

LOS CRITERIOS DE DEFINICIÓN DE “ORDEN PÚBLICO” COMO EXCEPCIÓN A LAS OBLIGACIONES EN EL DERECHO DE LA OMC**

*Daniel Ruiz Lares**

Resumen: Este artículo analiza la excepción identificada como “orden público” contenida en tres instrumentos del sistema jurídico de la OMC: i) el artículo XIV a) del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS); ii) en el artículo XX a) del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT por sus siglas en inglés); y, iii) el artículo 27.2 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC). De esta forma, este artículo retoma el examen de la jurisprudencia entorno al concepto “orden público” emanada de los casos *Estados Unidos – Juegos de azar* (AGCS); así como el caso *China – Publicaciones y productos audiovisuales* (GATT).

Palabras clave: OMC, GATT, AGCS, ADPIC, orden público, moral pública, Estados Unidos – Juegos de azar, China – Publicaciones y productos audiovisuales.

Abstract: This article analyzes the exception identified as “public order” contained in three instruments within the WTO legal system: i) GATS Article XIV a); ii) GATT Article XX a); and, iii) TRIPS Article 27.2. Thus, this article follows up the examination of the jurisprudence around the concept of “public order” issued by the Panels and Appellate Body in *U.S. – Gambling* (GATS) and *China – publications* (GATT).

Key words: WTO, GATT, GATS, TRIPS, public order, public morality, U.S. – Gambling, China – publications.

I. Introducción

El propósito de este artículo es analizar la excepción identificada como “orden público” contenida en el artículo XIV (a) del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios¹ (AGCS); en el artículo XX (a) del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y

** Premio al primer lugar en el concurso de investigación Cátedra OMC México/SIEL, organizado conjuntamente por el Centro de Derecho Económico Internacional del ITAM y la Sociedad de Derecho Económico Internacional.

* Daniel Ruiz Lares es Licenciado en Derecho por el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM). De 2007 a 2009 coordinó el Área Migratoria del Centro de Acceso a la Justicia del ITAM. En 2009, participó en los programas de verano de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado de la Academia de Derecho Internacional de La Haya. En 2010, se integró a la firma de abogados Garza Tello & Asociados. Desde 2011 lidera un equipo de trabajo enfocado en Derecho Financiero, particularmente en seguro y reaseguro internacional.

¹ El artículo XIV del AGCS dice: “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 al comercio de servicios, ninguna disposición del presente Acuerdo se interpretará en el sentido de impedir que un Miembro adopte o aplique medidas: a) necesarias para proteger la moral o mantener el orden público; [...]”

Comercio² (GATT por sus siglas en inglés), y el artículo 27.2 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio³ (Acuerdo sobre los ADPIC).

En relación con el AGCS, es relevante señalar que el término trató de ser definido en el caso conocido como *Estados Unidos – Juegos de azar*; no obstante la labor fue incompleta. Por lo que toca al GATT, con fundamento en lo hecho para el AGCS se decidió retomar la interpretación y decidir en el caso *China – Publicaciones y productos audiovisuales*. Por último, respecto al Acuerdo ADPIC no existe jurisprudencia aún.

Por otra parte, en relación con los términos particulares utilizados en cada una de las excepciones referidas y atendiendo al principio de interpretación eficaz de los tratados, es necesario encontrar significados individuales para cada una de las excepciones. Esto en tanto que es infructuoso pensar en una definición que pueda ser utilizada transversalmente en los acuerdos y que goce de consenso internacional en sus elementos constitutivos.

II. Consideraciones preliminares

Antes de entrar al análisis particular de las excepciones contenidas en los diversos acuerdos, es necesario realizar un acercamiento breve a algunas consideraciones históricas, otras derivadas de la legislación nacional, en este caso la mexicana, y otras del derecho internacional. Esto, con el propósito de tener un panorama más claro.

1. Consideraciones históricas

Se puede comenzar diciendo que todos los países consideraron necesario aplicar derecho extranjero en su propio territorio, al tiempo que sus relaciones internacionales se volvieron más complejas.⁴ Como resultado de la aplicación del derecho extranjero, los países receptores se dieron cuenta de que había consecuencias imprevistas o inaceptables en sus respectivos sistemas.

Siendo lo anterior así, los doctrinarios locales generaron una válvula de escape que permitiera a las naciones desviarse de sus compromisos internacionales en ciertos casos.⁵ Diversos tratadistas dilucidaron teorías que giraban alrededor de zonas de aplicación seguras de derecho extranjero y zonas vedadas a éste dentro del ordenamiento local.⁶

2. Consideraciones de legislación nacional (caso México)

² El artículo XX del GATT dice: “A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas: a) necesarias para proteger la moral pública; [...]”

³ El artículo 27.2 del Acuerdo ADPIC dice: [...] 2. Los Miembros podrán excluir de la patentabilidad las invenciones cuya explotación comercial en su territorio deba impedirse necesariamente para proteger el orden público o la moralidad, inclusive para proteger la salud o la vida de las personas o de los animales o para preservar los vegetales, o para evitar daños grave al medio ambiente, siempre que esa exclusión no se haga meramente porque la explotación esté prohibida por la legislación. [...]”

⁴ Habicht, Max, “The Application of Soviet Laws and the Exception of Public Order”, *The American Journal of International Law* 21, núm. 2, 1927, p. 239.

⁵ *Ibidem*, p. 242.

⁶ *Ibidem*, p. 240.

Por lo que toca al ordenamiento nacional, el tema del orden público no es nuevo. Por el contrario, el concepto ha sido utilizado fructíferamente ya desde hace tiempo en cualquier cantidad de ordenamientos disímbolos. Paradójicamente, poco o nada se ha dicho a ciencia cierta sobre el contenido del aludido concepto.

De cierta manera podría decirse que el orden público delimita la frontera entre los derechos de los cuales uno puede disponer libremente de los que no; estos últimos son los que el orden público protege.⁷ Por ejemplo, en México la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado respecto del concepto de orden público y determinó que el mismo es un “concepto jurídico indeterminado”⁸. En otras palabras, es un concepto que no puede ser *prima facie* definido, pues su significado atiende a circunstancias concomitantes de modo, tiempo y lugar al momento en el que se analiza.

En este sentido, es argumentable que la carencia de definición obedezca a una razón pragmática más que a la incapacidad de nuestros legisladores y jueces. Esto, pues el concepto mismo de orden público representa axiomas sociales y consideraciones sociológicas dinámicas que sólo pueden ser analizadas en un momento y lugar determinados.

3. Consideraciones de derecho internacional

Es fundamental reconocer que el derecho de la Organización Mundial del Comercio (OMC) no es un régimen de derecho auto-contenido; por el contrario, vive inserto en la estructura del derecho internacional.⁹ En este sentido, el Órgano de Apelación en su resolución acerca del caso *Estados Unidos – Gasolina* aseveró que de ninguna manera se debe pensar que el derecho de la OMC se encuentra aislado del derecho internacional.

La idea de un sistema auto-contenido de derecho no debe hacer pensar en un aislamiento normativo o en una existencia más allá de las reglas del derecho internacional público (DIP). Por el contrario, debe hacer pensar en una sinergia constante pues el DIP es cuna y razón de ser del sistema de la OMC. Es así que, haciendo referencia a lo dispuesto por el artículo 56 de las Reglas sobre Responsabilidad de los Estados de la Comisión de Derecho Internacional, el sistema de la OMC debe considerarse como uno de *lex specialis*.¹⁰

No obstante lo anterior, no puede olvidarse que las reglas de DIP son necesariamente punto de partida y sus principios irrenunciables en tanto que son costumbre internacional. Además, es de suponerse que al encontrarse estos principios en relación constante y directa con las situaciones novedosas del derecho comercial, evolucionan y adquieren significados más amplios constantemente.¹¹

Por ejemplo, aunque se considere como *lex specialis* al sistema de la OMC, las partes signatarias del acuerdo de creación del organismo ineludiblemente asumen sus obligaciones partiendo de un principio internacional de buena fe.¹²

⁷ Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, t. XV-II, febrero de 1995, p. 227.

⁸ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXII, agosto de 2005, p. 1956.

⁹ Marceau, Gabrielle, “WTO Dispute Settlement and Human Rights”, *European Journal of International Law* 13, núm. 4, 2002, p. 767.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ *Ibidem*, p. 775.

¹² *Ibidem*, p. 779.

Así, tampoco se puede escapar de otros principios torales de DIP como lo son la soberanía e igualdad de los Estados. Sin éstos, resulta impensable una relación *vis-à-vis* entre los Estados. El corolario de estos principios es: un Estado tiene (1) la jurisdicción exclusiva sobre su territorio y su población permanente; (2) un deber de no intervención en las áreas de jurisdicción exclusiva de otros Estados, y (3) una vinculación con las obligaciones internacionales que tienen base en la costumbre internacional y los tratados de los que es parte.¹³

En refuerzo de lo anterior, la misma Corte Permanente de Justicia Internacional (Corte Permanente) sostuvo en diversas ocasiones que la participación en un instrumento internacional constituye la afirmación y pleno ejercicio de los principios de soberanía e igualdad de los Estados.¹⁴ Por lo que, en términos generales, y para el caso en discusión, los principios de DIP se presumen necesarios y se reconocen como aplicables.¹⁵

Con estos razonamientos es que debemos acercarnos al análisis de la definición de “orden público”. Al hacerlo, dos cuestionamientos surgen acerca de la decisión tomada por los órganos de la OMC. Primero, ¿cómo es que un tribunal internacional debe aproximarse al estudio de la legitimidad de una alegación de orden público, si éste se determina preponderantemente de modo geográfico, profundamente arraigado en la conciencia social colectiva y con posibilidad de ser diametralmente opuestos de una localización a otra? Segundo, asumiendo que pudiera de algún modo determinarse la legitimidad de una alegación de orden público/moral pública, ¿cómo es que ésta debe relacionarse e interactuar con los derechos comerciales de los otros Estados?¹⁶

Si bien es cierto que las herramientas básicas de interpretación de los tratados, contenidas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena), son un punto de partida necesario para cualquier discusión de este tipo, los cuestionamientos referidos sobre el orden público tienen el potencial de rebasar al significado ordinario de las palabras y a los medios complementarios de interpretación. Por lo que mirar simplemente al texto para vislumbrar una respuesta se antoja complicado, mas analizar el texto en conjunto con otros elementos relevantes puede brindar un resultado más fructífero.¹⁷

No hay duda que más allá del escenario mercantil que se nos presenta, en realidad estamos frente a deliberaciones sobre la soberanía de un Estado. Esto, pues todas las naciones soberanas tienen un interés en definir particularmente lo que ellas consideran como propio de su orden público.¹⁸

Hasta cierto punto, una parte del análisis y las conclusiones del Grupo Especial en la decisión sobre el orden público hace una referencia implícita al principio de auto-determinación de los pueblos, al dejar ciertas cuestiones al amparo de la política pública

¹³ Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, Séptima Edición, Oxford University Press, Gran Bretaña, 2008, p. 289.

¹⁴ *Ibidem*, p. 290.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 290-291.

¹⁶ Marwell, Jeremy C., “Trade and Morality: The WTO Public Morals Exception After Gambling”, *New York University Law Review* 81, 2006, p. 805.

¹⁷ Ortino, Federico, “Treaty Interpretation and the WTO Appellate Body Report in US-Gamblings: A Critique”, *Journal of International Economic Law* 9, núm. 1, 2006, p. 123.

¹⁸ Park, Michael, “Market Access and Exceptions Under the GATS and Online Gambling Services”, *Southwestern Journal of Law & Trade in the Americas*, núm. 12, 2006, p. 515.

nacional y a la auto-regulación.¹⁹ Pero el riesgo de hacerlo de este modo radica en que una mala determinación de los alcances del concepto “orden público”, entraña un potencial uso abusivo o proteccionista del concepto y, por lo tanto, un debilitamiento de la estructura y los avances comerciales de la OMC.²⁰

A pesar de esta aparente deferencia hacia el ámbito normativo nacional, algunos tratadistas cuestionan que, paradójicamente, esto es un acercamiento restrictivo de la soberanía de los miembros de la OMC. Esto, pues se piensa que analizar cuestiones de orden público con base en evidencia empírica externa al Estado que la invoca tiene como resultado la imposición de una moral de la mayoría.²¹

Por el contrario, otros tratadistas creen que fue el criterio adecuado en tanto que permitió, al mantener un lenguaje ambiguo en la decisión, un amplio margen de maniobra.²² Es exactamente en el cuadro de esta discusión que este artículo encuentra su nicho de desarrollo.

4. *Sobre la OMC*

El aumento en la diversidad de los miembros integrantes de la OMC, aunado con la importancia que tiene el comercio internacional para las economías locales, hace que la posibilidad de disputas sea elevada. Sobre todo si existe la oportunidad de construir las sobre la base de diferencias culturales.²³

Si se acepta esta realidad, no es aventurado imaginar los cientos de conflictos potenciales que existirían si se utiliza de modo arbitrario el concepto de orden público. Se debe tener en mente que, como consecuencia necesaria de los principios de soberanía, el de auto-determinación de los pueblos y el de no intervención en los asuntos internos de un Estado, el concepto de “orden público” puede significar prácticamente cualquier cosa. Desde la opinión generalizada acerca del consumo de alcohol hasta consideraciones sobre pornografía, libertad de expresión, regulación laboral o los derechos de las mujeres.²⁴

En un mundo cada vez más interconectado y con un intercambio de ideas creciente, no sería extraño suponer que algún gobierno pudiera sucumbir ante la tentación de invocar la protección de estos nebulosos ideales para respaldar a su economía local frente a los embates de la extranjera. Esto en tanto que el concepto de orden público *per se* no puede ser definido como algo blanco o negro.²⁵

Con este panorama es que los órganos de adjudicación de la OMC se enfrentaron por primera vez a la excepción de orden público. Hasta el momento anterior al caso *Estados Unidos – Juegos de azar*, no existía precedente alguno sobre el tema.²⁶

Para la decisión del caso en comento, el Grupo Especial echó mano de la jurisprudencia existente sobre las excepciones generales del GATT de 1994 en un intento de encontrar un

¹⁹ Krajewski, Markus, “Playing by the Rules of the Game? Specific Commitments after US-Gambling and Betting and the Current GATS Negotiations”, *Legal Issues of Economic Integration* 32, núm. 4, 2005, p. 439.

²⁰ Marwell, Jeremy C., *op. cit.*, p. 806.

²¹ *Idem.*

²² Krajewski, Markus, *op. cit.*, p. 440.

²³ Maxwell, Jeremy C., *op. cit.*, p. 808.

²⁴ *Ibidem*, p. 815.

²⁵ *Idem.*

²⁶ Park, Michael, *op. cit.*, p. 509.

asidero conceptual del cual hacer partir su análisis. Esto, en vista de que se encontraron similitudes en la redacción y propósito de los artículos correlativos del GATT y del AGCS.²⁷

En su momento, el Grupo Especial, sin mayor deliberación, decidió que el orden público se refiere a la preservación de los intereses fundamentales de una sociedad, en la medida en que estos podrían ser identificados en sus políticas públicas y su actividad legislativa, en lo que la gente entiende por decencia y moral.²⁸

Como consecuencia lógica de esta escueta definición, el Grupo Especial arribó en su decisión sobre el orden público a la conclusión casi inmediata de que los miembros de la OMC tienen la prerrogativa de determinar el significado y alcance de los intereses fundamentales, así como el nivel de protección que éstos merecen en tanto que no necesariamente son compartidos.²⁹

Se puede decir, que el concepto de orden público, que funciona como excepción a las obligaciones adquiridas, presenta un sinnúmero de posibilidades de conflicto. Por un lado, porque a diferencia de conceptos como salud o recursos naturales agotables, no existe un consenso internacional acerca de la evidencia objetiva que puede demostrar la existencia y el alcance del orden público con certeza.³⁰ En este sentido, respecto a lo que debía entenderse por salud, el Órgano de Apelación en el asunto *CE - Amianto* decidió que para justificar una medida de acuerdo al artículo XX (b) del GATT, medidas necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, un miembro puede tomar, de buena fe, como base la información científica que hasta la fecha exista para dar sustento a su política pública incompatible con la OMC aunque aquella tenga origen en información científica minoritaria.³¹ Además, en lo tocante a las medidas relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, el Órgano de Apelación decidió que por lo menos debe haber una relación sustancial entre la medida incompatible con las obligaciones de la OMC y los fines que se pretenden; es decir, debe existir una relación medio-fin adecuada para que la medida pueda estar justificada.³²

Por otro lado, al parecer el secreto de la interpretación de estos conceptos, que necesariamente tienen que ser interpretados de modo restrictivo por su naturaleza de excepción, es el balance entre lo que localmente se consagra como fundamental y lo que internacionalmente se considera importante, o por lo menos lo suficientemente importante para permitir una violación de las obligaciones adquiridas.³³ En lo referente al uso restrictivo de las excepciones, el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Juegos de azar*, al referirse en general a las excepciones dijo que su uso debe ser moderado

²⁷ Dogan, Irem, “Taking a Gamble on Public Morals: Invoking the Article XIV Exception to GATS”, *Brooklyn Journal of International Law* 32, núm. 3, 2007, p. 1143.

²⁸ Park, Michael, *op. cit.*, p. 510.

²⁹ Krajewski, Marcus, *op. cit.*, p. 439.

³⁰ Marwell, Jeremy C., *op. cit.*, p. 815.

³¹ Condon, Bradley J., *El Derecho de la Organización Mundial de Comercio*, Cameron May, Gran Bretaña, 2007, pp. 243-251.

³² *Ibidem*, pp. 257-259 e Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones*, párrafos 136 y 137.

³³ Diebold, Nicolas F., “The Morals and Order Exceptions in WTO Law: Balancing the Toothless Tiger and the Undermining Mole”, *Journal of International Economic Law* 11, núm. 1, 2007, p. 59.

y se debe prevenir a toda costa el uso abusivo, de tal suerte que al ser usadas de modo responsable no se frustren los derechos de los demás miembros.³⁴

A tal grado el concepto de orden público resulta escurridizo y discutible que algunos entusiastas de los Derechos Humanos vislumbran una prometedora posibilidad de utilizarlo como método de presión para hacer que países disidentes incorporen o reconozcan en sus ordenamientos jurídicos consideraciones sobre, por ejemplo, los derechos de la mujer o los estándares laborales mínimos. Esto mediante la utilización de las sanciones económicas contenidas en el derecho de la OMC como fulcro.³⁵

Sin embargo, dar una interpretación tan expansiva de lo que puede considerarse como orden público, siempre entraña la posibilidad de abuso. En este sentido, si bien existe un núcleo pequeño de consideraciones sobre lo que el orden público abarca y que no serían razonablemente discutidas en ningún foro, también lo es que hay un gran número de ellas debatibles.³⁶

5. *Conclusión*

En conclusión se puede decir que el derecho de la OMC no escapa al ámbito de aplicación del DIP. Por el contrario, éste es cuna de aquel. Los principios del DIP son el presupuesto lógico necesario no sólo para la existencia de los Acuerdos abarcados, sino de la existencia misma de la OMC.

En este sentido, la soberanía de los Estados en la arena internacional, la igualdad de los Estados, el principio de auto-determinación de los pueblos, entre otros, son de aplicación obligatoria en todas y cada una de las decisiones de los órganos de adjudicación de la OMC. Por otra parte, las reglas de interpretación de los tratados, contenidas en la Convención de Viena, son también obligatorias en los análisis en tanto que constituyen costumbre internacional.

Por otra parte, resulta ya evidente la dificultad en el manejo de conceptos jurídicos indeterminados por lo que tanto legisladores, como negociadores de tratados internacionales deben ser muy cuidadosos al incluir estos conceptos en sus acuerdos pues sus alcances son prácticamente impredecibles.³⁷

III. Orden Público en el AGCS

1. *Introducción*

El propósito de esta sección es analizar, con base en las consideraciones previamente establecidas, la conveniencia de la metodología utilizada y la calidad de la argumentación de los órganos de adjudicación de la OMC cuando se vieron confrontados por el elusivo concepto de orden público.

Además, se discutirán también las consecuencias, voluntarias o inadvertidas, de las conclusiones a las que los mencionados órganos arribaron. Lo anterior, se hará con base en argumentos de diversos articulistas que han escrito sobre el tema.

³⁴ Condon, Bradley J., *op. cit.*, pp. 243-251.

³⁵ Marwell, Jeremy C., *op. cit.*, p. 804.

³⁶ *Ibidem*, p. 816.

³⁷ Krajewski, Markus, *op. cit.*, p. 423.

Cabe señalar que, como se advirtió en el capítulo precedente, el Panel en el asunto *Estados Unidos – Juegos de azar* no consiguió determinar la validez de las alegaciones de las partes sobre la definición y extensión del concepto “orden público” basándose únicamente en las reglas especiales contenidas en el derecho de la OMC. Por el contrario, se vio forzado a echar mano de los más diversos y disímolos medios para allegarse de elementos de convicción. Así, el Panel miró a cuestiones como la regulación doméstica de los Estados, la práctica regional de éstos, y hasta declaraciones de altos funcionarios para encontrar indicios sobre lo que el concepto citado puede significar o ha significado en el contexto internacional.³⁸

Sin embargo, las preguntas doctrinales hechas en la sección anterior permanecen sin cambio, ¿es la excepción para proteger la moral y el orden público en el artículo XIV (a) del AGCS un vehículo para que un Estado soberano califique las preocupaciones sociales de otro Estado igualmente soberano? Y, si el esfuerzo del Estado para limitar el acceso a su mercado para ciertos servicios, no tiene como propósito discriminar entre competidores, sino regular una industria que se considera socialmente nociva, ¿está obligado a cumplir, debe ser obligado a cumplir dejando a un lado su autonomía?³⁹

2. Análisis del Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos – Juegos de azar*

Las alegaciones de las partes son las siguientes: Antigua y Barbuda, como parte actora, alegó que determinadas leyes de autoridades estatales y federales de los Estados Unidos de América (Estados Unidos) declaraban ilegal el hecho de que proveedores situados fuera de los Estados Unidos suministraran servicios de juegos de azar y apuestas a consumidores dentro de los Estados Unidos. Así la parte actora argumentaba que la implementación de estas medidas constituía una prohibición total del suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas. Por lo tanto, su aplicación constituía una violación a las obligaciones adquiridas en el seno del AGCS en la medida en que la prohibición total es contraria a los compromisos de acceso a los mercados y trato nacional.⁴⁰

Por su parte, los Estados Unidos argüían en su defensa que una prohibición total no podía ser analizada como una medida incompatible con el AGCS en tanto que la prohibición total era el resultado de la aplicación de una serie de medidas legislativas diversas. Si se desea impugnar algo, debían ser entonces las medidas, individual y claramente identificadas. Además Estados Unidos argumentaba que este incumplimiento a las obligaciones de acceso libre a los mercados y de trato nacional se justificaba porque eran medidas necesarias para proteger la moral o el orden público, y para lograr la observancia de leyes y reglamentos. Ambas defensas válidas bajo el artículo XIV, incisos (a) y (c).⁴¹

Por último, la decisión en cuestión del Grupo Especial fue la siguiente: primero, el Grupo Especial decidió que Antigua no podía impugnar en abstracto la prohibición total del suministro de servicios de apuestas en los Estados Unidos. Debía impugnar un conjunto de leyes específicas, identificándolas claramente con el objeto de que Estados Unidos supiera

³⁸ Marwell, Jeremy C., *op. cit.*, p. 813.

³⁹ Park, Michael, *op. cit.*, p. 515.

⁴⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, WT/DS285/AB/R, adoptado el 7 de abril de 2005, párrafo 2.

⁴¹ *Ibidem*, párrafo 3.

con base en qué se le acusaba y tuviera oportunidad de defenderse. Segundo, no obstante lo anterior, el Grupo Especial también decidió que Antigua había identificado las medidas en controversia de modo suficiente, por lo que procedió a analizar las alegaciones de Antigua.⁴²

Tercero, respecto al compromiso de acceso a los mercados nacionales, el Grupo Especial determinó que Estados Unidos sí había adquirido compromisos de acceso libre en el rubro de servicios de apuestas y juegos de azar. Por lo tanto, sus leyes se encontraban en violación de dicho compromiso. Cuarto, como resultado de esto, también las leyes eran violatorias del principio de trato nacional al impedir que los proveedores de servicios de Antigua no tuvieran las mismas ventajas que los proveedores domésticos.⁴³

Quinto, el Grupo Especial determinó que los Estados Unidos no habían demostrado provisionalmente que las violaciones se encontraran justificadas por los incisos (a) y (c) del artículo XIV del AGCS. Tampoco pudieron cumplir con los requisitos del preámbulo del referido artículo.⁴⁴

Como resultado de todo lo anterior, el Grupo Especial recomendó que el Órgano de Solución de Diferencias pidiera a los Estados Unidos que pusieran las medidas que el Grupo Especial había identificado como incompatibles con el AGCS en conformidad con las obligaciones que corresponden a los Estados Unidos en virtud de dicho acuerdo.⁴⁵

A primera vista, parece que la solución que dio el Panel en el asunto *Estados Unidos – Juegos de azar*, que posteriormente se convalidaría en algunos aspectos por el Órgano de Apelación en el mismo asunto, intencionalmente adoptó un lenguaje ambiguo que permitiría incluir una amplia gama de objetivos de política pública a los Estados miembros. Con base en lo anterior, se podría afirmar que los participantes tienen un margen de discrecionalidad en la definición de lo que consideran como moral pública y orden público.⁴⁶ En lo referente a este último punto, es importante señalar que de acuerdo a la redacción del artículo XIV (a) del AGCS la excepción comprende dos conceptos. El primero, moral pública, y el segundo, orden público. Por lo que, al invocar la excepción, el Estado que se encuentra en incumplimiento de sus obligaciones puede optar por cualquiera de las dos opciones de defensa.

Sin embargo, un análisis más profundo de la decisión del asunto *Estados Unidos – Juegos de azar* permite cuestionar qué tanta discrecionalidad tienen los Estados para definir alguno de los dos mencionados conceptos.⁴⁷

Antes de seguir adelante con la disertación del significado del “orden público”, es pertinente señalar que cuando los Estados suscriben el tratado constitutivo de la OMC, acuerdan obligarse a ciertas conductas. Éstas tienen como fin último la liberalización progresiva del comercio internacional y el desarrollo de los pueblos a través de la implementación de diversas medidas que buscan delimitar el actuar comercial de los Estados.

⁴² *Ibidem*, párrafo 4-6.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ Krajewski, Markus, *op. cit.*, p. 441.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 445.

LOS CRITERIOS DE DEFINICIÓN DE “ORDEN PÚBLICO” COMO EXCEPCIÓN A LAS OBLIGACIONES EN EL DERECHO DE LA OMC

En este sentido, en el AGCS los Estados parte adquieren obligaciones como, por ejemplo, el trato de nación más favorecida, de transparencia, o de trato nacional, entre otras.⁴⁸

Por un lado, el principio del trato de nación más favorecida implica la prohibición de discriminar entre productos similares originados en o destinados a países distintos, lo que a la larga busca que las exenciones que se conceden entre las partes tengan más difusión que si únicamente se concedieran a través de los tratos bilaterales.⁴⁹

Por otro lado, la obligación de transparencia requiere a los Estados una obligación procesal de difusión de las medidas nacionales de aplicación generalizada y demás reglas que puedan afectar al AGCS.⁵⁰

Por último, el principio de trato nacional lo que busca es evitar la protección a la producción nacional mediante la utilización de impuestos o reglamentaciones internas que hagan la comercialización de un servicio en el mercado más gravosa o más complicada de lo que lo sería para un servicio nacional similar.⁵¹

3. Excepción de orden público según el AGCS y la nota al pie número cinco

El artículo en cuestión, contenido en el AGCS, es el siguiente:

Artículo XIV 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 prevalearan condiciones similares, o una restricción encubierta del comercio de servicios, ninguna disposición del presente acuerdo se interpretará en el sentido de impedir que un Miembro adopte o aplique medidas:

a) necesarias para proteger la moral o mantener el orden público⁵;

Además, al final del inciso (a), es decir de la excepción de moral u orden público, existe una nota explicativa. La nota al pie número cinco dice: “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”.

En la decisión final sobre el caso, el Órgano de Apelación decidió convalidar el análisis conjunto que hizo el Grupo Especial del inciso (a) y la nota al pie número cinco.⁵² Así, el Órgano de Apelación decidió que el Grupo Especial se había pronunciado con suficiencia sobre el contenido y alcance de la nota. Primero, al mencionarla expresamente en su análisis, y segundo, al aplicarla a los hechos. Según el Órgano de Apelación, no podía entenderse que existiera una obligación de determinar por separado y de manera explícita

⁴⁸ Condon, Bradley J., *op. cit.*, p. 599.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 11.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 602.

⁵¹ *Ibidem*, pp. 12-13.

⁵² Pérez Asinari, María Verónica, “Internet Gambling and Betting Services: When the GATS' Rules Are Not Applied Due to the Public Morals/Public Order Exception. What Lessons Can Be Learnt?”, *Computer Law & Security Report* 22, 2006, p 304.

que se había cumplido con el criterio de la referida nota, esto en respuesta a la apelación de Antigua sobre este punto en específico.⁵³

Con esta acotada cantidad de información se debe iniciar el análisis. Podemos comenzar afirmando que, como se desprende del texto del artículo, ninguna disposición del AGCS debe entenderse como limitación a los Miembros para perseguir objetivos legítimos de política pública. Es por esto que el AGCS contiene una lista estricta de excepciones, es decir cerrada.⁵⁴

Como ya se mencionó en el apartado cuatro de la primera sección, el artículo XIV del AGCS está redactado de una manera similar al artículo XX del GATT, por lo que la jurisprudencia de este último se utilizó para hacer el análisis del primero. Así, el Órgano de Apelación, utilizando el conocimiento de los casos del artículo XX, determinó que se debía hacer un “doble análisis” de la medida que el Miembro pretendía justificar. En primer lugar, se debía determinar si la medida estaba o no comprendida en el significado de alguno de los apartados del artículo XIV.⁵⁵ En segundo lugar, se debía determinar si la medida cumplía con los requisitos del preámbulo. Es decir, si no se aplicaba en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable, o si no era una restricción encubierta al comercio.⁵⁶

Cabe mencionar que la parte que invoca la excepción tiene la carga de la prueba. Por lo tanto, el demandado tiene la obligación de probar que la medida entra en el apartado específico de la excepción general que se invoca. Y después, debe demostrar que cumple con los requisitos del preámbulo del artículo.⁵⁷

4. Análisis del Órgano de Apelación en Estados Unidos – Juegos de azar

El caso *Estados Unidos – Juegos de azar* constituyó la primera vez que un Grupo Especial, o un Órgano de Apelación, se tuvo que pronunciar sobre el significado de los términos moral pública y orden público. Para el caso, el conflicto se encontraba en la implementación de unas leyes que impedían que proveedores extranjeros de servicios de apuestas electrónicas por internet dieran servicio en los Estados Unidos.

Estados Unidos (el demandado) argumentaba que la razón de ser de las leyes era una preocupación legítima de mantener el orden público y la moral pública. Por su parte, Antigua (el reclamante) argumentaba que las leyes discriminaban en su aplicación entre los proveedores nacionales y extranjeros, permitiendo a los primeros proporcionar servicios y a los segundos no, basándose en que estos últimos estaban fuera del territorio.

En la decisión, el Órgano de Apelación estuvo de acuerdo con el Grupo Especial en iniciar su discusión del tema con diccionario en mano. El Grupo Especial concluyó que “moral pública” significa “las normas de buena y mala conducta por parte de o en nombre de una comunidad o nación”. Sobre “orden público”, interpretado conjuntamente con la referida nota, se decidió que denotaba “la preservación de los intereses fundamentales de una sociedad, tal como se reflejan en las leyes y la política pública”⁵⁸.

⁵³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, WT/DS285/AB/R, adoptado el 7 de abril de 2005, párrafos 297-299.

⁵⁴ Condon, Bradley J., *op. cit.*, p. 613.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 615.

⁵⁶ *Idem*.

⁵⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camisas y blusas de lana*, página 18.

⁵⁸ Krajewski, Markus, *op. cit.*, p. 439.

Así, el Grupo Especial, posteriormente convalidado por el Órgano de Apelación, determinó que las leyes (la Ley de Comunicaciones por Cable, la Ley de Viajes y la Ley sobre Actividades Ilícitas de Juegos de Azar) sostenidas por los Estados Unidos, atacaban preocupaciones sobre lavado de dinero, delincuencia organizada, fraude, apuestas hechas por menores de edad y la ludopatía. Por lo tanto, podían ser cobijadas por la excepción del inciso (a) ya que eran cuestiones legítimas de orden público y moral pública.⁵⁹

Mas el Órgano de Apelación no sostuvo la conclusión del Grupo Especial de que las medidas no podían ser consideradas “necesarias” en tanto que los Estados Unidos se habían negado a participar en consultas y negociaciones bilaterales. Según el Órgano de Apelación, el criterio de “necesidad” en el análisis de la excepción de orden público es uno objetivo. Por lo que, la caracterización que hace un Miembro de los objetivos de una medida como necesarios y de la eficacia de su enfoque reglamentario será pertinente para determinar si la medida es objetivamente “necesaria”. Sin embargo, un Grupo Especial no está obligado por estas caracterizaciones y puede encontrar orientación en la estructura, la aplicación de la medida y en las pruebas en sentido contrario presentadas por la parte reclamante.⁶⁰

Además, el Órgano de Apelación retomó lo dicho en el caso *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*. En este asunto se decidió que para determinar la “necesidad” de una medida se debe llevar a cabo un proceso de “sopesar y confrontar una serie de factores”. El proceso comienza con un análisis de la “importancia relativa” de los intereses supuestamente protegidos. Después se debe sopesar y confrontar, por un lado, la contribución de la medida al logro de los fines que persigue y, por el otro, la repercusión restrictiva de la medida en el comercio internacional. A continuación, deberá realizarse una comparación entre la medida impugnada y las posibles alternativas. Los resultados de esa comparación deberán analizarse teniendo en cuenta la importancia de los intereses en cuestión.⁶¹

Conjuntamente el Órgano de Apelación decidió que no existía una obligación por parte de Estados Unidos de participar en las mencionadas negociaciones bilaterales. Esto en la medida en que, primero, los Estados Unidos tienen el derecho soberano de decidir el grado de protección que desea para sus ciudadanos. Segundo, la posibilidad hipotética de que mediante negociación se llegara a una solución concertada, no impone a Estados Unidos la obligación de perseguirla, pues esta consideración es únicamente teórica. En adición a que no hay artículo que así lo solicite.⁶²

Por último, el Órgano de Apelación, aunque desestimó las conclusiones del Grupo Especial, llegó al mismo resultado que éste. Determinó que Estados Unidos estaba en violación de sus obligaciones porque, si bien es cierto que cumplió con los dos primeros pasos del análisis, falló en demostrar que la medida no se aplicaba de modo discriminatorio. Lo anterior, en tanto que, de la redacción de las leyes, no se desprendía que éstas se aplicaran tanto a proveedores de apuestas nacionales como extranjeros.

⁵⁹ Condon, Bradley J., *op. cit.*, p. 615.

⁶⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, WT/DS285/AB/R, adoptado el 7 de abril de 2005, párrafos 304-311.

⁶¹ *Idem.*

⁶² Marwell, Jeremy C., *op. cit.*, p. 814.

El cuestionamiento objeto de este trabajo radica en que se hizo un análisis exhaustivo de las leyes, su implementación y sus alcances, pero nada se dijo acerca de la calidad de la definición estipulada de “orden público”. Esto es importante en tanto que la definición es el primer paso y presupuesto de toda la decisión. Es decir, ¿cómo es que realmente se determina que una preocupación es de orden público? ¿Cuándo una preocupación es legítima?⁶³

5. *Doctrina*

Como ya se planteó en la primera sección, la manera en la que se define el orden público, o en su caso la moral pública, en el derecho de la OMC es fundamental para la preservación de los avances comerciales alcanzados en el marco de este organismo. También lo es para mantener como una lista cerrada, como teóricamente debe ser, la de las excepciones. Además, el resultado que obtengamos marcará la pauta para respetar la soberanía de un Estado o iniciar la clasificación de objetivos estatales en válidos e inválidos.⁶⁴

Es a tal grado importante la calidad de la definición en la que se base el análisis posterior, que nos lleva a preguntarnos, al pensar en las consecuencias de ésta, si una prohibición de importación de lencería femenina en un Estado musulmán o una prohibición de importación de material cristiano a un Estado no cristiano podrían justificarse so pretexto de proteger la moral pública o el orden público.⁶⁵

En este sentido, una revisión reciente de las políticas comerciales de algunos miembros de la OMC ya arroja indicios de la subjetividad de las decisiones que se toman basadas en la concepción de moralidad y orden públicos. Existen restricciones al alcohol, la pornografía o materiales obscenos, pornografía infantil, equipo para apuestas o juegos de azar, propaganda de odio o que fomente la discriminación racial, drogas ilegales, billetes de lotería, productos cárnicos no kosher, material que haga apología del delito, bienes robados, material sedicioso, moneda falsificada, detectores de radares de velocidad, y discos láser y películas. Como es apreciable a simple vista, todo puede pasar cuando apelamos a las cuestiones difusas de la moralidad y el orden público para determinar nuestras políticas comerciales.⁶⁶

Así las cosas, ¿podemos realmente confiar en la definición que da un diccionario?, ¿cuántos necesitamos consultar para definir un concepto?, o por el contrario, ¿será que el concepto en sí mismo no puede ser definido de manera satisfactoria? No está claro por qué el Órgano de Apelación no intentó utilizar un método distinto para dar significado a la excepción, lo que sí está claro es que los hechos ponen el dedo en el reglón. Para llegar al significado ordinario de las palabras no se puede confiar únicamente en las palabras contenidas en el texto, sobre todo para cuestiones tan delicadas como las que nos atañen. El texto es únicamente un insumo más en el ejercicio de descubrir el significado de la excepción. Se deberá estar también, y creo que de modo más acucioso, al contexto y a los elementos teleológicos para armar una solución satisfactoria.⁶⁷

⁶³ *Idem.*

⁶⁴ *Ibidem*, p. 805.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 821.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 817.

⁶⁷ Ortino, Federico, *op. cit.*, p. 123.

Desafortunadamente, para algunos, el Panel hace un somero análisis del significado mismo de la excepción y contrario a aportar certeza a la discusión, se contenta con parafrasear al diccionario⁶⁸. Otros concluyen que, no abordar con mayor profundidad la definición constituye una inteligente maniobra que permite a la OMC mantenerse al margen de discusiones ríspidas y da un aire de libertad a los Estados para manejar su política interna.⁶⁹

En este sentido, dar un margen de discrecionalidad a los Estados es algo deseable en tanto que respeta la autonomía y soberanía de cada uno de ellos. Sin embargo, no hay que perder de vista que demasiada libertad permitiría a los Estados adoptar actitudes proteccionistas y eventualmente echar atrás los progresos en liberalización comercial que la OMC ha logrado.⁷⁰

Algunos otros estudiosos del tema, toman un enfoque más pragmático al analizar la decisión sobre la definición y alcance de la excepción. Concluyen que, el Órgano de Apelación rehuyó a la responsabilidad de pronunciarse sobre el tema. Para lo cual argumentó de modo que pospuso la decisión real sobre la determinación del orden público para otra ocasión. No hay que olvidar que, al no existir jurisprudencia aplicable con base en el artículo XIV, las primeras decisiones toman una importancia y una trascendencia nada despreciable.⁷¹

Hay que mantener en la mente que, conceptualmente una lista de excepciones necesita ser taxativa y claramente determinada, en tanto que lo que se pretende es que se use lo menos posible. En este sentido, el objeto del tratado es liberalizar el comercio y mantener un estándar similar de trato entre todos los países y únicamente de modo excepcional permitir desvíos.

Algunos articulistas concuerdan en que, a pesar de que la deferencia a la autonomía regulativa de un Estado es lo deseable, la manera en que la decisión se logró termina limitando en gran medida la autonomía del Estado. Si bien es cierto no se califica lo que se argumenta como orden público, sí se solicita a la parte que lo invoca que suministre evidencia de su dicho. Es decir, no califica el objetivo por sí solo, sino que obliga a demostrar su existencia.⁷²

Aunque en principio esto pareciera ser una solución salomónica al problema, realmente introduce un elemento aún más complicado a la ecuación en tanto que nos lleva a cuestionarnos acerca del tipo y calidad de la evidencia necesaria para soportar el dicho.

Es necesario acercarse a toda discusión sobre el tema, a la luz del principio de buena fe en las relaciones internacionales⁷³. Es decir, asumimos que el Estado está diciendo la verdad cuando argumenta estar definiendo su orden público. Así, ¿qué tal si el Estado que invoca la excepción lo hace para defender no a la mayoría de su población sino a una minoría dentro de ésta?, ¿sería esta opción válida? o ¿debe existir un principio democrático para invocar la excepción de orden público?, ¿no es un objetivo válido dentro del derecho

⁶⁸ Diebold, Nicolas F., *op. cit.*, p. 49.

⁶⁹ Krajewski, Markus, *op. cit.*, p. 445.

⁷⁰ Marwell, Jeremy C., *op. cit.*, p. 806.

⁷¹ Krajewski, Markus, *op. cit.*, p. 440.

⁷² Marwell, Jeremy C., *op. cit.*, p. 817.

⁷³ Diebold, Nicolas F., *op. cit.*, p. 59.

de la OMC la protección de las minorías?, ¿no puede existir una serie de órdenes públicos comunitarios dentro de una nación que valga la pena proteger?⁷⁴

Rápidamente se puede comprender que la solicitud de evidencia sobre el dicho del Estado demandado en nada o en poco ayuda. Por el contrario, nos puede llevar a nuevas honduras que no se habían considerado antes.

6. Análisis

La diversidad en la OMC hace cada vez más difícil definir un estándar homogéneo de prueba para diversos aspectos. Por lo que, no sería raro que en el futuro algunos Estados inicien procesos de resolución de controversias basados en diferencias regionales o nacionales que tienen su origen en la misma heterogeneidad que hace rica a la organización.⁷⁵

Al igual que en los casos de jurisprudencia sobre recursos naturales agotables⁷⁶ y salud humana,⁷⁷ los órganos de la OMC deben internarse en los temas con la consigna de interpretar restrictivamente las excepciones. Como consecuencia, preservar el régimen de liberalización progresiva del comercio.⁷⁸ Mas deben tratar de hacerlo respetando siempre la autonomía y soberanía de los Estados miembros de la organización.

Probablemente ni el texto del tratado, ni la evidencia que las partes presenten para soportar sus dichos será suficiente para determinar si las medidas en cuestión son o no inconsistentes con las obligaciones que los Estados asumen en el seno de la OMC. Por el contrario, será necesario tomar en consideración muchos más elementos de juicio de los que el método ortodoxo de toma de decisiones supone.⁷⁹

Ahora bien, hay que reconocer la posibilidad, remota si se desea, de incurrir en el error e inadvertidamente establecer una draconiana presunción en favor del Estado que invoca la excepción de orden público. En tanto que, si todo se analiza a la luz del principio de buena fe y soberanía nacional, no vamos a calificar la probidad de las intenciones de proteger a la comunidad, tampoco vamos a poder calificar la calidad o cantidad de la evidencia suministrada entonces bastará con que el Estado demandado invoque la excepción referida y la carga de la prueba se revertirá automáticamente al quejoso; ya que éste poco o nada podría argüir contra la intención de proteger el orden público local.

En relación con la carga de la prueba, en general se puede afirmar que la parte que alega un hecho, sea la parte actora o la parte demandada, debe aportar pruebas que soporten su dicho. En este sentido, la carga de la prueba incumbe a la parte que afirma la inconsistencia de una medida o a la parte que afirma que dicha medida se encuentra amparada bajo alguna de las excepciones generales.⁸⁰

⁷⁴ Krajewski, Markus, *op. cit.*, p. 441.

⁷⁵ Marwell, Jeremy C., *op. cit.*, p. 808.

⁷⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, WT/DS58/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998.

⁷⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, WT/DS135/AB/R, adoptado el 5 de abril de 2001.

⁷⁸ Petrova, Albena P. "The WTO Internet Gambling Dispute as a Case of First Impression: How to Interpret Exception Under GATS Articles XIV (a) and How to Set the Trend for Implementation and Compliance in WTO Cases Involving "Public Morals" and "Public Order" Concerns?", *Richmond Journal of Global Law and Business* 6, núm. 1, 2006, p. 67.

⁷⁹ Diebold, Nicolas F., *op. cit.*, p. 53.

⁸⁰ Condon, Bradley J., *op. cit.*, pp. 108-113; Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camisas*

Por lo que para un caso concreto la carga inicial de la prueba recae sobre el reclamante. Es decir, sobre la parte que alega la inconsistencia de una medida, aquella tiene la obligación de exponer *prima facie* la incompatibilidad de la medida. Si esta condición se cumple, la carga de la prueba entonces pasa a la parte demandada para que ésta intente justificar provisionalmente que el incumplimiento se encuentra justificado.⁸¹

Si bien no se descalifica el uso de diccionarios, ni ningún otro instrumento académico convencional, éste será únicamente reconocido como un punto de partida para iniciar el análisis. Éste deberá tomar en consideración para su decisión, el principio de buena fe, la autonomía y la soberanía de los Estados parte, así como el objeto del tratado en cuestión, el contexto de la disputa y el fin que el Estado demandado persigue.⁸²

En este sentido, la decisión de los Órganos de adjudicación de la OMC debe ser un cuidadoso ejercicio de hermenéutica y balance entre el objetivo y propósito del artículo XIV del AGCS y el artículo XX del GATT por un lado, y por otro, el margen de discrecionalidad en la definición y aplicación del orden público nacional con su propio significado y su escala de valores.⁸³

A pesar de lo anterior, en todo momento debe intentarse que la interpretación de la excepción sea lo más restrictiva posible.⁸⁴

Con respecto a la interpretación de las normas y los términos que éstas contienen, cabe señalar que, en seguimiento a lo dictado por el artículo 3.2 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD), los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación deben resolver las controversias que se les presenten sobre la interpretación de las normas de los acuerdos abarcados acorde con las normas usuales de interpretación del DIP. Estas reglas son evidentemente los artículos 31⁸⁵ y 32⁸⁶ de la Convención de Viena, pues el referido instrumento jurídico internacional es un conjunto de normas de derecho internacional consuetudinario.⁸⁷

y *blusas de lana*, páginas 16 y 19, y Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 98.

⁸¹ Condon, Bradley J., *op. cit.*, pp. 108-109; Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camisas y blusas de lana*, páginas 16 y 19, y Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 98.

⁸² Diebold, Nicolas F., *op. cit.*, p. 53.

⁸³ Krajewski, Markus, *op. cit.*, p. 424.

⁸⁴ Diebold, Nicolas F., *op. cit.*, p. 59.

⁸⁵ El artículo en comento establece que: “1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado. 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica anteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. 4. se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.”

⁸⁶ El artículo en comento establece que: “Se podrá acudir a medios de interpretación complementario, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifestante absurdo o irrazonable.”

⁸⁷ Condon, Bradley J., *op. cit.*, p. 615.

Con este marco de referencia es que tanto el Grupo Especial como el Órgano de Apelación debieron haber conducido su análisis. Como se dijo previamente en esta sección, el Grupo Especial utilizó el diccionario para determinar el sentido del concepto “orden público” y ahí detuvo su estudio. Considero que esto es un error en tanto que, como ya se ha dicho por el Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos – Artículo 301*, “los elementos a los que hace referencia el artículo 31 han de considerarse como una sola norma holística de interpretación, en vez de como una sucesión de criterios distintos que han de aplicarse siguiendo un orden jerárquico”.⁸⁸

Por lo que, el Grupo Especial debió intentar ir más allá de la información proporcionada por el diccionario y extender su análisis no sólo a la luz del artículo 31, cuya aplicación resulta insuficiente, sino también al amparo del artículo 32 de la Convención de Viena. En tanto que éste permite considerar “todos los medios complementarios pertinentes para ayudar a determinar la intención de las partes”.⁸⁹

7. Conclusión

Como se desarrolló en el cuerpo de esta sección, la manera en la que se define el orden público, o la moral pública si fuera el caso, en el derecho de la OMC, a través de sus órganos de adjudicación, es fundamental para la preservación de los avances comerciales alcanzados.

El caso *Estados Unidos – Juegos de azar* constituyó la primera ocasión en que un Grupo Especial, o un Órgano de Apelación, se tuvo que pronunciar sobre el significado de los términos contenidos en el artículo XIV (a) del AGCS. El Grupo Especial concluyó que “moral pública” significa “las normas de buena y mala conducta por parte de o en nombre de una comunidad o nación”. Sobre “orden público”, interpretado conjuntamente con la nota al pie número 5 del artículo en comento, se decidió denotaba “la preservación de los intereses fundamentales de una sociedad, tal como se reflejan en las leyes y la política pública”. En este sentido, se afirma que los participantes tienen un margen de discrecionalidad en la definición de lo que consideran como moral pública y orden público. Además, se consideró que un margen de discrecionalidad a los Estados es deseable en tanto que respeta la autonomía y soberanía de cada uno de ellos.

Sin embargo, al igual que en los casos de jurisprudencia sobre recursos agotables y salud humana, los órganos de la OMC deben internarse en los temas con la consigna de interpretar restrictivamente las excepciones.

Los órganos de adjudicación de la OMC decidieron que el artículo XIV del AGCS está redactado de una manera similar al artículo XX del GATT, por lo que la jurisprudencia de este último se utilizó para hacer el análisis del primero.

Con respecto a la interpretación de las normas y los términos que éstas contienen, cabe señalar que, en seguimiento a lo dictado por el artículo 3.2 del ESD, los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación deben resolver las controversias que se les presenten sobre la interpretación de las normas de los acuerdos abarcados acorde con las normas usuales de interpretación del DIP. Estas reglas son los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena,

⁸⁸ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior*, WT/DS152/R, adoptado el 22 de diciembre de 1999, párrafo 7.22.

⁸⁹ Condon, Bradly J., *op. cit.*, pp. 51-53.

pues el referido instrumento jurídico internacional es un conjunto de normas de derecho internacional consuetudinario.

Con este marco de referencia es que, tanto el Grupo Especial, como el Órgano de Apelación, debieron haber conducido su análisis. Sin embargo, como se dijo previamente, el Grupo Especial solo utilizó el diccionario para determinar el sentido del concepto “orden público” y ahí se detuvo su estudio.

IV. Orden Público en el GATT de 1994

El propósito de esta sección es analizar la excepción contenida en el artículo XX (a) del GATT a la luz de lo dicho acerca del artículo XIV (a) del AGCS en el capítulo precedente.

En este análisis se cuestionará la posibilidad de una interpretación homogénea de los términos contenidos en las citadas excepciones generales de ambos acuerdos a pesar de que éstas se encuentran en diferentes instrumentos jurídicos, y cuyos objetos son a ciencia cierta distintos. Además, se explorará la posibilidad de dar un significado distinto a los términos con base en el contexto en el que se encuentran para lo que se tomará como base el artículo 31 de la Convención de Viena.⁹⁰

Concomitante a este análisis, se explorará lo dicho por el Grupo Especial en el caso *China – Publicaciones y productos audiovisuales* en lo referente a la definición de “moral pública” contenida en la excepción general del artículo XX (a) del GATT.

1. Definición de orden público en el artículo XX (a)

Así como el AGCS reconoce la potestad de los Estados miembros de perseguir objetivos legítimos de política pública, el GATT permite a los miembros tener medidas tendientes al mismo fin a través de la implementación de excepciones a las reglas comerciales generales.⁹¹

Como se mencionó en el apartado dos de la sección precedente, el artículo XX del GATT tiene una redacción y estructura similar a la del artículo XIV del AGCS, especialmente en el uso del término “necesarias” en los incisos y en los requisitos de sus respectivos preámbulos.⁹²

Los dos preceptos legales de referencia establecen dispositivos, intitulados “excepciones generales”, que facultan a los Estados miembros a utilizar medidas incompatibles con las obligaciones asumidas al amparo de los respectivos acuerdos. En el asunto *Estados Unidos – Juegos de azar*, el Órgano de Apelación decidió utilizar la jurisprudencia del artículo XX del GATT en vista de que necesitaba una guía acerca de la interpretación que era pertinente para el artículo XIV del AGCS.⁹³

Para el caso *Estados Unidos – Juegos de azar*, el Órgano de Apelación recordó que la carga de la prueba en el contexto del artículo XIV (a) del AGCS, es la misma que en el caso que se estén invocando los incisos a), b) y c) del artículo XX del GATT. En este sentido, se estableció que el demandado no tiene la carga de la prueba en lo referente a hechos negativos. El demandado debe demostrar que su medida es “necesaria” para alcanzar los

⁹⁰ Ver nota al pie número 86.

⁹¹ Condon, Bradley J., *op. cit.*, p. 243.

⁹² *Idem.*

⁹³ *Ibidem*, p. 244.

legítimos objetivos de política pública que persigue, mas no que no existan medidas alternativas.⁹⁴

En el asunto *Corea – Carne vacuna*, el Órgano de Apelación decidió que, la operación lógica para determinar si una medida es necesaria es un “proceso en el que se sopesa y se confronta una serie de factores”⁹⁵. A la luz de los incisos b) y d) del artículo XX del GATT, y del inciso (a) del artículo XIV del AGCS, el Órgano de Apelación decidió iniciar la operación lógica sobre la base de la evaluación de la importancia relativa de los intereses supuestamente defendidos a través de la implementación de la medida impugnada. Posteriormente, se continúa el análisis con otros dos factores. El primero es la contribución de la medida a la consecución del fin y el segundo es la repercusión restrictiva al comercio internacional de la medida impugnada. Por último, se comparan la medida impugnada y las posibles alternativas, siempre teniendo en mente la importancia de los intereses presuntamente defendidos.⁹⁶

El inciso a) del GATT faculta a los Estados miembros a implementar medidas “necesarias para proteger la moral pública”. Como se ha mencionado recurrentemente en este trabajo, la redacción del artículo XIV (a) del AGCS es similar pues dispone “necesarias para proteger la moral o mantener el orden público”. En el caso *Estados Unidos – Juegos de azar*, el Órgano de Apelación consideró relevantes las decisiones adoptadas con anterioridad en virtud del artículo XX del GATT para resolver sobre la aplicación del artículo XIV del AGCS. Es entonces razonable concluir que dicho razonamiento también aplica a la inversa, es decir, la jurisprudencia del artículo XIV del AGCS también es pertinente para interpretar el artículo XX del GATT.⁹⁷

No obstante lo anterior, es de suma importancia recalcar que el artículo XX (a) del GATT no concuerda exactamente con el citado artículo XIV (a). Este último artículo, además de proteger la moral pública, también da cabida al concepto “orden público”. En este sentido, dos preguntas cobran relevancia en el análisis. Primera, ¿se debe definir moral pública de la misma manera en cada acuerdo de la OMC donde se utiliza este término? Segunda, si se opta por una definición homogénea del texto, ¿se debe aplicar entonces de la misma manera en cada acuerdo?

Si se responde afirmativamente a cualquiera de las dos preguntas, considero se está en el error. Aunque a primera vista resulta tentador imaginar una definición homogénea y omnipresente en el derecho de la OMC, dicha conclusión es inconsistente con lo dictado por la Convención de Viena. Si retomamos lo dicho en el artículo 31 de la Convención de Viena, resulta evidente el error. Dicho artículo establece que la interpretación de los tratados deberá hacerse: “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto fin”⁹⁸.

El citado dispositivo legal impone la obligación de analizar cualquier disposición de un tratado ateniéndose a los principios de buena fe, buscando el sentido corriente de las palabras, a la luz del contexto en que éstas se encuentran, y a la luz del objeto que buscaban

⁹⁴ *Ibidem*, p. 247.

⁹⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Corea – Carne vacuna*, WT/DS161/AB/R, adoptado el 11 de diciembre de 2000, párrafo 164.

⁹⁶ Condon, Bradley J., *op. cit.*, p. 247.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 249.

⁹⁸ México, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Diario Oficial de la Federación, 28 de marzo de 1973.

obtener los Estados signatarios. Dicho esto, resulta inverosímil pensar que dos artículos, en dos tratados distintos, con redacciones distintas y con contextos distintos, pudieran ser interpretados de modo idéntico.

Lo anterior descansa sobre el hecho de que los tratados regulan las transacciones de dos cosas distintas. Por un lado, el AGCS regula el comercio de cosas intangibles; y por otro lado, el GATT regula el comercio de bienes tangibles. Por lo que, resulta evidente afirmar que los contextos y los objetos-fin de la conclusión de los tratados fueron distintos, *ergo* la interpretación no puede ser la misma.

En este sentido, podría intentarse utilizar los medios de interpretación complementaria contenidos en el artículo 32 de la Convención de Viena. Lo anterior, en vista de que el artículo 31 de la Convención de Viena no permite resolver el conflicto en la interpretación del término. El artículo 32 citado, faculta al intérprete a recurrir a los trabajos preparatorios y a las circunstancias de celebración del tratado cuando la ambigüedad en un término persista a pesar de haber utilizado el dispositivo 31. Sin embargo, considero que la aplicación del artículo 32 en poco ayudaría. Como ya lo dijo el Grupo Especial en el caso *Estados Unidos – Juegos de azar*, el término “orden público”, y su correlativo “moral pública”, adquiere su significado atendiendo a las circunstancias de modo, tiempo y lugar en el que se le invoca. Por lo que, referirse a los trabajos preparatorios o a las circunstancias de celebración del tratado parece de utilidad limitada cuantimás si ambas referencias son necesariamente anteriores en el tiempo al surgimiento de la controversia.⁹⁹

Si bien la referencia al pasado podría resultar ilustrativa, opino que en poco abonará a la resolución de controversias futuras, en la medida que éstas se alejarán cada vez más de las situaciones imaginadas o vividas por los negociadores. Por otro lado, existe también la posibilidad de recurrir a los otros textos autenticados del mismo tratado para intentar entender mejor el término que se busca interpretar. Lo anterior, en seguimiento a lo instruido por el artículo 33¹⁰⁰ de la Convención de Viena.

Los idiomas oficiales de la OMC son el inglés, el francés y el español. Mas en la práctica, el inglés es el lenguaje de trabajo de la OMC. Mientras las negociaciones formales y las reuniones de la OMC se conducen en los tres idiomas oficiales, con el uso de intérpretes simultáneos, otras reuniones menos formales se conducen en inglés. Además, la

⁹⁹ Si bien esta afirmación puede considerarse aventurada, es importante tener en mente que, como lo explica Bradley Condon al retomar el caso *CE – Trozos de pollo*, Informe del Órgano de Apelación, cuanto más distancia haya en el tiempo entre el momento en el que se produjo un hecho o fue promulgado un acto u otro instrumento y la celebración de un tratado, menos pertinente será para interpretar el tratado. En este sentido, si se permite la analogía, entre más alejado en el tiempo esté el trabajo preparatorio o la circunstancia de celebración del tratado, menos pertinente será éste para interpretar el tratado a la luz de nuevas controversias.

¹⁰⁰ El artículo en comento establece que: “1. Cuando un tratado haya sido autenticado en dos ó más idiomas, el texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos. 2. Una versión del tratado en idioma distinto de aquel que haya sido autenticado el texto será considerada como texto auténtico únicamente si el tratado así lo dispone o las partes así lo convienen. 3. Se presumirá que los términos del tratado tienen en cada texto auténtico igual sentido. 4. Salvo en el caso en que prevalezca un texto determinado conforme a lo previsto en el párrafo 1, cuando la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que no pueda resolver con la aplicación de los artículos 31 y 32, se adopta el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y del fin del tratado.”

mayoría de los reportes de los Grupos Especiales y del Órgano de Apelación se preparan primero en inglés y posteriormente son traducidos al español y al francés.

De un modo similar, los Acuerdos de la Ronda de Uruguay se prepararon en inglés y posteriormente fueron traducidos a los otros dos idiomas oficiales. Estos acuerdos son muy extensos, por lo que no es extraño que existan divergencias entre dos textos auténticos. Cuando esto sucede, el artículo 33 de la Convención de Viena resulta de aplicación para resolver la divergencia. En este sentido, no considerar la posibilidad de divergencia entre los textos autenticados de los tratados es un error aunque esta consideración se fundara en la presunción del párrafo tercero del referido artículo 33.¹⁰¹

Adicionalmente al potencial de conflicto internacional, las diferencias entre textos autenticados tienen implicaciones en los ordenamientos jurídicos nacionales en lo individual. Los países usualmente adoptan e implementan los tratados en su idioma oficial. Por lo que, por ejemplo, cuando exista una discrepancia entre el texto en inglés y en español, el país de habla hispana adoptará un texto y el anglosajón adoptará otro. En consecuencia, uno se obligará a una cosa y el otro país a otra.¹⁰²

En el seno del derecho de la OMC, el Órgano de Apelación ha decidido que el artículo 33 de la Convención de Viena, del mismo modo que el artículo 31 y el 32, constituye costumbre internacional. En la aplicación de este precepto, el Órgano de Apelación ha declarado que este artículo impone al intérprete la obligación de buscar un significado para los términos que, simultáneamente, dé un sentido a todos estos, como fueron escritos en los tratados autenticados, y también que tengan un significado que reconcilie las diferencias aparentes entre la redacción de los tratados. Así, se obliga al intérprete del tratado a utilizar la presunción contenida en el párrafo tercero en resonancia con la obligación contenida en el párrafo cuarto del artículo 33.¹⁰³

La Comisión de Derecho Internacional enfatizó que la variedad de textos autenticados de un tratado es siempre un factor importante en la interpretación pero más importante aún es que la intención de las partes para obligarse es siempre una, al igual que el tratado, aunque dos textos autenticados parezcan divergentes. También, la Corte Permanente adoptó este criterio respecto de los textos autenticados con divergencias. Al respecto, fue un paso más allá y dijo que cuando existen dos versiones autenticadas de un tratado, y una de éstas aparente tener un término más amplio que en el otro tratado, la Corte está obligada a decantarse por el significado más restrictivo del término, en tanto que éste permite reconciliar las dos versiones de modo más armónico, mas no debe dudarse la intención unívoca de las partes.¹⁰⁴

El artículo 33, párrafo cuarto, de la Convención de Viena establece que: “se adopta el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y del fin del tratado”. Sumar el criterio del objeto fin del tratado acota la posibilidad de que el intérprete sucumba a la tentación de aplicar su propio criterio original de interpretación en el caso de que existan interpretaciones posibles a luz del objeto y fin. Al final, si existen interpretaciones

¹⁰¹ Condon, Bradley J., Lost in Translation: Plurilingual Interpretation of WTO law, <http://cdei.itam.mx/CondonPlurilingualInterpretation.pdf>, fecha de consulta 13 de septiembre de 2010.

¹⁰² *Idem.*

¹⁰³ *Idem.*

¹⁰⁴ *Idem.*

que son igualmente benéficas entre sí, debe haber un criterio objetivo que permita decidir entre una de esas. Dicho criterio es el objeto y fin del tratado.¹⁰⁵

En este sentido, la naturaleza misma del lenguaje y de los sistemas jurídicos es una fuente importante de discrepancias en los términos. Pueden existir discrepancias en el uso de terminología legal específica aun en países que tengan un idioma común y un sistema legal con la misma base. Algunas expresiones pueden ser difíciles de traducir a otros idiomas. En una sentencia reciente de la Corte Internacional de Justicia, la *litis* se centró en la interpretación, y la traducción al inglés y al francés, de la frase en español “con objetos de comercio”, que definía el derecho de navegación de Costa Rica en el río San Juan al amparo del Tratado sobre Límites de 1858. Entre más lejos están un ordenamiento jurídico de otro, y entre más distintos son los idiomas, es más fácil que las traducciones generen conflictos interpretativos entre textos autenticados.¹⁰⁶

En el caso de la OMC, el inglés, el francés y el español no son tan distintos como idiomas. Los tres idiomas usan el mismo alfabeto y tienen una cantidad importante de vocabulario común, la mayoría basado en el latín. En adición a esto, cada uno de los tres idiomas ha incorporado palabras de los otros dos idiomas a su uso. Lo anterior permite afirmar que sería relativamente sencillo comparar textos autenticados de modo regular en las decisiones de los órganos de adjudicación de la OMC.¹⁰⁷

Si la aplicación del artículo 33 es parte de la labor interpretativa cuando el texto del tratado es auténtico en más de un idioma, y el mismo artículo es costumbre internacional, la no aplicación de éste por los órganos de adjudicación de la OMC debe ser considerado una inconsistencia en la aplicación del artículo 3.2 del ESD. Sin embargo, la presunción del artículo 33 de la Convención no impone la obligación de comparar entre textos autenticados en idiomas distintos, por lo que la práctica de los órganos de adjudicación es en estricto derecho correcta. Aunque, generalmente, cuando los órganos de adjudicación aplican el artículo 33 lo hacen de modo erróneo en tanto que confunden o no distinguen entre lo mandado por los párrafos tercero y cuarto. Además, frecuentemente se interpreta un texto en uno de los idiomas oficiales a la luz del mismo texto en idioma oficial distinto, lo que está permitido pero no de modo explícito. Los órganos de adjudicación y las partes usualmente utilizan los textos autenticados en español y en francés, para confirmar la interpretación hecha del texto en inglés.¹⁰⁸

La aplicación del método de interpretación contenido en el artículo 33, aunque se haga de modo correcto, no siempre es homogénea. Sin embargo, es conveniente establecer que la metodología de análisis contenida en el referido artículo consta de dos pasos y son los siguientes: primero se deben tratar de solucionar los problemas de interpretación utilizando el artículo 31 de la Convención de Viena, y, si no es suficiente, entonces utilizar el artículo 32. Segundo, si el primer paso no soluciona el problema, entonces se debe adoptar el significado que mejor reconcilie los términos en cuestión. Es decir, se debe optar por el significado que mejor defina los términos a la luz del objeto fin del tratado.¹⁰⁹

¹⁰⁵ México, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Diario Oficial de la Federación, 28 de marzo de 1973.

¹⁰⁶ Condon, Bradley J., *op. cit.*

¹⁰⁷ *Idem.*

¹⁰⁸ *Idem.*

¹⁰⁹ *Idem.*

En este sentido, del estudio del texto del GATT en los tres idiomas autenticados, a decir español, inglés y francés, no se desprende discrepancia alguna entre los documentos. El texto del GATT en español utiliza el término “moral pública”. En inglés el texto del GATT se lee “*public morals*”. En francés el texto dice “*moralité publique*”. En tanto que no existe discrepancia entre los términos utilizados en las traducciones no es necesario utilizar el dispositivo legal 33 de la Convención de Viena.

En adición a lo anterior, tampoco resulta plausible que el artículo XIV (a) del AGCS y el artículo XX (a) GATT permitan una interpretación homogénea puesto que, como ya se mencionó, su redacción es distinta. El artículo XIV (a) del AGCS regula la moral y el orden público (*public morals* y *public order*, en inglés, y la *moralité publique* y *l'ordre publique* en francés), a diferencia del artículo XX (a) que sólo regula la moral pública. Así, en atención al principio de interpretación efectiva de los tratados,¹¹⁰ no pueden tener un significado idéntico.

El principio de interpretación efectiva de los tratados impone la carga de dar un significado individual a todos y cada uno de los términos de un tratado. Lo que nos lleva a descartar automáticamente la posibilidad de que “moral pública” en el contexto del artículo XX (a) del GATT y “moral y orden público” en el artículo XIV (a) del AGCS tenga un significado idéntico.

Respecto a este principio, el Órgano de Apelación en el caso *Corea – Productos lácteos* resolvió que: “[...] ha de dar sentido y ha de afectar a todos los términos del tratado. El intérprete no tiene libertad para adoptar una lectura que haga inútiles o redundantes cláusulas o párrafos enteros de un tratado”¹¹¹.

Así, los órganos de adjudicación de la OMC han dicho que a la luz de este principio, el intérprete de un tratado está obligado a dar significado a todas las disposiciones contenidas en éste de modo que tengan un significado armónico entre sí. También, abundaron en el tema explicando que es necesario interpretar al tratado como un todo, y, en particular, que es necesario leer sus artículos individuales y partes como partes de un todo.¹¹²

2. Jurisprudencia China – Publicaciones y productos audiovisuales (Grupo Especial)

En diciembre de 2009, el Órgano de Apelación publicó su informe final sobre el asunto de referencia. Dicho caso cobró relevancia para este estudio en la medida en que China intentó justificar su incumplimiento a sus obligaciones en el seno de la OMC con la justificación de proteger la moral pública de su pueblo, al amparo del artículo XX (a) del GATT. Además, el Grupo Especial basó su resolución en lo anteriormente dicho en el caso *Estados Unidos – Juegos de Azar*.

El problema básicamente se centró en que China estableció una regulación para la importación de materiales de lectura y audiovisuales que implicaba que éstos solamente podían ser importados por personas autorizadas por el Gobierno Chino. Lo anterior, en vista de que estas personas autorizadas estaban obligadas a realizar un examen de contenido

¹¹⁰ Brownlie, Ian, *op. cit.*, p. 635.

¹¹¹ Informe del Órgano de Apelación, *Corea – Productos Lácteos*, WT/DS98/AB/R, adoptado el 14 de diciembre de 1999, párrafo 80.

¹¹² *Ibidem*, párrafo 81.

para verificar que el material que estaba tratando de entrar a China no constituyera una afrenta a su moral pública.¹¹³

Para el caso, China aducía, como parte demandada, que los materiales de lectura y los productos audiovisuales son “bienes culturales”, es decir, bienes que tienen contenido cultural. Se trata de productos que pueden repercutir de manera muy negativa en la moral pública. China explica que, como portadores de identidad, de valores y sentido, los bienes culturales desempeñan una función esencial en la evolución y definición de elementos tales como las características, valores, formas de convivencia, ética y comportamientos sociales. China señala que, debido a esta repercusión de los bienes culturales, estableció un mecanismo de examen del contenido para impedir la difusión de bienes culturales con contenidos que puedan repercutir negativamente en su moral pública. Con respecto a los productos importados, China dice que su importación está prohibida si tienen contenidos que puedan repercutir negativamente en su moral pública. En lo que respecta a los tipos de contenidos que a juicio de China deben estar prohibidos en los bienes culturales distribuidos en dicho país, señala que incluye una amplia diversidad de contenidos que van desde la violencia o la pornografía a otros valores importantes, como la protección de la cultura y los valores tradicionales chinos.¹¹⁴

Por su parte, los Estados Unidos, como parte actora, argumentaba que si bien es cierto no podían calificar el afán de China de proteger su moral pública, si podían inconformarse con la manera en que la parte demandada estaba tratando de lograr sus objetivos. Específicamente, los Estados Unidos aducen que no es "necesario", en el sentido del apartado a) del artículo XX del GATT, que los importadores realicen exámenes del contenido a los bienes culturales que entran a China. Según los Estados Unidos, el examen del contenido es independiente de la importación del producto en sí mismo y pueden realizarlo personas o entidades no relacionadas con el proceso de importación, por lo tanto la prohibición de importación de bienes culturales salvo por personas autorizadas por el gobierno chino, constituye una violación al derecho al comercio en el marco de la OMC.¹¹⁵

Por último, el Grupo Especial determinó, respecto al análisis del artículo XX (a) del GATT, que los Estados Unidos habían demostrado que existían medidas alternativas, con un menor impacto al comercio que China podría haber implementado para alcanzar los mismos objetivos de política pública. Sin embargo, nada nuevo se dijo sobre la definición y alcance de la excepción contenida en el inciso a) del artículo en cuestión.¹¹⁶

Para determinar si las medidas implementadas por China estaban permitidas, en el marco del derecho soberano de cada miembro a regular el comercio de forma compatible con las obligaciones de la OMC, el Grupo Especial recurrió a la resolución del caso *Estados Unidos – Juegos de azar* y retomó el análisis del significado del concepto “moral pública”. En este respecto, sostuvo y aplicó el concepto tal cual se determinó.

En este sentido, al igual que en la decisión original de *Estados Unidos – Juegos de azar*, ninguna de las partes – ni China ni los Estados Unidos – apelaron la decisión en cuanto a la definición y alcances del término moral pública. Por lo que, el Grupo Especial no consideró

¹¹³ McGiven, Brendan, *op. cit.*

¹¹⁴ Informe del Grupo Especial, *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, WT/DS363/R, adoptado el 12 de agosto de 2009, párrafos 7.751-7.755.

¹¹⁵ *Ibidem*, párrafo 7.756.

¹¹⁶ *Ibidem*, párrafos 7.886-7.898.

necesario desviarse de la interpretación hecha por su homólogo en el caso original, a pesar de las diferencias de contexto que existen entre el artículo XX (a) de GATT y el artículo XIV (a) del AGCS.¹¹⁷

Lo anterior, constituye un riesgo de interpretación a la luz de lo dispuesto por el artículo 31 de la Convención de Viena. Porque, si bien es correcto afirmar que ambos artículos versan sobre la moral pública, uno lo hace en el contexto del comercio de bienes tangibles, mientras que el otro la hace sobre bienes intangibles.¹¹⁸ En este sentido, no es óbice recordar que parece que lo único constante acerca de la excepción contenida en los artículos XX (a) del GATT, y el XIV (a) del AGCS es que opera cuando un Estado miembro considera que sus valores fundamentales y su concepción de moral como un cuerpo homogéneo se sienten amenazadas.¹¹⁹

3. *Conclusión*

Como final de esta sección se puede establecer que el término moral pública no puede ser interpretado homogéneamente a través de los dos acuerdos, el AGCS y el GATT.

Lo anterior, en tanto que, primero, el contexto en el cual los términos se encuentran es distinto y versa sobre objetos distintos. Por otro lado, la redacción de las excepciones generales en los dos acuerdos es similar pero no idéntica. En seguimiento a lo dictado por el principio de interpretación efectiva de los tratados, todos los términos contenidos en éstos deben ser dotados de un significado único y armónico pues es parte del principio de que están ahí por una razón, es decir un acto de voluntad de los Estados partes, no por un error de dedo u obra de la casualidad.

Por lo anterior, es cuestionable el análisis hecho por el Grupo Especial, posteriormente convalidado por el Órgano de Apelación, en el reciente caso *China – Publicaciones y productos audiovisuales*. Esto pues se decidió dar un significado idéntico al término “moral pública” en los dos Acuerdos, lo que entraña una descontextualización de las palabras y posiblemente una violación a lo prescrito por el artículo 31 de la Convención de Viena.

V. Orden público en el ADPIC

Es el propósito de la presente sección analizar la excepción de moralidad y orden público contenida en el artículo 27.2 del Acuerdo sobre los ADPIC a la luz de lo ya dicho en las secciones precedentes sobre la labor interpretativa que se debe llevar a cabo por los órganos de adjudicación de la OMC.

El problema del artículo 27.2 del referido acuerdo es que una vez más el lenguaje que se utilizó en su redacción difiere sustancialmente del utilizado en el caso del artículo XIV del AGCS y el artículo XX del GATT. En adición a esto, el artículo no se encuentra enmarcado bajo el concepto de excepciones generales sino bajo una excepción específica a la patentabilidad.

Dado lo anterior, no es seguro si la jurisprudencia existente para los artículos XIV y XX mencionados sea aplicable para los casos que aborden el tema del artículo 27.2. Además,

¹¹⁷ Condon, Bradley J., *Comentario sobre China – Publicaciones y productos audiovisuales informe del Órgano de Apelación*, 21 de diciembre de 2009, <http://cdei.itam.mx/ComentarioChinaPublicaciones.pdf>, fecha de consulta 25 de agosto de 2010.

¹¹⁸ Comentarios de uno de los dictaminadores de este artículo. Debido a que su identidad me es desconocida, no puedo darle crédito a su persona.

¹¹⁹ Habicht, Max, *op. cit.*, p. 243.

resulta evidente que, una vez más, el contexto en el que se encuentra enmarcado el concepto de orden público es distinto de los dos acuerdos antes analizados. En este caso, el acuerdo plantea en específico el otorgamiento de derechos a particulares en vista de la patentabilidad de la que son susceptibles los descubrimientos científicos.

1. *Definición de orden público en el artículo 27.2*

El Acuerdo sobre los ADPIC introdujo a las obligaciones del derecho de la OMC la protección de los derechos de propiedad intelectual. Las obligaciones del Acuerdo de los ADPIC, en adición a las obligaciones de los acuerdos abarcados, son obligaciones de todos los Estados miembros y exigibles en virtud del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD).¹²⁰

Los derechos de propiedad intelectual son importantes para la iniciativa privada que invierte en conocimiento, pero también tiene repercusiones importantes en el bienestar de la población. Los derechos protegidos por el Acuerdo sobre los ADPIC son:

1. Derecho de autor;
2. Marcas de fábrica o de comercio;
3. Indicaciones geográficas;
4. Dibujos y modelos industriales;
5. Patentes;
6. Esquemas de trazado (topografía) de los circuitos integrados, y
7. Protección de la información no divulgada.¹²¹

Como parte de los acuerdos abarcados, el Acuerdo sobre los ADPIC establece dispositivos legales que los Estados miembros están obligados a cumplir. Sin embargo, el Acuerdo sobre los ADPIC tiene la particularidad de establecer protecciones mínimas que los Estados miembros tienen que garantizar. Así, los miembros tienen la potestad de decidir el mecanismo que mejor les convenga para cumplir con sus obligaciones y respetar el estándar mínimo de protección.¹²²

En lo tocante a la estructura y contenido del artículo 27¹²³ del Acuerdo sobre los ADPIC, en virtud del párrafo primero del artículo de referencia, a reserva de lo previsto por

¹²⁰ Condon, Bradly J., *El Derecho de la Organización Mundial de Comercio*, Cameron May, Gran Bretaña, 2007, p. 661.

¹²¹ *Idem.*

¹²² *Ibidem*, p. 662.

¹²³ El artículo en comento establece que: “1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 2 y 3, las patentes podrán obtenerse por todas las invenciones, sean de productos o de procedimientos, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 65, en el párrafo 8 del artículo 70 y en el párrafo 3 del presente artículo, las patentes se podrán obtener y los derechos de patente se podrán gozar sin discriminación por el lugar de la invención, el campo de la tecnología o el hecho de que los productos sean importados o producidos en el país. 2. Los Miembros podrán excluir de la patentabilidad las invenciones cuya explotación comercial en su territorio deba impedirse necesariamente para proteger el orden público o la moralidad, inclusive para proteger la salud o la vida de las personas o de los animales o para preservar los vegetales, o para evitar daños graves al medio ambiente, siempre que esa exclusión no se haga meramente porque la explotación esté prohibida por su legislación. 3. Los Miembros podrán excluir asimismo de la patentabilidad: a) los métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos para el tratamiento de personas

los párrafos dos y tres del mismo, las patentes podrán otorgarse para todas las invenciones, sean de productos o de procedimientos, en todos los campos de aplicación tecnológica, siempre que sean nuevos, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial. Además las patentes podrán obtenerse y utilizarse sin discriminación por el lugar de invención, el campo de aplicación o el hecho de que los productos sean importados o nacionales.¹²⁴

Sin embargo, el párrafo segundo del artículo 27 del acuerdo arriba citado faculta a los Estados miembros a excluir de la patentabilidad las invenciones cuya explotación comercial en su territorio deba impedirse necesariamente para proteger el orden público o la moralidad, además de proteger la salud o la vida de las personas o de los animales o para preservar los vegetales, o para evitar daños graves al medio ambiente, siempre que la exclusión no se haga únicamente porque la explotación esté prohibida por la legislación doméstica.¹²⁵

En su momento, con respecto a la excepción de moralidad contenida en el artículo 27.2 del Acuerdo sobre los ADPIC, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, y el Centro Internacional de Comercio y Desarrollo Sustentable opinaron que los Miembros tienen considerable flexibilidad para definir qué situaciones están cubiertas, dependiendo de su propio estándar. Del mismo modo, al hablar de salubridad pública en el artículo 31, inciso b), del acuerdo de referencia, se determinó que cada miembro puede determinar individualmente lo que constituye una emergencia nacional u otra circunstancia de urgencia extrema.¹²⁶ En este sentido, en consonancia con lo ya dicho al hablar del artículo XIV del AGCS y el artículo XX del GATT, la idea de que es necesario respetar la soberanía de los Estados sigue permeando el pensamiento de las autoridades internacionales que se ven confrontados por el problema de dar significado y alcance al concepto de “orden público” cuando se invoca en el terreno de las relaciones comerciales internacionales.

Desafortunadamente, el tema no ha sido aun explorado en algún caso que se haya presentado ante los órganos de adjudicación de la OMC. Mas resulta evidente que una vez más la utilización del término “orden público” y “moralidad” resultara controvertida. No obstante lo inexplorado del tema, vale la pena hacer algunos apuntes preliminares de acuerdo a lo que se ha venido desarrollando.

Primero, de una lectura llana del párrafo segundo del artículo 27 se puede advertir que los redactores del mismo se desviaron una vez más de la fórmula que utilizaron en el artículo XX del GATT y también de la redacción del artículo XIV del AGCS. La fórmula contenida en el artículo 27 habla sobre “moralidad” y “orden público”, ya no de “moral” y “orden público”.

o animales; b) las plantas y los animales excepto los microorganismos, y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales, que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos. Sin embargo, los Miembros otorgarán protección a todas las obtenciones vegetales mediante patentes, mediante un sistema eficaz sui generis o mediante una combinación de aquéllas y éste. Las disposiciones del presente apartado serán objeto de examen cuatro años después de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC.”

¹²⁴ Condon, Bradley J., *op. cit.*, p. 700.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 701.

¹²⁶ Diebold, Nicolas F., *op. cit.*, p. 58.

En seguimiento a lo mandado por el artículo 33 de la Convención de Viena es menester comparar también el acuerdo en los otros idiomas autenticados, es decir, inglés y francés. En este sentido, el texto del Acuerdo sobre los ADPIC en inglés utiliza el mismo término que en el idioma español: “*ordre public*” y “*morality*”. En adición a lo anterior, el texto en francés utiliza el mismo término también que en los textos en inglés y en español: “*ordre public*” y “*moralité*”. En conclusión, en vista de que no existe discrepancia entre los términos del acuerdo de referencia en los distintos idiomas auténticos no es necesario considerar el análisis del artículo 33 de la Convención de Viena.

Segundo, en esta ocasión el Acuerdo sobre los ADPIC faculta a los Estados miembros a desviarse de las obligaciones contenidas en el derecho de la OMC en el contexto de la propiedad intelectual, no del comercio de bienes o servicios. Por lo tanto, al realizar la labor interpretativa, el contexto, en términos de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, será distinto del que ya se determinó para el caso de la interpretación de los artículos XX del GATT y el XIV del AGCS.

En este sentido, ¿cómo es que se debe dar significado al término “orden público”? ¿este significado debe ser el mismo que se dio en el AGCS? o ¿se debe optar por uno nuevo? Dado que la estructura y la redacción del artículo 27 es distinta a la de los artículos XIV del AGCS y el XX del GATT, ¿la jurisprudencia de este último resulta aplicable para casos sobre el artículo 27?

Respecto a este último punto, se debe anotar que el Acuerdo sobre los ADPIC emplea diversos conceptos y términos que también se utilizan en los demás acuerdos de la OMC. Por eso, la jurisprudencia que versa sobre los demás acuerdos de la OMC podría ser utilizada para la interpretación del Acuerdo sobre los ADPIC. Sin embargo, las previsiones de éste son de una naturaleza distinta a la de los otros acuerdos en varios aspectos. En el caso *Estados Unidos – Artículo 110 de la Ley de Derechos de Autor*, el Grupo Especial consideró que se debe proceder con cautela en la labor interpretativa de los dispositivos legales del Acuerdo sobre los ADPIC a la luz de los conceptos que sean desarrollados en la práctica de solución de diferencias seguida en el GATT. En razón de que los acuerdos abarcados por la OMC forman un sistema jurídico único e integrado, el Grupo Especial consideró apropiado formular interpretaciones sobre la protección jurídica conferida a los titulares de derechos de propiedad intelectual conforme al Acuerdo sobre los ADPIC que no sean incompatibles con el trato conferido a los productos en virtud del GATT, o con respecto a servicios y a proveedores de servicios con arreglo al AGCS, habida cuenta la jurisprudencia existente.¹²⁷

Es claro que aún no hay una respuesta para las demás interrogantes planteadas. Mas en el futuro, el artículo 27 del Acuerdo sobre los ADPIC será, sin lugar a dudas, campo fértil para la controversia. Un ejemplo de estas futuras controversias es la patentabilidad de los animales transgénicos. Algunos países los consideran invenciones, y patentables, mientras que otros no. El caso del “oncomouse”, un ratón creado por la Universidad de Harvard para estudios sobre el cáncer ha sido patentado ya en los Estados Unidos, la Unión Europea y Japón. Pero Canadá rechazó la solicitud de patente del “oncomouse” argumentando sobre la interpretación del término “invención” en la Ley de Patentes de Canadá.¹²⁸

¹²⁷ Condon, Bradley J., *op. cit.*, pp. 722-723.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 704.

Al igual que en los demás artículos que contienen excepciones en el derecho de la OMC, una de las dificultades en la interpretación del término “orden público” es que las posibles fuentes de las cuales podemos obtener orientación son tan diversas como Estados soberanos existan en el mundo. Otra razón puede ser que en cada legislación, la excepción está redactada de un modo ambiguo y vago. Es casi una constante que, en los casos en los que se presenta la tarea de definir el orden público, es el Grupo Especial, o el Órgano de Apelación, quien a su prudente arbitrio tiene la facultad de determinarlo. Por lo tanto, también existe la posibilidad de divergencias conceptuales de un caso a otro. Por último, también hay que tener en mente que al tratarse de un concepto que necesariamente invoca la *psique* de las personas, su unificación se antoja imposible.¹²⁹

Por el momento, lo único que se puede decir con seguridad es que, cuando estas controversias se presenten, los órganos de adjudicación de la OMC deberán ser fieles a lo mandado por el artículo 3.2 del ESD. En este sentido, deberán aplicar los artículos 31, 32 y 33 de la Convención de Viena para hacer un estudio ordenado y sistematizado de los conceptos a interpretar. Tratando siempre de encontrar un significado que concilie de mejor manera el objeto fin del tratado y el significado de las palabras.

Al paso en que las controversias sobre términos como “invención” u otros se vayan resolviendo, los países recurrirán cada vez más a términos como “moralidad” y “orden público” para justificar desviaciones de las obligaciones adquiridas. Esto en vista de que la doctrina del orden público se encuentra afiliada en diversos lugares del ordenamiento jurídico de la OMC y otros. Ha sido prolíficamente utilizada en acuerdos regionales y bilaterales a lo largo y ancho del mundo. De aproximadamente 250 acuerdos comerciales que han sido registrados en la OMC, casi 100 contienen excepciones de orden público similares o idénticas a la contenida en el artículo XIV, inciso (a), del AGCS. En este sentido, como muchos de estos acuerdos adoptan estructuras y lenguajes similares a los del GATT, la trascendencia de establecer una doctrina clara del orden público resulta de innegable relevancia.¹³⁰

2. Conclusión

Los términos “moralidad” y “orden público” contenidos en el artículo 27.2 del Acuerdo sobre los ADPIC constituyen campo fértil para la controversia en el derecho de la OMC. Al igual que los términos contenidos en el artículo XIV del AGCS y el artículo XX del GATT, lo dispuesto por el artículo 27.2 será definido *ex post facto* a la presentación de una controversia en el seno de la OMC. En ese momento, los órganos de adjudicación de esta organización se verán confrontados una vez más por la titánica labor de definir y fijar el alcance a los términos del artículo 27.2 tomando en cuenta las legítimas alegaciones tanto de la parte actora, como de la parte demandada. Esto siempre a la luz de lo mandado por los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena y adicionalmente teniendo en mente la posibilidad de utilizar el artículo 33 de la referida Convención.

Todo lo anterior, con el objeto de dilucidar la definición y alcance del término “orden público” preservando los avances obtenidos en materia comercial por la OMC y siempre a la luz del contexto y objeto fin del tratado en cuestión.

¹²⁹ Habicht, Max, *op. cit.*, p. 243.

¹³⁰ Marwell, Jeremy C., *op. cit.*, p. 811.

VI. Conclusiones generales

Es el propósito de esta sección, responder a los cuestionamientos planteados en el cuerpo de este trabajo y presentar las conclusiones a las que se arribaron tras el análisis de la definición del orden público en el marco del derecho de la OMC.

En este sentido, al cuestionarse si ¿es la excepción para proteger el orden público en el artículo XIV (a) del AGCS un vehículo para que un Estado soberano califique las preocupaciones sociales de otro Estado igualmente soberano? La respuesta debe ser indubitablemente negativa. Ni la excepción contenida en el artículo XIV, ni en ningún otro dispositivo jurídico dentro del derecho de la OMC, debe ser entendida como un medio de intromisión de un Estado soberano en los asuntos de otro Estado igualmente soberano.

Lo anterior en vista de que, como se expresó en su momento, el derecho de la OMC, y la misma OMC como ente internacional, se encuentran insertos en el entramado legal del DIP. Dicho derecho establece como presupuesto a las relaciones internacionales una serie de principios inalterables sin los cuales las relaciones simplemente no pueden existir. Así, formalmente, todos los Estados son iguales en el ámbito internacional. Las preocupaciones de uno son igualmente válidas y trascendentes que las de cualquier otro, sin distingo por el valor de su Producto Interno Bruto o de su composición étnica.

Además, al ser todos los Estados iguales, y sus preocupaciones idénticas en importancia, ningún Estado está facultado para pronunciarse o calificar las intenciones regulatorias de otro, sea para proteger su orden público, sea para cualquier otra cosa. Por un lado, los Estados gozan de la soberanía territorial que se traduce en el imperio que éstos ejercen sobre su población y su territorio. Por otro lado, esta misma soberanía territorial es un ámbito exclusivo de decisión que no se comparte. Una expresión de esto último, es el principio de auto-determinación de los pueblos. A decir, el principio de derecho internacional que manda respetar a todos los Estados en la arena internacional la manera en que cada uno de ellos decide gestionar sus asuntos soberanos. Un Estado se encuentra obligado a respetar la manera en que un Estado, en expresión de su soberanía irrestricta, decide organizarse política, social y económicamente. Esta soberanía está sujeta a las obligaciones internacionales que un Estado asume, como las que se encuentran en los acuerdos de la OMC. Sin embargo, por medio de las excepciones para el orden público, los Estados miembros de la OMC han guardado su soberanía sobre los asuntos que caben dentro de esta categoría.

En este sentido, dado que existe una posibilidad infinita de modos y estilos de organización, y todos son considerados igualmente importantes, relevantes con respecto a otros, y que vale la pena conservar, ningún Estado se puede pronunciar acerca de las preocupaciones de otro Estado de modo que califique lo que está bien o está mal desde un punto de vista de superioridad moral, ética o cualquier otra forma que se pueda imaginar.

Por otra parte, si no podemos calificar desde un punto de vista internacional, neutro y objetivo, las preocupaciones sociales de un Estado soberano, ¿es posible forzar el cumplimiento de las obligaciones internacionalmente adquiridas, si dicho incumplimiento se basa en el hecho de que se está intentando proteger algo que un país considera como socialmente relevante, como un interés fundamental de su sociedad? Cuantimás si el esfuerzo del Estado para limitar el acceso a su mercado para ciertos servicios, no tiene como propósito discriminar entre competidores, sino regular una industria que considera socialmente nociva.

La respuesta para este cuestionamiento tiene que ser también negativa. Debe serlo en la medida en que hacer lo contrario entrañaría necesariamente asumir que sus políticas

públicas, reflejo de sus preocupaciones sociales, que buscan proteger su esencia como sociedad, se califican de inútiles o cuando menos como irrelevantes. Debemos recordar que si bien es cierto los países están constreñidos por el principio *pacta sunt servanda*, también lo es que para poder utilizar este principio es una condición indispensable el reconocimiento de los contratantes que entran al pacto como iguales. Así, se debe reconocer que, si la desviación de las obligaciones internacionales se hace al amparo de una excepción general reconocida por alguno de los acuerdos abarcados, y no se puede demostrar que el propósito de la desviación es la discriminación entre competidores, la desviación es válida sin importar lo extraño que pueda ser el planteamiento o lo inusual del mismo.

En conclusión, no creo que un país que decide apartarse de sus compromisos internacionales y los afectados no puedan demostrar *prima facie* que dicho desvío es ilegítimo deba ser obligado a cumplir en detrimento de su soberanía y de los principios de DIP citados en el curso del presente artículo.

En este sentido, ¿cómo es que realmente se determina que una preocupación es de orden público? Después de analizar concienzudamente el cuestionamiento estoy convencido de que no existe una manera de determinarlo *ipso facto*. Aunque parece paradójico que tras varias decenas de páginas de análisis se arribe a la conclusión de que el problema no puede solucionarse a ciencia cierta, la realidad es que en atención a todas las consideraciones vertidas con antelación se puede entender que, al ser una cuestión tan íntima de un Estado, que algunas veces ni dentro del Estado mismo se encuentra clara u homogéneamente decidida, es prácticamente imposible establecer un rasero para analizar de entrada si una alegación de orden público es válida o no.

En el mejor de los casos, los argumentos de las partes, la evidencia de la que se alleguen el Grupo Especial, y el desarrollo mismo de la decisión, podrán dar un poco de luz a la cuestión. Sin embargo, creo que no podrá darse una certeza absoluta, más allá de cualquier duda, de que la alegación es *per se* válida.

Probablemente será, a través del análisis, ya no del concepto de orden público, sino de la mecánica, la operación y las consecuencias de la medida cuestionada que se podrá establecer si la excepción de orden público estaba siendo invocada legítimamente o se trataba de una farsa. En otras palabras, será a través del análisis mandado por el preámbulo del artículo XIV del AGCS y del artículo XX del GATT que se podrá determinar si la medida estaba legítimamente encaminada a proteger el orden público, sea cual sea el significado que se le estaba atribuyendo en ese momento, o si, por el contrario, la medida se estaba aplicando como medio de discriminación arbitraria o injustificable o una restricción encubierta del comercio.

Exactamente por esta potencial expansión del concepto es que debe abordársele siempre con el objetivo de ser interpretada de modo restrictivo, como doctrinalmente es que se debe interpretar a una excepción para que tenga sentido que se encuentre en una lista limitativa. Se debe tener en mente que, demasiada libertad para definirla constituye un riesgo inherente para el objeto fin del tratado y para los progresos alcanzados en el marco del derecho de la OMC, la liberalización progresiva del comercio, y el adelanto de los pueblos a través del intercambio comercial.

Sobre la utilidad de los diccionarios en la definición del orden público específicamente, creo que con la respuesta arriba descrita se ha analizado en suficiencia la cuestión del significado de la locución objeto de este artículo. Sin embargo, como ya se dijo en su momento, los diccionarios son buenas herramientas para proyectar indicios de lo que en un

LOS CRITERIOS DE DEFINICIÓN DE “ORDEN PÚBLICO” COMO EXCEPCIÓN A LAS OBLIGACIONES EN EL DERECHO DE LA OMC

momento dado puede considerarse como el significado del término orden público. No obstante, creo que se estableció de manera clara y terminante que el concepto de orden público es uno etéreo, al igual que otro como la moral pública o la moralidad. Dicho concepto, si bien nos gusta soñar con que es claro y delimitado, es en realidad una cristalización del *status quo* de un momento determinado. Si se desea, se puede uno referir a él de modo elegante y decir que es un “concepto jurídico indeterminado”. Lo cual significa en llano español que no puede ser definido pues es una entelequia social cambiante, viva, que adquiere significado cada día para incluir más o menos de lo que incluyó el día de ayer.

Definirlo en un momento dado, específico, para un lugar y un tiempo determinados, significa renunciar a las otras muchas posibilidades que existen de definirlo. Que dicho sea de paso, seguramente serán distintas de las que se presentarán tras el paso de algunos sexenios, décadas o lustros, sin mencionar las infinitas posibilidades que las variaciones geográficas abonan a la ecuación.

Asimismo, creo que el significado de la locución orden público, para el efecto del derecho de la OMC, se ve profundamente acotado por el contexto en el que se encuentra. Éste será un elemento que también se debe considerar en tanto que, como lo manda el artículo 31 de la Convención de Viena, las palabras adquieren su significado a la luz del contexto en el que se encuentran. Por lo que, no será lo mismo intentar definir el orden referido a la luz de los derechos de propiedad intelectual, que de los derechos en el marco del comercio de bienes o en el marco del comercio de servicios. Mas se debe reconocer en todo momento que la última *ratio* de la excepción de orden público es salvar, como ya se dijo antes, una expresión netamente soberana del mar de obligaciones internacionales avasalladoras con las que se encuentra un país al relacionarse en la esfera internacional.

Por lo que, se debe concluir que la excepción de orden público contenida en los artículos XIV del AGCS y 27 del Acuerdo sobre los ADPIC, así como su concepto reflejo contenido en el artículo XX del GATT, es una excepción *sui generis*.