imaginar una situación en que esta distinción pueda tener importancia.

Cabe señalar que si el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, al amparo del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, aprobara una resolución en la que exigiera a una parte en un AII que adoptara una medida en interés de la paz y la seguridad internacionales, esa parte no infringiría el AII si así lo hiciera, aunque el AII no contuviera ninguna excepción relativa a la seguridad nacional con respecto a la paz y la seguridad internacionales. Las declaraciones formuladas al amparo del Capítulo VII son vinculantes para todos los Estados, y las obligaciones impuestas por la Carta prevalecen sobre las contraídas en virtud de tratados (art. 103).

e) Medidas relativas a la producción, el comercio y el desarrollo de armas y otro material de defensa

En algunos AII, además de enumerarse problemas de seguridad, se incluye una excepción específica relativa a la producción, el comercio y el desarrollo de armas y otro material de defensa. El Acuerdo de Asociación entre Egipto y la Unión Europea (2001) es un ejemplo:

Artículo 83

Ninguna disposición del presente Acuerdo será obstáculo para que cualquiera de las Partes adopte medidas:

...

b) Relacionadas con la producción o el comercio de armas, municiones o material de guerra, o con la investigación, el desarrollo o la producción indispensables con fines defensivos, a condición de que tales medidas no vayan en menoscabo de las condiciones de competencia respecto a productos no destinados a fines específicamente militares;

c) Que considere esenciales para su propia seguridad en caso de disturbios internos graves que afecten al mantenimiento del orden público, en tiempo de guerra o de tensión internacional

*grave que constituya una amenaza de guerra, o para cumplir las obligaciones que ha aceptado con el fin de mantener la paz y la seguridad internacionales*⁴. (Énfasis añadido)

Se trata de un enfoque común a los acuerdos concertados por la Comunidad Europea con terceros países. Cabe señalar que con el texto anterior se introduce una distinción con respecto a la naturaleza discrecional de la disposición. Si bien en lo que respecta a la producción y el comercio de armas y otro material puede adoptarse cualquier medida que esté objetivamente relacionada con la amenaza (véase el apartado b) anterior), las partes contratantes pueden determinar subjetivamente qué medidas consideran esenciales para responder ante conflictos internacionales y disturbios internos de carácter grave (véase el apartado c) anterior).

Por otra parte, la discrecionalidad de las partes contratantes se ve limitada en la medida en que en la disposición se enumeran exhaustivamente los casos que pueden constituir una amenaza para el orden interno o la paz internacional. La lista es relativamente restringida y, por ejemplo, no se contempla el caso de que una parte contratante trate de proteger sus industrias estratégicas frente a adquisiciones extranjeras.

B. Condiciones para invocar una excepción relativa a la seguridad en los AII

1. Que no exista una discriminación arbitraria o injustificable

La inmensa mayoría de los AII que incluyen una excepción por motivos de "seguridad nacional" condicionan de alguna forma su aplicación. Una de las condiciones más comunes es que la medida no sea arbitraria ni constituya una discriminación injustificable. El Acuerdo de Asociación Económica entre el Japón y Filipinas (2006) puede servir como ejemplo:

*Artículo 99**Excepciones generales y relativas a la seguridad*

1. *A reserva de que las medidas enumeradas a continuación no se apliquen en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable contra la otra Parte o una restricción encubierta a las inversiones efectuadas en su territorio por los inversores de la otra Parte, ninguna disposición del presente capítulo, excepto el artículo 96 [protección frente a disturbios], se interpretará en el sentido de impedir que una Parte adopte o aplique medidas:*

a) Necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o preservar los vegetales;

b) Necesarias para proteger la moral pública o mantener el orden público;

Nota: La excepción de orden público únicamente podrá invocarse cuando se plantee una amenaza verdadera y suficientemente grave para uno de los intereses fundamentales de la sociedad.

c) Que considere necesarias para la protección de sus intereses esenciales de seguridad;

i) Aplicadas en tiempos de guerra o de conflicto armado o en caso de grave tensión internacional o de grave tensión en esa Parte; o

ii) Relacionadas con la aplicación de políticas nacionales o acuerdos internacionales en materia de no proliferación de armas; (Énfasis añadido)

En otros AII se aclara que las medidas adoptadas por las partes, además de aplicarse en forma no discriminatoria, deben ser conformes a su legislación nacional. El TBI entre Hungría y la India (2003) es un ejemplo:

*Artículo 12**Legislación aplicable*

2. *No obstante lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo, ninguna disposición del presente Acuerdo impedirá a la Parte Contratante receptora adoptar medidas para la protección de sus intereses esenciales de seguridad o en circunstancias de emergencia extrema **de conformidad con su legislación aplicada normal y razonablemente en forma no discriminatoria.** (Énfasis añadido)*

Al incluir una fórmula que asegura la aplicación no discriminatoria de la excepción por motivos de "seguridad nacional", las partes contratantes garantizan a los inversores extranjeros que el Estado receptor tendrá en cuenta las normas básicas del derecho. Aunque esa condición sigue dejando a las partes contratantes una amplia libertad normativa, al menos los inversores extranjeros pueden tener la seguridad de que el país receptor deberá poder explicar y justificar las restricciones a la inversión que imponga por razones de seguridad, y que su aplicación es independiente de la nacionalidad del inversor.

2. Restricción encubierta a la inversión o el comercio

En los AII en que se incluye la condición de no arbitrariedad también se suele exigir que el Estado receptor no utilice la excepción como una restricción encubierta al comercio o la inversión. En los acuerdos de inversión de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental (ASEAN) se suele adoptar este enfoque. El Acuerdo Marco sobre la Zona de Inversiones de la ASEAN (1998) es un ejemplo:

*Artículo 13**Excepciones generales*

*A reserva de que las medidas enumeradas a continuación no se apliquen en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre países en que prevalezcan condiciones similares, o **una restricción encubierta de las***

corrientes de inversión, ninguna disposición del presente Acuerdo se interpretará en el sentido de impedir que un Estado Miembro adopte o aplique medidas:

a) Necesarias para proteger la seguridad nacional y la moral pública; (Énfasis añadido)

Mientras que el ejemplo anterior se refiere a las restricciones a la inversión, otros AII se centran en el comercio. Un ejemplo es el Acuerdo Marco entre la ASEAN y China (2003):

Artículo 10

Excepciones generales

*A reserva de que las medidas enumeradas a continuación no se apliquen en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre las Partes en que prevalezcan condiciones similares, o **una restricción encubierta del comercio** en la zona de libre comercio de la ASEAN y China, ninguna disposición del presente Acuerdo impedirá a cualquiera de las Partes adoptar o aplicar medidas para proteger su seguridad nacional. (Énfasis añadido)*

Ese enfoque garantiza que el Estado receptor no pueda utilizar la excepción para suspender esporádicamente las obligaciones que le impone el tratado ni adoptar medidas proteccionistas so pretexto de una amenaza de seguridad. Esa condición puede ser particularmente importante cuando un país receptor trate de proteger sus industrias estratégicas frente a adquisiciones extranjeras.

3. Enumeración de los casos en que puede haber una amenaza a los "intereses esenciales de seguridad"

En varios AII se limita el ámbito de aplicación de la excepción por motivos de seguridad nacional enumerando las categorías específicas de casos en que la cláusula puede invocarse. Ese criterio es más común en los acuerdos de libre comercio que en los tratados bilaterales de inversión. Ello puede deberse a que, al negociar un TBI, el principal objetivo de las partes es proteger la inversión, mientras

que en los acuerdos de libre comercio se adopta un planteamiento más integrado que posiblemente deje más margen para incluir excepciones de seguridad que también se refieran al comercio. Además, los acuerdos de libre comercio contienen a menudo disposiciones referentes al establecimiento de inversiones extranjeras, una cuestión que puede ser particularmente delicada desde el punto de vista de la seguridad.

Las categorías de casos incluidas en esos AII son similares, aunque varían en los detalles. Pueden distinguirse tres grupos principales:

- Tráfico de armas;
- Guerra o grave tensión internacional;
- Políticas relativas a la no proliferación de armas nucleares.

Cabe señalar que cada uno de estos casos se refiere a una situación en la que está presente algún tipo de amenaza militar o está en juego la producción o el suministro de armas y otro equipo militar. Por tanto, las excepciones de seguridad de ese tipo no son aplicables en caso de crisis económica ni en relación con la protección de industrias estratégicas.

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (1992) sirve para ilustrar ese enfoque:

Artículo 2102

Seguridad nacional

1. Sujeto a los artículos 607, "Energía y petroquímica básica - Medidas de seguridad nacional", y 1018, "Compras del sector público - Excepciones", ninguna disposición de este Tratado se interpretará en el sentido de:

...

b) Impedir a ninguna de las Partes que adopte cualesquiera medidas que considere necesarias para proteger sus intereses esenciales en materia de seguridad:

- i) Relativas al comercio de armamento, municiones y pertrechos de guerra y al comercio y las operaciones sobre bienes, materiales, servicios y tecnología que se lleven a cabo con la finalidad directa o indirecta de proporcionar suministros a una institución militar o a otro establecimiento de defensa,*
 - ii) Adoptadas en tiempo de guerra o de otras emergencias en las relaciones internacionales, o*
 - iii) Referentes a la aplicación de políticas nacionales o de acuerdos internacionales en materia de **no proliferación de armas nucleares o de otros dispositivos explosivos nucleares**; o*
- c) Que impidan a cualquier Parte adoptar medidas de conformidad con sus obligaciones derivadas de la Carta de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. (Énfasis añadido)*

El AGCS (1994) incluye una disposición similar:

Artículo XIV bis

1. Ninguna disposición del presente Acuerdo se interpretará en el sentido de que:

...

b) Impida a un Miembro la adopción de las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad:

- i) Relativas al suministro de servicios destinados directa o indirectamente a asegurar el abastecimiento de las fuerzas armadas;*
- ii) Relativas a las materias fisiónables o fusionables o a aquellas que sirvan para su fabricación;*

iii) Aplicadas en tiempos de guerra o en caso de grave tensión internacional; o

c) Impida a un Miembro la adopción de medidas en cumplimiento de las obligaciones por él contraídas en virtud de la Carta de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales⁵. (Énfasis añadido)

Una variación de este enfoque aclara que la lista de condiciones no es exhaustiva y que la excepción por motivos de seguridad nacional también puede invocarse en condiciones no mencionadas expresamente. El Acuerdo entre Nueva Zelanda y Singapur sobre el Estrechamiento de la Asociación Económica (2000) es un ejemplo:

Artículo 76

Seguridad

Ninguna disposición del presente Acuerdo se interpretará en el sentido de que:

*a) Impida a una u otra Parte adoptar las medidas que considere necesarias para proteger sus intereses esenciales en materia de seguridad, **por ejemplo, aunque sin limitarse a ello**, en relación con el tráfico de armas, municiones y material de guerra, y todo comercio de otros artículos y material destinados directa o indirectamente a asegurar el abastecimiento de las fuerzas armadas o aplicadas en tiempos de guerra o en caso de grave tensión nacional o internacional; (Énfasis añadido)*

Otro método adoptado a veces en los AII consiste en referirse también a los *disturbios internos graves*. Con arreglo a este enfoque, los disturbios internos graves que afectan al mantenimiento de la ley y el orden figuran como uno de los casos que pueden constituir una amenaza a la propia seguridad de la parte contratante. Las revueltas podrían ser un ejemplo, pero también las graves crisis financieras y económicas que afecten a la ley y el orden. Puede ponerse como ejemplo el Acuerdo de Asociación entre la UE y Egipto (2001):

Artículo 83

Ninguna disposición del presente Acuerdo será obstáculo para que cualquiera de las Partes adopte medidas:

...

b) Relacionadas con la producción o el comercio de armas, municiones o material de guerra, o con la investigación, el desarrollo o la producción indispensables con fines defensivos, a condición de que tales medidas no vayan en menoscabo de las condiciones de competencia respecto a productos no destinados a fines específicamente militares;

*c) Que considere esenciales para su propia seguridad en caso de **disturbios internos graves** que afecten al mantenimiento de la ley y el orden, en tiempo de guerra o de tensión internacional grave que constituya una amenaza de guerra, o para cumplir las obligaciones ha aceptado con el fin de mantener la paz y la seguridad internacionales⁶. (Énfasis añadido)*

Con el método de la "enumeración exhaustiva", las partes contratantes sólo pueden tomar medidas por razones de seguridad nacional si se da al menos una de las condiciones mencionadas anteriormente. Eso limita el ámbito de aplicación de la disposición, aumentando la seguridad jurídica y la previsibilidad al hacer que resulte más difícil para las partes invocar la cláusula. Un enfoque de enumeración exhaustiva puede impedir, por ejemplo, que los países adopten medidas para proteger sus industrias estratégicas.

El enfoque de la enumeración exhaustiva también tiende a ser más restrictivo a la hora de determinar cuán concreta debe ser una *amenaza externa* a la seguridad nacional para que las partes contratantes puedan invocar la excepción. Los ejemplos citados sólo permiten recurrir a la cláusula en tiempo de guerra o en otras situaciones de emergencia. Eso significa que ya debe haber una grave crisis. En cambio, la formulación relativa a una amenaza a la seguridad nacional en general da a las partes contratantes más libertad,

en particular para determinar el grado de concreción que debe tener una crisis para que un país pueda reaccionar a ella.

Sin embargo, aunque se enumeren exhaustivamente las condiciones necesarias para invocar las excepciones por motivos de seguridad, las partes suelen seguir manteniendo un considerable grado de flexibilidad para decidir cómo responder a la amenaza. Eso se debe a que en casi todos los ejemplos citados se da a las partes contratantes plena discrecionalidad para adoptar las medidas que *consideren* necesarias. Así, aunque se reduce el margen de interpretación de la expresión "intereses esenciales de seguridad", no ocurre lo mismo con respecto a la forma en que las partes contratantes pueden responder a esa amenaza. Además, incluso en relación con la existencia de una amenaza a la seguridad nacional, el enfoque de la enumeración exhaustiva no restringe completamente la facultad discrecional de las partes contratantes. Al menos algunos de los términos empleados en los ejemplos anteriores para aclarar el significado de la expresión "intereses esenciales de seguridad" son más bien imprecisos y se prestan a diversas interpretaciones. Las partes contratantes mantienen su discrecionalidad, por ejemplo, para determinar qué se entiende por "crisis o grave tensión internacional", lo que obliga a aclarar esos conceptos caso por caso.

4. Conformidad con otras normas internacionales

Otra técnica consiste en exigir que las medidas que se adopten para proteger la seguridad nacional estén en conformidad con otras obligaciones internacionales de las partes contratantes. El Acuerdo Marco entre la ASEAN y el Japón (2003) es un ejemplo:

Artículo 8

Excepciones generales

A reserva de que las medidas enumeradas a continuación no se apliquen en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre el Japón y un miembro de la ASEAN en que prevalezcan condiciones similares, o una

restricción encubierta del comercio en el marco del Acuerdo de Estrechamiento de la Asociación Económica entre el Japón y la ASEAN, ninguna disposición del presente Acuerdo Marco deberá impedir al Japón ni a ninguno de los Estados Miembros de la ASEAN adoptar o aplicar medidas, de conformidad con las normas y disciplinas del Acuerdo sobre la OMC para: a) proteger la seguridad nacional del Japón y/o de cualquier Estado Miembro de la ASEAN; (Énfasis añadido)

Ese enfoque tiene el importante efecto de aclarar la relación entre la cláusula de excepción de los AII y las obligaciones que incumben a las partes contratantes en virtud de otros acuerdos internacionales. En general, las excepciones por motivos de seguridad nacional tienen por objetivo liberar a las partes contratantes de cualquier tipo de obligación internacional con respecto a la inversión. El ejemplo citado aclara que las obligaciones vigentes contraídas en el marco de la OMC siguen siendo aplicables.

5. Necesidad de la respuesta del país receptor

Como se explica en el epígrafe I.C.1, la cuestión más importante en relación con la cláusula relativa a la seguridad nacional es probablemente el grado de libertad de las partes contratantes para decidir cómo quieren responder a una supuesta amenaza a sus intereses esenciales de seguridad. Eso guarda relación con la cuestión de la naturaleza discrecional de la cláusula de seguridad. En ese sentido, es evidente que al país receptor le interesa tener un amplio margen discrecional, pero ello puede ir en detrimento de la protección de las inversiones. En la práctica de los AII cabe distinguir cuatro criterios básicos.

a) Cláusulas de naturaleza discrecional

Un método consiste en dejar enteramente al arbitrio del país receptor la determinación del tipo de medida que considera necesaria para responder a una amenaza a la seguridad. Esa técnica es la que confiere el mayor grado de autonomía a las partes contratantes. La

mayoría de los AII que contienen una excepción por motivos de seguridad nacional incluye alguna disposición de ese tipo.

Varios TBI concertados por los Estados Unidos ilustran ese máximo grado de discrecionalidad. No contienen ninguna limitación o condición específica para invocar la excepción por motivos de seguridad nacional, aparte de la exigencia de que la parte contratante que desee hacerlo considere la medida "necesaria". El TBI entre los Estados Unidos y el Uruguay (2005) puede servir como ejemplo:

Artículo 18

Seguridad esencial

Ninguna disposición de este Tratado se interpretará en el sentido de:

...

*2. Impedir a una Parte aplicar medidas que **considere necesarias** para el cumplimiento de sus obligaciones con respecto al mantenimiento y restauración de la paz y la seguridad internacionales, o para proteger sus intereses esenciales en materia de seguridad. (Énfasis añadido)*

La única obligación que se impone a las partes contratantes en los AII que contienen esa fórmula es respetar los principios generales del artículo 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (1969), que obliga a los Estados a cumplir sus obligaciones de "buena fe"⁷. No obstante, puede resultar difícil juzgar objetivamente si una parte contratante ha actuado de "buena fe" o no al invocar la excepción por motivos de seguridad nacional. Por ello, quienes critican ese enfoque sostienen que la inclusión de excepciones de naturaleza discrecional en los AII es un modo demasiado fácil de sustraerse a las obligaciones del tratado⁸.

Una variación del uso de una excepción discrecional por motivos de seguridad nacional es limitar su aplicabilidad a categorías de situaciones específicas. Puede ponerse como ejemplo el Acuerdo de Asociación Económica entre Chile y el Japón (2007):

*Artículo 193**Excepciones de seguridad*

Ninguna disposición de este Acuerdo, distinta del artículo 76, se interpretará en el sentido de:

...

*b) Impedir a una Parte la adopción de medidas **que estime necesarias** para la protección de sus intereses esenciales de seguridad:*

- i) **Relativas al tráfico de armas, municiones e instrumentos bélicos, y al tráfico de otros bienes y materiales de este tipo o relativas a la prestación de servicios, realizado directa o indirectamente con el objeto de abastecer o aprovisionar a un establecimiento militar;***
- ii) **Adoptadas en tiempo de guerra u otras emergencias en las relaciones internacionales; o***
- iii) **Relativas a las materias fisiónables y fusionables o a aquellas de las que éstas se derivan⁹; (Énfasis añadido)***

b) El estado de necesidad como condición previa objetiva

En cambio, el segundo enfoque básico requiere la existencia de un estado de necesidad como *condición previa necesaria* para invocar la cláusula. Ya no se trata de la evaluación subjetiva del país receptor. El TBI entre Bulgaria y los Estados Unidos (1992) es un ejemplo:

Artículo X

*1. Lo dispuesto en el presente Tratado no impedirá la aplicación por cualquiera de las Partes de las **medidas necesarias** para el mantenimiento del orden público, el cumplimiento de sus obligaciones con respecto al mantenimiento o el restablecimiento de la paz o la seguridad internacionales o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad. (Énfasis añadido)*

Con arreglo a ese criterio, correspondería a los tribunales de arbitraje juzgar si la medida controvertida adoptada por el país receptor era realmente necesaria para responder a la amenaza o si podrían haberse utilizado medios menos drásticos que afectaran menos a la inversión. Así pues, ese criterio permitiría realizar una prueba de proporcionalidad. Con ello se reduce considerablemente la discrecionalidad normativa de las partes contratantes, pero también se ofrece más previsibilidad y claridad jurídica a los inversores extranjeros.

Esos aspectos pueden ser importantes, por ejemplo, en relación con las medidas adoptadas por los países receptores para proteger sus industrias estratégicas o responder a una crisis económica. Con una cláusula de naturaleza discrecional sería difícil impugnar la determinación de un país receptor de que el cierre de estos sectores a los inversores extranjeros es necesario para proteger sus intereses esenciales de seguridad. La decisión de permitir que los extranjeros inviertan en industrias que el país receptor considera estratégicas es, sobre todo, política, y el objetivo de una cláusula de naturaleza discrecional es precisamente asegurarse de que las consideraciones políticas prevalezcan sobre el examen jurídico. Lo único que un tribunal podría hacer en ese caso sería investigar si la protección de las industrias estratégicas está comprendida en el ámbito de aplicación de una excepción relativa a la seguridad nacional y si el país ha actuado de buena fe, es decir, si hay alguna explicación razonable para que el país considere que una adquisición extranjera constituye una amenaza a la seguridad. Sin embargo, si el "estado de necesidad" fuera un criterio objetivo, al país receptor le resultaría más difícil imponer su punto de vista, ya que tendría que probar que no podía adoptar medidas menos drásticas para proteger sus industrias estratégicas. Asimismo, en caso de crisis económica, la presencia de una cláusula de naturaleza discrecional supondría que el tribunal se limitase a determinar si una crisis económica constituye o no una amenaza a la seguridad nacional y si el país receptor ha actuado de buena fe al invocar la cláusula. No obstante, el tribunal no tendría competencia

para examinar si las medidas adoptadas por el país receptor eran realmente necesarias para hacer frente a la crisis.

c) Exclusión del criterio del "estado de necesidad"

El tercer método consiste en renunciar al requisito del estado de necesidad y entender que basta con que la medida adoptada esté relacionada con la seguridad nacional. Con ese criterio se amplía la libertad normativa de las partes contratantes; también les permite determinar de forma subjetiva qué tipo de medida consideran apropiada, siempre que esté destinada a proteger la seguridad nacional. Un ejemplo es el TBI entre Hungría y la India (2003):

Artículo 12

Legislación aplicable

2. ... ninguna disposición del presente Acuerdo impedirá a la Parte Contratante receptora **adoptar medidas para la protección de sus intereses esenciales de seguridad** o en circunstancias de emergencia extrema de conformidad con su legislación aplicada normal y razonablemente en forma no discriminatoria¹⁰. (Énfasis añadido)

Otro ejemplo de este criterio es el TBI entre el Perú y Singapur (2003):

Artículo 11

Prohibiciones y restricciones

*Las disposiciones del presente Convenio no limitarán de ninguna manera el derecho de cualquiera de las Partes Contratantes a aplicar cualquier tipo de prohibición y restricción o a tomar cualquier otra medida **dirigida** a proteger sus intereses esenciales de seguridad, o proteger la salud pública o la prevención de enfermedades y plagas en animales o plantas.* (Énfasis añadido)

Aunque en los dos ejemplos citados se establecen condiciones objetivas para invocar la excepción, en la práctica su efecto es muy

similar al de una cláusula de naturaleza discrecional. Sólo en casos extremos un tribunal de arbitraje llegaría a determinar que la medida adoptada por el país receptor no guarda relación alguna con los intereses de seguridad nacional de una parte.

d) Exclusión del examen judicial

El último criterio consiste en excluir un examen judicial de la invocación de la excepción relativa a la seguridad nacional. Con ese método se confiere a las partes contratantes el máximo grado de autonomía, puesto que no debe preocuparles que un tribunal de arbitraje pueda examinar la legalidad de las medidas que hayan adoptado en relación con la seguridad y declararlas ilegales. Es muy raro que esa técnica se utilice en los AII. Un ejemplo puede verse en el Acuerdo sobre Cooperación Económica Global entre la República de la India y la República de Singapur (2005).

Artículo 6.12

Excepciones por motivos de seguridad

*4. El presente artículo se interpretará de conformidad con el entendimiento de las Partes sobre la **no justiciabilidad de las excepciones por motivos de seguridad** establecido en su canje de notas, que formará parte integrante del presente Acuerdo. (Énfasis añadido)*

La medida en que las excepciones de naturaleza discrecional liberan a las partes contratantes de la posibilidad de un examen judicial también depende de su interacción con otros requisitos para invocar la cláusula. Si viene acompañada de la inclusión de una definición amplia y abierta de la expresión "seguridad nacional" en los AII, una excepción de naturaleza discrecional da a las partes contratantes la máxima libertad que pueden reservarse en el acuerdo. En cambio, la discrecionalidad es menor si en la excepción se define la expresión "seguridad nacional" con más detalle o se incluyen otras condiciones para poder invocarla. Además, sería posible combinar una definición amplia del concepto de "seguridad nacional" con el carácter

no discrecional de la disposición y viceversa, es decir, una definición estricta podría compaginarse con una cláusula de naturaleza discrecional.

C. Excepciones relacionadas con la seguridad aplicables a disposiciones específicas de los AII

1. Cláusula de excepción específica como alternativa a una cláusula general

Las excepciones por motivos de seguridad nacional no siempre eximen a las partes contratantes de todas las obligaciones que han asumido en el marco de los AII. A veces, la excepción sólo se aplica a determinadas disposiciones del tratado y no a todo el acuerdo. En tal caso, la excepción no figura como un artículo separado en el AII, sino como un apartado de la disposición a la que se refiere (por ejemplo, expropiación o solución de controversias entre inversores y Estado).

a) Derecho de establecimiento

Los AII en los que se prevé el derecho de establecimiento de los inversores extranjeros a veces contienen una excepción específica por motivos de seguridad a ese respecto. Así se tiene en cuenta el hecho de que la mayoría de los problemas de seguridad que plantean las inversiones extranjeras guardan relación con su admisión en el país receptor. Un ejemplo de este enfoque es el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (versión consolidada de 2002).

Capítulo 2

Derecho de establecimiento

Artículo 43

En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado Miembro en el territorio de otro Estado Miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o

filiales por los nacionales de un Estado Miembro establecidos en el territorio de otro Estado Miembro.

La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 48, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales.

...

Artículo 46

1. Las disposiciones del presente capítulo y las medidas adoptadas en virtud de las mismas no prejuzgarán la aplicabilidad de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que prevean un régimen especial para los extranjeros y que estén justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas. (Énfasis añadido)

Cabe señalar que esta disposición utiliza el concepto de "seguridad pública" y no "seguridad nacional". El de "seguridad pública" puede ser un concepto más amplio, puesto que también puede abarcar situaciones en que la amenaza a la seguridad no sea de alcance nacional, sino que se limite a un acontecimiento local o regional.

b) No discriminación

Otra posibilidad es incluir una excepción por motivos de seguridad únicamente en relación con el principio de no discriminación. Así, en algunos AII se aclara que las medidas adoptadas por motivos de seguridad pública y motivos similares no están comprendidas en el ámbito de aplicación de las normas relativas al trato nacional y el trato de nación más favorecida. Ese enfoque suele adoptarse en los TBI de Alemania¹¹. El TBI entre China y Alemania (2003) constituye un buen ejemplo:

*Artículo 3**Trato de las inversiones*

1. *Las inversiones de los inversores de una Parte Contratante recibirán en todo momento un trato justo y equitativo en el territorio de la otra Parte Contratante.*

2. *Cada Parte Contratante concederá a las inversiones y otras actividades conexas de los inversores de la otra Parte Contratante un **trato no menos favorable que el concedido a las inversiones y otras actividades conexas de sus propios inversores.***

3. *Ninguna Parte Contratante concederá a las inversiones y otras actividades conexas de los inversores de la otra Parte Contratante un **trato menos favorable que el concedido a las inversiones y otras actividades conexas de los inversores de un tercer Estado.** (Énfasis añadido)*

Además, en el Protocolo se establece lo siguiente:

4. *Nota al artículo 3*

...

*En particular, se considerará "trato menos favorable" en el sentido del artículo 3 el trato desigual en caso de imposición de restricciones a la adquisición de materias primas o auxiliares, energía o combustibles o cualquier tipo de medio de producción u operación, así como cualquier otra medida que tenga efectos similares. **Las medidas que deban adoptarse por razones de seguridad y orden públicos, salud o moral públicas no se considerarán "trato menos favorable" en el sentido del artículo 3.** (Énfasis añadido)*

c) Transferencia de fondos

Otra técnica consiste en establecer una excepción por motivos de seguridad en relación con la disposición del AII relativa a la transferencia de fondos. Es preciso distinguir ese tipo de excepciones de la disposición denominada de "balanza de pagos" contenida en

muchos AII, que permite restringir temporalmente las transferencias asociadas a una inversión en el caso concreto de que haya una crisis de balanza de pagos. El Tratado constitutivo de la Comunidad Europea también contiene un ejemplo de ese tipo de excepción por motivos de seguridad:

Capítulo 4

Capital y pagos

Artículo 56

1. En el marco de las disposiciones del presente capítulo, quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados Miembros y entre Estados Miembros y terceros países.

Artículo 58

1. Lo dispuesto en el artículo 56 se aplicará sin perjuicio del derecho de los Estados Miembros a:

...

*b) Adoptar las medidas necesarias para impedir las infracciones a su derecho y normativas nacionales, en particular en materia fiscal y de supervisión prudencial de entidades financieras, establecer procedimientos de declaración de movimientos de capitales a efectos de información administrativa o estadística o **tomar medidas justificadas por razones de orden público o de seguridad pública.** (Énfasis añadido)*

La cuestión es si esa disposición, pese a que en ella no se menciona expresamente la crisis de balanza de pagos, sería aplicable en tal situación. No parece que sea así, ya que el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea contiene disposiciones separadas sobre esa cuestión (arts. 59, 119 y 120).

d) Solución de controversias entre inversores y Estados

Algunos TBI contienen fórmulas para excluir total o parcialmente la aplicación del mecanismo de solución de controversias entre inversores y Estados a las medidas adoptadas por las partes contratantes por motivos de seguridad nacional. Así, en virtud de esa exclusión, las partes no están obligadas a responder ante los tribunales internacionales por las medidas que hayan adoptado para defender sus intereses de seguridad.

El TBI entre México y los Países Bajos (1998) es un ejemplo de la aplicación amplia de la exclusión del mecanismo de solución de controversias entre inversores y Estados. En él se excluye de la aplicación de dicho mecanismo las medidas que haya adoptado una parte contratante por motivos de seguridad nacional:

*Artículo 12**Exclusiones*

Las disposiciones sobre la solución de controversias de este apéndice no se aplicarán a las resoluciones adoptadas por una de las Partes Contratantes por razones de seguridad nacional. (Énfasis añadido)

Un enfoque más limitado consiste en excluir de la aplicación de los procedimientos de solución de controversias entre inversores y Estados únicamente las medidas relativas a la *adquisición de una empresa nacional* por un inversor extranjero. El TBI entre Islandia y México (2005) es un ejemplo de ese enfoque¹²:

*Artículo 23**Exclusiones*

Las disposiciones relativas a la solución de controversias previstas en el capítulo II no se aplicarán a las resoluciones adoptadas por una Parte Contratante que, por razones de seguridad nacional, prohíban o restrinjan la adquisición de una inversión en su territorio que sea propiedad de sus nacionales o

que esté controlada por éstos, por inversionistas de la otra Parte Contratante, de conformidad con la legislación de cada Parte Contratante. (Énfasis añadido)

En este enfoque se plantea la cuestión de la medida en que un tribunal de arbitraje debería abstenerse de examinar la legalidad de una restricción de las inversiones impuesta por motivos de seguridad. Podría argumentarse que bastaría que la parte contratante en cuestión declarara que la medida está relacionada con la seguridad. En apoyo de esa opinión se podría aducir que la disposición contiene la calificación "de conformidad con la legislación de cada parte contratante", que se ha incluido para reafirmar el derecho soberano de las partes a decidir a su arbitrio si su seguridad nacional está en peligro. Por otra parte, la disposición no contiene la típica fórmula "discrecional", lo que parece indicar que los tribunales de arbitraje seguirían teniendo competencia para examinar si la prohibición o restricción obedecía realmente a motivos de seguridad.

2. Excepción específica por motivos de seguridad unida a una cláusula general

También hay algunos AII que, además de una excepción general relativa a la seguridad, contienen una excepción específica por motivos de seguridad aplicable a cuestiones concretas.

a) Transparencia

La mayoría de los AII examinados que contienen una excepción general relativa a la seguridad también incluyen una disposición que aclara que nada de lo dispuesto en el acuerdo impondrá a una parte contratante la obligación de permitir el acceso a informaciones cuya divulgación considere contraria a sus intereses esenciales de seguridad. Esa cláusula de excepción puede ser particularmente pertinente si el AII contiene una obligación explícita de transparencia. En la excepción no se contemplan las restricciones a la inversión impuestas por motivos de seguridad, sino que se limita a afirmar el derecho de las partes a no dar acceso a determinada información que

pueda afectar a sus intereses esenciales de seguridad. El Acuerdo de Libre Comercio entre Australia y Singapur (2003) es un ejemplo¹³:

Artículo 20

Excepciones por motivos de seguridad

Ninguna disposición del presente capítulo se interpretará en el sentido de:

a) Imponer a una Parte la obligación de suministrar informaciones cuya divulgación considere contraria a sus intereses esenciales de seguridad; (Énfasis añadido)

Otro criterio consiste en restringir la divulgación de información confidencial únicamente en lo que respecta a la *solución de controversias entre inversores y Estados*. En ese caso, la disposición tiene por objeto limitar la transparencia en los procedimientos de arbitraje si la divulgación de esa información pudiera constituir una amenaza a la seguridad nacional de una parte contratante. Las partes ya no están obligadas a poner a disposición del público determinada información relativa a la notificación de intención, la notificación de arbitraje, los alegatos, los escritos de demanda y los expedientes presentados al tribunal si la divulgación de esa información se considera perjudicial para la protección de su seguridad nacional. El Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Corea y los Estados Unidos (2007) ofrece un ejemplo:

Artículo 11.21

Transparencia de los procedimientos de arbitraje

1. Con sujeción a los párrafos 2, 3 y 4, el demandado, después de recibir los siguientes documentos, los entregará con prontitud a la Parte no contendiente y los pondrá a disposición del público:

- a) La notificación de intención;*
- b) La notificación de arbitraje;*

c) *Los alegatos, escritos de demanda y expedientes presentados al tribunal por una Parte contendiente y cualquier comunicación escrita presentada de conformidad con los párrafos 4 y 5 del artículo 11.20 y el artículo 11.25;*

d) *Las actas o transcripciones de las audiencias del tribunal, cuando estén disponibles; y*

e) *Las órdenes, fallos y laudos del tribunal.*

2. *El tribunal realizará audiencias abiertas al público y determinará, en consulta con las Partes contendientes, los arreglos logísticos pertinentes. Sin embargo, cualquier Parte contendiente que tenga la intención de utilizar en una audiencia información catalogada como protegida deberá comunicarlo al tribunal. El tribunal tomará las disposiciones pertinentes para proteger la divulgación de la información.*

3. *Nada de lo dispuesto en esta sección exige al demandado que difunda información protegida ni que facilite o proporcione o permita el acceso a información que pudiese retener de conformidad con el artículo 23.2 (Seguridad esencial) o con el artículo 23.4 (Divulgación de información). (Énfasis añadido)*

b) Entrada de personas en visita de negocios

En contadas ocasiones, los AII incluyen una excepción específica por motivos de "seguridad nacional" relativa a la entrada de extranjeros en relación con una inversión. Esa disposición está destinada a reducir el riesgo de que personas *non gratas* consideradas peligrosas para la "seguridad nacional" entren en el territorio de la otra Parte con el pretexto de realizar una visita de negocios. Con la excepción se pone de relieve la discrecionalidad de las partes con respecto a la entrada de extranjeros en su territorio, aunque sean personas en visita de negocios o inversores de la otra parte. Puede ponerse como ejemplo el Acuerdo de Libre Comercio entre la India y Singapur (2005):

*Artículo 9.3**Principios generales para la autorización de entrada temporal*

*1. De acuerdo con las disposiciones del presente capítulo [Circulación de personas físicas], cada Parte **autorizará la entrada temporal a las personas físicas de la otra Parte** que cumplan las demás medidas aplicables relativas a la salud y seguridad públicas, así como las referentes a la **seguridad nacional**. (Énfasis añadido)*

El Acuerdo de Libre Comercio entre Panamá y Singapur (2006) contiene una disposición similar:

*Anexo 10 A**Entrada temporal de personas de negocios**Artículo 3**Personal transferido dentro de una empresa*

*Una Parte otorgará entrada temporal al personal transferido dentro de una empresa de la otra Parte que de otra forma cumpla los criterios para el otorgamiento de una formalidad de migración salvo que haya habido un incumplimiento de cualquiera de las condiciones que rigen la entrada temporal, o una solicitud para la extensión de una formalidad de migración haya sido denegada por **motivos de seguridad nacional u orden público** según la Parte otorgante lo considere... (Énfasis añadido)*

D. No aplicabilidad de una excepción relativa a la seguridad con respecto a disposiciones concretas de los AII

En unos pocos AII, algunas disposiciones se excluyen del ámbito de aplicación de la excepción por motivos de "seguridad nacional". Así, al aplicar ese criterio limita el derecho de las partes contratantes a invocar la excepción por motivos de seguridad. En principio pueden recurrir a la excepción, aunque se excluye tal posibilidad con respecto a determinados aspectos de la protección de las inversiones. Aunque

esa técnica difiere en ese aspecto del método descrito en la sección C, su objetivo es parecido: restringir el margen de maniobra de un país y dar mayor seguridad jurídica a los inversores extranjeros.

En todos los ejemplos que se han encontrado de esta categoría se establece que la excepción por motivos de seguridad no es aplicable con respecto a las disposiciones relativas a la expropiación o la indemnización por pérdidas. En consecuencia, las partes siguen pudiendo expropiar a un inversor extranjero por motivos de seguridad, pero no pueden liberarse de su obligación de pagarle una indemnización apropiada. Del mismo modo, en caso de que el inversor sufra pérdidas provocadas por guerra o conflicto civil, la obligación del país receptor de conceder un trato no discriminatorio en el pago de las indemnizaciones sigue intacta. Puede citarse como ejemplo el Tratado sobre la Carta de la Energía (1994)¹⁴:

Artículo 24

Excepciones

1. El presente artículo no se aplicará a los artículos 12 (Responsabilidad por pérdidas), 13 (Expropiación) y 29 (Disposiciones transitorias sobre cuestiones comerciales).

...

3. Ninguna disposición del presente Tratado distinta de las mencionadas en el apartado 1) podrá interpretarse de manera que impida a una Parte Contratante tomar las medidas que considere necesarias:

*a) Para la **protección de sus intereses esenciales de seguridad**, incluidas:*

- i) Las relacionadas con el suministro de materias y productos energéticos a establecimientos militares; o*
- ii) Las tomadas en tiempo de guerra, conflicto armado o cualquier otra situación de emergencia en las relaciones internacionales;*

b) Relacionadas con la aplicación de su política nacional sobre no proliferación de armas nucleares o cualesquiera otros artefactos explosivos nucleares, o cualquier medida que sea necesaria para dar cumplimiento a las obligaciones contraídas en virtud del Tratado de No Proliferación de Armas Nucleares, las Directrices para los Suministradores Nucleares, y otros compromisos y acuerdos internacionales sobre no proliferación nuclear; o

c) Para el mantenimiento del orden público. (Énfasis añadido)

En ligero contraste con lo anterior, en el TBI entre el Japón y Viet Nam (2003) sólo se excluye del ámbito de aplicación de la excepción por motivos de seguridad el artículo sobre la indemnización por pérdidas:

Artículo 15

*1. Sin perjuicio de lo dispuesto en cualquier otra disposición del presente Acuerdo, **excepto el artículo 10 [indemnización]**, cada Parte Contratante podrá:*

*a) Adoptar las medidas que considere necesarias para la protección de sus **intereses esenciales de seguridad**... (Énfasis añadido)*

En algunos AII concertados por la Unión Económica de Bélgica-Luxemburgo se obtiene el mismo resultado, aunque mediante una técnica distinta. En esos acuerdos se especifica que los intereses nacionales o de seguridad justifican la expropiación o nacionalización de un inversor extranjero. Por consiguiente, esos intereses de seguridad se consideran equivalentes a la utilidad pública. Así pues, en la disposición pertinente del AII se confirma que los intereses de seguridad no afectan a la obligación de la parte contratante de pagar una indemnización adecuada. El TBI entre Azerbaiyán y la Unión Económica de Bélgica-Luxemburgo (2004) es un ejemplo:

*Artículo 4**Privación y limitación de la propiedad*

1. Cada Parte Contratante se compromete a no adoptar ninguna medida de expropiación o nacionalización ni ninguna otra medida cuyo efecto sea desposeer directa o indirectamente a los inversores de la otra Parte Contratante de sus inversiones en su territorio.

2. En caso de que fuera necesario dejar sin efecto las disposiciones del párrafo 1 por razones de utilidad pública, seguridad o interés nacional, deberán cumplirse las siguientes condiciones:

a) Las medidas se adoptarán respetando todas las garantías legales;

b) Las medidas no serán discriminatorias ni contrarias a ningún compromiso específico;

c) Las medidas deberán ir acompañadas de disposiciones en las que se prevea el pago de una indemnización suficiente y efectiva. (Énfasis añadido)

En otros TBI concertados por la Unión Económica de Bélgica-Luxemburgo se incluye una definición del término "utilidad pública". Según esa definición, el término engloba el concepto de "seguridad o interés nacional". Un ejemplo es el TBI con Guatemala (2005):

*Artículo 1**Definiciones*

7. El término "propósito público" significa:

a) Para el Reino de Bélgica y el Gran Ducado de Luxemburgo: propósito público, **seguridad o interés nacional**¹⁵; (Énfasis añadido)

Igualmente, en el Acuerdo de Libre Comercio entre Colombia y los Estados Unidos (2006) se explica, en una nota relativa al artículo 10.7,

que el término "utilidad pública" se refiere a un concepto del derecho internacional consuetudinario y que la legislación nacional puede expresar este u otro concepto similar utilizando términos diferentes, como el de "necesidad pública".

Notas

¹ Los TBI concertados por Alemania, la India, la Unión Económica de Bélgica-Luxemburgo, el Canadá, los Estados Unidos y, en menor medida, México contienen sistemáticamente excepciones relacionadas con la seguridad. A veces, esas excepciones reciben una denominación distinta, como "intereses esenciales de seguridad" u "orden público". Todos los AII mencionados en el presente documento pueden encontrarse en <http://www.unctad.org/ia>.

² Véanse también los TBI concertados entre la India y Australia (1999), Croacia (2001), Hungría (2003), Indonesia (1999), Kazajstán (1996), Omán (1997), la República Checa (1996), el Reino Unido (1994), Sri Lanka (1997), Suecia (2000), Suiza (1997), Tailandia (2000) y Turquía (1998).

³ Véanse también el TBI entre los Estados Unidos y Albania (1995) y el Acuerdo de Relaciones Comerciales y Económicas concertado con Polonia (1990).

⁴ Véanse también, por ejemplo, el artículo 87 del Acuerdo de Asociación entre la UE y Túnez (1995) y el artículo 22 del Acuerdo de Libre Comercio entre los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC) y Egipto (2007).

⁵ Puede encontrarse un planteamiento similar en el artículo 20 del Acuerdo de Libre Comercio entre Australia y Singapur (2003).

⁶ Véanse también, por ejemplo, el artículo 87 del Acuerdo de Asociación entre la UE y Túnez (1995) y el artículo 22 del Acuerdo de Libre Comercio entre los Estados de la AELC y Egipto (2007).

⁷ Puede consultarse en: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf.

⁸ Ackerman, Rose, pág. 35 (2007).

⁹ Puede encontrarse un planteamiento similar en el texto de negociación del Acuerdo Multilateral sobre Inversiones al 24 de abril de 1998.

¹⁰ Véase también, por ejemplo, el TBI entre la India e Indonesia (1999).

¹¹ Véanse, por ejemplo, los TBI concertados por Alemania con Barbados (1994), Antigua y Barbuda (1998), Botswana (2000), México (1998), Nigeria (2000) y Sri Lanka (2000).

¹² Otro ejemplo es el artículo 19 del TBI entre Austria y México (1998).

¹³ Otro ejemplo es el TBI entre Jordania y Singapur (2004), arts. 16 y 19.

¹⁴ Véase también el Protocolo sobre energía de la Comunidad Económica de Estados de África Occidental (CEDEAO) (2003).

¹⁵ Véanse también los TBI concertados por la Unión Económica de Bélgica-Luxemburgo con Libia (2004) y Nicaragua (2005).

III. INTERACCIÓN CON OTRAS CUESTIONES Y CONCEPTOS

Como se vio en el capítulo anterior, las excepciones por motivos de seguridad pueden interactuar con los conceptos analizados en otras publicaciones de la colección de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales de inversión¹. En el presente capítulo se analizan brevemente esas interrelaciones. En el cuadro 1 se ilustra el alcance de la interacción de la excepción relativa a la seguridad nacional con otras disposiciones esenciales de los AII.

Cuadro 1

Interacción entre cuestiones y conceptos

Conceptos expuestos en otros documentos	Excepciones relativas a la seguridad nacional
Admisión y establecimiento	++
Solución de controversias	+
Admisión y permanencia de personal clave	+
Trato justo y equitativo	++
Trato de nación más favorecida y trato nacional	++
Contratos estatales	++
Confiscación de la propiedad	++
Indemnización por pérdidas	++
Transferencia de fondos	++
Transferencia de tecnología	+
Transparencia	+

Fuente: UNCTAD.

Leyenda: + = interacción moderada;
++ = interacción amplia.

Admisión y establecimiento

En la mayor parte de los AII no se otorga a los inversores extranjeros un derecho incondicional a invertir en el país receptor.

Con arreglo a los acuerdos, cada una de las partes admite las inversiones de los inversores de la otra parte de conformidad con las leyes y los reglamentos del Estado receptor. Por lo tanto, los Estados receptores tienen derecho a someter las inversiones entrantes a un proceso de selección y aceptarlas o rechazarlas de acuerdo con lo que dispongan sus leyes nacionales. Ello incluye el derecho de las partes contratantes a no aceptar a inversores extranjeros por motivos de seguridad nacional. Una excepción de seguridad separada en la que se contemplara ese caso sería, por tanto, redundante.

La situación es diferente en lo que se refiere a la minoría de AII en los que se prevé un derecho de establecimiento. En este caso, la excepción relativa a la seguridad nacional cobra importancia, ya que sin ella, el país receptor se vería obligado a admitir la inversión extranjera. Eso ocurriría si el país receptor no hubiera formulado ninguna reserva sectorial con respecto a la actividad en que se pretende invertir. Por tanto, hay una amplia interacción entre el derecho de establecimiento y la excepción relativa a la seguridad nacional.

Indemnización por pérdidas

La mayor parte de los AII contienen una disposición relativa a la indemnización de los inversores extranjeros por pérdidas sufridas a consecuencia de una guerra o un conflicto civil. Se trata, por tanto, de una cláusula estrechamente vinculada con la cuestión de la seguridad nacional, puesto que las guerras y otras circunstancias parecidas son, por excelencia, situaciones en que está en juego la seguridad del país. Una crisis económica grave también puede estar acompañada de conmociones internas y otras perturbaciones. A pesar de ello, es difícil imaginar un caso en que la excepción por motivos de seguridad nacional presente en un AII pudiera aplicarse con respecto a la concesión de indemnización por pérdidas. Puesto que en la cláusula de indemnización se establecen expresamente las obligaciones de las partes contratantes en caso de que la seguridad nacional esté en peligro, sería contradictorio suprimirlas por motivos de seguridad nacional.

Solución de controversias

La relación entre una excepción de seguridad nacional y la solución de controversias entre inversores y Estados depende en gran medida de la discrecionalidad de la cláusula de excepción. Cuanto mayor sea la autonomía que se reserven las partes contratantes para determinar si hay una amenaza a la seguridad nacional y la forma de enfrentarla, menor será el margen que quedará para el examen judicial de las medidas adoptadas por motivos de seguridad.

Otra interacción posible tiene que ver con la transparencia de los procedimientos de arbitraje. En algunos AII se restringen si la divulgación de información puede constituir una amenaza para la seguridad nacional de una de las partes contratantes.

Admisión y permanencia de personal clave

Las disposiciones relativas a la admisión y la permanencia de personal clave, relacionadas con la emisión de visados y permisos de trabajo, tienen por finalidad facilitar la realización de las inversiones en el país receptor. En la gran mayoría de los AII se dispone que tanto la admisión de personal como las personas admitidas quedan sujetas a la legislación del país receptor. Así pues, los países receptores tienen derecho a no admitir a ese personal por motivos de seguridad y no es indispensable añadir otra excepción de seguridad al respecto en los AII.

Trato justo y equitativo

El concepto de trato justo y equitativo tiene por lo menos dos significados posibles. El primero correspondería a su acepción más obvia, a saber, que los beneficiarios tienen derecho a ser tratados con justicia y equidad, en el sentido que comúnmente se da a esos términos. El segundo podría implicar que se garantiza a los beneficiarios un trato conforme a las normas mínimas internacionales para los inversores. En caso de crisis de la seguridad nacional, puede ocurrir que las partes contratantes no estén en condiciones de observar el principio de trato justo y equitativo en ninguno de sus significados.

Eso sería especialmente posible en una situación de crisis económica grave que exigiera la adopción de medidas de emergencia. En cambio, si el país receptor manifestara inquietudes en cuanto a su seguridad nacional en circunstancias menos graves, por ejemplo en relación con la protección de sus sectores estratégicos, sería más difícil justificar una denegación del trato justo y equitativo.

Trato nacional y trato de nación más favorecida

El grado en que los principios de trato nacional y trato de nación más favorecida pueden adquirir importancia con respecto a las consideraciones de seguridad nacional depende en gran medida de si esas normas se aplican a la admisión de un inversor o a la fase posterior a su establecimiento. Como se explicó en el epígrafe I.B.2, hay una escasa interacción con una excepción relativa a la seguridad nacional si el AII sólo contiene una cláusula de admisión según la cual el país receptor se reserva plena discrecionalidad para permitir o no el establecimiento de inversores extranjeros. En cambio, la interacción puede ser amplia en los casos en que en el AII se contemple un derecho de establecimiento.

En lo que respecta al trato posterior al establecimiento, las consideraciones de seguridad nacional pueden impedir que una parte contratante dé un trato no discriminatorio a los inversores extranjeros. Eso es más evidente si esa parte considera que determinado país extranjero le plantea problemas de seguridad. En ese caso, es posible que el país receptor opte por restringir las operaciones de inversión de los inversores en ese país, apartándose de sus obligaciones derivadas del trato nacional y el trato de nación más favorecida. El país receptor puede decidir, por ejemplo, imponer requisitos especiales en materia de información a esas inversiones o someterlas a otros mecanismos de control que considere adecuados. Una vez más, una excepción por motivos de seguridad nacional garantizaría a los países receptores la posibilidad de adoptar medidas de ese tipo sin que ello suponga necesariamente una infracción del AII.

Al mismo tiempo, una de las condiciones más comunes contempladas en los AII para invocar la excepción es que la medida en cuestión no sea arbitraria ni constituya una discriminación injustificable. En esos acuerdos, la norma de no discriminación no queda pues totalmente abolida.

Contratos estatales

Los proyectos de inversión extranjera pueden regirse por contratos individuales de inversión (contratos estatales) entre el inversor extranjero y el país receptor. Muchos AII contienen una disposición según la cual las partes contratantes deben respetar toda obligación que hayan asumido con respecto a las inversiones de inversores de la otra parte. Esas otras obligaciones, en particular, pueden incluirse en los contratos estatales. En atención a consideraciones de seguridad nacional, un país receptor puede considerar conveniente cambiar las condiciones del contrato o rescindirlo por completo. Por ejemplo, un nuevo gobierno puede adoptar una política con arreglo a la cual determinado sector económico, hasta ese momento abierto a los inversores extranjeros, se declara de importancia estratégica y de interés para la seguridad y, por consiguiente, queda reservado a las empresas nacionales. Si las operaciones del inversor extranjero están sujetas a un contrato de inversión, el gobierno puede entonces anularlo. De igual manera, en caso de crisis económica grave, el país receptor podría ya no estar en condiciones de respetar todas sus obligaciones, por ejemplo con respecto a la normativa cambiaria. Una excepción relativa a la seguridad nacional suficientemente amplia para contemplar esas situaciones podría otorgar al Estado el derecho de hacerlo sin infringir el AII. De no existir tal excepción, se aplicaría el principio *pacta sunt servanda* según el cual el país receptor sólo puede pretender rescindir o renegociar el contrato en caso de cambio fundamental de las circunstancias (cláusula *rebus sic stantibus*).

Confiscación de la propiedad

El ejemplo anterior ilustra también la incidencia que puede tener una excepción por motivos de seguridad nacional en el artículo de un

AII relativo a la expropiación. Una desinversión forzosa que obedezca a razones de seguridad nacional -o cualquier otra intervención sustancial que afecte a los derechos de propiedad fundamentales del inversor extranjero- equivale a la expropiación del inversor, en cuyo caso el país receptor está obligado a indemnizarlo. Una excepción por motivos de seguridad nacional liberaría al país receptor de esa obligación.

Sin embargo, como se vio en la sección II.D, en varios AII se excluye la disposición relativa a la expropiación del ámbito de aplicación de la excepción por motivos de seguridad. En ese caso, el país receptor sigue estando obligado a indemnizar al inversor extranjero incluso si la confiscación de propiedad obedece a razones de seguridad nacional.

Transferencia de fondos

La disposición relativa a la transferencia de fondos presente en la mayor parte de los AII permite que los inversores extranjeros efectúen libremente los pagos y demás transferencias de capitales que entraña su inversión. Con esa disposición se garantiza que un inversor extranjero pueda disfrutar de los beneficios económicos de una inversión acertada. Sin embargo, en tiempos de crisis, una repatriación masiva y repentina de capitales por los inversores extranjeros puede suponer un grave agotamiento de las reservas de divisas de los países receptores, particularmente si se trata de países en desarrollo. Ello, a su vez, puede crear considerables desequilibrios en la balanza de pagos. Por tanto, en muchos AII se incluye una cláusula relativa a la balanza de pagos, que permite que las partes contratantes restrinjan temporalmente las transferencias de fondos en una situación de ese tipo.

De no existir tal cláusula, una parte contratante podría optar por recurrir a la excepción por motivos de seguridad nacional para poder restringir las transferencias sin violar el AII. Una crisis económica grave podría constituir un estado de emergencia en que se aplique la cláusula de seguridad.

Transferencia de tecnología

Pocos AII contienen una disposición relativa a la transferencia de tecnología en virtud de la cual las partes contratantes se comprometen a fomentarla. Sin embargo, si las partes contratantes consideran que la tecnología de que se trata es "delicada", podrían optar por restringir esas transferencias.

Las consideraciones relativas a la transferencia de tecnología "delicada" pueden analizarse desde dos perspectivas diferentes. Desde el punto de vista de los países de origen, se puede considerar que la transferencia no es deseable si la tecnología en cuestión puede utilizarse para fines militares, por ejemplo. La tecnología de doble uso, que puede servir tanto para fines pacíficos como militares, puede resultar particularmente delicada. En esa categoría se encuadran la tecnología utilizada para la producción de plaguicidas, la tecnología de visión nocturna y la tecnología informática de alto nivel que puede utilizarse en actividades de espionaje o para cometer delitos informáticos. Para los países receptores pueden ser motivo de preocupación las tecnologías importadas por inversores extranjeros que podrían utilizarse, entre otras cosas, para fines de espionaje industrial o militar. Con una excepción relativa a la seguridad nacional, las partes contratantes en un AII estarían en condiciones de impedir la entrada y la salida de tecnología sin infringir el artículo del acuerdo relativo a la promoción de la transferencia de tecnología.

Transparencia

Algunas veces, los AII contienen una disposición destinada a promover la transparencia y el intercambio de información sobre las leyes y los reglamentos y otros asuntos relacionados con las inversiones entre las partes contratantes. Algunos acuerdos incluyen una excepción a esa obligación si el suministro de tal información se considera contrario a los intereses "de seguridad nacional" de las partes contratantes.

Nota

¹ La colección de la UNCTAD sobre los acuerdos internacionales de inversión se encuentra en <http://www.unctad.org/iaa>.

IV. OPCIONES DE POLÍTICA CON RESPECTO A LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD NACIONAL EN LOS AII

En el presente capítulo se analizan las posibilidades de que disponen los negociadores de AII para atender a las consideraciones de seguridad nacional relacionadas con las inversiones extranjeras. Lo principal es determinar si un AII debe incluir una excepción relativa a la seguridad nacional y, de ser así, si esa cláusula debería ser de naturaleza discrecional o no. La respuesta depende, en principio, de la importancia relativa que den las partes contratantes en el AII a sus intereses de seguridad nacional con respecto al objetivo de protección de las inversiones. Cuanto mayor sea, a su juicio, su necesidad de tener en cuenta en el AII las consideraciones en materia de seguridad nacional relacionadas con las inversiones extranjeras, menor será su disposición a renunciar a incluir en el acuerdo una excepción relativa a la seguridad nacional o delegar íntegramente a los tribunales de arbitraje la facultad de determinar la legalidad de las restricciones a las inversiones por motivos de seguridad. En cambio, si el objetivo principal es la protección de las inversiones, los países podrían estar más dispuestos a no incluir una excepción relativa a la seguridad nacional en el acuerdo o -si convienen en incluir tal disposición- a permitir que un examen judicial más minucioso determine si realmente había una amenaza a la seguridad nacional y si las medidas adoptadas realmente eran necesarias para enfrentarla.

A. No inclusión de una cláusula de seguridad nacional

Una primera posibilidad sería no incluir en el AII ninguna excepción relativa a la seguridad. De hecho, muchos acuerdos de inversión existentes no contienen ninguna disposición de ese tipo. Aunque los países partidarios de ese criterio tendrán presentes las cuestiones de seguridad relacionadas con la inversión extranjera, pensarán que los problemas de seguridad nacional, de haberlos, podrían resolverse sin incumplir las obligaciones derivadas de los AII en que son partes. Así pues, la decisión de no incluir una excepción

relativa a la seguridad nacional no significa que las partes contratantes no puedan adoptar medidas contra los inversores extranjeros en aras de la seguridad nacional. Sí pueden hacerlo, siempre que esas medidas sean compatibles con las obligaciones que les imponen los AII. Por ejemplo, si en el AII se contempla el principio de no discriminación y la norma de trato justo y equitativo, estarán permitidas las medidas de seguridad adoptadas de forma no discriminatoria que sean justas y equitativas. Además, las restricciones relativas a la seguridad deben respetar las obligaciones derivadas de los AII relativas a la expropiación, la libertad de transferencia de capitales y la cláusula general.

Con ese enfoque se daría a entender a los inversores extranjeros que, aunque se plantearan consideraciones de seguridad con respecto a sus inversiones, seguirían estando amparados por la ley en el marco del AII. Se los seguiría tratando de forma no discriminatoria y si resultara necesario proceder a una expropiación podrían reclamar una indemnización justa. Sólo se llegaría a un caso límite si el inversor extranjero infringiera la legislación del país receptor en materia de seguridad haciendo que sus operaciones de inversión se conviertan en ilegales. En tal caso, el AII no sería impedimento para que el país receptor sancionara al inversor extranjero.

La decisión de excluir del AII toda cláusula de excepción relativa a la seguridad nacional podría depender también del alcance del acuerdo. Sólo en los contados casos en que el AII contiene compromisos anteriores al establecimiento se podría argumentar que las partes contratantes en el AII disponen de otros medios para tener en cuenta los aspectos de seguridad. Como se vio en el epígrafe I.B.2, las partes contratantes podrían excluir los sectores de interés para la seguridad y las industrias estratégicas del ámbito de aplicación del derecho de establecimiento. Esa forma de proceder sería menos invasiva que una cláusula de excepción propiamente dicha y aportaría más claridad y seguridad jurídicas. Sin embargo, cabría preguntarse si las partes contratantes se sentirían seguras con una lista cerrada de

sectores restringidos o si preferirían mantener mayor discrecionalidad mediante una excepción por motivos de seguridad de carácter abierto.

En el caso más habitual de los AII relativos a la fase posterior al establecimiento, es posible que las partes contratantes sientan mayor necesidad de que haya una cláusula de seguridad nacional, puesto que de otro modo sólo pueden remitirse al derecho internacional consuetudinario para justificar el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el tratado por motivos de seguridad nacional. Sin embargo, como se explicó en el epígrafe I.B.3, el ámbito de aplicación del derecho internacional consuetudinario es más restringido que el de una excepción relativa a la seguridad nacional basada en un tratado y, por tanto, es posible que las partes contratantes no consideren que aquél pueda sustituir plenamente a ésta. En particular, si una parte contratante desea proteger sus industrias estratégicas, es dudoso que pueda hacerlo amparándose en el derecho internacional consuetudinario. También en caso de crisis económica el umbral fijado por el derecho internacional consuetudinario para poder invocar la cláusula sería elevado. Aunque las partes contratantes no estén del todo convencidas de que sea necesaria una excepción relativa a la seguridad nacional, pueden decidir incluirla por razones psicológicas, pues les da una sensación de seguridad.

El estado de la relación entre las partes contratantes también puede influir en cierta medida. Si las relaciones entre las partes contratantes siempre han sido pacíficas y amistosas, tal vez estén más dispuestas a concertar un AII sin una excepción relativa a la seguridad nacional que si existen tensiones. Ahora bien, como lo demuestra el ejemplo de la UE, incluso los países miembros de una organización regional en que se ha llegado a un grado avanzado de integración siguen considerando que son necesarias las excepciones por motivos de seguridad nacional. Además, si bien las relaciones de amistad entre las partes contratantes pueden excluir las preocupaciones relativas a la defensa, esas relaciones pueden tener una importancia mucho menor en la voluntad de proteger industrias estratégicas o superar una crisis económica.

B. Aclaración de la expresión "intereses esenciales de seguridad"

Para mayor claridad y previsibilidad en lo referente a la aplicabilidad de la excepción por motivos de seguridad nacional, las partes contratantes podrían considerar la posibilidad de definir la expresión con mayor precisión en el AII. Existe una serie de opciones, como se expuso en el capítulo II. Lo principal es determinar qué expresión concreta se ha de utilizar y la precisión con que se ha de definir.

Como se vio en el capítulo II, la expresión "intereses esenciales de seguridad" no es la única que se puede utilizar en este contexto. Otras posibilidades son "paz y seguridad internacionales", "orden público" o "emergencia extrema". También se puede hablar de "salud pública" o "moral pública".

Lo esencial es determinar si alguna de esas formulaciones es más concreta que las demás y puede, por tanto, contribuir a aclarar el alcance y el significado de la expresión. Obviamente, eso sucede con algunas expresiones, mientras que en el caso de otras sería más difícil establecer tal distinción. Sin negar las dificultades que entraña el trazado de una línea de demarcación, parece posible distinguir entre dos grandes categorías (véase el cuadro 2):

Cuadro 2

Formulaciones posibles de las excepciones relativas a la seguridad en los AII

Formulaciones restrictivas	Formulaciones amplias
<ul style="list-style-type: none"> • Paz y seguridad internacionales • Salud pública • Moral pública • Emergencia extrema 	<ul style="list-style-type: none"> • Seguridad nacional • Orden público • Intereses esenciales de seguridad

Fuente: UNCTAD.

Ahora bien, la distinción que se propone entre formulaciones restrictivas y amplias no supone que desaparezcan los problemas de definición que se plantean con respecto a las formulaciones de la primera categoría. Incluso las formulaciones restrictivas son suficientemente amplias para admitir diferentes interpretaciones. La diferencia, si se las compara con las formulaciones "amplias", es que el margen para la interpretación es menor. En particular, hay amplio consenso acerca de lo que se entiende por "paz y seguridad internacionales" y por "salud pública". En cambio, la expresión "moral pública" puede entenderse de forma muy distinta en sociedades y culturas diferentes.

Una consecuencia importante del enfoque "restrictivo" es que quedan excluidas de su ámbito de aplicación ciertos tipos de medidas de protección. En particular, la protección de las industrias estratégicas no puede justificarse con arreglo a este método, salvo en el caso de la infraestructura esencial, como la red de abastecimiento de agua potable y de saneamiento, que podría entrar en el campo de aplicación de una excepción por motivos de "salud pública". En lo que se refiere a la crisis económica, podría clasificarse, de ser muy grave, en la categoría de "emergencia extrema".

Aunque la selección de una expresión más precisa podría constituir un primer paso hacia una definición más exacta del contenido y el alcance de la excepción relativa a la seguridad, ello no impediría que las partes contratantes fueran más lejos y añadieran una declaración interpretativa con respecto a su significado. En varios AII se aclara, por ejemplo, que las medidas destinadas a promover la paz y la seguridad internacionales (sólo) pueden adoptarse en relación con la producción o el suministro de armas o municiones, la prestación de servicios destinados a aprovisionar un establecimiento militar o la no proliferación de armamentos. Se podría proporcionar una explicación similar con respecto a otras expresiones, como "salud pública" o "emergencia extrema".

En lo que se refiere a las formulaciones amplias, también parece posible ordenarlas según su grado de vaguedad. Podría plantearse la

cuestión esencial de distinguir entre la "excepción por motivos de orden público" y la "excepción por motivos de seguridad nacional", también denominada "excepción relativa a los intereses esenciales de seguridad". ¿Se solapan estos dos conceptos o se refieren a situaciones diferentes? Según lo propuesto, el "orden público" abarcaría medidas destinadas a garantizar la salud y la seguridad públicas, mientras que la excepción por motivos de seguridad nacional guardaría relación con medidas de protección de la seguridad adoptadas en tiempo de guerra o en caso de emergencia nacional¹. En el AGCS se hace una distinción explícita entre la excepción por motivos de orden público y la relativa a la seguridad nacional. También se podría entender el concepto de orden público de una forma más amplia, de modo que abarque además las medidas adoptadas para defender intereses esenciales de seguridad con respecto a un Estado extranjero. En algunos AII se aclara que la excepción por motivos de orden público únicamente podrá invocarse cuando se plantee una amenaza verdadera y suficientemente grave para alguno de los intereses fundamentales de la sociedad (véase el epígrafe II.A.2).

Sea cual sea la expresión que utilicen las partes contratantes, deben decidir si desean aclarar en qué condiciones se aplicaría la excepción para responder a una crisis económica o para proteger las industrias estratégicas. De lo contrario, ni el país receptor ni el inversor extranjero pueden tener certeza de que lograrían hacer valer la cláusula en alguna de esas situaciones. Eso es particularmente importante si lo que se pretende es proteger las industrias estratégicas puesto que, fuera de la UE, prácticamente no hay jurisprudencia internacional que pueda servir de guía. La aclaración de la expresión "intereses esenciales de seguridad" y otros términos conexos podría convenir a los países que temen que una formulación amplia y vaga de la cláusula redunde en menoscabo de una protección adecuada de las inversiones.

Las partes contratantes que adopten ese enfoque podrían convenir en la posibilidad de aplicar o no la excepción relativa a la seguridad en caso de que se pretenda enfrentar una crisis económica o proteger las

industrias estratégicas. Además, se podrían imaginar soluciones intermedias. Las partes contratantes podrían, por ejemplo, acordar que sólo una crisis económica que llegue a determinado grado de gravedad entraría en el ámbito de aplicación de la excepción relativa a la seguridad. De igual manera, si acuerdan que esa excepción abarcará a las industrias estratégicas, las partes contratantes podrían elaborar una lista de sectores y actividades que consideren de importancia estratégica a fin de aumentar la claridad jurídica y la previsibilidad. Aunque según ese criterio las partes contratantes tendrían plena discrecionalidad normativa en cuanto a la adopción o el mantenimiento de restricciones a la entrada en esos sectores, no podrían aplicar esas medidas con respecto a los sectores que no se hubieran incluido en la disposición. Se podría dar aún más libertad a las partes contratantes en cuanto a la capacidad para decidir la forma de hacer frente a la amenaza (véase la sección C).

C. Necesidad de la respuesta del país receptor

Otro asunto de importancia crucial para los negociadores de los AII es el grado de libertad de las partes contratantes para decidir cómo responder a una amenaza para la seguridad. Es decir, mientras hasta ahora el problema ha consistido en establecer el grado de discrecionalidad que se debía otorgar a las partes contratantes para determinar si su seguridad nacional estaba en peligro, ahora se plantea la cuestión de la autonomía que deben tener para adoptar medidas de seguimiento².

Las partes contratantes tienen la alternativa de convenir una cláusula de naturaleza discrecional o prever un examen judicial que determine si la medida adoptada por el país receptor era objetivamente necesaria para responder a la amenaza. En el primer caso, convendrían un texto con arreglo al cual las partes contratantes podrán tomar las medidas *que consideren* necesarias. En el último caso, sólo se permitirán las medidas que *sean* necesarias desde un punto de vista neutral.

1. Cláusula de naturaleza discrecional

Una cláusula de naturaleza discrecional constituiría un medio eficaz para proteger los intereses de seguridad nacional del país receptor. Una vez se haya determinado que la amenaza en cuestión entra en el ámbito de la excepción relativa a la seguridad, el país receptor tendría la libertad de elegir la respuesta que le parezca adecuada. Según ese enfoque se reconocería a un país el derecho soberano de determinar, a su arbitrio, la gravedad de una amenaza para sus intereses de seguridad y lo que ha de hacer para enfrentarla. En el caso de una crisis económica grave, por ejemplo, un país podría decidir imponer restricciones a las transferencias, modificar el tipo de cambio o abstenerse de cumplir las obligaciones establecidas en un contrato de inversión. Con respecto a la importancia que revisten sus industrias estratégicas para su seguridad nacional, el país receptor podría decidir prohibir todas las adquisiciones por extranjeros o imponer restricciones a las operaciones de los inversores extranjeros. El inversor extranjero no podría impugnar la legalidad de ninguna de esas respuestas aduciendo que el país receptor hubiera podido recurrir a medidas menos estrictas para proteger sus intereses de seguridad. No habría margen para esa prueba de proporcionalidad.

Por otra parte, una cláusula de naturaleza discrecional podría estar reñida con el objetivo de protección de las inversiones. Cuanta mayor discrecionalidad otorgue al país receptor y menos salvaguardias contenga para el inversor, menos puede el AII cumplir su función de ofrecer previsibilidad, estabilidad y claridad jurídica. Una excepción relativa a la seguridad nacional de alcance muy amplio podría, por tanto, mermar gravemente la función de promoción de las inversiones de los AII y comprometer el delicado equilibrio entre la protección de los intereses públicos y privados en los AII. Por consiguiente, las partes contratantes que deseen evitarlo podrían introducir en los AII otras garantías destinadas a reforzar la confianza del inversor (véase la sección D).

Cabe preguntarse si una cláusula de naturaleza discrecional no estaría más justificada en casos de conflicto militar o en otras

situaciones de emergencia, como una crisis económica grave, que cuando se pretende proteger las industrias estratégicas, situación en que las medidas de los gobiernos suelen ser más bien de carácter preventivo y no de reacción ante una catástrofe real. En consecuencia, se podría decir que en esas situaciones de menor gravedad, sería más fácil para un país aceptar que un tercero esté facultado para valorar si una medida es necesaria. El argumento contrario podría ser que si se ha reconocido que la protección de las industrias estratégicas es pertinente para la seguridad, un país debería tener la misma libertad de escoger su respuesta que en el caso de una amenaza militar u otra emergencia.

2. Cláusula de naturaleza no discrecional

En lugar de lo anterior las partes contratantes en el AII podrían convenir en la necesidad de que la respuesta del país receptor ante una amenaza relacionada con la seguridad esté sujeta a examen judicial. En consecuencia, el recurso a la excepción por motivos de seguridad nacional sólo se permitiría si el país receptor pudiera demostrar que la medida adoptada contribuye a la consecución del objetivo legítimo de proteger sus intereses esenciales de seguridad y que no hay otra medida razonable posible que entre menos en conflicto o esté más en consonancia con sus obligaciones internacionales³. Ese enfoque incluiría, pues, una prueba de proporcionalidad con arreglo a la cual un tribunal podría examinar si el grado de restricción de las inversiones se corresponde con la gravedad de la amenaza para la seguridad nacional del país⁴.

Si, por ejemplo, el país receptor prohibiese la inversión extranjera en los sectores de importancia estratégica, una cláusula de excepción de naturaleza no discrecional permitiría al tribunal de arbitraje determinar si para proteger los intereses nacionales de seguridad hubiesen bastado unos medios menos estrictos de control de las actividades de los inversores establecidos en el país. Si el tribunal llegase a esa conclusión, podría declarar que la prohibición de la inversión extranjera es excesiva y no entra en el ámbito de aplicación de la excepción relativa a la seguridad contenida en el AII. En caso de

crisis económica, el tribunal podría, por ejemplo, analizar si la crisis ya estaba amainando en el momento en que se adoptó la medida y, por tanto, ésta resultaba innecesaria⁵.

Huelga decir que una cláusula de excepción de naturaleza no discrecional limitaría considerablemente el derecho soberano de las partes contratantes a proteger su seguridad nacional. Daría a los tribunales de arbitraje el derecho y la obligación de decretar lo que un país puede y no puede hacer en un ámbito tan delicado como el de la seguridad nacional. En cierta medida, las partes contratantes en el AII estarían poniendo su suerte en manos de los árbitros. En una resolución firme y vinculante el tribunal determinaría si las medidas adoptadas por el país receptor realmente eran necesarias para proteger su seguridad nacional. Aunque las facultades del tribunal no llegarían al punto de permitirle pronunciarse sobre lo acertado de la política económica de un país en general, sí estaría facultado para determinar si las medidas adoptadas por el gobierno en esferas tan importantes como la respuesta a una crisis económica y la aplicación de políticas económicas estratégicas han sido legales y razonables. Desde el punto de vista del país receptor, la aceptación de una cláusula de excepción de naturaleza no discrecional podría equipararse por lo tanto a aceptar una camisa de fuerza jurídica con el riesgo de verse incapacitado para responder debidamente ante lo que se percibe como una amenaza para la seguridad.

Visto lo anterior, ¿cómo puede explicarse que un número crítico de AII comprendan, a pesar de todo, una cláusula de excepción de naturaleza no discrecional en materia de seguridad? ¿Qué motivos podrían tener las partes contratantes para aceptar el control judicial de su derecho soberano de adoptar las medidas que deseen para proteger su seguridad? Primero, una cláusula de naturaleza no discrecional ofrece mayor protección a la inversión. Los inversores extranjeros confiarán más en el clima de inversión del país receptor si la necesidad la respuesta de éste a una amenaza para su seguridad puede estar sujeta a examen judicial. Eso podría ser especialmente importante en el contexto de medidas que vayan más allá del ámbito

militar y afecten a la esfera más amplia de las políticas económicas y de la competencia. Segundo, el que se opte por una cláusula de excepción de naturaleza discrecional o no discrecional podría depender de los diferentes intereses o del poder de negociación que tenga cada una de las partes contratantes en el AII. Si el acuerdo se concierta entre un país fuerte exportador de capitales y un país relativamente débil importador de capitales, hay grandes probabilidades de que el primero insista en la inclusión de una cláusula de naturaleza no discrecional, porque ello garantiza mejor protección para sus inversores en el extranjero. Lo mismo podría pasar en un contexto Sur-Sur en que las corrientes de inversión entre dos países fluyan sólo en una dirección.

Por último, se debería recordar que la distinción entre cláusulas de naturaleza discrecional y no discrecional es más sutil de lo que parece a primera vista. Incluso si una cláusula relativa a la seguridad nacional entra en la primera categoría, según el derecho internacional sigue estando sujeta a una prueba de "buena fe" (véase el epígrafe I.B.3). Por otra parte, una disposición de naturaleza no discrecional no faculta a los tribunales de arbitraje para hacer caso omiso de la apreciación del Estado que invoca la excepción ni para dictaminar qué medida concreta adoptar en el caso de que hubiera varias opciones de políticas comparables.

D. Medios adicionales para limitar el ámbito de aplicación de una excepción relativa a la seguridad

Los países que desean delimitar con mayor precisión el ámbito de aplicación de la excepción relativa a la seguridad nacional tienen varias otras posibilidades.

1. Introducir un requisito de "buena fe"

Un método podría consistir en condicionar expresamente el derecho de invocar la excepción relativa a la seguridad a la exigencia de que las partes contratantes actúen de buena fe. De ese modo, las partes contratantes observarían un principio de derecho internacional

que también figura en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

Como se vio en los epígrafes II.B.1 y II.B.2, son numerosos los AII en los que se establece que la excepción no se debe aplicar de forma que constituya una discriminación arbitraria o injustificable ni una restricción comercial encubierta. Así pues, en el caso de una controversia sobre la legalidad de la restricción de una inversión basada en intereses esenciales de seguridad, el requisito de buena fe estaría sujeto a examen judicial. Esa "salvaguardia" podría, en particular, influir en los intentos de un país receptor de proteger sus industrias estratégicas o reaccionar ante una crisis económica. Los tribunales de arbitraje podrían examinar si los esfuerzos de protección están verdaderamente arraigados en consideraciones de seguridad nacional o si sus motivos son esencialmente proteccionistas.

2. La excepción por motivos de seguridad nacional sólo con respecto a ciertas disposiciones del AII

Otro enfoque consistiría en dar a las partes contratantes el derecho de invocar la cláusula relativa a la seguridad nacional sólo con respecto a ciertas disposiciones del AII. Como se mostró en el capítulo II, en algunos AII, por ejemplo, el uso de la cláusula de excepción está limitado al derecho de establecimiento. En consecuencia, las partes contratantes en el AII sólo podrían invocar la excepción con respecto a la entrada de inversores extranjeros pero no con respecto al trato brindado a los inversores ya establecidos en el país. Otros ejemplos son la libertad de transferir capitales o la cláusula de no discriminación.

En algunos AII se otorga a las partes contratantes el derecho de restringir la transparencia únicamente en caso de amenaza para la seguridad. De ese modo, se podría negar el acceso de los inversores extranjeros a determinada información cuya publicación conllevara un riesgo para la seguridad nacional del país receptor. También se pueden tener en cuenta las cuestiones de seguridad nacional en el contexto de la solución de controversias entre los inversores y los Estados. Como

se vio en el epígrafe II.C.1, en varios AII se contempla la posibilidad de limitar la participación pública en esos procedimientos si, de no hacerse así, se pusiera en peligro la seguridad nacional.

Esa técnica de limitar la posibilidad de aplicar la excepción por motivos de seguridad podría resultar particularmente atractiva para los países que no quieren renunciar por completo a una excepción relativa a la seguridad, pero pretenden reducir al mínimo su utilización. Desde el punto de vista de la protección de las inversiones, ese enfoque tiene la ventaja de respetar en la mayor medida posible los derechos del inversor. Por otra parte, adoptar ese criterio podría resultar demasiado trabajoso para las partes contratantes, puesto que las obligaría a analizar detenidamente en qué esferas resulta necesaria una excepción por motivos de seguridad.

Puede que, especialmente en caso de crisis económica, no sea posible aplicar ese método porque el país afectado necesite liberarse de varias de las obligaciones fundamentales del AII, como las garantías para las transferencias, la cláusula general o el pago de indemnizaciones en caso de expropiación.

3. La no aplicabilidad de la excepción de seguridad nacional con respecto a determinadas disposiciones de los AII

Las partes contratantes podrían también adoptar la estrategia opuesta y señalar las disposiciones del AII con respecto a las cuales no se permitirá el recurso a la excepción por motivos de seguridad nacional. Un ejemplo de ello es el Tratado sobre la Carta de Energía, que excluye expresamente del ámbito de aplicación de la excepción los artículos relativos a la expropiación y a la indemnización por pérdidas. De ese modo, aunque en principio se permite que las partes contratantes adopten medidas relativas a la seguridad, los inversores extranjeros confían en que los países receptores respetarán ciertas garantías fundamentales en cualquier circunstancia.

Al igual que en la opción 2, con este enfoque se pretende lograr un equilibrio entre los intereses de seguridad de las partes contratantes y las necesidades de protección del inversor extranjero. La diferencia

entre los dos métodos es que en el primero (opción 2) se da más importancia al objetivo de protección de las inversiones, mientras que en el segundo se insiste mucho más en las consideraciones de seguridad.

El método de excluir la aplicación de la excepción por motivos de seguridad con respecto a ciertas disposiciones del AII podría resultar particularmente adecuado para la protección de industrias estratégicas. Puede ser que los países receptores, a pesar de haber decidido que ciertas industrias estratégicas deberían estar bajo control nacional, deseen dar seguridades a los inversores extranjeros de que se los indemnizará adecuadamente en caso de que tengan que renunciar a su inversión. Con una excepción relativa a la seguridad amplia y abierta, tal restricción no existiría -lo cual constituye una ventaja a corto plazo para el país receptor, pero le puede costar muy caro a largo plazo al hacer que el país sea menos atractivo como destino de la inversión extranjera. A la inversa, en caso de crisis económica, tal vez resulte más difícil para las partes contratantes garantizar que la excepción relativa a la seguridad no se aplique con respecto a las disposiciones básicas del AII.

4. Examen periódico de la medida

Otra posibilidad sería que las partes contratantes en un AII dispongan que periódicamente se realizarán exámenes y consultas sobre la necesidad de mantener restricciones a las inversiones por motivos de seguridad. Por ejemplo, si una parte contratante ha cerrado determinado sector a los inversores extranjeros, o quizá sólo a los inversores de la otra parte contratante, ambas partes podrían convenir en analizar cada cierto tiempo la necesidad de mantener esa restricción. De igual manera, en caso de crisis económica, las partes contratantes podrían acceder a evaluar periódicamente la gravedad de la crisis para determinar si se justifica mantener las restricciones a la inversión. De ese modo, las partes contratantes no renunciarían a su derecho soberano a decidir si una restricción es necesaria o no, pero al menos aceptarían que el asunto sea examinado periódicamente.

Notas

¹ Ese es, por ejemplo, el concepto de los Estados Unidos. Véase White/von Staden, *Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties*, en *Virginia Journal of International Law*, invierno de 2008.

² Aunque en teoría es posible efectuar esa distinción, en la práctica es más difícil separar esos dos aspectos.

³ *Continental Casualty Company c. la República Argentina*, caso CIADI N° ARB/03/9A, laudo arbitral de 5 de septiembre de 2008, párrs. 196 a 198.

⁴ Obsérvese que se han expresado dudas en cuanto a la idoneidad de los tribunales económicos internacionales para aplicar una prueba de proporcionalidad que entrañe la ponderación y el equilibrio entre valores económicos y no económicos. Véase Neumann y Tuerk, 2003.

⁵ *Continental Casualty Company c. la República Argentina*, caso CIADI N° ARB/03/9A, laudo arbitral de 5 de septiembre de 2008, párrs. 221 y 222.

CONCLUSIÓN

Después de casi dos decenios de una evolución mundial hacia la liberalización de las inversiones, un número creciente de países ha examinado los resultados de esa política y ha adoptado las medidas de ajuste correspondientes. Tres factores explican ese cambio: en algunos casos, los gobiernos han quedado insatisfechos con los resultados de las políticas de privatización y los contratos de inversión, que han resultado demasiado favorables a los inversores extranjeros; en otros casos, los Estados han sentido la necesidad de restablecer el control nacional sobre los recursos naturales, otras industrias de importancia estratégica y la infraestructura esencial. Además, ante la rápida expansión de los fondos soberanos y las empresas estatales, en varios países industrializados se exige ahora un control más estricto de las operaciones de inversión de esas entidades. Por último, la actual crisis económica mundial ha desencadenado tendencias proteccionistas renovadas en la esfera de las inversiones.

Esas nuevas preocupaciones de las autoridades con respecto a la inversión extranjera obedecen a menudo a consideraciones de seguridad nacional. En el contexto de las inversiones extranjeras, la seguridad nacional ya no se percibe como la ausencia de amenazas militares, sino que se entiende en un sentido mucho más amplio, a saber, la necesidad de evitar que las industrias nacionales consideradas de vital importancia para la competitividad y el futuro de un país sean adquiridas por empresas extranjeras. Aunque en algunos casos parece ser que esas políticas siguen en la etapa experimental, se aplican caso por caso y todavía no se han plasmado en una estrategia clara, se tiende a guardar mayor prudencia en la admisión de inversores extranjeros y a entretener de manera más estrecha las consideraciones políticas y económicas.

Otra esfera en que los intereses de seguridad nacional han ganado terreno tiene que ver con la crisis económica. En los últimos años, varias controversias relativas a inversiones se originaron en medidas de emergencia que los países receptores impusieron a los inversores

extranjeros para hacer frente a crisis económicas. En cada caso, el país argumentó que esas medidas eran necesarias para proteger su seguridad interna.

Esta evolución tiene repercusiones importantes en la elaboración de normas relativas a las inversiones internacionales. Los países receptores deben preguntarse en qué medida siguen gozando de libertad para imponer restricciones por motivos de seguridad nacional una vez que han concertado un AII. Desde el punto de vista de los inversores extranjeros, el grado en el que los AII los protegen contra dichas medidas resulta esencial.

Muchos AII contienen una cláusula de excepción que permite a las partes contratantes apartarse de las obligaciones que les impone el AII en caso de que peligren sus intereses esenciales de seguridad. En la mayor parte de los casos, esas cláusulas se redactan en términos generales, dejando amplia discrecionalidad a las partes contratantes para decidir si determinada inversión constituye una amenaza para la seguridad nacional y cómo responder ante esa amenaza. Ese enfoque, basado en fundamentos sólidos en lo referente a la guerra y la paz, es más dudoso en situaciones en que no se puede descartar que las restricciones a las inversiones no obedecen sólo a consideraciones de seguridad sino que están también influenciadas por otras inquietudes, como las tendencias proteccionistas.

El reciente debate sobre los aspectos de la inversión extranjera relacionados con la seguridad tiene especial importancia para los inversores de los países en desarrollo y las economías emergentes. Los países en desarrollo son los más expuestos al riesgo de sufrir una crisis económica, en cuyo caso se verían obligados a imponer restricciones temporales a las inversiones para mejorar su situación. Las economías emergentes y sus fondos soberanos están especialmente expuestos al riesgo de sufrir restricciones a las inversiones destinadas a proteger las industrias estratégicas de los países receptores.

Esa evolución tiene una incidencia doble en la elaboración de normas relativas a los AII. En primer lugar, los negociadores han de

determinar si el AII debería contener una "excepción relativa a la seguridad nacional" y si esa cláusula debe aplicarse a las medidas de emergencia adoptadas en caso de crisis económica y a las políticas destinadas a proteger las industrias estratégicas. En segundo lugar, tal vez deseen aclarar las condiciones en que las partes contratantes pueden invocar la excepción.

Para los países en desarrollo, escoger la opción "correcta" puede resultar difícil. Los que corren el riesgo de sufrir una crisis económica grave podrían optar por incluir en el AII una excepción relativa a la seguridad que pudiera aplicarse en ese caso. Sin embargo, deben tener cuidado de que la protección de su derecho soberano de responder a la crisis económica como consideren conveniente no redunde en una reducción excesiva del nivel de protección de las inversiones. Las economías emergentes, por otro lado, deben tener interés en que las cláusulas de excepción relacionadas con la seguridad en los AII no priven a sus inversores en el extranjero de la protección garantizada por esos tratados. Así pues, podrían optar por que las excepciones relativas a la seguridad se redacten en términos relativamente estrictos y que estén sujetas a examen judicial. Esos objetivos divergentes podrían poner en un dilema a los países en desarrollo que son a la vez países de origen y de destino de inversiones extranjeras.

En general, hoy en día, para tener en cuenta los aspectos de seguridad nacional en los AII, se debe considerar el contexto más amplio de las políticas de los países receptores destinadas a reforzar su economía y aumentar su competitividad internacional. Es necesario que cada país decida por sí solo si una excepción relativa a la seguridad es importante para esos efectos. Sea cual fuera la política que adopte un país, es importante que el objetivo de preservar el derecho soberano de cada país a adoptar el tipo de medidas que considere adecuado para responder a una crisis económica y proteger sus industrias estratégicas no tenga un efecto disuasivo para los inversores extranjeros ni redunde en una disminución del atractivo del país como destino para las inversiones extranjeras. La incertidumbre en cuanto al alcance de la excepción relativa a la seguridad y las

modalidades de su aplicación pueden socavar significativamente la confianza de los inversores. Por tanto, lograr un equilibrio razonable entre las preocupaciones legítimas en materia de seguridad de los países receptores por un lado y un grado suficiente de protección de las inversiones por el otro, es fundamental para alcanzar el objetivo esencial de los AII, a saber, poner las inversiones al servicio del desarrollo.

REFERENCES

- Bottini G (2008). Protection of essential interests in the BIT era. In: Grierson Weiler TJ ed. *Investment Treaty Arbitration and International Law*. New York. JurisNet: 145–164.
- Burke-White W and von Staden A (2007). Investment protection in extraordinary times: the interpretation and application of non-precluded measures, provisions in bilateral investment treaties. *Scholarship at Penn Law*. University of Pennsylvania Law School. Paper No. 152, November 2007. Available at <http://lsr.nellco.org/upenn/wps/papers/152>.
- Casarini N (2007). China flexes global investment muscles. International Relations and Security Network (ISN). *ISN Security Watch*. 16 October 2007. Available at: <http://www.isn.ethz.ch/isn/Current-Affairs/Security-Watch/Detail/?ots591=4888CAA0-B3DB-1461-98B9-E20E7B9C13D4&lng=en&id=53796>.
- Hoegge B (2007). Credit crisis puts focus on sovereign wealth funds. *Bangkok Post*. Thailand. 20 December 2007. Available at: http://archives.mybangkokpost.com/bkkarchives/frontstore/news_detail.html?aid=218833&textcat=Business%20News&type=t&key=credit%20crisis&year=2007&click_page=1&search_cat=text&form=text_search.
- Neumann J and Tuerk E (2003). Necessity revisited: proportionality in World Trade Organization law after Korea beef, EC asbestos and EC sardines. *Journal of World Trade*. Vol. 37, No. 1.
- Rose-Ackerman S and Billa B (2007). Treaties and national security. Yale Law and Economics research paper no. 351. Available from the Social Science Research Network Paper Collection at: <http://ssrn.com/abstract=1001460>.

- Sauvant K (2006). Is foreign direct investment still a welcome tool? *Taipei Times*. 7 September 2006. Taiwan (Province of China). Available at: <http://www.taipetimes.com/News/editorials/archives/2006/09/07/2003326593>.
- Singh K (2007). *Why Investment Matters: The Political Economy of International Investments*. London and Delhi: FERN, The Corner House, Madhyam Books. Also available at: http://www.fern.org/media/documents/document_3891_3921.pdf.
- Truman, EM (2007). Sovereign wealth funds: the need for greater transparency and accountability. Policy Briefs, No. PB07-6. Washington, D.C. Peterson Institute for International Economics.
- UNCTAD (2008). *World Investment Report 2008: Transnational Corporations and the Infrastructure Challenge*. United Nations publication. Sales No. E.08.II.D.23. New York and Geneva.
- UNCTAD (2007a). *World Investment Report 2007: Transnational Corporations, Extractive Industries and Development*. United Nations publication. Sales No. E.07.II.D.9. New York and Geneva.
- UNCTAD (2007b). *Investor–State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking*. United Nations publication. Sales No. E.07.II.D.10. New York and Geneva.
- UNCTAD (2006). *World Investment Report 2006: FDI from Developing and Transition Economies: Implications for Development*. United Nations publication. Sales No. E.06.II.D.11. New York and Geneva.
- Wharton School of the University of Pennsylvania (2007). A closer look at sovereign wealth funds: secretive, powerful, unregulated and huge. Knowledge@Wharton. 12 December 2007. Available at: <http://knowledge.wharton.upenn.edu/article.cfm?articleid=1868>.

SELECTED UNCTAD PUBLICATIONS ON TRANSNATIONAL CORPORATIONS AND FOREIGN DIRECT INVESTMENT

(For more information, please visit www.unctad.org/en/pub)

A. SERIAL PUBLICATIONS

World Investment Reports

(For more information visit www.unctad.org/wir)

World Investment Report 2008. Transnational Corporations and the Infrastructure Challenge. Sales No. E.08.II.D.23. \$80. http://www.unctad.org/en/docs/wir2008_en.pdf.

World Investment Report 2007. Transnational Corporations and the Infrastructure Challenge. An Overview. 42 p. http://www.unctad.org/en/docs/wir2008overview_en.pdf.

World Investment Report 2007. Transnational Corporations, Extractive Industries and Development. Sales No. E.07.II.D.9. \$75. http://www.unctad.org/en/docs/wir2007_en.pdf.

World Investment Report 2007. Transnational Corporations, Extractive Industries and Development. An Overview. 50 p. http://www.unctad.org/en/docs/wir2007overview_en.pdf.

World Investment Report 2006. FDI from Developing and Transition Economies: Implications for Development. Sales No. E.06.II.D.11. \$75. http://www.unctad.org/en/docs/wir2006_en.pdf.

World Investment Report 2006. FDI from Developing and Transition Economies: Implications for Development. An Overview. 50 p. http://www.unctad.org/en/docs/wir2006overview_en.pdf.

World Investment Report 2005. Transnational Corporations and the Internationalization of R&D. Sales No. E.05.II.D.10. \$75. http://www.unctad.org/en/docs/wir2005_en.pdf.

World Investment Report 2005. Transnational Corporations and the Internationalization of R&D. An Overview. 50 p. http://www.unctad.org/en/docs/wir2005overview_en.pdf.

World Investment Report 2004. The Shift Towards Services. Sales No. E.04.II.D.36. \$75. http://www.unctad.org/en/docs/wir2004_en.pdf.

World Investment Report 2004. The Shift Towards Services. An Overview. 62 p. http://www.unctad.org/en/docs/wir2004overview_en.pdf.

World Investment Report 2003. FDI Policies for Development: National and International Perspectives. Sales No. E.03.II.D.8. \$49. http://www.unctad.org/en/docs/wir2003_en.pdf.

World Investment Report 2003. FDI Policies for Development: National and International Perspectives. An Overview. 66 p. http://www.unctad.org/en/docs/wir2003overview_en.pdf.

World Investment Report 2002: Transnational Corporations and Export Competitiveness. 352 p. Sales No. E.02.II.D.4. \$49. http://www.unctad.org/en/docs/wir2002_en.pdf.

World Investment Report 2002: Transnational Corporations and Export Competitiveness. An Overview. 66 p. http://www.unctad.org/en/docs/wir2002overview_en.pdf.

World Investment Report 2001: Promoting Linkages. 356 p. Sales No. E.01.II.D.12 \$49. <http://www.unctad.org/wir/contents/wir01content.en.htm>.

World Investment Report 2001: Promoting Linkages. An Overview. 67 p. <http://www.unctad.org/wir/contents/wir01content.en.htm>.

Ten Years of World Investment Reports: The Challenges Ahead. Proceedings of an UNCTAD special event on future challenges in the area of FDI. UNCTAD/ITE/Misc.45. <http://www.unctad.org/wir>.

World Investment Report 2000: Cross-border Mergers and Acquisitions and Development. 368 p. Sales No. E.99.II.D.20. \$49. <http://www.unctad.org/wir/contents/wir00content.en.htm>.

World Investment Report 2000: Cross-border Mergers and Acquisitions and Development. An Overview. 75 p. <http://www.unctad.org/wir/contents/wir00content.en.htm>.

World Investment Directories

(For more information visit
http://r0.unctad.org/en/subsites/dite/fdistats_files/WID2.htm)

World Investment Directory 2004: Latin America and the Caribbean. Volume IX. 599 p. Sales No. E.03.II.D.12. \$25.

World Investment Directory 2003: Central and Eastern Europe. Vol. VIII. 397 p. Sales No. E.03.II.D.24. \$80.

Investment Policy Reviews

(For more information visit <http://www.unctad.org/pr>)

Investment Policy Review – Rwanda. 130 p. Sales No. E.06.II.D.15. \$25.

Investment Policy Review – Colombia 73 p. Sales No. E06.II.D.4 \$25.

Investment Policy Review – Kenya. 126 p. Sales No. E.05.II.D.21. \$25.

Investment Policy Review – Benin. 147 p. Sales No. F.04.II.D.43. \$25.

Investment Policy Review – Sri Lanka. 89 p. No. E.04.II.D.19 \$25.

Investment Policy Review – Algeria. 110 p. Sales No. F04.II.D.30. \$25.

Investment Policy Review – Nepal. 89 p. Sales No. E.03.II.D.17. \$20.

Investment Policy Review – Lesotho. 105 p. Sales No. E.03.II.D.18. \$15/18.

Investment Policy Review – Ghana. 103 p. Sales No. E.02.II.D.20. \$20.

Investment Policy Review – Tanzania. 109 p. Sales No. E.02.II.D.6 \$20.

Investment Policy Review – Botswana. 107 p. Sales No. E.01.II.D.I. \$22.

Investment Policy Review – Ecuador. 136 p. Sales No. E.01.II.D.31. \$25.

Investment and Innovation Policy Review – Ethiopia. 130 p. UNCTAD/ITE/IPC/Misc.4.

Investment Policy Review – Mauritius. 92 p. Sales No. E.01.II.D.11. \$22.

Investment Policy Review – Peru. 109 p. Sales No. E.00.II.D.7. \$22.

Investment Policy Review – Egypt. 119 p. Sales No. E.99.II.D.20. \$19.

Investment Policy Review – Uganda. 71 p. Sales No. E.99.II.D.24. \$15.

Investment Policy Review – Uzbekistan. 65 p. UNCTAD/ITE/IIP/Misc. 13.

International Investment Instruments

(For more information visit <http://www.unctad.org/iia>)

International Investment Instruments: A Compendium. Vol. XIV. Sales No. E.05.II.D.8. 326 p. \$60.

International Investment Instruments: A Compendium. Vol. XIII. Sales No. E.05.II.D.7. 358 p. \$60.

International Investment Instruments: A Compendium. Vol. XII. Sales No. E.04.II.D.10. 364 p. \$60.

International Investment Instruments: A Compendium. Vol. XI. 345 p. Sales No. E.04.II.D.9. \$60. http://www.unctad.org/en/docs/dite4volxi_en.pdf.

International Investment Instruments: A Compendium. Vol. X. 353 p. Sales No. E.02.II.D.21. \$60. <http://www.unctad.org/en/docs/psdited3v9.en.pdf>.

International Investment Instruments: A Compendium. Vol. IX. 353 p. Sales No. E.02.II.D.16. \$60. <http://www.unctad.org/en/docs/psdited3v9.en.pdf>.

International Investment Instruments: A Compendium. Vol. VIII. 335 p. Sales No. E.02.II.D.15. \$60. <http://www.unctad.org/en/docs/psdited3v8.en.pdf>.

International Investment Instruments: A Compendium. Vol. VII. 339 p. Sales No. E.02.II.D.14. \$60. <http://www.unctad.org/en/docs/psdited3v7.en.pdf>.

International Investment Instruments: A Compendium. Vol. VI. 568 p. Sales No. E.01.II.D.34. \$60. http://www.unctad.org/en/docs/ps1dited2v6_p1.en.pdf (part one).

International Investment Instruments: A Compendium. Vol. V. 505 p. Sales No. E.00.II.D.14. \$55.

International Investment Instruments: A Compendium. Vol. IV. 319 p. Sales No. E.00.II.D.13. \$55.

UNCTAD Investment Guides

(For more information visit <http://www.unctad.org/Templates1/Page.asp?intItemID=2705&lang=14>)

An Investment Guide to Rwanda: Opportunities and Conditions. 79 p. UNCTAD/ITE/IIA/2006/3.

An Investment Guide to Mali: Opportunities and Conditions. 68 p. UNCTAD/ITE/IIA/2006/2.

An Investment Guide to Kenya: Opportunities and Conditions. 92 p. UNCTAD/ITE/IIA/2005/2.

An Investment Guide to Tanzania: Opportunities and Conditions. 82 p. UNCTAD/ITE/IIA/2005/3.

An Investment Guide to the East African Community: Opportunities and Conditions. 109 p. UNCTAD/ITE/IIA/2005/4.

An Investment Guide to Mauritania: Opportunities and Conditions. 80 p. UNCTAD/ITE/IIA/2004/4.

Guide de l'investissement au Mali: Opportunités et Conditions. 76 p. UNCTAD/ITE/IIA/2004/1.

An Investment Guide to Cambodia: Opportunities and Conditions. 89 p. UNCTAD/ITE/IIA/2003/6. http://www.unctad.org/en/docs/iteiia20036_en.pdf.

An Investment Guide to Nepal: Opportunities and Conditions. 97 p.
UNCTAD/ITE/IIA/2003/2. http://www.unctad.org/en/docs/iteiia20032_en.pdf.

An Investment Guide to Mozambique: Opportunities and Conditions. 109 p.
UNCTAD/ITE/IIA/4. <http://www.unctad.org/en/docs/poiteiad4.en.pdf>.

An Investment Guide to Uganda: Opportunities and Conditions. 89 p.
UNCTAD/ITE/IIA/2004/3.

An Investment Guide to Bangladesh: Opportunities and Conditions. 66 p.
UNCTAD/ITE/IIT/Misc.29. <http://www.unctad.org/en/docs/poiteiitm29.en.pdf>.

An Investment Guide to Ethiopia: Opportunities and Conditions. 90 p.
UNCTAD/ITE/IIA/2004/2.

International Investment Policies for Development
(For more information visit <http://www.unctad.org/ia>)

Investment Promotion Provisions in International Investment Agreements. 103 p. Sales no. E.08.II.D.5. \$15.

Preserving Flexibility in IIAs: The Use of Reservations. 104 p. Sales No. E.06.II.D.14. \$15.

International Investment Arrangements: Trends and Emerging Issues. 110 p. Sales No. E.06.II.D.03. \$15.

Investor-State Disputes Arising from Investment Treaties: A Review. 106 p. Sales No. E.06.II.D.1. \$15.

South-South Cooperation in Investment Arrangements. 108 p. Sales No. E.05.II.D.26. \$15.

International Investment Agreements in Services. 119 p. Sales No. E.05.II.D.15. \$15.

The REIO Exception in MFN Treatment Clauses. 92 p. Sales No. E.05.II.D.1. \$15.

Issues in International Investment Agreements
(For more information visit <http://www.unctad.org/ia>)

International Investment Agreements: Key Issues, Volumes I, II and III. Sales No.: E.05.II.D.6. \$65.

State Contracts. 84 p. Sales No. E.05.II.D.5. \$15.

Competition. 112 p. E.04.II.D.44. \$15.

Key Terms and Concepts in IIAs: a Glossary. 232 p. Sales No. E.04.II.D.31. \$15.

Incentives. 108 p. Sales No. E.04.II.D.6. \$15.

Transparency. 118 p. Sales No. E.04.II.D.7. \$15.

Dispute Settlement: State-State. 101 p. Sales No. E.03.II.D.6. \$15.

Dispute Settlement: Investor-State. 125 p. Sales No. E.03.II.D.5. \$15.

Transfer of Technology. 138 p. Sales No. E.01.II.D.33. \$18.

Illicit Payments. 108 p. Sales No. E.01.II.D.20. \$13.

Home Country Measures. 96 p. Sales No. E.01.II.D.19. \$12.

Host Country Operational Measures. 109 p. Sales No. E.01.II.D.18. \$15.

Social Responsibility. 91 p. Sales No. E.01.II.D.4. \$15.

Environment. 105 p. Sales No. E.01.II.D.3. \$15.

Transfer of Funds. 68 p. Sales No. E.00.II.D.27. \$12.

Flexibility for Development. 185 p. Sales No. E.00.II.D.6. \$15.

Employment. 69 p. Sales No. E.00.II.D.15. \$12.

Taxation. 111 p. Sales No. E.00.II.D.5. \$12.

Taking of Property. 83 p. Sales No. E.00.II.D.4. \$12.

National Treatment. 94 p. Sales No. E.99.II.D.16. \$12.

Admission and Establishment. 69 p. Sales No. E.99.II.D.10. \$12.

Trends in International Investment Agreements: An Overview. 133 p. Sales No. E.99.II.D.23. \$12.

Lessons from the MAI. 52 p. Sales No. E.99.II.D.26. \$10.

Fair and Equitable Treatment. 85 p. Sales No. E.99.II.D.15. \$12.

Transfer Pricing. 71 p. Sales No. E.99.II.D.8. \$12.

Scope and Definition. 93 p. Sales No. E.99.II.D.9. \$12.

Most-Favoured Nation Treatment. 57 p. Sales No. E.99.II.D.11. \$12.

Investment-Related Trade Measures. 57 p. Sales No. E.99.II.D.12. \$12.

Foreign Direct Investment and Development. 74 p. Sales No. E.98.II.D.15. \$12.

B. INVESTMENT ADVISORY SERVICES

Series A. No. 1. *Aftercare: A Core Function In Investment Promotion.* UNCTAD/ITE/IPC/2007/1 (October 2007).

Series A. No. 2. *Shaping the Investment Climate: The IPA as Policy Advocate* (forthcoming).

No. 18. *A Survey of Support by Investment Promotion Agencies to Linkages.* UNCTAD/ITE/IPC/2005/12. ISSN: 1819-5938.

C. INDIVIDUAL STUDIES

Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking. 110 p. Sales No. E.07.II.D.10. \$30.

Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking. 172 p. Sales No. E.06.II.D.16. \$30.

Investment Provisions in Economic Integration Agreements. 174 p.
UNCTAD/ITE/IIT/2005/10.

Globalization of R&D and Developing Countries. 242 p. Sales No. E.06.II.D.2.
\$35.

*Prospects for Foreign Direct Investment and the Strategies of Transnational
Corporations, 2005-2008.* 74 p. Sales No. E.05.II.D.32. \$18.

World Economic Situation and Prospects 2005. 136 p. Sales No. E. 05.II.C.2. \$15.
(Joint publication with the United Nations Department of Economic and Social
Affairs.)

*Foreign Direct Investment and Performance Requirements: New Evidence
from Selected Countries.* 318 p. Sales No. E.03.II.D.32. \$35. http://www.unctad.org/en/docs/iteiia20037_en.pdf.

FDI in Land-Locked Developing Countries at a Glance. 112 p.
UNCTAD/ITE/IIA/2003/5.

FDI in Least Developed Countries at a Glance: 2002. 136 p.
UNCTAD/ITE/IIA/6. http://www.unctad.org/en/docs/iteiia6_en.pdf.

Foreign Direct Investment in Africa: Performance and Potential. 89 p.
UNCTAD/ITE/IIT/Misc.15. Free of charge. Also available from
<http://www.unctad.org/en/docs/poiteiitm15.pdf>.

*TNC-SME Linkages for Development: Issues–Experiences–Best Practices.
Proceedings of the Special Round Table on TNCs, SMEs and Development,
UNCTAD X, 15 February 2000, Bangkok, Thailand.* 113 p. UNCTAD/ITE/TEB1.
Free of charge.

Measures of the Transnationalization of Economic Activity. 93 p. Sales
No. E.01.II.D.2. \$20.

*The Competitiveness Challenge: Transnational Corporations and Industrial
Restructuring in Developing Countries.* 283p. Sales No. E.00.II.D.35. \$42.

FDI Determinants and TNC Strategies: The Case of Brazil. 195 p. Sales
No. E.00.II.D.2. \$35. Summary available from <http://www.unctad.org/en/pub/psiteiitd14.en.htm>.

Studies on FDI and Development

TNCs and the Removal of Textiles and Clothing Quotas. 78 p. Sales No. E.05.II.D.20.

Measuring Restrictions on FDI in Services and Transition Economies, 56 p. Sales No. 06.II.D.13.

D. JOURNALS

Transnational Corporations Journal (formerly *The CTC Reporter*). Published three times a year. Annual subscription price: \$45; individual issues \$20. http://www.unctad.org/en/subsites/dite/1_itnacs/1_tnacs.htm.

United Nations publications may be obtained from bookstores and distributors throughout the world. Please consult your bookstore or write:

For Africa, Asia and Europe to:

Sales Section
United Nations Office at Geneva
Palais des Nations
CH-1211 Geneva 10
Switzerland
Tel: (41-22) 917-1234
Fax: (41-22) 917-0123
E-mail: unpubli@unog.ch

For Asia and the Pacific, the Caribbean, Latin America and North America to:

Sales Section
Room DC2-0853
United Nations Secretariat
New York, NY 10017
United States
Tel: (1-212) 963-8302 or (800) 253-9646
Fax: (1-212) 963-3489
E-mail: publications@un.org

All prices are quoted in United States dollars.

For further information on the work of the Division on Investment, Technology and Enterprise Development, UNCTAD, please address inquiries to:

United Nations Conference on Trade and Development
Division on Investment and Enterprise
Palais des Nations, Room E-10054
CH-1211 Geneva 10, Switzerland
Telephone: (41-22) 917-5651
Telefax: (41-22) 917-0498
<http://www.unctad.org>

QUESTIONNAIRE

Identifying Core Elements in Investment Agreements in the APEC region Sales No. S.08.II.D.27

In order to improve the quality and relevance of the work of the UNCTAD Division on Investment, Technology and Enterprise Development, it would be useful to receive the views of readers on this publication. It would therefore be greatly appreciated if you could complete the following questionnaire and return it to:

Readership Survey
UNCTAD Division on Investment and Enterprise
United Nations Office at Geneva
Palais des Nations, Room E-9123
CH-1211 Geneva 10, Switzerland
Fax: 41-22-917-0194

1. Name and address of respondent (optional):

2. Which of the following best describes your area of work?

Government	<input type="checkbox"/>	Public enterprise	<input type="checkbox"/>
Private enterprise	<input type="checkbox"/>	Academic or research institution	<input type="checkbox"/>
International organization	<input type="checkbox"/>	Media	<input type="checkbox"/>
Not-for-profit organization	<input type="checkbox"/>	Other (specify) _____	

3. In which country do you work? _____

4. What is your assessment of the contents of this publication?
- | | | | |
|-----------|--------------------------|----------|--------------------------|
| Excellent | <input type="checkbox"/> | Adequate | <input type="checkbox"/> |
| Good | <input type="checkbox"/> | Poor | <input type="checkbox"/> |
5. How useful is this publication to your work?
- | | | | |
|-------------|--------------------------|-----------------|--------------------------|
| Very useful | <input type="checkbox"/> | Somewhat useful | <input type="checkbox"/> |
| Irrelevant | <input type="checkbox"/> | | |
6. Please indicate the three things you liked best about this publication:
- _____
- _____
- _____
7. Please indicate the three things you liked least about this publication:
- _____
- _____
- _____
8. If you have read other publications of the UNCTAD Division on Investment, Enterprise Development and Technology, what is your overall assessment of them?
- | | | | |
|--------------------|--------------------------|--|--------------------------|
| Consistently good | <input type="checkbox"/> | Usually good, but with some exceptions | <input type="checkbox"/> |
| Generally mediocre | <input type="checkbox"/> | Poor | <input type="checkbox"/> |

9. On average, how useful are those publications to you in your work?

Very useful Somewhat useful
Irrelevant

10. Are you a regular recipient of *Transnational Corporations* (formerly *The CTC Reporter*), UNCTAD-DITE's tri-annual refereed journal?

Yes No

If not, please check here if you would like to receive a sample copy sent to the name and address you have given above: