

Los criterios de definición de “orden público” como excepción a las obligaciones en el Derecho de la OMC

Daniel Ruiz Lares

Introducción

El problema de investigación de este trabajo se centra en el uso, definición y alcance del término “orden público” en tres acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (OMC): (1) el artículo XIV(a) del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS) referente a las excepciones generales; (2) el artículo XX(a) del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT por sus siglas en inglés) referente a las excepciones generales, y (3) el artículo 27.2 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC) referente a la excepción particular en materia de patentabilidad.

El artículo XIV del AGCS dice:

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 prevalezcan 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;...¹

Se debe tener en mente que el objetivo del AGCS según lo expresa su preámbulo es:

Deseando establecer un marco multilateral de principios y normas para el comercio de servicios con miras a la expansión de dicho comercio en condiciones de transparencia y de liberalización progresiva y como medio de promover el crecimiento económico de todos los interlocutores comerciales y el desarrollo de los países en desarrollo;²

El preámbulo también dice:

Reconociendo el derecho de los Miembros a reglamentar el suministro de servicios en su territorio, y a establecer nuevas reglamentaciones al respecto, con el fin de realizar los objetivos de su política nacional, y la especial necesidad de los países en desarrollo de ejercer este derecho, dadas las asimetrías existentes en cuanto al grado de desarrollo de las reglamentaciones sobre servicios en los distintos países³.

Esta investigación tiene el fin de aclarar el significado del término “orden público” contenido artículo XIV, inciso a) del AGCS a la luz de su texto, del preámbulo y de su aplicación por los órganos de adjudicación de la OMC. Dicha excepción únicamente ha sido

¹ Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/26-gats.pdf, consultado el 5 de noviembre de 2009.

² *Ibidem.*

³ *Ibidem.*

utilizada como defensa en el caso que se conoce como *Estados Unidos – Juegos de azar*. En esta disputa, ni el Grupo Especial ni el Órgano de Apelación definieron satisfactoriamente el alcance del término “orden público”. Decidieron que:

En el análisis efectuado en virtud del apartado a) del artículo XIV el Grupo Especial constató que "la expresión 'moral pública' denota normas de buena y mala conducta por parte de o en nombre de una comunidad o nación". El Grupo Especial constató además que la definición de la palabra "orden", interpretada conjuntamente con la nota 5 del AGCS, "sugiere que la expresión 'orden público' alude a la preservación de los intereses fundamentales de una sociedad, tal como se reflejan en las leyes y la política pública". El Grupo Especial se refirió seguidamente a informes y declaraciones del Congreso que demuestran que el "Gobierno de los Estados Unidos considera [] que esas leyes [...] se adoptaron para abordar preocupaciones como las concernientes al blanqueo de dinero, la delincuencia organizada, el fraude, la participación de menores en juegos de azar y la ludopatía". Sobre esta base, el Grupo Especial constató que las tres leyes federales son "medidas destinadas para 'proteger la moral pública' y/o 'para mantener el orden público' [...] en el sentido del apartado a) del artículo XIV"⁴.

Sin agregar más análisis a la interpretación de “orden público” del artículo XIV(a) del AGCS, el Órgano de Apelación confirmó la interpretación del Grupo Especial.

El artículo XX del GATT dice:

Artículo XX
Excepciones generales

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;⁵

Un caso bajo el artículo XX(a) del GATT también es relevante: la decisión del caso *China – Publicaciones y productos audiovisuales*. En ese caso, se interpretó el término así:

Observamos que el Grupo Especial y el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Juegos de azar* examinaron el sentido de la expresión "moral pública" como se utiliza en el apartado a) del artículo XIV del AGCS, que es la disposición del AGCS que corresponde al apartado a) del artículo XX. El Grupo Especial encargado de ese asunto, en una interpretación que no cuestionó el Órgano de Apelación, constató que "la expresión 'moral pública' denota normas de buena y mala conducta por parte de o en nombre de una comunidad o nación". El Grupo Especial dijo también que "el significado de esos conceptos para los Miembros puede variar en el tiempo y en el espacio, en función de diversos factores, incluidos los valores sociales, culturales, éticos y religiosos que prevalezcan". El

⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, WT/DS285/AB/R, adoptado el 7 de abril de 2005, párrafo 296.

⁵ México, Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), Diario Oficial de la Federación, 29 de octubre de 1986.

Grupo Especial señaló a continuación que al aplicar conceptos sociales similares, "debe darse a los Miembros cierta libertad para definir y aplicar por lo que a ellos respecta los conceptos de 'moral pública'... en sus respectivos territorios, conforme a sus propios sistemas y escalas de valores". Dado que el apartado a) del artículo XX utiliza el mismo concepto que el apartado a) del artículo XIV, y puesto que no vemos ninguna razón para desviarnos de la interpretación de la expresión "moral pública" elaborada por el Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos - Juegos de azar*, adoptamos la misma interpretación a efectos de nuestro análisis del apartado a) del artículo XX⁶.

Por otra parte, el artículo 27.2 del Acuerdo sobre los ADPIC dice:

Artículo 27
Materia patentable

[...]

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 legislación⁷.

[...]

Es sobresaliente que no hay jurisprudencia existente acerca de la aplicación de este artículo.

La excepción general contenida en el artículo XIV(a) del AGCS, así como las excepciones contenidas en el artículo XX del GATT y el artículo 27 del Acuerdo sobre el ADPIC, permiten incumplir con las obligaciones adquiridas en la OMC de un modo justificado. Sin embargo, el concepto "orden público" no ha sido satisfactoriamente definido por los órganos de adjudicación de la OMC.

A la luz del principio de interpretación eficaz de los tratados, se debe dar sentido a cada término contenido en aquellos. El artículo XIV(a) del AGCS dice "moral pública" y "orden público", por lo tanto, hay que definir y distinguir estos términos. Por su parte, el artículo XX(a) del GATT dice "moral pública". Por último, el artículo 27.2 de Acuerdo sobre los ADPIC dice "orden público" o "moralidad". En este sentido, el argumento central de este trabajo es que no se puede interpretar estos términos de la misma manera en cada disposición porque el contexto en el que se encuentra cada uno es distinto. Sin embargo, no existe una manera de determinar *ipso facto* que una preocupación es de orden público.

Ya que es infructuoso pensar en establecer una definición internacionalmente consensuada o armonizada de lo que se debe entender por "orden público", es de suma relevancia establecer bajo qué criterios se tendrá como justificado el uso de la excepción. Dicha operación no ha sido realizada por los órganos de adjudicación de la OMC. Por el contrario, la resolución *Estados Unidos - Juegos de azar*, ha sido ampliamente criticada por

⁶ Informe del Grupo Especial, *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, WT/DS363/R, adoptado el 12 de agosto de 2009, párrafo 7.759.

⁷ Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre el ADPIC), http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf, consultado el 8 de noviembre de 2009.

los dogmáticos y practicantes considerando la operación del principio de buena fe internacional y el mecanismo de la carga de la prueba en el derecho de la OMC.

Por último, es relevante analizar el artículo 27.2 del ADPIC ya que el lenguaje utilizado en éste no es similar al de los artículos XIV(a) del AGCS y XX del GATT, que ya han sido declarados como similares por la jurisprudencia en lo que respecta a la utilización de la palabra “necesarios”.

El artículo se organiza de la siguiente manera. La sección I hace un recuento de algunas consideraciones preliminares de derecho nacional, derecho internacional público y derecho de la OMC, y hace un análisis de las mismas. La sección II revisa la excepción de orden público en el marco del artículo XIV(a) del AGCS y la decisión *Estados Unidos – Juegos de azar*. La sección III repasa la excepción de orden público en el marco del artículo XX(a) del GATT y la decisión *China – Publicaciones y productos audiovisuales*. La sección IV analiza la excepción de orden público en el marco del artículo 27.2 del Acuerdo sobre los ADPIC. Finalmente, la conclusión resume el análisis de las secciones anteriores y concluye que la interpretación del orden público en los acuerdos de la OMC debe realizarse teniendo en cuenta las reglas de interpretación de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

I. Consideraciones preliminares

1. Introducción

El propósito de esta sección es esbozar algunas consideraciones previas al estudio del término “orden público” contenido en los artículos XIV(a) del AGCS y el artículo 27.2 del Acuerdo sobre los ADPIC, y su relación con el artículo XX del GATT. Los artículos XIV y XX, dentro de sus respectivos ordenamientos, abordan el tema de las excepciones generales, es decir la posibilidad de incumplimiento justificado de los compromisos adquiridos en el seno de la OMC. Por su parte, el artículo 27.2 del Acuerdo sobre los ADPIC establece una excepción particular en materia de patentabilidad.

Como resulta claro, es de suma importancia la aclaración del concepto de orden público en tanto que este ha sido poco utilizado por los Estados Miembros a pesar del enorme poder que entraña. Específicamente, la excepción general citada únicamente ha sido invocada en dos casos, los conocidos como *Estados Unidos – Juegos de azar* y *China – Publicaciones y productos audiovisuales*. Desafortunadamente, en los casos referidos, tanto el Grupo Especial como el Órgano de Apelación hicieron un escueto y somero análisis de lo que el término “orden público” contenía. En este sentido, se retoman brevemente aspectos diversos sobre temas que tangencialmente se relacionan con el concepto discutido.

Primero, se hará un breve esbozo de lo que en México se considera orden público. Segundo, se hará alusión a varios principios del Derecho Internacional Público indispensables para el tratamiento del tema. Por último, se introducirán algunas ideas sobre el tema en el cuadro del derecho de la OMC.

Sin embargo, se puede comenzar diciendo que todos los países del mundo consideraron en su momento la necesidad de aplicar derecho extranjero en su propio territorio al tiempo en que las relaciones entre aquellos se volvieron más frecuentes y más

complejas. En la discusión de esta posibilidad, los países encontraron un primer acercamiento a la idea del orden público a nivel internacional⁸.

Al analizar las posibles implicaciones de la utilización de un derecho extraño en el seno de su propio ordenamiento jurídico, los países se dieron cuenta que existían consecuencias imprevistas o, peor aún, resultados derivados de dicha aplicación con los que no podían estar de acuerdo. En vista de esto, llegaron a la determinación de que había ciertas áreas del derecho en las que no podían permitir importaciones jurídicas pues los resultados atentaban contra la esencia misma de lo que ellos consideraban como su identidad⁹.

Con este antecedente fue que apareció por primera vez el concepto de “orden público”. Tuvo su génesis como una válvula de seguridad que permitía a las partes desviarse de sus obligaciones internacionalmente adquiridas cuando aquellas suponían un riesgo a sus más preciados valores sociales¹⁰.

En su momento, diversos tratadistas dilucidaron teorías acerca de la utilidad y aplicación de este novedoso concepto jurídico. Algunos de ellos, le atribuyeron dos funciones específicas; la primera, determinar, de modo general, el campo en el cual el derecho extranjero podría ser aplicado sin riesgo, y la segunda, de modo especial, el campo en el cual, a pesar de existir obligaciones internacionales, éstas serían incumplidas excepcionalmente¹¹.

2. Sobre el derecho nacional

El tema del orden público para nada es nuevo en nuestro derecho nacional. Por el contrario, ese concepto ha sido usado de modo fructífero en la legislación de los tres ámbitos de gobierno. Tal ha sido su proliferación que podemos encontrar transcripciones de la fórmula “las disposiciones que se refieran a [...] son de orden público e interés social [...]”¹² en leyes que abarcan las materias más disímiles y diversas, desde el derecho civil, hasta la propiedad industrial.

Paradójicamente, poco o nada se ha dicho a ciencia cierta sobre el contenido del referido orden público o sobre los alcances del mencionado interés colectivo. Sin embargo, lo que puede decirse es que constituye una fórmula sacramental que intenta proteger lo que se considera como de extremo valor social y cuya conservación se estima necesaria. En cierto sentido, podría decirse que el orden público marca la frontera entre los derechos de los cuales uno puede disponer libremente y aquellos que el legislador ha estimado deben permanecer incólumes¹³. Éstos últimos, son los que el orden público protege.

Así las cosas, resulta evidente que, al igual que en el caso del derecho de la OMC, el concepto presenta no pocas dificultades para su definición y los alcances que debe dársele. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado recientemente acerca del orden público y ha concluido que:

⁸ Cfr. Habicht, Max, “The Application of Soviet Laws and the Exception of Public Order”, *The American Journal of International Law*, Vol. 21, no. 2, 1927, p. 239.

⁹ *Ibidem*, p. 243.

¹⁰ *Ibidem*, p. 242.

¹¹ *Ibidem*, p. 240.

¹² México, Código Civil para el Distrito Federal, Decreto por el que se reforman los artículos 35, 36, 38, 40, 51, 58, 60, 89, 97, 98, 102, 103, 126, 131, 132, 272 y 291; así como la denominación del Capítulo X del Título Cuarto “Del Registro Civil”, del Código Civil para el Distrito Federal, Gaceta Oficial del Distrito Federal, 29 de julio de 2010.

¹³ Semanario Judicial de la Federación, octava época, t. XV-II, febrero de 1995, p. 227.

El orden público no constituye una noción que pueda configurarse a partir de la declaración formal contenida en una ley. Por el contrario, [...] corresponde al juzgador examinar su presencia en cada caso concreto, de tal suerte que se perfila como un concepto jurídico indeterminado de imposible definición cuyo contenido sólo puede ser delineado por las circunstancias de modo, tiempo y lugar que prevalezcan en el momento en que se realice la valoración. En todo caso, [...] el juzgador debe tener presentes las condiciones esenciales para el desarrollo armónico de la comunidad, es decir, las reglas mínimas de convivencia social; en la inteligencia de que la decisión que se tome en el caso específico no puede descansar en meras apreciaciones subjetivas, sino en elementos objetivos que traduzcan las preocupaciones fundamentales de la sociedad, siempre buscando no obstaculizar la eficacia de los derechos de tercero¹⁴.

Como es claro de la lectura llana de la referida jurisprudencia, el máximo tribunal de nuestro país ha optado por definir el orden público como un “concepto jurídico indeterminado” que debe ser valorado y reconocido en cada caso particular. Para realizar esta operación de reconocimiento y valoración, no puede esbozarse fórmula y criterio que permita la identificación del concepto con antelación.

Resulta cuando menos digno de análisis, que un concepto que sin lugar a dudas reviste una importancia suprema, no pueda ser definido. Sin embargo, puede que la carencia de definición obedezca más a una cuestión pragmática que a la ignorancia o incapacidad de nuestros juzgadores y legisladores. En interpretaciones relacionadas, se ha abordado el tema de los conceptos jurídicos indeterminados y se ha dicho que:

Definir un concepto jurídico indeterminado puede ser complejo y requerir de una especial valoración, sobre todo cuando el lenguaje empleado en su redacción implique conceptos científicos, tecnológicos, axiológicos, económicos, políticos, sociológicos o de otras disciplinas, pues de suyo requiere acudir a ellas. Frente a tal caso es menester acudir a valores, principios e intereses que resulten compatibles con el fin [...] para esclarecer el contenido y alcance de dichos conceptos [...]¹⁵.

Siendo lo anterior así, es claro que, primero, el orden público es un concepto jurídico indeterminado. Segundo, su valoración debe darse caso por caso. Tercero, dicho concepto contiene axiomas sociales y consideraciones sociológicas que deben ser analizadas siempre a la luz de la circunstancias pues ni los primeros ni las segundas permanecen inmóviles con el paso del tiempo; por el contrario son entes en constante cambio y evolución. Por lo tanto, resulta prácticamente imposible intentar cristalizar en una sola decisión etérea su significado y alcance.

Ya en esta temprana etapa de la disertación, el concepto de orden público se presenta a sí mismo como una idea elusiva, de difícil entendimiento pero de suprema importancia.

3. Sobre el Derecho Internacional Público

Como principio de esta discusión se debe reconocer que el derecho de la OMC no es un régimen de derecho auto-contenido. Lo que esto significa es que, si bien es cierto que se compone de hipótesis normativas y consecuencias de derecho propias para aquellas, vive inserto en la estructura del derecho internacional¹⁶. En este sentido, el Órgano de Apelación

¹⁴ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, t. XXII, agosto de 2005, p. 1956

¹⁵ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, t. XXII, septiembre de 2005, p. 1431

¹⁶ Cfr. Marceau, Gabrielle, “WTO Dispute Settlement and Human Rights”, *European Journal of International Law*, Vol. 13, no. 4, 2002, p. 767.

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 en un aislamiento clínico del Derecho Internacional Público.

La concepción del sistema de la OMC como auto-contenido es engañosa si se toma de forma literal. 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. Por el contrario, debe hacer pensar en una sinergia constante pues el Derecho Internacional Público es cuna y razón de ser del sistema de la OMC. Es así que, es más conveniente considerar al sistema de la OMC como uno de *lex specialis*, haciendo referencia a lo dispuesto por el artículo 56 de las Reglas sobre Responsabilidad de los Estados de la Comisión de Derecho Internacional¹⁷.

A pesar de que se considere al Derecho de la OMC como una ley especial, no puede olvidarse que las reglas de Derecho Internacional Público son necesariamente un punto de partida y sus principios irrenunciables en tanto que 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 constantemente adquieren significados más amplios¹⁸.

Por ejemplo, aunque se considere al ordenamiento de la OMC como un sistema de *lex specialis*, las partes signatarias del acuerdo de creación del organismo necesariamente asumen sus obligaciones partiendo de un principio internacional de buena fe¹⁹.

En este sentido, tampoco se puede escapar a otros principios torales del Derecho Internacional Público como la soberanía e igualdad de los Estados. Estos dos principios son básicos para la construcción del referido acuerdo de creación del organismo. Sin ellos, resulta impensable una relación *vis-à-vis* entre Estados. El corolario de estos principios es: (1) un Estado tiene 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 son parte²⁰.

Así, no es posible argumentar que un Estado, al someterse a las obligaciones y contraer los derechos contenidos en un tratado internacional específico, se sustraiga de la aplicación del Derecho Internacional Público pues, como la misma Corte Permanente lo ha sostenido en diversas ocasiones, la participación en un instrumento internacional constituye la afirmación y pleno ejercicio de los principios de soberanía e igualdad de los Estados²¹.

Aunque pudiera analizarse y tal vez debatirse acerca del significado o alcance de algunos principios de Derecho Internacional Público, no puede cuestionarse que también existen varios de ellos que son claros y que precisamente constituyen los bloques de construcción de las relaciones internacionales. Generalmente, en caso de duda acerca de las cuestiones antes señaladas, los países y los organismos internacionales se muestran cautelosos al pronunciarse y toman una actitud de análisis caso por caso para llegar a una conclusión²². Por lo que, en términos generales, y para el caso de discusión en este trabajo,

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ *Ibidem*, p. 775.

¹⁹ *Ibidem*, p. 779.

²⁰ *Cfr.* Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, Séptima edición, Oxford University Press, Gran Bretaña, 2008, p. 289.

²¹ *Ibidem*, p. 290.

²² *Idem*.

los principios de derecho internacional como soberanía, igualdad entre los estados, no intervención, auto-determinación de los pueblos, entre otros, se presumen necesariamente y se reconocen como aplicables²³. Por otra parte, se reconoce que así como existen áreas de clara aplicación de los compromisos internacionales, también existen otras de clara e irrenunciable competencia nacional.

En tanto que estas últimas áreas existen, los temas que las mismas contienen se encuentran vedados del foro internacional. Esto debido a que el principio de auto-determinación de los pueblos se articula con otros como la soberanía, la igualdad de los estados y la igualdad de los pueblos dentro de los Estados, y da como resultado este ámbito exclusivamente nacional. Un ejemplo de lo anterior, y de la sinergia mencionada entre Derecho Internacional Público y Privado, es que el concepto de auto-determinación ha sido extrapolado a consideraciones económicas y ha dado como resultado la idea de auto-determinación económica de los pueblos; es decir, cada pueblo es libre de determinar su forma de organización económica²⁴.

Con estos razonamientos es que debemos acercarnos al análisis de la definición de “orden público”. Al hacerlo, dos cuestionamientos principales 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 éstos se determinan 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?²⁵

Si bien es cierto que las herramientas básicas de interpretación de los tratados, contenidas en los artículo 31 y 32 de la Convención de Viena, son un punto de partida necesario para cualquier discusión de este tipo, el cuestionamiento referido sobre el orden público tienen el potencial de rebasar al significado ordinario de las palabras y a los medios complementarios de interpretación. En consecuencia, 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 fructífero²⁶.

A pesar de la aparente restricción del caso al ámbito comercial del Derecho de la OMC, no hay duda de que en el trasfondo de la discusión nos enfrentamos a consecuencias que van más allá de lo meramente mercantil. Nos encontramos frente a deliberaciones sobre la soberanía de un Estado. Esto debido a que todas las naciones soberanas tienen un interés qué definir desde un punto de vista nacional, lo que ellas consideran como propio de su orden público²⁷.

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

²³ *Ibidem*, pp. 290-291.

²⁴ *Ibidem*, p. 582.

²⁵ *Cfr.* Marwell, Jeremy C., “Trade and Morality: The WTO Public Morals Exception After Gambling”, *New York University Law Review*, Vol. 81, 2006, p. 805.

²⁶ *Cfr.* Ortino, Federico, “Treaty Interpretation and the WTO Appellate Body Report in US-Gamblings: a Critique”, *Journal of International Economic Law*, Vol. 9, no. 1, 2006, p. 123.

²⁷ *Cfr.* Park, Micheal, “Market Access and Exceptions Under the GATS and Online Gambling Services”, *Southwestern Journal of Law & Trade in the Americas*, no. 12, 2006, p. 515.

nacional y a la auto-regulación²⁸. Pero el riesgo de hacerlo de este modo radica en que una mala determinación de los alcances del concepto orden público entraña un potencial de uso abusivo o proteccionista del concepto, y por lo tanto debilita la estructura y los avances comerciales de la OMC²⁹.

No obstante esta aparente deferencia hacia el ámbito normativo nacional, algunos tratadistas han cuestionado lo que consideran un acercamiento restrictivo de la soberanía de los miembros de la OMC. Se piensa que analizar cuestiones de orden público, tomando como base evidencia empírica externa al Estado que la invoca, tiene como resultado la imposición de una moral de la mayoría³⁰. Por el contrario, otros tratadistas creen que fue la adecuada en tanto que permitió, al mantener un lenguaje ambiguo en la decisión, amplio margen de maniobra³¹. 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 que conforman a la OMC, aunada a la importancia que ya desde hace tiempo el comercio exterior ha tenido para las economías locales, hace que el potencial de disputas sea elevado; sobre todo si existe la oportunidad de construir las sobre la base de las diferencias culturales³².

Si se acepta esta realidad, tampoco es aventurado imaginar los cientos de conflictos potenciales que existirían si se utiliza de modo arbitrario el concepto de orden público. Sobre todo si se articula este ejercicio reflexivo con los principios de Derecho Internacional Público antes mencionados, a decir la soberanía, la auto-determinación de los pueblos, y la no intervención en los asuntos internos de un Estado. Lo anterior, ya que orden público podría significar cualquier cosa. Desde la opinión generalizada acerca del consumo de bebidas alcohólicas o la ingesta de algunos alimentos, hasta las consideraciones acerca de la pornografía, la libertad de expresión, los derechos humanos, la regulación laboral o los derechos de las mujeres³³.

Inmediatamente resulta evidente lo complicado que es el manejo del concepto orden público en un mundo cada vez más interconectado y con mayor intercambio de ideas. Sin ir más lejos, lo difícil es articular estos conceptos dentro de una misma sociedad. 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 las acometidas de la extranjera. Lo anterior en vista de que, lo que una sociedad considera como relevante, en otra puede no hacerlo y las posiciones no necesariamente se puede reducir a blanco o negro³⁴.

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 a la decisión

²⁸ Cfr. 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*, Vol. 32, no. 4, 2005, p. 439.

²⁹ Cfr. Marwell, Jeremy C., *op. cit.*, p. 806.

³⁰ *Idem.*

³¹ Cfr. Krajewski, Markus, *op. cit.*, p. 440.

³² Cfr. Marwell, Jeremy C., *op. cit.*, p. 808.

³³ *Ibidem*, p. 815.

³⁴ *Idem.*

Estado Unidos – Juegos de azar, no existía precedente alguno sobre el tema, a pesar de lo desarrollada que se encontraba la jurisprudencia en otros aspectos³⁵.

Así, en ese asunto, el Grupo Especial echó mano de la jurisprudencia existente sobre las excepciones generales del GATT de 1994 en un intento de encontrar un asidero conceptual del cual hacer partir el análisis pues era la primera vez en la que se enfrentaba a una decisión sobre el orden público. Esto, en vista de que se encontraron similitudes textuales y de propósito en los cuerpos de los dos artículos que contienen las excepciones generales, unas del GATT y las otras del AGCS³⁶.

En su momento, el Grupo Especial, sin demasiada deliberación al respecto, decidió que el orden público se refería a la preservación de los intereses fundamentales de una sociedad, en la medida en que éstos podían ser identificados mediante su cristalización en políticas públicas y en actividad legislativa, en lo que la gente entiende por decencia y moral³⁷.

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 compartidos³⁸. Sobra recalcar la cantidad de vericuetos a los que esta determinación nos encamina.

Se puede decir, sin temor a equivocarse, que el concepto de orden público, que funcionan 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 certeza³⁹. 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 como base, de buena fe, 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 minoritaria⁴⁰. 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 justificada⁴¹.

Por otro lado, al parecer el secreto de la interpretación de estos conceptos, que necesariamente tiene 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

³⁵ Cfr. Park, Micheal, *op. cit.*, p. 509.

³⁶ Cfr. Dogan, Irem, "Taking a Gamble on Public Morals: Invoking the Article XIV Exception to GATS", *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 32, no. 3, 2007, p. 1143.

³⁷ Cfr. Park, Micheal, *op. cit.*, p. 510.

³⁸ Cfr. Krajewski, Markus, *op. cit.*, p. 439.

³⁹ Cfr. Marwell, Jeremy C., *op. cit.*, p. 815.

⁴⁰ Cfr. Condon, Bradley J., *El Derecho de la Organización Mundial de Comercio*, Cameron May, Gran Bretaña, 2007, pp. 243-251.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 257-259.

internacionalmente se considera importante, o por lo menos lo suficientemente importante para permitir una violación de las obligaciones adquiridas⁴². En lo referente al primer punto, el 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 y debe prevenirse a toda costa el uso abusivo, de tal suerte que al ser invocadas de modo responsable no se frustren los derechos de los demás miembros⁴³.

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 fulcro⁴⁴. Lo anterior es así pues algunos países pueden argüir que el respeto a ciertos estándares mínimos en las condiciones laborales constituye parte de su orden público, y por lo tanto cualquier desviación en detrimento de este rasero mínimo justificaría una restricción a las importaciones de un país que no comparta el referido estándar, por ejemplo.

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 discutirlos en ningún foro, también lo es que hay un gran número de ellas que son debatibles⁴⁵.

5. Conclusión

En conclusión se puede decir que el derecho de la OMC no escapa al ámbito de aplicación del Derecho Internacional Público. Por el contrario, éste es cuna de aquél. Los principios del Derecho Internacional Público son el presupuesto lógico necesario no sólo para la existencia de los Acuerdos abarcados, sino 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 impredecibles⁴⁶.

⁴² Cfr. Diebold, Nicolas F., "The Morals and Order Exceptions in WTO Law: Balancing the Toothless Tiger and the Undermining Mole", *Journal of International Economic Law*, Vol. 11, no. 1, 2007, p. 59.

⁴³ Cfr. Condon, Bradley J., *op. cit.*, pp. 243-251.

⁴⁴ Cfr. Marwell, Jeremy C., *op. cit.*, p. 804.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 816.

⁴⁶ Cfr. Krajewski, Markus, *op. cit.*, p. 423.

II. 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.

Cabe señalar que, como se advirtió en la sección precedente, el Grupo Especial 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 Grupo Especial miró a cuestiones como la regulación doméstica de los Estados, la práctica regional de los éstos, y hasta declaraciones de altos funcionarios para encontrar indicios sobre lo que el concepto citado puede significar o ha significado en el contexto internacional⁴⁷.

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 o debe ser obligado a cumplir dejando a un lado su autonomía?⁴⁸

2. El asunto *Estados Unidos – Juegos de azar*

Las alegaciones de las partes son las siguientes. Antigua, como parte actora, dijo que determinadas leyes de autoridades estatales y federales de los 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 nacional⁴⁹.

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

⁴⁷ Cfr. Marwell, Jeremy C., *op. cit.*, p. 813.

⁴⁸ Cfr. Park, Micheal, *op. cit.*, p. 515.

⁴⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, WT/DS285/AB/R, adoptado el 7 de abril de 2005, párrafo 2.

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)⁵⁰.

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 con base en qué se le acusaba, y por lo tanto 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 Antigua⁵¹.

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 domésticos⁵².

Quinto, el Grupo Especial determinó que los Estados Unidos no habían demostrado provisionalmente que las violaciones se encontraban justificadas por los incisos a) y c) del artículo XIV del AGCS. Tampoco pudieron cumplir con los requisitos del preámbulo del referido artículo⁵³.

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 acuerdo⁵⁴.

A primera vista, parece que la solución que dio el Panel en este asunto, que posteriormente fue convalidada en algunos aspectos por el Órgano de Apelación, 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 público⁵⁵. 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 conceptos⁵⁶.

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,

⁵⁰ *Ibidem*, párrafo 3.

⁵¹ *Ibidem*, párrafo 4-6.

⁵² *Idem*.

⁵³ *Idem*.

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ *Cfr.* Krajewski, Markus, *op. cit.*, p. 441.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 445.

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.

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 otras⁵⁷.

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 bilaterales⁵⁸.

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 AGCS⁵⁹.

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 similar⁶⁰.

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 prevalezcan 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 público^{5,61}

[...]

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”⁶².

⁵⁷ Cfr. Condon, Bradley J., *op. cit.*, p. 599.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 11.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 602.

⁶⁰ *Ibidem*, pp. 12-13.

⁶¹ Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre el ADPIC), http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf, fecha de consulta: 08 de noviembre de 2009.

⁶² Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre el ADPIC), http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf, fecha de consulta: 08 de noviembre de 2009.

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 cinco⁶³. 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 que se había cumplido con el criterio de la referida nota; esto en respuesta a la apelación de Antigua sobre este punto en específico⁶⁴.

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 cerrada⁶⁵.

Como ya se mencionó en el apartado cuatro de la sección primera, el artículo XIV del AGCS está redactado de una manera similar al 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 XIV⁶⁶. 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 comercio⁶⁷.

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. Después debe demostrar que cumple con los requisitos del preámbulo del artículo.

4. Jurisprudencia *Estados Unidos - Juegos de azar* (Órgano de Apelación)

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 demandante) 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 éstos últimos estaban fuera del territorio.

⁶³ Cfr. 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*, Vol. 22, 2006, p 304.

⁶⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, WT/DS285/AB/R, adoptado el 7 de abril de 2005, párrafos 297-299.

⁶⁵ Cfr. Condon, Bradley J., *op. cit.*, p. 613.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 615.

⁶⁷ *Ídem*.

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 denotaba “la preservación de los intereses fundamentales de una sociedad, tal como se reflejan en las leyes y la política pública”⁶⁸.

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 pública⁶⁹. 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 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 las pruebas en sentido contrario presentadas por la parte reclamante⁷⁰.

Además, el Órgano de Apelación retomó lo dicho en el caso *Corea – 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 posibles alternativas. Los resultados de esa comparación deberán analizarse teniendo en cuenta la importancia de los intereses en cuestión⁷¹.

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 decir 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; además de que no hay artículo que así lo solicite⁷².

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 por que, si bien es cierto que cumplió con los dos primeros

⁶⁸ Cfr. Krajewski, Markus, *op. cit.*, p. 439.

⁶⁹ Cfr. Condon, Bradley J., *op. cit.*, p. 615.

⁷⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, WT/DS285/AB/R, adoptado el 7 de abril de 2005, párrafos 304-311.

⁷¹ *Idem*.

⁷² Cfr. Marwell, Jeremy C., *op. cit.*, p. 814.

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 desprende que éstas se aplicaran tanto a proveedores de apuestas nacionales como extranjeros.

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?⁷³

5. Doctrina

Como ya se planteó en la sección primera, la manera en 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 una lista cerrada, como teóricamente debe ser, 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 inválidos⁷⁴.

Es a tal grado importante la calidad de la definición en la que se basa el análisis posterior, que nos lleva a preguntarnos y 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 público⁷⁵.

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 comerciales⁷⁶.

Estando las cosas así, ¿podemos realmente confiar en la definición que brinda un diccionario?; ¿a 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 porque 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

⁷³ *Idem.*

⁷⁴ *Ibidem*, p. 805.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 821.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 817.

la excepción. Se deberá estar también, y creo que de modo más acucioso, al contexto y a elementos teleológicos para armar una solución satisfactoria⁷⁷.

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 diccionario⁷⁸. 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 interna⁷⁹.

En este sentido, permitir 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 logrado⁸⁰.

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. A mi parecer pospuso la decisión real sobre la determinación del orden público para otra ocasión. No hay que olvidar que, al no existir jurisprudencia aplicable al artículo XIV, las primeras decisiones toman una importancia y una trascendencia nada despreciable⁸¹.

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 dicha autonomía. 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, si no que obliga a demostrar su existencia⁸².

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 internacionales⁸³. Es decir, asumimos que el Estado está diciendo la verdad cuando argumenta estar definiendo su orden público. ¿Qué pasaría 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 de

⁷⁷ Cfr. Ortino, Federico, *op. cit.*, p. 123.

⁷⁸ Cfr. Diebold, Nicolas F., *op. cit.*, p. 49.

⁷⁹ Cfr. Krajewski, Markus, *op. cit.*, p. 445.

⁸⁰ Cfr. Marwell, Jeremy C., *op. cit.*, p. 806.

⁸¹ Cfr. Krajewski, Markus, *op. cit.*, p. 440.

⁸² Cfr. Marwell, Jeremy C., *op. cit.*, p. 817.

⁸³ Cfr. Diebold, Nicolas F., *op. cit.*, p. 59.

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?⁸⁴

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. No sería raro que en el futuro Estados inicien procesos de solución de controversias basados en diferencias regionales o nacionales que tengan su origen en la misma heterogeneidad que hace rica a la organización⁸⁵.

Al igual que en los casos de jurisprudencia sobre recursos naturales agotables⁸⁶ y salud humana⁸⁷, los órganos de la OMC deben internarse en los temas con la consigna de interpretar restrictivamente las excepciones, y como consecuencia, preservar el régimen de liberalización progresiva del comercio⁸⁸. 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 que aquellos que el método ortodoxo de toma de decisiones supone⁸⁹.

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, ni 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. Éste poco o nada podrá 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 de dicha medida se encuentra amparada bajo alguna de las excepciones generales⁹⁰. Por lo tanto, la carga inicial de la prueba recae sobre el reclamante; es decir, sobre la parte que alega la inconsistencia de una medida, o aquella tiene la obligación de exponer *prima facie* la incompatibilidad de la

⁸⁴ Cfr. Krajewski, Markus, *op. cit.*, p. 441.

⁸⁵ Cfr. Marwell, Jeremy C., *op. cit.*, p. 808.

⁸⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones*, WT/DS58/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998.

⁸⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Amianto*, WT/DS135/AB/R, adoptado el 5 de abril de 2001.

⁸⁸ Cfr. 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*, Vol. 6, no. 1, 2006, p. 67.

⁸⁹ Cfr. Diebold, Nicolas F., *op. cit.*, p. 53.

⁹⁰ Cfr. Condon, Bradley J., *op. cit.*, pp. 108-113.

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 justificado⁹¹.

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 al análisis. También deben tomarse en cuenta para su decisión el principio de buena fe, la autonomía y 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 persigue⁹².

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 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 valores⁹³. A pesar de lo anterior, en todo momento debe intentarse que la interpretación de la excepción sea lo más restrictiva posible⁹⁴.

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 derecho internacional público. Estas reglas son evidentemente los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, pues el referido instrumento jurídico internacional es un conjunto de normas de derecho internacional consuetudinario⁹⁵.

Así, cuando se interpreta un término, el artículo 31 de la Convención de Viena establece que:

ARTICULO 31

Regla General de interpretación

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 ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado.

⁹¹ Cfr. Condon, Bradley J., *op. cit.*, pp. 108-109.

⁹² Cfr. Diebold, Nicolas F., *op. cit.*, p. 53.

⁹³ Cfr. Krajewski, Markus, *op. cit.*, p. 424.

⁹⁴ Cfr. Diebold, Nicolas F., *op. cit.*, p. 59.

⁹⁵ Cfr. Condon, Bradley J., *op. cit.*, p. 615.

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 partes⁹⁶.

Si la operación interpretativa a la luz de lo establecido por el artículo 31 de la Convención no fuere fructífera, entonces se podrá acudir a los medios de interpretación complementaria como el mismo artículo 32 de la Convención lo señala:

ARTICULO 32

Medios de Interpretación complementarios

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 irrazonable⁹⁷.

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 en esta sección, el Grupo Especial se limitó a utilizar 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 afirmó 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”⁹⁸. Por lo tanto, 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 evidentemente 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”⁹⁹.

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 la que un Grupo Especial o el Órgano de Apelación, se pronunciaron 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 referida nota al pie cinco, se decidió que denotaba “la preservación de los intereses

⁹⁶ México, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Diario Oficial de la Federación, 28 de marzo de 1973.

⁹⁷ *Idem*.

⁹⁸ 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.

⁹⁹ *Cfr.* Condon, Bradley J., *op. cit.*, pp. 51-53.

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 en 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 éste último se usó 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 Derecho Internacional Público. Estas reglas son los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, 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 se limitó a utilizar el diccionario para determinar el sentido del concepto “orden público” y ahí se detuvo su estudio.

III. Orden público en el GATT 1994

1. Introducción

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 la sección 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 objeto fin 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 sobre el derecho de los tratados. Dicho artículo establece:

ARTICULO 31

Regla General de interpretación

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 ulteriormente 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 partes¹⁰⁰.

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.

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

El artículo que trata sobre la excepción similar a la de orden público en el GATT es el siguiente:

Artículo XX

Excepciones generales

A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que

¹⁰⁰ *Idem.*

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:

b) necesarias para proteger la moral pública;¹⁰¹

Del mismo modo que 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 generales¹⁰².

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 los requisitos de sus respectivos preámbulos¹⁰³.

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 guía acerca de la interpretación que era pertinente para el artículo XIV del AGCS¹⁰⁴.

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 legítimos objetivos de política pública que persigue, pero no que no existen medidas alternativas¹⁰⁵.

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”¹⁰⁶. 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 compara la medida impugnada con las posibles alternativas, siempre teniendo en mente la importancia de los intereses presuntamente defendidos¹⁰⁷.

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

¹⁰¹ México, Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), Diario Oficial de la Federación, 29 de octubre de 1986.

¹⁰² Cfr. Condon, Bradley J., *op. cit.*, p. 243.

¹⁰³ *Idem*.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 244.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 247.

¹⁰⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Corea – Carne vacuna*, WT/DS161/AB/R, adoptados el 11 de diciembre de 2000, párrafo 164.

¹⁰⁷ Cfr. Condon, Bradley J., *op. cit.*, p. 247.

este artículo, 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 GATT¹⁰⁸.

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 que se está en el error. Aunque a primera vista resulta tentador imaginar una definición homogénea 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 y fin”¹⁰⁹.

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 y fin que se buscaban obtener los Estados signatarios. Dicho esto, resulta inverosímil pensar que dos artículos en dos tratados distintos, con redacciones distintas y con contextos distintos, puedan 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; por otro lado, el GATT regula el comercio de bienes tangibles, por lo que resulta evidente afirmar que los contextos y el objeto y 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. Dicho artículo prescribe que:

ARTICULO 32

Medios de Interpretación complementarios

Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, 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

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 249.

¹⁰⁹ México, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Diario Oficial de la Federación, 28 de marzo de 1973.

b) conduzca a un resultado manifestante absurdo o irrazonable¹¹⁰.

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 haberse utilizado el artículo 31. Sin embargo, considero que la aplicación del artículo 32 en poco o en nada ayuda. 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. Referirse a los trabajos preparatorios o a las circunstancias de celebración del tratado parece un contrasentido cuantimás si ambas referencias son necesariamente anteriores al surgimiento de la controversia.

Si bien la referencia al pasado podría resultar ilustrativa, opino que en poco abonará a la resolución de una controversia. 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 33 de la Convención de Viena. Este artículo a la letra dice:

ARTICULO 33

Interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas

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 tratado¹¹¹.

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 realizan en inglés. Además, la 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 se aplica para resolver la divergencia. En este sentido, no considerar la posibilidad de divergencia entre los textos

¹¹⁰ *Idem.*

¹¹¹ *Idem.*

autenticados de los tratados es un error, aunque esta consideración se fundara en la presunción del párrafo tercero del referido artículo 33¹¹².

Adicionalmente al potencial de conflicto internacional, las diferencias entre textos autenticados tienen implicaciones en los ordenamientos jurídicos nacionales de forma individual. Los países usualmente adoptan e implementan los tratados en su idioma oficial. 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 otra¹¹³.

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 31 y el 32, son 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 éstos, como fueron escritos en los tratados autenticados, y también que tenga 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 consonancia con la obligación contenida en el párrafo cuarto del artículo 33¹¹⁴.

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 Internacional de Justicia adoptó este criterio respecto de los textos autenticados con divergencias. Al respecto, fue un paso más allá que la Comisión de Derecho Internacional y dijo que cuando existen dos versiones autenticadas de un tratado, y una 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 permita reconciliar las dos versiones de modo más armónico pero no debe dudarse de la intención unívoca de las partes¹¹⁵.

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 de objeto y 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 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 tratado¹¹⁶.

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 aún 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

¹¹² *Cfr.* Condon, Bradley J., Lost in Translation: Plurilingual Interpretation of WTO law, http://cdei.itam.mx/medios_digitales/archivos/investigacion/CondonPlurilingualInterpretation.pdf, fecha de consulta 13 de septiembre de 2010.

¹¹³ *Idem.*

¹¹⁴ *Idem.*

¹¹⁵ *Idem.*

¹¹⁶ México, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Diario Oficial de la Federación, 28 de marzo de 1973.

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 autenticados¹¹⁷.

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 OMC¹¹⁸.

Si la aplicación del artículo 33 es parte de la labor interpretativa cuando el texto tratado es auténtico en más de un idioma, y el artículo 33 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. 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 inglés¹¹⁹.

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 es la siguiente: 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 de 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 y fin del tratado¹²⁰.

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”; y en francés se 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

¹¹⁷ Cfr. Condon, Bradley J., *op. cit.*

¹¹⁸ *Idem.*

¹¹⁹ *Idem.*

¹²⁰ *Idem.*

público (*public morals* y *public order*, en inglés, y *la moralité publique* y *l'ordre public en français*), a diferencia del artículo XX(a) que sólo regula la moral pública. Así, en atención al principio de interpretación efectiva de los tratados¹²¹, 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:

Hemos reconocido asimismo, en repetidas ocasiones, el principio de efectividad en la interpretación de los tratados (*ut res magis valeat quam pereat*), con arreglo al cual, la interpretación:

[...] 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 tratado¹²².

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 éstas 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 integrantes de un todo¹²³.

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

En diciembre de 2009, el Órgano de Apelación publicó su informe final sobre el asunto *China – Publicaciones y productos audiovisuales*. Dicho caso cobra relevancia para este estudio en la medida en que China intentó justificar el incumplimiento de sus obligaciones en el seno de la OMC so pretexto 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 se centró básicamente 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 para verificar que el material que estaba tratando de entrar a China no constituyera una afrenta a su moral pública¹²⁴.

Para el caso, China aducía, como parte demandada, que los materiales de lectura y los productos audiovisuales son “bienes culturales”, a decir, bienes que tienen contenido cultural. Se trata de productos que pueden repercutir de manera muy negativa en la moral

¹²¹ Cfr. Brownlie, Ian, *op. cit.*, p. 635.

¹²² Informe del Órgano de Apelación, *Corea – Productos Lácteos*, WT/DS98/AB/R, adoptado el 14 de diciembre de 1999, párrafo 80.

¹²³ *Ibidem*, párrafo 81.

¹²⁴ Cfr. McGiven, Brendan, *op. cit.*

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 la moral pública en China. Con respecto a los productos importados, China dice que su importación está prohibida si tienen contenidos que puedan repercutir negativamente en la moral pública en China. En lo que respecta a los tipos de contenidos que a juicio de China deben estar prohibidos en los bienes culturales distribuidos en China, 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 chinos¹²⁵.

Por su parte, los Estados Unidos, como parte actora, argumentaba que si bien es cierto que no podían calificar el afán de China de proteger su moral pública, sí 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 que 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 OMC¹²⁶.

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, las cuales 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 cuestión¹²⁷.

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". Sobre este respecto dijo:

Observamos que el Grupo Especial y el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Juegos de azar* examinaron el sentido de la expresión "moral pública" como se utiliza en el apartado a) del artículo XIV del AGCS, que es la disposición del AGCS que corresponde al apartado a) del artículo XX. El Grupo Especial encargado de ese asunto, en una interpretación que no cuestionó el Órgano de Apelación, constató que "la expresión 'moral pública' denota normas de buena y mala conducta por parte de o en nombre de una comunidad o nación". El Grupo Especial dijo también que "el significado de esos conceptos para los Miembros puede variar en el tiempo y en el espacio, en función de diversos factores, incluidos los valores sociales, culturales, éticos y religiosos que prevalezcan". El Grupo Especial señaló a continuación que al aplicar conceptos sociales similares, "debe

¹²⁵ Informe del Grupo Especial, *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, WT/DS363/R, adoptado el 12 de agosto de 2009, párrafos 7.751-7.755.

¹²⁶ *Ibidem*, párrafo 7.756.

¹²⁷ *Ibidem*, párrafos 7.886-7.898.

darse a los Miembros cierta libertad para definir y aplicar por lo que a ellos respecta los conceptos de 'moral pública'... en sus respectivos territorios, conforme a sus propios sistemas y escalas de valores". Dado que el apartado a) del artículo XX utiliza el mismo concepto que el apartado a) del artículo XIV, y puesto que no vemos ninguna razón para desviarnos de la interpretación de la expresión "moral pública" elaborada por el Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos - Juegos de azar*, adoptamos la misma interpretación a efectos de nuestro análisis del apartado a) del artículo XX¹²⁸.

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 ello, el Grupo Especial no consideró 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 AGCS¹²⁹.

Lo anterior, como ya se ha hecho notar en las páginas que anteceden, constituye un error de interpretación a la luz de lo dispuesto por el artículo 31 de la Convención de Viena. Si bien es correcto afirmar que ambos artículos versan sobre la moral pública, uno lo hace en el contexto del comercio de bienes tangibles, y el otro sobre bienes intangibles. 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 amenazadas¹³⁰.

4. 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, por un lado, el contexto en el cual los términos se encuentran es distinto, 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 se 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 evidente de las palabras y una violación de lo prescrito por el artículo 31 de la Convención de Viena.

¹²⁸ Informe del Grupo Especial, *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, WT/DS363/R, adoptado el 12 de agosto de 2009, párrafo 7.759.

¹²⁹ Cfr. Condon, Bradley J., *Comentario sobre China – Publicaciones y productos audiovisuales informe del Órgano de Apelación*, 21 de diciembre de 2009, http://cdei.itam.mx/medios_digitales/archivos/investigacion/ComentarioChinaPublicaciones.pdf, fecha de consulta 25 de agosto de 2010.

¹³⁰ Cfr. Habicht, Max, *op. cit.*, p. 243.

IV. Orden público en el ADPIC

1. Introducción

El objetivo de la presente sección es analizar la excepción de moralidad y orden público contenida en el artículo 27.2 del Acuerdo de los ADPIC a la luz de lo ya dicho en las secciones II y III 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 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, 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.

2. Definición de orden público en el artículo 27.2

El Acuerdo de 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 aquéllas de los acuerdos abarcados, son aplicables a todos los Estados miembros y exigibles en virtud del ESD¹³¹.

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 de los ADPIC son:

1. Derecho de autor;
2. Marcas de fábrica o de comercio;
3. Indicaciones geográficas;
4. Dibujos y modelos industriales, y
5. Patentes;
6. Esquemas de trazado (topografía) de los circuitos integrados, y
7. Protección de la información no divulgada¹³².

Como parte de los acuerdos abarcados, el Acuerdo de los ADPIC establece disposiciones legales que los Estados miembros están obligados a cumplir. Sin embargo, el Acuerdo de 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 protección¹³³.

En lo tocante al tema de este trabajo, en materia de patentabilidad, el artículo 27 del Acuerdo sobre los ADPIC establece que:

¹³¹ Cfr. Condon, Bradly J., *El Derecho de la Organización Mundial de Comercio*, Cameron May, Gran Bretaña, 2007, p. 661.

¹³² *Idem*.

¹³³ *Ibidem*, p. 662.

Artículo 27

Materia patentable

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 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 OMC¹³⁴.

Así, en virtud del párrafo primero del artículo de referencia, a reserva de lo previsto por 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 nacionales¹³⁵.

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 doméstica¹³⁶.

¹³⁴ Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre el ADPIC), http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf, fecha de consulta: 08 de noviembre de 2009.

¹³⁵ *Cfr.* Condon, Bradley J., *op. cit.*, p. 700.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 701.

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 Sostenible 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 extrema¹³⁷. 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 aún 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” haya resultado 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”, ni “moral”.

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 éste 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, jurisprudencia que versa sobre los demás acuerdos de la OMC podría ser usada 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

¹³⁷ Cfr. Diebold, Nicolas F., *op. cit.*, p. 58.

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 de 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 de 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 de la jurisprudencia existente¹³⁸.

Es claro que aún no hay una respuesta para las demás interrogantes planteadas. Pero 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 disputas 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 mismo argumentando sobre la interpretación del término “*invención*” en la Ley de patentes de Canadá¹³⁹.

Al igual que en los demás artículos en el derecho de la OMC que contienen excepciones, una de las dificultades en la interpretación del término “orden público” es que las posibles fuentes de la cuales podemos obtener orientación son tan diversas como Estados soberanos existen 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 imposible¹⁴⁰.

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 y fin del tratado y el significado de las palabras.

Al paso 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. La misma 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

¹³⁸ Cfr. Condon, Bradley J., *op. cit.*, pp. 722-723.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 704.

¹⁴⁰ Cfr. Habicht, Max, *op. cit.*, p. 243.

GATT, la trascendencia de establecer una doctrina del orden público clara resulta de innegable relevancia¹⁴¹.

3. 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 los artículos 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 de 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” y preservar los avances obtenidos en materia comercial por la OMC, siempre a la luz del contexto y del objeto y fin del tratado en cuestión.

Conclusiones

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

En este sentido, al cuestionarse si la excepción para proteger el orden público en el artículo XIV(a) del AGCS es 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 OMC misma como organismo internacional, se encuentran insertos en el entramado legal del Derecho Internacional Público. Dicho derecho establece como presupuesto de 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, o para cualquier otra cosa. Por un lado, los Estados gozan de la soberanía territorial que se traduce en el imperio que estos 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

¹⁴¹ Cfr. Marwell, Jeremy C., *op. cit.*, p. 811.

principio de auto-determinación de los pueblos; es decir, el principio de derecho internacional que manda respetar a todos los Estados la manera en que deciden gestionar sus asuntos soberanos. Un Estado se encuentra obligado a respetar la manera en que otro 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 recaen 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 respecto a otros, 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? Incluso hay que tomar en cuenta que 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 y que buscan proteger su esencia como sociedad, se califican de inútiles o cuando menos de irrelevantes. Debemos recordar que si bien es cierto que los países están constreñidos por el principio *pacta sunt servanda*, también lo es que para poder utilizar este principio una condición indispensable es 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 derecho internacional público citados en el curso del presente trabajo.

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 allegue 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 *per se* es 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 de los artículos 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 abordarse siempre con el objetivo de ser interpretada de modo restrictivo, como doctrinalmente debe interpretarse una excepción para que tenga sentido en una lista limitativa. Se debe tener en mente que, demasiada libertad para definirla, constituye un riesgo inherente para el objeto y 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 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 indeterminado, al igual que otro como la moral pública o la moralidad. Dicho concepto, si bien nos gusta soñar que es claro y delimitado, es en realidad una cristalización del *statu 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 al 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. Este será un elemento que también debe considerarse en tanto que, como lo manda el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, 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. Sin embargo, se debe reconocer en todo momento que la *ultima 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.

Así, debe concluirse 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*.