



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Escuela de Graduados

**EL ORDEN PÚBLICO Y SU FUNCIÓN COMO LÍMITE A LA EFICACIA,
RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LOS LAUDOS ARBITRALES
INTERNACIONALES EN CHILE**

TESIS
PARA OPTAR AL GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO,
MENCIÓN DERECHO ECONÓMICO.

Stephanie Márquez Granifo
Director: Prof. Dr. D. Elina Mereminskaya Igorewna.
Santiago, Diciembre 2009

*A mis padres,
quienes me dieron, entre otros,
el regalo de la Educación.*

*A Francisco,
por su cariñosa paciencia.*

AGRADECIMIENTOS

A la Sra. Elna Merimnskaya, especialmente por enseñarme nuevas perspectivas de entender flexiblemente el Derecho; y, también, por su paciencia para corregir esta Tesis.

A Francisco Verdejo Olivares, mi amor, quien me ayudó y apoyó siempre a concluir lo mejor posible esta investigación.

INDICE

	Página
INTRODUCCION	
6	
CAPÍTULO I	
DEL ORDEN PÚBLICO EN GENERAL	
6	
1.1. ¿Qué es el Orden Público?: Amplio contenido, difícil aplicación	
8	
1.2. Extensión del concepto de Orden Público	
14	
	1.2.1. Concepto amplio de Orden
Público: Lerebours – Pigeonnière ...	15
	1.2.2. Concepto Restringido de
Orden Público	17
	1.2.2.1.
Goldschmidt	17
	1.2.2.2.
Loussouarn y Bourel	20
1.3. ¿Cuál es la solución más adecuada?. Características del orden	
público.....	
21	

CAPITULO II

FUNCION DEL ORDEN PÚBLICO EN EL ARBITRAJE

COMERCIAL INTERNACIONAL	
28	
2.1. Arbitrabilidad v/s Orden Público	
28	
2.2. Función del Orden Público en el Arbitraje Comercial Internacional	
36	
2.3. Delimitación del control del Orden Público por parte del juez estatal	
50	

CAPITULO III

ORDEN PÚBLICO EN CHILE Y SU FUNCION EN EL ARBITRAJE

COMERCIAL INTERNACIONAL DE ACUERDO A LA LEY N° 19.971

.....	58
3.1. Orden Público Interno en Chile: Tratamiento doctrinal y jurisprudencial..	
58	
3.1.1. Doctrina Chilena	
58	
3.1.2. Jurisprudencia Chilena y Orden Público	
61	

3.2. Reconocimiento y Ejecución del Laudo Arbitral: Inaplicabilidad de Exequátur	71
3.3. Orden Público de Chile: Motivo de denegación del laudo	77
3.4. Orden Público en la Constitución de 1980	99
3.5. Principios Generales del Derecho: Fundamento del Orden Público Internacional como preceptos que inspiran el Ordenamiento Jurídico	103
3.6. Principios Generales de Contratación Internacional	109
3.7. Necesidad de reconocimiento expreso del Orden Público Internacional en Chile	120

CAPITULO IV

CONCLUSIONES	128
BIBLIOGRAFIA	137

INTRODUCCION

En las últimas dos décadas, nuestro país ha experimentado radicales cambios económicos que han traído como consecuencia la apertura hacia diversos mercados, teniendo en miras un crecimiento económico sostenido. Es así como Chile, lentamente, ha ido insertándose en el tráfico económico mundial.

En este proceso de liberalización, expansión y apertura económica, no sólo se encuentra el sistema político – económico como impulsor de tal proceso, sino que también interactúan otros sistemas, generando no sólo enriquecimiento patrimonial, sino también un crecimiento en otras áreas como educación, salud, vivienda y justicia.

En Chile, a nivel judicial una iniciativa que se adapta a este fenómeno, ha sido la dictación de la Ley Nº 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional, publicada en el Diario Oficial el 29 de septiembre de 2004, cuyo objetivo ha sido proporcionar una institución de justicia acorde a los procesos y requerimientos de la nueva economía globalizada.

Considerando las especiales características de internacionalidad y el ámbito comercial al cual se aplica esta ley, es de suponer que sus normas se dirigen a entregar una flexibilidad procedimental que requiere la actividad comercial internacional para efectos de llevar a cabo un arbitraje comercial internacional en nuestro país, como también para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales comerciales internacionales dictados en el extranjero para ser ejecutados en Chile.

No obstante, respecto de este último aspecto encontramos en el Art. 36 1.b.ii como motivo de denegación del laudo que el tribunal compruebe que el reconocimiento o la ejecución del laudo sean contrarios al orden público “de Chile”. En este sentido, nuestra legislación nacional no lo define, la doctrina está dividida y el derecho comparado también. Es así, como este concepto que pareciera tan familiar, se torna difuso y confuso al momento de tratar de asirlo y aplicarlo en la práctica jurídica, provocando el riesgo de restringir la ejecución en Chile de laudos comerciales dictados

en el extranjero, si se utiliza una concepción amplia del mismo. Dada la divergencia de conceptos que ha dado la doctrina chilena y comparada al respecto, el tratamiento jurisprudencial que ha tenido y la falta de norma expresa que lo determine, esta causal podría abrir las puertas peligrosamente a considerar por parte de la judicatura nacional una serie ilimitada de situaciones como de orden público, haciendo imposible la ejecución de laudos arbitrales extranjeros, perdiendo la oportunidad de alcanzar a ser Chile uno de los centros de arbitraje comercial internacional más importantes de Latinoamérica, siendo una de las razones de creación de esta ley.

La hipótesis anterior, nos lleva a hacernos varias preguntas: ¿a qué nos referimos con “orden público de Chile”?, ¿cuál es el sentido que pretendió darle el legislador?, ¿es acorde nacionalizar el concepto dada la naturaleza internacional del arbitraje que somete a esta ley?, ¿qué función cumple el orden público a este respecto?.

Así, a lo largo de nuestro primer capítulo expondremos los elementos y características que le ha atribuido la doctrina internacional al concepto de orden público, continuando en nuestro segundo capítulo con el tratamiento y función que tiene el concepto de orden público en el ámbito del arbitraje comercial internacional a nivel comparado, distinguiéndolo de otros conceptos como es la arbitrabilidad, las tendencias conceptuales que se han dado a su respecto, el rol que juega en el arbitraje comercial internacional y los factores que determinan dicho rol.

Finalmente, en el tercer capítulo daremos a conocer el tratamiento doctrinario y jurisprudencial que ha tenido en general el orden público en Chile. Luego revisaremos críticamente el sistema de ejecución de sentencias extranjeras en nuestro país, vinculándolo con la función que debe tener el orden público en la Ley 19.971.

CAPÍTULO I

DEL ORDEN PÚBLICO EN GENERAL.

1.1. ¿Qué es el Orden Público?: Amplio contenido, difícil aplicación.

La discusión relativa a la determinación del concepto de Orden Público es de antigua data. A modo ejemplar, Nusebaun¹ da una breve reseña de la noción de orden público en un antiquísimo papiro del siglo II d. de C, según el cual un juez rechaza la aplicación del derecho egipcio sobre la dote por considerarlo inhumano. Asimismo, encontramos antiguos axiomas clásicos, tales como el “Digesto. Privatorum conventio iuris publicum non derogat” (las convenciones particulares no pueden derogar el derecho público), que reflejan el concepto de orden público relacionado con el Derecho Público utilizado en la antigüedad y que en muchas legislaciones modernas se sigue utilizando.

La jurisprudencia ha tratado al orden público como un “caballo rebelde”². Se ha dicho que como los Himalayas, el tópicó es uno cuya cumbre tiende a permanecer rodeada de nubes y cuyos perfiles pueden sólo vagamente percibirse por el observador³.

La disparidad terminológica del concepto no sólo es dada por las diferencias en las nomenclaturas en la doctrina anglosajona y el derecho civil continental europeo, agregando las divergencias propias que existen en los regímenes jurídicos que los

¹ Citado por GOLDMISHDT, Werner, en “Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado”, Buenos Aires, 1952, p. 468.

² Richardson v/s Melish, Inglaterra, 1824, en RUBINO SAMMARTANO, Mauro y MORSE, CGJ (General Editors), “Public Policy in Transnational Relationships, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, Boston, 1991, p.5 (prefacio), citado por MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio, “Orden Público y Arbitraje: Algunos llamativos pronunciamientos recientes en Europa y MERCOSUR”, P. 64, en Lima Arbitration N°2-2007, p. 63 a 105, www.camparaguay.com/v.3/descargas/articulos/download.php.

³ Ibidem.

componen, siendo necesario precisar el contenido del concepto y los criterios que han de determinar su aplicación en un caso específico⁴.

Etimológicamente, la palabra “orden” viene del latín “ordo” que viene a significar concierto o buena disposición de las cosas entre sí”, o también “mandato que se debe obedecer, observar y ejecutar”. Por su parte, la palabra “público” se entiende como “lo que es común a todo el pueblo” o “lo que pertenece a todo el pueblo”. En la unión de ambos conceptos, se logra conceptuar una noción básica de orden público como un conjunto de normas obligatorias relacionadas entre sí y comunes a un determinado número de personas.

Desde una perspectiva los naturalista, la observancia de dichos preceptos se encamina a procurar el bien común de las personas que integran una sociedad, siendo por tanto indispensable que todo se halle referido al fin propio de esa misma sociedad, que consistirá, según lo expresado por Mac Hales, “en que la persona humana pueda desarrollarse hasta el límite de sus posibilidades internas y connaturales, con las subsiguientes implicancias extraterrenas”⁵, propósito que dice directa relación con las políticas internas de cada nación.

Algunos autores han definido sintéticamente al orden público, en cuanto a su contenido, como el conjunto de reglas establecidas por el legislador como esenciales al mantenimiento de la sociedad, que dicen relación no sólo al interés de ciertos individuos sino al interés general⁶. En el mismo sentido, Colin y Capitant⁷, consideran que el orden público es el orden del Estado, es decir, una cierta organización necesaria

⁴ Al respecto ver opinión de LALIVE, Pierre, en “Transnational (or Truly International) Public Order and International Arbitration, Commentary – Full Section, ICCA Congress Series, N°1, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2005, p.15, citado por MORENO RODRÍGUEZ, ibidem.

⁵ MAC HALES, Thomas; “Orden, orden público y orden público económico”, Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Cuarta Época, Vol III, año 1968, N°8, Santiago, p. 1.

⁶ Henard, al respecto opina que “orden público es el conjunto de reglas establecidas por el legislador en el interés vital de la sociedad”. Citado por PESCIO, Vitorio; EN “Derecho Civil”, Tomo I, Santiago, 1958. p. 66.

⁷ COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri; “Curso Elemental de Derecho Civil”, Madrid, 1952, p. 256.

para su buen funcionamiento. De manera que estas disposiciones, referentes no sólo al interés de ciertos individuos sino al interés general, parecen indispensables al mantenimiento de la seguridad, de la moralidad pública, de las relaciones pacíficas entre los ciudadanos y de la comodidad de sus relaciones económicas. Del mismo modo Risolía⁸, expresa que el orden público sería la disposición o acomodación de la realidad social, conforme a un sistema de normas jurídicas, o el orden, paz y bien común obtenidos mediante ese plan. Coincidente con lo anterior, Duncker⁹ y Busso¹⁰, opinan que el orden público viene a ser un concepto doctrinario sinónimo de orden social, comprendiendo todas aquellas disposiciones establecidas en forma imperativa por el legislador en resguardo del interés superior de la colectividad o de la moral. El último autor considera que desde ese punto de vista el concepto de orden público se constituye como una noción externa a la norma que la trasciende y que resulta de su naturaleza específica y no de que ella así lo determine. De lo cual podríamos desprender, que existirían ciertos principios generales de orden público que trascienden las normas internas de cada nación.

Como vemos, los autores recién citados destacan como característica esencial del orden público la protección del “interés general” que llevan estas normas. Así, estos autores identifican el orden público con el interés general o público o esencial de un país. Sin embargo, el identificar el orden público con el “interés público” conlleva a plantearse en un ámbito cuya delimitación conceptual excede lo propiamente jurídico, y por lo tanto, demasiado amplio para poder definir este esquivo concepto.

Derivado de lo anterior, otros autores han dado un paso más temerario considerando que las normas de orden público son normas de Derecho Público. Así por ejemplo, según Portalis¹¹, orden público es todo lo que en las leyes interesa más directamente a la sociedad que a los particulares, afirmando que no hay cuestión

⁸ Ibidem.

⁹ DUNCKER BIGGS, Federico; “Derecho Internacional Privado”, Santiago, 1967, p. 411.

¹⁰ BUSSO, Citado por ASEFF, Lucía en “La noción de Orden Público: Entre la Tópica jurídica y el análisis crítico del discurso”, XVII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social. Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, Córdoba 30 de octubre al 1º de Noviembre del 2003, p. 3.

¹¹ PORTALIS, Jean Etienne Marie; “Discurso preliminar al Código Civil francés”. Introducción y traducción de I. cremades y L. Gutierrez – Masson, Madrid, Civitas, 1997.

privada en la que no entre alguna mira de la administración pública; como tampoco existe ningún objeto público que no afecte más o menos a los principios de esa justicia distributiva que regula los intereses privados. No obstante, en nuestra opinión, tal asimilación de conceptos sólo provoca desplazar la problemática del concepto de orden público hacia el ámbito del Derecho Público, olvidando que el Orden Público es utilizado en otras ramas del derecho. En este sentido, Messineo¹² opina que las normas de orden público no sólo son de derecho público sino también de las normas de derecho privado que tengan carácter de imperativo, concluyendo por tanto que lo contrario al orden público es lo contrario a los principios fundamentales de la organización social. Así, Planiol¹³ señala que a pesar que una ley sea de derecho privado puede ser, sin embargo, de orden público, lo que sucede todas las veces que la disposición de la ley está inspirada en la consideración de un interés general que se encontraría comprometido si los particulares pudieran impedir libremente la aplicación de la ley.

Por su parte, Salvat¹⁴ describe al orden público como el conjunto de principios de orden superior, políticos, económicos, morales y hasta religiosos, respecto de los cuales una sociedad considera vinculada su existencia y conservación. En un sentido más extremo Miaja de la Muela¹⁵ considera la facultad del Estado a no aplicar leyes contrarias a las leyes nacionales inspiradas en concepciones morales en su más amplio sentido: el moral, el religioso y el económico, calificándose como normas contrarias a las vigentes en el país del juez. A pesar de esta visión más bien ajena al derecho en su sentido estricto, este autor sostiene que las orientaciones jurídicas por sí solas son suficientes para que en cada Estado existan unos preceptos de Derecho que se estiman tan fuertemente conectados en concepciones morales, que descartan la aplicación de cualquier ley en contrario.

¹² MESSINEO, Francesco; "Manual de Derecho Civil y Comercial: Introducción al ordenamiento jurídico italiano, Código Civil italiano". Ediciones Jurídicas Europa- América, Buenos Aires, 1954, Tomo III, p. 487.

¹³ PLANIOL, Marcel; "Traite Elementaire de Droit Civil", Libraire Generale de Droit & Jurisprudence, Tomo I, París, p. 290 a 294.

¹⁴ Citado por CARDINI, Osvaldo Eugenio en "Orden Público", Buenos Aires, 1959, p. 84.

¹⁵ MIAJA DE LA MUELA, Adolfo; "Derecho Internacional Privado", 5º Edición, Madrid, 1969, Tomo I, p. 162 y ss.

En la misma línea doctrinaria, como Bernardo Sipervielle, relacionando el orden público con una noción relativa, como son las buenas costumbres, expresa que "el orden público asegura hasta donde es posible jurídicamente, la fuerza imperativa de las leyes fundamentales; protege, además las instituciones esenciales del orden jurídico; en un grado superior, permite dar fuerza y vitalidad a los principios generales, garantizando su respeto". Agrega que "constituye un instrumento para el legislador cuando éste aspira a que la norma que dicta tenga eficacia jurídica y representa para el juez un elemento imprescindible para valorar los intereses que protege el orden jurídico, permitiéndole calificar conductas, negocios, y actos jurídicos y jerarquizar el conjunto de normas, categorías, instituciones y principios fundamentales de que dispone para regular conflictos. Su utilización técnica constituye un arte que debe tratar de lograr, hasta donde sea posible, la más perfecta armonía jurídica"¹⁶. En el mismo sentido, Juan Carlos Smith, expresa que el "orden público es el conjunto de condiciones fundamentales de vida social instituidas en una comunidad jurídica, las cuales, por afectar centralmente a la organización de ésta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos ni por la aplicación de normas extranjeras"¹⁷, subrayando el impedimento que significa el orden público dentro del Derecho Internacional Privado, en cuanto a impedir que en el ámbito nacional surta efecto la aplicación de legislación extranjera, en el entendido que sean contrarias a las instituciones fundamentales del país donde se pretenden aplicar.

El Código Civil francés de 1804 (Código de Napoleón), sostiene una posición que lo distingue de la moral y las buenas costumbres y de la norma imperativa, utilizando una expresión distinta a la tradicional referencia del "politique publique", entendiendo al "ordre public" como los principios inmanentes del sistema político, conteniendo dentro de estos principios no sólo la ley escrita sino también los grandes principios del derecho no escrito que rigen nuestra sociedad¹⁸. El problema que encontramos en esta

¹⁶ SIPERVIELLE, Bernardo, "El orden público y las buenas costumbres". Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración. Montevideo, 1956. Pág. 233 y sig.

¹⁷ SMITH, Juan Carlos, Enciclopedia Jurídica Omeba. Buenos Aires, 1964. Tomo XXI. Pág. 56, citado por Mac Hale; op.cit, p. 3

¹⁸ Como lo señalan Planiol: "Les lois d'ordre public, scrivono, en comprennent pas seulement des lois écrites, mais aussi les grands principes de droit non écrit qui régissent notre société". PLANIOL, op.cit., Tomo IV, p. 467.

visión es también su exacerbada amplitud, puesto que podríamos entender tanto a los principios que organizan a la sociedad y al Estado, como también las políticas legislativas. Es del caso señalar, que el orden público puede rechazar leyes extranjeras que no vulneran ningún principio de derecho natural, sino que parecen inconciliables con una cierta política legislativa. De modo que, el orden público no sólo intervendrá en contra de las leyes extranjeras contrarias en sí mismas a los “fundamentos políticos y sociales de nuestra civilización”, los que aunque ligados a un estado político y social particular de cada país, tienen frecuentemente una generalidad suficiente para considerarse apoyados directamente en el derecho natural; el orden público intervendrá también para defender aquellos que han sido estructurados por el propio sistema político del país. A menudo hay que conciliar el resultado de la regla de conflicto, es decir la aplicación de la ley extranjera y la política legislativa nacional. Para ello hay que considerar que no toda ley extranjera interesa al orden público y que si la ley nacional somete la decisión de un litigio a la ley extranjera es porque la materia no interesa más que indirectamente a la vida nacional. Así pues la solución extranjera contraria a la nuestra, no contrariaría “a priori” esta última.

Por tanto, de acuerdo al análisis referido en virtud de lo que han planteado los diversos autores recién citados y en distintas épocas, constatamos la vaguedad absoluta del concepto, el que puede ser peligrosamente caracterizado con cualquier elemento que se pretenda utilizar.

Al no encontrar un concepto de orden público respecto del cual la doctrina se encuentre conteste, nos quedamos con la definición dada por Cardini¹⁹ quien conceptualiza al orden público como un standard jurídico, como toda directiva, norma o pauta, impuesto expresamente, o ínsito en el ordenamiento positivo, para indicar al intérprete una línea media de conducta social razonablemente correcta en la administración del Derecho acorde a su objeto y a su finalidad y con una pretensión de orden, seguridad, solidaridad y justicia, superiores principios iusfilosóficos que lo fundamentan y le otorgan su majestuosa jerarquía. Lo anterior, dado que, como lo

¹⁹ CARDINI, Eugenio “Orden Público”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1959, p.55

señala Assef citando a Vigo²⁰ el orden público tiene un núcleo de inmutabilidad que trasciende lo jurídico porque no todo el orden jurídico, en tanto su noción integral, es la forma de la sociedad constituida por las normas consuetudinarias, morales, de trato social, de carácter ético social, etc.

Dado lo anterior, cabe preguntarse, ¿cuál es la extensión que debe darse a este concepto?.

1.2. Extensión del concepto de Orden Público.

Las Escuelas Estatutarias consideraban que el orden público suponía dos hechos (1) una diversidad ideológica dentro de la comunidad de aquellos pueblos que aplican mutuamente sus respectivos derechos; y, por otra parte, (2) una obligación jurídica de aplicar el derecho extranjero²¹. Por su parte, Savigny²² consideró ambos supuestos, en el entendido de la existencia de una comunidad jurídica entre los Estados, según la cual debe aportarse una restricción al principio de la aplicación de la ley extranjera, porque hay muchas especies de leyes cuya naturaleza especial no admite esta independencia de la comunidad de derechos entre los Estados. En presencia de estas leyes, el juez debe aplicar exclusivamente el derecho nacional, es decir, su propia ley, aún cuando las reglas normales del Derecho Internacional Privado exigieren la aplicación del derecho extranjero²³. De este modo, se manifiesta una doble

²⁰ Assef, op.cit, p. 6

²¹ En la Escuela Estatutaria Italiana, se daba el segundo de los requisitos y no el primero, ya que todos los pueblos occidentales se encontraban unidos por una misma ideología que era el catolicismo, sólo los turcos vivían fuera de esta comunidad, pero su derecho no tenía aplicación. Por otra parte, en la Escuela Estatutaria Holandesa, se daba el primer requisito puesto que no se reconocía la obligación de aplicar el derecho extranjero.

²² Citado por NIBOYET, JP, "Derecho Internacional Privado", Editora Nacional, 2º Edición, México, 1957, p. 385.

²³ En este sentido, WOLF sostiene que en ciertas ocasiones, una norma jurídica extranjera que normalmente se aplicaría en ciertos casos y situaciones concretas no se puede aplicar por razones especiales. Este incumplimiento sólo podría realizarse derogando la norma, y en caso que una disposición no puede derogarse sólo con fundamento en que la autoridad se niegue a cumplir con su norma que le indica aplicar el derecho extranjero. Para que la autoridad se niegue a aplicar el derecho extranjero, debe existir una razón muy poderosa y ésta sólo es con base en el orden público. Es decir, el orden público sólo se puede invocar en una hipótesis en

idea de la doctrina de Savigny: (a) El orden público se perfila como una restricción contra la aplicación de la ley extranjera que debería intervenir normalmente; y, (b) esta restricción constituye una excepción que debería siempre limitarse en razón del fin que se quiere obtener, que sería la armonía de la comunidad jurídica entre los Estados.

El mismo autor, aclara que entre las leyes de derecho imperativo habría que distinguir dos grupos: en primer lugar aquellas leyes que se dan sólo por razón de las personas que son sujeto de los derechos, como el caso de leyes que limitan la capacidad de obrar en razón de edad o del sexo; y, en segundo lugar, aquellas que no se dan en razón de la persona, sino que se basan en razones morales o que afectan el bien público (políticas, de policía, económicas). Las primeras no podrían ser eludidas por contratos privados, pero sí cuando las reglas generales del Derecho Internacional al Privado imponen la aplicación de una ordenación jurídica extranjera. Mientras que, las leyes del segundo grupo serían de aplicación forzosa, incluso en contra de las disposiciones jurídicas extranjeras.

Sin perjuicio de las ideas precedentemente expuestas, se han propuesto dos doctrinas respecto de la extensión que debe darse al concepto de orden público en cuanto a su aplicación a materias de derecho internacional privado: un concepto amplio y un concepto restringido.

1.2.1. Concepto amplio de Orden Público: Lerebours – Pigeonnière²⁴:

Para este autor resulta insuficiente que el orden público opere como correctivo a la ley extranjera, sólo en aquellos casos en que la normativa declarada aplicable

que normalmente se aplicaría el derecho extranjero, porque sólo a través de la figura del orden público se puede evadir la aplicación de la norma extranjera. Sólo puede invocarse el orden público, cuando de aplicarse la norma extranjera derive un peligro o un perjuicio a la comunidad, situación que debe evitarse a toda costa. WOLF, Martín; "Derecho Internacional Privado", 2º Edición, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1050, Tomo I, p. 162 y sgtes.

²⁴ LEREBOURS-PIGEONNIERE, Paul, "Droit International Privé", Librairie Dalloz, Octava Edición por Yvon Loussauar, 1946.

provenga de un Estado respecto del cual no tenemos comunidad jurídica.²⁵ En síntesis esta teoría solo permite la evicción de la ley extranjera dictada por un país de civilización muy diferente a la nuestra, y siempre mientras sea un reflejo de esa civilización inferior. No obstante, en la práctica se demuestra que la excepción de orden público tiene un alcance mucho más amplio, puesto que esta puede descartar la aplicación de leyes provenientes de países cuya civilización es muy cercana a la nuestra. Desde esa perspectiva, la noción de orden público tendría dos funciones:

a) “La excepción de orden público reacciona contra la aplicación de leyes extranjeras que desconocen los principios de Derecho Público o Privado comunes a las naciones civilizadas, expresión de la moral y de la justicia objetivas, que algunos autores califican de principios internacionales”²⁶. Por ejemplo al juez del foro le estaría permitido desechar una ley extranjera que permita la esclavitud, ya que esta institución aparece como contraria a las convicciones como sociedad occidental, ya que su reconocimiento en el foro significaría desnaturalizar tal civilización.

b) En un segundo sentido, la excepción de orden público permite apartar la aplicación de las leyes extranjeras designadas por la reglamentación normal francesa, cuando esta aplicación a consecuencia de una divergencia de objetivos morales, sociales, económicos, causaría al interés francés un daño grave cuya consideración debe prevalecer sobre aquella del comercio internacional y de la solidaridad internacional. Es decir, en este caso se estaría dejando de aplicar la ley normalmente competente, no porque viola la justicia objetiva o a la moral sino porque ella está en desacuerdo con el régimen político nacional, con lo cual se tiende a proteger el ordenamiento jurídico interno. De este modo, cada Estado tiene derecho a defender sus propios principios aunque estos sean discutibles a nivel internacional, esto es,

²⁵ Se había considerado, a partir de Savigny, que la posibilidad de aplicar leyes extranjeras estaba fundada sobre la base de que los Estados cuyas leyes estaban en conflicto gozaban de una cierta comunidad jurídica, participando de una misma cultura jurídica dado que profesaban los mismos principios heredados del derecho romano y del cristianismo.

²⁶ LEREBOURS – PIGEONNIERE, Paul E LOUSSOUARN, Yvon, “Droit international Prive”, Editorial Dalloz- Paurition, Paris, 1962, p. 404

aquellos que lo caracterizan. Según este autor, esto es parte de la defensa de su integridad.²⁷

Como consecuencia de lo anterior, resulta imposible enumerar las materias que integran el Orden Público, puesto que aún los principios más aceptados de derecho natural pueden ser objeto de discusión en casos particulares, siendo aún más incierta la determinación de cuales normas son atentatorias de los objetivos de nuestra propia civilización, al punto de no poder prescindir de ellos.

Se concluye que el concepto amplio de orden público se refiere a su extensión. Lerebours Pigeonnière sostiene que comprende tanto la falta de comunidad jurídica existente con países que tienen una civilización muy distinta a la nuestra (derecho natural) como la divergencia a nivel de políticas legislativas. Al determinar la extensión del concepto no se refieren a la forma en que éste opera, (a priori o posteriori) sino a su contenido.

1.2.2. Concepto Restringido de Orden Público:

1.2.2.1. Goldschmidt:

Para este autor, la característica negativa de la consecuencia jurídica de las normas de conflicto consiste en rechazar el Derecho extranjero aplicable en todas aquellas situaciones en que la solución del caso sea atentatorio contra nuestro orden público. De este modo, estructura el concepto de orden público en base a dos elementos: "1º Una divergencia ideológica dentro de la comunidad de aquellos pueblos que aplican mutuamente sus respectivos derechos y; 2º El reconocimiento de una obligación jurídica de aplicar Derecho extranjero"²⁸. Por tanto, la función del orden público sería descartar la aplicación del Derecho extranjero competente (toda vez que exista la obligación jurídica de aplicarlo) en aquellas hipótesis en que entre éste y el

²⁷ Ibid, p. 407

²⁸ GOLDSCHMIDT "Derecho Internacional Privado", Ediciones De Palma, Buenos Aires, 7º Edición, 1990 p. 147.

Derecho del foro exista una diversidad ideológica que haga intolerable su concepción. Esta autor, manifiesta acertadamente que el orden público no es un conjunto de disposiciones sino de principios en que ellas se inspiran. Principios que se infieren de las disposiciones ya legisladas. Es el caso del principio que señala que el progenitor de una familia tiene que dejar a sus descendientes una parte considerable de su fortuna, lo que se desprende de la institución de las legítimas que son asignaciones forzosas. Otros principios se encuentran en la Constitución y de ahí pasan a inspirar otras normas que conforme a ella se dictan, como el caso del derecho de propiedad y sus regulaciones legales. Lo que no implica que una ley extranjera sea necesariamente contraria a nuestro orden público cada vez que sea inconstitucional, ni que todo precepto constitucional refleje un principio de orden público a la inversa, no toda ley extranjera que contraria al orden público es necesariamente inconstitucional, ya que el orden público no se agota en ella.²⁹

Entender al orden público como un conjunto de principios que subyacen a las normas y no como un conjunto de disposiciones, importa una aplicación a posteriori de este correctivo, ya que cada vez que el juez del foro se encuentre frente a una norma de conflicto, es decir, aquella que no contiene en sí misma la solución del asunto sino que la remite a un ordenamiento jurídico determinado en virtud del factor de conexión que ella misma posee, se tendría que seguir el siguiente procedimiento: En primer lugar, tiene que aplicar su propio Derecho Internacional Privado, es decir, buscar el Derecho aplicable, en virtud de la conexión, siendo la característica positiva de la consecuencia jurídica. Luego de detectado el Derecho hay que aplicarlo provisoriamente, es decir, ver cual es la solución que el Derecho extranjero da al asunto. Conocido esto, “será posible controlar la compatibilidad de aquella (de la solución dada por el Derecho extranjero) con los principios inalienables”³⁰. De esta forma se logra una aplicación más limitada del concepto de orden público. Al momento, de estimarlo como un conjunto de principios el orden público opera en una forma mucho más restringida que si se lo confunde con las normas que lo expresan.

²⁹ Al respecto GOLDCSCHMIDT, op.cit., p. 152 y 153

³⁰ Ibid, p. 152

No obstante lo lógica de su teoría, éste autor precave que la jurisprudencia, por comodidad se inclina a utilizar el orden público, no como una cláusula de reserva a posteriori, sino como un medio de aplicar su propio Derecho que le resulta más conocido al considerarlo como un conjunto de normas. La postura de la jurisprudencia, entiende que la totalidad de las disposiciones de Derecho del foro se dividirían entre aquellas que son de orden público y aquellas que no lo son, es decir, aquellas que pueden ser descartadas por el Derecho Extranjero, y las que por el contrario las descarta, siendo estas últimas de orden público internacional. La principal consecuencia de esta teoría seguida por la jurisprudencia es que conlleva la aplicación apriorística del Derecho Nacional, prescindiendo del Derecho extranjero normalmente competente. Así “todo punto de conexión iría siempre acompañado por la conexión del orden público, el cual, además, se aplicaría antes que el Derecho extranjero. De cierto modo, todos los puntos de conexión tendrían pues conexiones acumulativas desiguales, ya que la conexión de orden público internacional condicionaría al punto de conexión conducente a la aplicación del Derecho extranjero”³¹

Respecto de la extensión del concepto de orden público, Goldschmidt advierte que la extensión justificada sólo puede abarcar lo siguiente:

a) Cláusula de reserva: Que puede ser expresa, en cuyo caso impone la aplicación a posteriori del orden público; o tácita, situación en que no se puede imponer si la aplicación es a priori o a posteriori.

b) Normas rígidas expresas de Derecho Privado: Estas son las que se adjudican expresamente efectos extraterritoriales. Se trata de una extraterritorialidad activa de nuestro Derecho sobre el extranjero. Estas normas pueden ser sustitutivas de las normas extranjeras, aplicándose a priori y desplazando al Derecho extranjero, o aditivas, lo cual “significa que si el Derecho extranjero fuese más severo que nuestras normas rígidas, habríamos de aplicarlo, a no ser que su severidad infringiese otros principios de nuestro orden público internacional”³²

c) Principios básicos del ordenamiento jurídico propio. Los que reclaman su aplicación a posteriori.

³¹ Ibid, p. 150

³² Ibid, p. 164

Según el mismo autor, sería extender injustificadamente el concepto de orden público si se incluye en él:

a) Normas de Derecho Público: Ellas no son de orden público sino territorial y consecuentemente aplicable a los casos que reglamentan, puesto que en materia de Derecho Público queda excluido el conflicto de leyes.

b) Normas de orden público interno, también llamadas normas coactivas de Derecho interno no derogables por la autonomía de la voluntad de las partes en derecho interno, quedan abiertas a ser desplazadas por normas extranjeras en casos con elementos multinacionales, por no considerarse tan disvaliosa en el foro la perturbación que se produce al dejar de aplicarlas.

c) Normas materiales de Derecho Privado: Al respecto Goldschmidt sostiene que no existen normas materiales de Derecho Internacional Privado que sean aplicables a priori, sino que existen normas directas con elementos externos que forman parte del Derecho privado de cada país y que, en consecuencia, se aplican sólo en la medida en que el Derecho que las contiene resulta competente”³³

1.2.2.2. Loussouarn y Bourel:

Conceptualizan el orden público “como un correctivo excepcional que permite descartar la ley extranjera normalmente competente cuando contiene disposiciones que son juzgadas inadmisibles por el tribunal del foro”³⁴ Para entender la necesidad de tener un correctivo como éste se debe tener en cuenta que, si bien es cierto que el Derecho Internacional Privado existe en base a la solidaridad internacional, no es menos cierto que esta solidaridad requiere que exista entre los ordenamientos jurídicos de los Estados respectivos “una comunidad de Derecho al menos aproximada”³⁵. En caso contrario, la ley extranjera puede estar en un caso determinado en “desacuerdo

³³ Ibid, 164 y ss

³⁴ Y LOUSSOUARN Y P. BOUËL, ob.cit, p. 398

³⁵ Ibidem.

absoluto con nuestra concepción fundamental con el ordenamiento jurídico³⁶ y debe prescindirse de ella en virtud de la excepción de orden público.

Según estos autores, al igual que Goldschmidt, el orden público no interviene en forma preliminar sino una vez conocido el resultado a que lleva el conflicto de leyes, esto es conocido en cada caso como son los resultados concretos de la aplicación de la norma extranjera designada por la norma de conflicto. Cuando estos resultados son inadmisibles en el ordenamiento jurídico del foro, se recurre a la excepción del orden público siempre posteriori. De lo contrario el orden público se confundiría con las normas de policía que actúan antes de conocerse las normas extranjeras competentes. Así, no se puede determinar los límites del orden público y la única manera de precisar su contenido es examinando caso a caso, la aplicación que se le ha dado. Concluye, a través de este examen, que el orden público existe en las más variadas materias, especialmente en el estatuto personal ya que parte de éste se basa en concepciones morales y religiosas.

Finalmente, estos autores junto con Goldschmidt sostienen que el orden público no se agota en las disposiciones sino que consiste en los principios en que ellas están inspiradas, de ahí que su funcionamiento sea posteriori y que haya que apreciarlo caso a caso según el impacto que la aplicación de la norma extranjera produzca en el ordenamiento jurídico del foro.

1.3. ¿Cuál es la solución más adecuada?. Características del orden público:

De lo anterior resulta que la excepción del orden público constituye una cláusula de reserva que solamente opera en el sistema conflictual, excluyendo la aplicación del Derecho extranjero cuando, conocido su contenido y el efecto de su aplicación en el foro, determina el juez, su manifiesta incompatibilidad con los principios más fundamentales del ordenamiento jurídico del foro; principios que constituyen una

³⁶ Ibidem

convicción común existente en esa sociedad y momento determinados, y que se refieren tanto al Derecho Natural, como a sus fundamentos políticos y sociales y a sus políticas legislativas³⁷.

Teniendo presente las doctrinas anteriormente señaladas, podemos decir que el orden público es un conjunto de principios, un concepto autónomo que va más allá de las normas en que pueda expresarse, que se caracteriza por:

1º El Orden Público es un Conjunto de Principios: El Orden Público se concibe como un conjunto de normas que están inspiradas en una convicción común. Estas normas pasan a formar parte de un grupo (normas de orden público) que se distinguen de aquellas que no lo están (normas que admiten la autonomía conflictual) y que, por tanto, son permeables a la aplicación del derecho extranjero, dividiéndose así el Derecho Nacional entre las disposiciones que son de orden público y las que no lo son, y quedando éstas últimas desprovistas de toda protección ante la imprevisibilidad de los resultados que la aplicación del Derecho extranjero provoque. Justamente, la función del orden público es precisamente administrar un último correctivo en las situaciones en que, por no existir normas de aplicación necesaria, se debe aplicar el Derecho extranjero. Para evitar esta indefensión del ordenamiento jurídico del foro, se tiende a expandir al máximo las normas de orden público, de modo que se restrinja en extremo la posibilidad de que se puedan lesionar los principios fundamentales del foro. Considerar al orden público como un conjunto de disposiciones, implica un menor respeto al Derecho extranjero, ya que se restringe su aplicación a las escasas materias

³⁷ Por otra parte, Lagarde señala, que por ser el orden público una excepción a la regla y para no desorganizarla, “es necesario, evidentemente, que esta excepción se mantenga discreta y limitada. Se puede decir que el método que conduzca a reducir al mínimo la extensión del orden público es el mejor”. Al ser excepcional y al mismo tiempo necesario, ya que no se puede aceptar la aplicación del Derecho extranjero sin un correctivo ante su posible incompatibilidad con el Derecho del foro, solamente es posible considerarlo como un conjunto de principios. Más allá de sostenerse que tiene por objeto defender ciertos valores inalienables del foro, que constituyen una convicción común. Esto no se discute. En su aplicación práctica, el orden público debe considerarse como un conjunto de principios; como un concepto autónomo e independiente de las disposiciones en que pueda reflejarse. LAGARDE Paul, “Recherches sur l’ordre pblic en Droit International privé”, Lib. générale de **droit** et de jurisprudence. Paris, 1959 p. 123.

que no se consideran de orden público y que, por consiguiente, admiten la autonomía conflictual absoluta sin posibilidad de un correctivo a posteriori.

Así las cosas, la función del orden público no es la de excluir ab initio la aplicación del Derecho extranjero. Para eso existen las normas de policía y en general las normas de aplicación necesaria, que reservan ciertas materias a la *lex fori*. El orden público complementa a estas disposiciones, porque opera una vez establecido que ciertas materias admiten una reglamentación extranjera, es decir no existe una norma de policía que reglamente necesariamente excluyendo de plano la aplicación del Derecho extranjero, y sólo en la medida en que la solución dada por la norma extranjera atente gravemente contra los principios de orden público. De lo anterior se desprende que:

a) El orden público opera a posteriori: Es decir, no se parte de él para descartar el Derecho Extranjero por carecer de fuerza operativa. Hay que empezar por buscar la norma extranjera aplicable, enterarse de la solución que da y sólo después, o sea, a posteriori, controlar su incompatibilidad con los principios inalienables del foro. De considerarse el orden público como un conjunto de normas, cada vez que surja un caso con elementos internacionales, antes de conocer el tenor del Derecho extranjero, apriorísticamente, hay que determinar si se trata de una materia regulada por una disposición de orden público, en cuyo caso se aplica la *lex fori* y el Derecho extranjero sólo en la medida en que coincida con la norma del foro. En términos de Goldschmidt, “permite desterrar por completo el Derecho extranjero sobre todo mediante conexiones de secuestro”³⁸ ya que éste o coincide con la norma de orden público y entonces sobra, o discrepa de ella lo que lo haría inaplicable”.

b) El orden público es una cláusula de reserva: Como característica negativa de la consecuencia jurídica de la norma de conflicto, la excepción del orden público está formulada en términos tales que en su aplicación práctica opera como una cláusula de reserva. El legislador, al crear normas de conflicto, lo hace en términos generales,

³⁸ GOLDSCHMIDT, op.cit., p. 157

disponiendo la aplicación de un derecho vinculado con la materia que se regula. No puede en la misma norma, casuísticamente, entrar a precaver las posibles situaciones que pueden atentar contra los principios básicos de su ordenamiento jurídico.

c) El orden público importa un juicio de disvalor acerca del Derecho extranjero: Justamente al dejar de aplicar la norma extranjera se tiene en consideración una convicción común que no puede ser atacada por ella; será despreciada en el foro una vez que haya sido conocida, por contravenir la convicción común, es disvaliosa porque pone en peligro los principios fundamentales que inspiran el ordenamiento jurídico del juez. En cambio, si se le considera como un conjunto de disposiciones, se produce una sobrevaloración del Derecho propio ya que sólo se admite que la norma nacional y no otra sea apta para regir la situación. Ella es la única que puede dar una solución adecuada a este caso, por esto no debe siquiera consultarse al Derecho Extranjero designado por la norma de conflicto, puesto que este en ningún caso puede dar una solución a la altura de la *lex fori*.

2º El orden Público es un concepto variable: Por ende:

a) El orden público es un concepto nacional: En este sentido debemos reconocer que el orden público es un concepto nacional que varía de un país a otro según las consideraciones que en cada uno haya acerca de sus principios más fundamentales en un momento determinado. Si se considera al orden público en su sentido más amplio, se constata que supone, por una parte, la falta de comunidad jurídica que se refiere a ciertos principios de Derecho Natural, principios que son comunes a las naciones civilizadas. Por otra parte supone la divergencia originada por principios propios de cada Estado, aquellos que se refieren a su régimen jurídico interno y a sus políticas legislativas. No obstante, Loussouarn observa que no es sino en el primer sentido que se le puede denominar orden público internacional, ya que se trata de ciertos principios efectivamente internacionales, “pero un tal epíteto no corresponde a su segundo, ya que aparece entonces como un orden público nacional, un reflejo de

autodefensa de las políticas legislativas propias de nuestro país”³⁹. Pero, no obstante existir estos principios llamados internacionales, la evicción que en cada caso haga el juez de la norma extranjera se producirá por el hecho de ser ella contraria en su aplicación a los valores que la sociedad nacional considera más fundamentales, sean ellos comunes a los de otras naciones o sean propios de su ordenamiento jurídico (sin importar lo que en otros Estados se piense sobre ellos). El orden público es un concepto nacional o local y no internacional, en circunstancias que es la expresión del sentir de una nación determinada. Es más correcto hablar del orden público en el sentido de Derecho Internacional Privado.⁴⁰ De la constatación de ser el orden público un concepto nacional surgen dos aspectos a considerar: (i) Posibilidad de un juez de aplicar un orden público extranjero: Por ser el orden público un concepto local corresponde a cada juez tomar en consideración sólo sus propios principios y no los de otros Estados. Sólo es admisible tomar en cuenta un orden público extranjero en la medida en que se trate de reconocer situaciones jurídicas válidamente adquiridas al amparo de un orden público extranjero cuando esta coincida con el del foro. Es el denominado efecto reflejo; (ii) Conflictos internos de orden público: Estos pueden ocurrir principalmente cuando en un mismo Estado coexisten sistemas jurídicos diversos, no unificados, cada uno con su propia concepción de orden público. Sea por tratarse de diversos Estados federados, como en el caso de EE.UU en que las divergencias se producen sobre todo por diferencias a nivel de políticas legislativas, ya que entre ellos existe una innegable comunidad jurídica. Sea por tratarse de diferentes territorios sometidos a una misma soberanía como consecuencia de anteriores colonizaciones, cuyos sistemas jurídicos son tan diferentes que es concebible una inmensa variabilidad del orden público entre ellos.

b) El orden público se aplica para un momento determinado: El constituir el orden público la convicción común de una sociedad determinada respecto de ciertos valores inalienables, y considerando que el contenido del concepto cambia de un país a otro según varíen sus concepciones morales y políticas, ocurre también que el orden público cambia en una misma sociedad a medida que ella evoluciona (ejemplo en el

³⁹ Y. LOUSSOUARN Y P. BOUREL, ob.cit. p. 407.

⁴⁰ Al respecto Y. LOUSSOUARN Y P. BUREL ob.cit p. 467.

caso de reconocimiento de hijos adulterinos o creaciones de leyes de divorcio). Es el rol del juez determinar cual es la noción de orden público vigente que él debe aplicar, es decir, cuál es el estado de la opinión en un momento determinado en esa sociedad. La doctrina ha sostenido que es la concepción de orden público en vigor al momento del litigio la que debe prevalecer, en el caso de haber variado entre el momento en que nace el hecho que dará origen al litigio y el proceso mismo, es decir, debe apreciarse en el preciso momento en que el juez estatuye, es más en el caso de interponerse recurso en contra de una resolución judicial, la noción que debe prevalecer, es la vigente al tiempo de dictarse la última sentencia en el proceso, ya que ella reflejará el estado de la opinión en ese momento dado y es entonces cuando se puede apreciar la efectiva magnitud del resultado causado de la ley extranjera. De este modo, si una situación nació válidamente en conformidad a una norma extranjera y que en su origen era contraria al orden público del foro, por variar la noción del orden público al plantearse la cuestión ante los tribunales, ella sea perfectamente aceptada. Pero sí, en el caso inverso, una situación válidamente surgida al amparo de una ley extranjera y conforme entonces con el orden público del foro, en vista de la evolución del contenido del orden público y considerando el principio de la actualidad del mismo, debiera rechazarse no obstante existir derechos válidamente adquiridos, que si hubieran nacido al amparo del Derecho nacional seguramente subsistirían, en atención de los principios de irretroactividad de la ley y respecto a los derechos adquiridos. En estas situaciones es posible mitigar el rigor del principio de la actualidad del orden público mediante la introducción de disposiciones transitorias destinadas a reglamentar estas situaciones, tal como ocurre en Derecho interno, cuando la variación del orden público vaya acompañado de una modificación legal, que es lo más frecuente.

c) Imprevisibilidad del orden público: Esta imprevisibilidad surge de la constatación de que su intervención “depende menos del tenor mismo de la ley extranjera que de la importancia de la perturbación que su aplicación pueda producir en el foro”⁴¹. De este modo, la necesidad de oponer en cada caso la excepción del orden público, se explica por el impacto de la aplicación de una ley extranjera

⁴¹ Ibid, p. 409

determinada a una situación también determinada pueda producir en la opinión público local, por la forma en que conscientemente se lesionan los principios básicos de su ordenamiento jurídico. Por lo mismo, la comparación entre la norma extranjera aplicable y los principios del foro debe hacerse en cada caso concreto y no en abstracto. En consecuencia, debe concluirse que no es entonces la ley extranjera misma la que es contraria al orden público, sino la aplicación que de ella se haga al caso de que se trate, ya que la misma norma aplicada a otra situación podría resultar perfectamente armónica con los principios de la legislación local. Sin perjuicio de lo anterior, no pueden dejar de admitirse, que existen normas (Ej.: esclavitud) que cualquiera que sea la aplicación que de ellas se trate de hacer en el foro, serán siempre inaplicables, sin posibilidad de atenuación.

Considerando el enorme interés práctico del concepto de orden público, se desprende de lo precedentemente expuesto que, las normas de orden público tienen algunos elementos que le son propios, fundamentales para el funcionamiento del derecho y que se derivan precisamente de las características previamente enunciadas, coincidiendo la doctrina en la mayoría de ellas:

1. Las normas de orden público no pueden ser derogadas por las partes por acuerdo de voluntades.
2. Impiden la aplicación de la ley extranjera, no obstante cualquier norma legal que así lo disponga.
3. Pueden, y a veces, deben, aplicarse retroactivamente ya que no se pueden invocar a su respecto derechos adquiridos.
4. No se puede alegar válidamente el error de derecho si ha recaído sobre esa clase de normas.
5. La violación de los principios de orden público acarrea la nulidad absoluta.

Habiendo determinado las características del Orden Público, afinando un poco más su concepto, cabe preguntarse ¿cuál es el orden público que se debe aplicar al arbitraje comercial internacional? y ¿cómo ha de controlarse?.

CAPITULO II

FUNCION DEL ORDEN PÚBLICO EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

2.1. Arbitrabilidad v/s Orden Público:

Es necesario antes de avocarnos al análisis de la función del orden público dentro del Arbitraje comercial internacional, realizar una distinción fundamental: la diferencia entre la arbitrabilidad y el orden público, tantas veces confundidos y asimilados, lo que ha venido en provocar la convergencia en sus efectos.

La arbitrabilidad responde a la pregunta de qué materias pueden someterse a arbitraje, lo que según Vásquez Palma⁴², puede ser vista a lo menos, desde dos ópticas: a) como una restricción al poder de comprometer o una incapacidad legal derivada de las circunstancias referidas a la naturaleza del litigio, encontrándose en este caso, íntimamente ligada al fondo del asunto, y por consiguiente, a la *lex causae* o ley aplicable al fondo del litigio la que debe determinar si una materia es arbitrable y en qué circunstancias; y b) como un defecto del convenio arbitral, condición de validez del mismo, para lo cual se someterán estas consideraciones a la ley rectora de la validez por razones de fondo del convenio arbitral. La misma autora, estima que la falta de arbitrabilidad tiene a grandes rasgos, tres orígenes: a) *rationae materiae* o exclusiones por la naturaleza de determinadas relaciones jurídicas; b) por la eliminación del principio de autodeterminación de las partes y, c) por una indisponibilidad formal o procesal derivada de la atribución imperativa de jurisdicción.

Por otra parte, en el derecho español, por ejemplo, el criterio utilizado para identificar a las materias susceptibles de arbitraje es el de la “libre disposición conforme

⁴² VASQUEZ PALMA, María Fernanda; “La arbitrabilidad objetiva: Aspectos históricos, modernas tendencias en derecho comparado y ubicación en el escenario legislativo chileno”, en *Revista Ius et Praxis*, 12 (1), pp. 181-213, 2006, p. 3.

a derecho” (Art. 2 N°1 Ley 60/2003)⁴³, criterio compartido por otros ordenamientos jurídicos que a menudo se identifican con nociones afines como “derechos susceptibles de transacción”, como en el Art. 2059 del Nuevo Código de Procedimiento Civil Francés de 1981, el Art. 1 de la Ley de arbitraje portuguesa, Art. 2.d) de la Ley griega de arbitraje de 1999; materias patrimoniales o materias ajenas al orden público, confundiendo los conceptos.

De modo que, el arbitraje sólo versaría respecto de cuestiones o derechos susceptibles de disposición por las partes, es decir por personas que tengan la capacidad plena de transigir, en cuanto el objeto sobre el cual se ha de transigir sea lícito o permitido transigir, siendo el procedimiento arbitral un procedimiento adecuado para entregar la tutela necesaria a los derechos en que se basan las pretensiones de las partes, equivalente al que puede proporcionar el procedimiento judicial declarativo ordinario, distinguiéndose en este sentido por un lado la indisponibilidad de la materia y por otro, la imperatividad de las normas que lo rigen.

Justamente ahí yace la confusión que se da con el orden público. Se confunde la disposición de las partes con el objeto respecto del cual se ha de arbitrar, en cuanto a la norma imperativa que lo contiene. La facultad que tienen de disponer las partes sobre determinada materia, es en el entendido que el Estado autoriza a los particulares de sustraerse de la justicia nacional, para entregar la resolución del objeto de la controversia a la justicia privada, pero no respecto del contenido de la materia en sí.

⁴³ “A ella se debe añadir otras dos disposiciones que aumentan considerablemente el ámbito de arbitrabilidad para el arbitraje internacional: a) El Art. 2.2 que señala que ni los Estados ni las entidades públicas pueden acudir a disposiciones de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones propias del arbitraje. Es decir, ni la falta de arbitrabilidad del litigio en su derecho ni las prerrogativas que pueda justificar de acuerdo con ese derecho una renuncia o ineficacia del convenio arbitral tendrán efecto alguno para la competencia del tribunal arbitral internacional y otra parte, en virtud del Art. 9.6 la controversia es arbitrable si así lo reconocen las normas jurídicas escogidas por las partes para regular el convenio arbitral, las aplicables al fondo de la controversia del derecho español. Es decir, bastará con que el asunto sea considerado como arbitraje por cualquiera de esas normas – independientemente de que no lo sea por las otras para que quede solventada la cuestión de la arbitrabilidad”. Vásquez Palma, nota al pie n°21, op.cit, p. 19, citando a MANTILLA SERRANO, Fernando; “La nueva ley española de arbitraje”. Foro de Derecho Mercantil. Revista Internacional N°3, Bogotá, Abril – Junio, p. 31.

Así la arbitrabilidad es un elemento intrínseco al objeto del derecho, de modo que todas las materias podrían ser arbitrables, a menos que el Estado dispusiera que dichas materias solo podrán ser resueltas por los Tribunales competentes, mientras que el orden público es un elemento extrínseco al objeto que tiene por finalidad resguardar o proteger el derecho. La arbitrabilidad afecta la libre circulación, en cuanto a disposición del derecho en sí, mientras el orden público cerca el derecho con reglas preventivas. La arbitrabilidad tiene que ver con el núcleo, el propio objeto del derecho, mientras que el orden público es un resguardo jurídico de preservación de la identidad del objeto del derecho. Aunque el primero no es posible de disponer espontáneamente, el derecho sujeto a reglas de orden público puede ser transferido, gravado y enajenado libremente, dentro de los límites impuestos por tales reglas.

De acuerdo a lo anterior, una materia perfectamente podría ser arbitrable en un país e inarbitrable en otro. Así por ejemplo, los tribunales de un país podrían tener la competencia absoluta respecto de determinadas materias, por lo que no se podría aplicar el arbitraje en ellas, constituyéndose por ende, en inarbitrables, por ejemplo las materias laborales, el caso que un trabajador demande indemnización de perjuicio o nulidad del despido no se transforma a priori en una situación de orden público, incluso si fuera vulneración de derechos de los trabajadores en una negociación colectiva, pareciera que no vulneraría tampoco el orden público, quizás y bajo una situación que afecte a la economía nacional, se podrían esgrimir argumentos de afectación al orden público económico, pero a priori no se ve que sea una materia de orden público. También ocurre en los casos de tributación fiscal, si bien es cierto la recaudación de impuestos tiene por objeto la satisfacción de necesidades públicas, no parece que se vulnere el orden público si un particular se sujeta a un procedimiento arbitral con el Servicio de Impuestos Internos alegando la inadecuada determinación de los impuestos, por parte dicha entidad. Incluso lo relativo a materia de Derecho de Familia, que siendo una materia de orden público de acuerdo a la elevación de la familia como base fundamental de la sociedad, establecida en el Artículo 1º de nuestra Carta Fundamental, no se aprecia perjuicio al orden público en caso que los cónyuges se sometieran a un arbitraje para disponer cuestiones accesorias al divorcio, tales como la liquidación de los bienes de la sociedad conyugal, la tuición de los hijos o el régimen de

visitas, materias que a fin de cuentas convienen las partes generalmente de manera libre y espontánea ante el juez de familia o con anterioridad, en un procedimiento de mediación.

Así, la gran diferencia entre ambas dice relación con la disponibilidad. En este sentido, se puede afirmar que todo derecho indisponible es de orden público, pero no todo el orden público se incluye en las restricciones atinentes al derecho indisponible. La disposición a la regulación del derecho indisponible no se incluye en la esfera de la autonomía de su titular. Por el contrario, el titular de un derecho sometido a reglas de orden público puede disponer de él libremente, con independencia de la existencia o no de tales disposiciones de preservación de su derecho. Lo que se le prohíbe, justamente es violar la norma de orden público que la ley impone para preservar las relaciones en sociedad. En otras palabras, el orden público es previsión legal que debe ser observada en el momento de tratar, por parte del juzgador, los conflictos de intereses sujetos a esta restricción o protección. De modo que si el derecho fuere indisponible, el árbitro no tendría jurisdicción para apreciarlo, pues queda resguardada la autoridad exclusiva del Estado por el Poder Judicial. Pero si el derecho estuviera dominado por normas de orden público, no habría impedimento para la actuación de la jurisdicción arbitral, aunque el árbitro debería observar la aplicación de tales disposiciones. De esta manera, la indisponibilidad sustrae del árbitro la jurisdicción, mientras el orden público le impone el deber de observancia en el enjuiciamiento de la cuestión controvertida.

Podemos decir entonces, que la arbitrabilidad se relaciona directamente con las materias sometidas a arbitraje, es decir, si dichas materias son susceptibles de ser sometidas a compromiso en un país determinado, esto es, la prohibición a la que podría estar sujeta dicha materia para ser sometida a un arbitraje. Por ejemplo, son inarbitrables los derechos personales, porque afectan al ser en sí mismo, teniendo un fundamento más óntico que de política pública, como podría ser someter a arbitraje los derechos de los trabajadores. No se refiere a una “condición de validez” - como lo

propone Picand⁴⁴, confundiendo la inarbitrabilidad con materias contrarias al orden público- simplemente la arbitrabilidad es un presupuesto básico de este tipo de procedimiento.

Una de las causas de que la arbitrabilidad de la controversia se considere permanentemente vinculada al orden público se debe a la existencia, en distintas legislaciones nacionales, de disposiciones que prohíben comprometer expresamente en aquellas materias que interesan al orden público. El origen de dichas disposiciones legislativas es el artículo 2060 del Código Civil Francés que prescribe “No se podrá comprometer en las cuestiones de Estado y de capacidad de las personas, en los asuntos relativos al divorcio y a la separación o sobre las controversias que versan sobre los establecimientos públicos y más genéricamente en aquellas materias que interesan al orden público”⁴⁵. La importancia que subyace tras esta norma y que al mismo tiempo preocupa, es en relación con la arbitrabilidad de la controversia internacional en cuanto este artículo haya sido tomado como modelo para actuales reformas de distintas legislaciones de arbitraje ⁴⁶.

⁴⁴ PICAND ALBÓNICO, Eduardo; “El Arbitraje Comercial Internacional”, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p.86

⁴⁵ La redacción actual de dicha disposición legal se debe a la reforma del Código Civil operada en Francia el 05 de julio de 1072, siendo uno de los artículos que más problemas ha provocado a la doctrina y a la jurisprudencia del arbitraje internacional, en general y en particular a la francesa. “No han faltado voces que en múltiples ocasiones han abogado por la reforma de la citada disposición legislativa. El intento más enérgico tuvo lugar el 05 de septiembre de 1990, cuando el presidente del Comité Francés de Arbitraje, Fouchard, propuso una reforma completa del Derecho francés del arbitraje especialmente centrada en el cambio del artículo 2060, considerado “gravemente inadaptado” a la situación actual del arbitraje internacional. Reforma que, sin embargo, al día de hoy todavía no se ha llevado a cabo”. GONZALO QUIROGA, Marta; “Las normas imperativas y el orden público en el arbitraje privado internacional”. Memoria para optar al grado de Doctor., Departamento de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2001 p. 207 a 208.

⁴⁶ Así por ejemplo, en el artículo 7.4 de la ley danesa de 24 de marzo de 1972, en la legislación India, y en el artículo 1926.2 del Código Civil de Québec. A las que después se agregaron las legislaciones de arbitraje de Argentina, Algeria, Túnez y Egipto, como ejemplo de normas que excluyen el arbitraje de las materias que interesan al orden público. Esto ha afectado, por ejemplo, al que parecía ser un prometedor Tratado de la Organización para la Armonización en África a del Derecho de los Negocios (OHADA), que había elaborado un Proyecto de Acta Única Uniforme para el Arbitraje, donde se establece un vínculo inoportuno entre arbitrabilidad y orden público.

Hay que destacar que el criterio de “interés en dicha norma, es jurídicamente imprecisa en cuanto a referirse a las materias que “interesan” al orden público como principio para estimar una controversia como no arbitrable. Según Gonzalo Quiroga⁴⁷ la ambigüedad de este concepto esconde una importante sutileza que tiene consecuencias contrarias al arbitraje, ya que el criterio ha sido diseñado y utilizado fundamentalmente para ampliar en un sentido negativo, el ámbito material de actuación de orden público en el arbitraje ya sea éste interno o internacional. De tal manera, la indeterminación del precepto permite considerar que cualquier materia que entre en juego con las normas imperativas internas, pueda ser considerada como no arbitrable. Ello implica que cualquier tribunal judicial que aplique este concepto, generalmente identificado con la normativa imperativa considerada de orden público interno en un territorio determinado, encuentra en él una justificación para impedir o rechazar la arbitrabilidad de la controversia, aún siendo internacional, mediante la aplicación de criterios del foro, lo cual basta para detener la posibilidad de éxito o siquiera de iniciación del procedimiento arbitral.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia francesa en atención a la adaptabilidad del criterio del orden público al nuevo ámbito económico y comercial internacional, ha ignorado por completo el criterio legislativo delimitador de la arbitrabilidad que le obstaculizaba su desarrollo en el ámbito internacional. Desde la segunda mitad del siglo XX cambia el criterio descrito anteriormente con el asunto Tissot de 29 de noviembre de 1950, en donde por primera vez se estimó que la inarbitrabilidad de una controversia no debía entenderse en el sentido estricto de su vinculación a una normativa imperativa o de orden público interno. El convenio de arbitraje no está prohibido sólo porque el objeto de la controversia se refiera a una materia que interese al orden público. Sólo en el caso que se descubra que la operación donde el convenio de arbitraje se encuentra inserto es ilícita y deviene en inválida por haber contravenido efectivamente al orden público, no se permitirá el arbitraje. De modo que,

⁴⁷ GONZALO QUIROGA, p. 208 a 212

la clausula compromisoria sólo estaría prohibido en lo tocante a cuestiones que interesan al orden público si efectivamente ese orden público hubiera sido violado⁴⁸.

En el mismo sentido, la jurisprudencia internacional es consciente de la inutilidad de identificar la inarbitrabilidad con el concepto de orden público drástico. Así en los países bajos, la admisión de la arbitrabilidad de las controversias que versen sobre materias de orden público se encuentra ampliamente aceptada, al igual que en otros países, donde se ha llegado a admitir la arbitrabilidad de materias de alto interés público, que incluso se ha abarcado ámbitos típicamente reservados al Derecho Público, alcanzando ámbitos penales, o cuasi penales permitiendo la arbitrabilidad de los “punitives damages” y de los “trebles damages”. Se ha llegado a imposibilitar a un Estado el invocar la imperatividad de su Derecho Administrativo interno con el objetivo de incumplir un compromiso internacional. En los distintos sistemas se ha extendido la arbitrabilidad internacional de las controversias en ámbitos materiales tradicionalmente considerados de orden público gracias a la labor de la jurisprudencia⁴⁹.

En síntesis, en el derecho comparado, todas las consideraciones expuestas en torno a la inarbitrabilidad originada en aquellas materias que interesan al orden público no tienen en la actualidad cabida en la práctica del arbitraje comercial internacional. Es un criterio que está en desuso en su interpretación amplia y tradicional. No sirve como punto de referencia para determinar la arbitrabilidad internacional de las controversias en su acepción tradicional. En la actualidad se puede afirmar que la arbitrabilidad ya no se excluye por el sólo hecho de que una norma de orden público que puede entrañar la no-arbitrabilidad. Sobre todo, teniendo en cuenta la actual corriente que desplaza la

⁴⁸ Ibid, p. 341

⁴⁹ Así por ejemplo en Japón, Tribunal de 1° Instancia de Yokohama, de 3 de mayo de 1980, Soc. Ameroido (Japón) con Soc. Drew (EE.UU) en Year Comm. Arb., vol VIII, 1983, p. 394. También en Suiza, Egipto y EE.UU, país este último en donde existe un orden público federal a favor de la arbitrabilidad, como se puede ver en United States Court of Appeals, Second Circuit, 2 Junes 1993, Docket 97- 9032, Jhon S. Roby and others (USA) con Corporation of Lloyd’s (UK) and others, en Year Comm. Arb., vol XX, 1995, pp. 864-880. Arbitrability of securities claims. United Status District Court, Southern District of Florida, Miami Division, de 3 de marzo de 1996, N° 95-492- CIV- MOORE, en Year Comm. Arb. Vol XXII, 1997, pp948-953.

intervención del orden público al momento de control de la sentencia, como relajación de la figura restrictiva del orden público en la arbitrabilidad de las controversias.

En cuanto a la arbitrabilidad en Chile, la profesora Elina Mereminskaya, expresa que “un tribunal nacional puede anular un laudo pronunciado en Chile o negar su reconocimiento y ejecución, cualquiera que sea el país en que haya sido dictado, si comprueba, en primer lugar, que este versa sobre una materia inarbitrable (arts. 34. 2. b y 36.1.b de la Ley 19.971). A falta de una normativa internacional uniforme, la arbitrabilidad de la materia se define conforme a su *lex fori*”⁵⁰. Teniendo en cuenta que la legislación doméstica no determina las materias indisponibles de arbitraje, seguiremos a la misma autora quien señala que “En Chile, se consideran materias arbitrables aquellas de interés particular y de contenido patrimonial, con excepción de los conflictos laborales. A los contratos comerciales que posiblemente afecten la libre competencia no se les niega, por lo general, el carácter de arbitrables, ya que la sumisión al arbitraje ‘no afecta las facultades de inspección e intervención de los organismos competentes’⁵¹. No obstante, lo contrario fue declarado en relación a un contrato de distribución que sometía las controversias a los tribunales ordinarios italianos y a las leyes de ese país⁵²”.

Sin embargo, las materias que pueden ser arbitradas es una cuestión dependiente del derecho aplicable. Como lo señala González de Cossio “La

⁵⁰ MEREMINSKAYA, Elina, “Arbitraje Doméstico e Internacional en Chile: Búsqueda de la Armonía”. En “Arbitraje y Mediación en las Américas”, Centro de Estudios de Justicia de las Américas - San Nicolás de los Garza, Nueva León, México - Universidad Autónoma de Nuevo León, Facultad de Derecho y Criminología, Santiago, p. 107

⁵¹ “Resolución de la Comisión Resolutiva N° 147, ‘Sociedad The Coca- Cola Export Corporation’, 15.6.1983, pp. 163-173, p. 171, tratándose de un contrato de sublicencia. Asimismo, el Dictamen N° 770/490, ‘Hugo Rojas Astudillo y otro’, 20.06.1991, Revista Derecho y Jurisprudencia, LXXXVIII, sec. 6°, pp. 88-94, p. 93, tan solo sostuvo: ‘Los árbitros no deben estar predesignados por el exportador ni puede estipularse que no procede recurso alguno en contra de sus fallos, pues siempre es procedente el de queja’. En estos casos se trata del arbitraje específico, la tercera modalidad del arbitraje doméstico, reconocida por parte de la doctrina. Actualmente, las funciones de la Comisión las desempeña el Tribunal de Libre Competencia (Ley 19.610 de 1999), órgano jurisdiccional sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema”. Citado por MEREMINSKAYA, *Ibidem*.

⁵² Comisión Preventiva Central, Dictamen N° 895 – 131, ‘Automotriz Francauto Punta Arenas S.A con Empresa Comercial Itala S.A’, 201.1994, pp. 229- 230. Citado por MEREMINSKAYA, *Ibidem*

arbitrabilidad refleja sensibilidades locales”, y agrega: “El derecho local, al determinar qué materias son susceptibles de ser resueltas por arbitraje, esta influenciado por dos variables, cuyo contenido es nutrido por nociones legales locales, de allí que sea imposible derivar una generalización a nivel mundial. La primera es la trascendencia social de cierta materia. La segunda es el nivel de confianza que la legislatura y judicatura local depositan en el arbitraje”. Así este autor considera que una materia podría ser inarbitrable en los casos en que afecte a partes que no hayan suscrito el acuerdo arbitral.⁵³ Otra variable que señala el mismo autor para la determinación de la arbitrabilidad de una materia, es la confianza en el arbitraje como mecanismo para resolver controversias.

En conclusión, el contenido y alcance de la arbitrabilidad es casuista, “Depende del derecho local relevante y difiere a quien lo realiza”⁵⁴. En nuestra legislación, no hay una respuesta uniforme acerca de las materias que pueden ser sometidas al arbitraje⁵⁵.

2.2. Función del Orden Público en el Arbitraje Comercial Internacional.

La regulación de la normativa que va a regir la institución arbitral, la evaluación de la práctica arbitral asociada a la misma y, en especial, su control, se realiza en sede

⁵³ “Si se considera por ejemplo, que una materia tiene ramificaciones sociales importantes, o consecuencias que no sean importantes, afectan a partes que no han suscrito el acuerdo arbitral, es probable que la materia se tilde de inarbitrable. El motivo es claro: el arbitraje es un mecanismo privado de solución de controversias. En la medida en que el problema que se busque ventilar deje de ser privado (es decir, implique a terceros o a un interés público), el arbitraje dejará de ser el instrumento idóneo”. GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco “Orden Público y Arbitrabilidad: Dúo – Dinámico del Arbitraje”, p. 8. <http://www.gdca.com.mx/espanol/publicaciones/arbitraje/PDF/ORDEN%20PUBLICO%20Y%20ARBITRABILIDAD.pdf>

⁵⁴ “Mientras que un tribunal estatal que examine la posibilidad de someter al arbitraje una determinada controversia lo hará aplicando su concepción del orden público, los árbitros – al carecer de foro- aplicarán los requisitos de un verdadero orden público internacional, sujeto a consideraciones sobre la ejecutabilidad del laudo” Ibid, p. 11

⁵⁵ “La arbitrabilidad tiene un espacio – temporalidad. Los temas arbitrales varían de jurisdicción en jurisdicción. Más aún, áreas que históricamente se consideraban no arbitrales se han ido abriendo al arbitraje en la medida en que ha crecido la confianza en dicho mecanismo. El que una legislación permita que un área pueda ser sometida al arbitraje refleja confianza por parte de su legislatura y judicatura en dicho sistema de solución de controversias”. Ibid, p. 12

estatal. De esta manera, el control de los laudos arbitrales internacionales respecto del ámbito del orden público se puede llevar a cabo mediante una especie de “nacionalización” del mismo por parte de un juez o un tribunal de un foro determinado, haciéndose nuevamente tensa la relación entre el control por parte de la sede judicial de un laudo arbitral y la libertad que otorga a las partes en el ámbito de la autonomía de la voluntad. Así las cosas, la justicia estatal se considera obligada a controlar los laudos con los que tengan un vínculo estrecho de conexión o por los que se sientan en mayor o menor grado afectados, y para ello utilizan dos modalidades de control. La primera obedece a que el arbitraje se haya desarrollado en su sede y se presente ante ellos un recurso de anulación y, la segunda, responde a que es en su territorio donde se pretende homologar la sentencia arbitral internacional a través de un procedimiento de exequátur.

Respecto a este punto, es dable preguntarse cuál es el orden público que debe analizar el juez estatal para efectos del reconocimiento y ejecución del laudo. La distinción entre orden público interno e internacional, en la que se basa la naturaleza del concepto de orden público en Derecho Internacional Privado, en esta materia cobra una gran importancia. Así por ejemplo, se puede dar el caso de desconocer un laudo internacional en sede estatal, porque atenta contra el orden público de dicho Estado, mientras que en otros casos se ejecute sin ningún problema.

Así, la doctrina⁵⁶ generalmente ha distinguido dos niveles de orden público susceptibles de influir en el procedimiento arbitral: orden público interno y el internacional⁵⁷. Así existiría un primer nivel interno, dentro de cada Estado, donde el

⁵⁶ BIOCCHA, Stella Maris y Otros; “Lecciones de Derecho Internacional Privado. Parte General”, Editorial Universitaria, Buenos Aires, 2° Edición, 1997, pp. 197-198.

⁵⁷ “En la primera mitad del siglo XIX, Story, Foelix y otros internacionalistas hablaban sólo de “orden público”. Más adelante, hacia 1898, Kahn propuso distinguir el orden público, en alusión al derecho internacional, de las reglas imperativas, atinentes al derecho interno. De hecho, la distinción se remontaría ya Brocher entre los años 1882- 1885. Como sea, conforme a esta nomenclatura, las normas imperativas del foro se aplican directamente dentro de su territorio, en tanto que el orden público internacional hace que no tenga virtualidad el derecho foráneo que hubiera correspondido según las reglas de conflicto del juzgador, porque viola reglas o intereses fundamentales. De modo que el orden público internacional es un mecanismo de defensa que permite al juzgador no aplicar el derecho foráneo que hubiera correspondido

orden público se entiende en sentido amplio como el conjunto de normas imperativas y criterios locales que se encuentran por encima de los límites a la libertad de la que gozan las partes en la caracterización del contrato sin que éstas puedan alterarlos ni derogarlos, refiriéndose así al principio de autonomía de la voluntad. De modo que, los tribunales estatales en última instancia en su papel de supervisores del laudo pueden anular o no reconocer ni ejecutar la sentencia arbitral que entiendan, puede violar las nociones básicas de moralidad y justicia del foro⁵⁸. De acuerdo a lo anterior, el orden público internacional se distingue del interno en su aplicación, por cuanto su aplicación es más restringida en atención a las relaciones privadas internacionales donde se considera necesaria una mayor libertad y flexibilidad, considerando además dicha atenuación por las particularidades propias de las relaciones internacionales dirimidas a través del método heterocompositivo de resolución de controversias que supone el arbitraje.

De modo que, la idea de la acepción restringida del orden público reposa en el respeto de los derechos adquiridos en el extranjero y de los valores fundamentales considerados de orden público provenientes de los sistemas jurídicos que son del

conforme al mecanismo conflictual y, en su caso habilita a rechazar la ejecución de una sentencia extranjera cuando es ofensiva al mismo. Tiene así una función correctiva”. MORENO RODRÍGUEZ, José; “Orden público y Arbitraje: Algunos llamativos pronunciamientos recientes en Europa y el Mercosur, en Lima Arbitration N°2 – 2007. P. 75. <http://www.limaarbitration.net/LAR2/presentacion.pdf>.

⁵⁸ “Hace notar Lalive que en el derecho local el concepto de orden público se refiere a normas imperativas que las partes no pueden derogar; en tanto que en el derecho internacional privado el concepto, es por necesidad, uno diferente. Las funciones y el propósito de estas dos partes, derecho doméstico e internacional, no son iguales. En muchos países, una norma imperativa doméstica no necesariamente prevalece en cuestiones internacionales. Esto se desprende claramente del caso *Messageries Martimes*, resuelto por la Corte de Casación francesa en el año 1950. Se trató de un préstamo en dólares- oro canadienses de una compañía francesa a *Messageries Martimes*, la que intentó pagar a sus tenedores de bono con dólares de papel, conforme a la ley canadiense en vigor luego de la fecha de la deuda. Dicha ley devaluó el dólar y prohibió cláusulas – oro, sin distinguir entre pagos internos e internacionales. La Corte de Casación la ignoró y pronunció que las partes podían acordar, aún normas imperativas de derecho interno gobernando el contrato, una cláusula – oro válida bajo el derecho francés, ‘de conformidad con el sentido francés del orden público internacional’. El caso creó así una nueva regla, la de validez de las cláusulas en contratos internacionales, diferente a la regla francesa aplicable a pagos domésticos. Surgió, pues, dentro del derecho doméstico francés una suerte de *ius gentium*, paralelo al derecho común doméstico”, MORENO RODRÍGUEZ, op.cit, p. 76.

foro⁵⁹. Así, en el arbitraje privado internacional el orden público internacional, a diferencia del orden público interno, intervendrá únicamente en la medida necesaria para salvar las concepciones del foro. En este sentido, la función que cumple el orden público internacional es esencialmente positiva⁶⁰.

En virtud de lo anterior, todas las normas del orden público internacional se incluyen dentro de la noción de orden público interno, pero no todas las normas de orden público interno forman parte del orden público internacional. Es por ello que el orden público internacional selecciona únicamente aquellos modelos de normas, pertenecientes al orden público interno de cada Estado, que estrictamente deben ser aplicadas a las situaciones de tráfico privado externo⁶¹. En este sentido, el concepto de orden público internacional es muy criticado, dado que se discute si éste es realmente

⁵⁹ “Un importante estudio europeo relativo a propuestas de reforma en el ámbito contractual, conocido como ‘Libro Verde’, pone de resalto la distinción entre orden público interno e internacional. Caracteriza al orden público interno como el ‘conjunto de normas nacionales de carácter imperativo cuyo objeto es garantizar el orden social y económico de un Estado. Se trata de normas cuya aplicación las partes no pueden excluir por contrato, por ejemplo las destinadas a proteger una parte considerada ‘débil’ (consumidor, trabajador, menor, etc.)’. Con respecto al orden público internacional, expresa el Libro Verde: ‘Después de haber determinado la ley aplicable a una situación jurídica dada, de acuerdo con sus normas de conflicto de leyes, sucede que el juez considera que la aplicación concreta de esta ley entraña un resultado poco compatible con el sistema de valores del foro. En consecuencia, descarta la ley extranjera normalmente aplicable y aplica su propia ley’. Ibid, p. 75. Ver Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización (COM/2002/0654) (<http://europa.eu.int/eurllex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52002DC0654:ES:HTML>)

⁶⁰ Jitta sostiene que el orden público tiene dos variables: uno amplio y otro restringido, considerando que en el derecho privado nacional, el orden público abarca todas las instituciones que la ley no abandona a la voluntad de los particulares, así el estado de las personas es de orden público, pues los particulares no pueden determinar, mediante un contrato, que su matrimonio haya de ser indisoluble o disoluble bajo condiciones distintas a las condiciones legales. Pero, en el Derecho Internacional Privado, no se presenta con esa amplitud dado que si lo consideráramos de esa manera obtendríamos como consecuencia la paralización de la vida internacional. De manera que sólo nos queda una aplicación y concepto más restrictivo del mismo, siendo claramente necesario limitar su aplicación a las leyes extranjeras. “Al juez no le corresponde examinar si sus leyes son contrarias al orden público o hasta inmorales, sino que les debe obediencia aunque en su fuero interno las juzgue antisociales e inmorales en el más alto grado. El juez sólo puede criticar las leyes extranjeras, y aún en esta crítica no puede abandonarse libremente a su inspiración....”, “...no se puede imaginar que el juez declare contraria al orden público una ley extranjera, cuando su propia ley nacional descansa sobre los mismos principios que la ley extranjera”. JITTA, J; “Modelo de Derecho Internacional Privado”. SNE, Editorial La España Moderna, Madrid S.F, p. 178 y ss.

⁶¹ GONZALO QUIROGA, op.cit, p. 567

internacional o si obedece a los intereses internacionales que de manera particular se proyectan a partir de un Estado determinado. Así, el segundo nivel del orden público es considerado como una creación de un sistema nacional que da preferencia a determinados principios que se encuentran más vinculados a la soberanía de ese Estado. Situación que de manera permanente deja abierta una atractiva vía susceptible de caer en la tentación de aplicar criterios puramente internos al tráfico internacional⁶².

Si los Estados quieren beneficiarse de las ventajas del arbitraje internacional adaptadas a las inversiones y transacciones comerciales internacionales, es lógico que el orden público que ponga límite al mercado, y a la resolución de controversia en el mismo, sea también un orden público internacional. El mundo del comercio y del tráfico internacional actual, la internacionalidad es una característica inherente a la institución de arbitraje. Su vocación es claramente universal, donde el árbitro internacional al no tener obligación de cuidar ninguna *lex fori* en particular, debe velar por los intereses públicos que conforman el orden público verdaderamente internacional. El problema es que no existe el concepto de orden público internacional en estado puro, esto es, desvinculado a los intereses nacionales del ordenamiento que a su vez le confiere la

⁶² “Dentro del esquema conflictualista el orden público protege a los sistemas jurídicos locales de las consecuencias injustas que podrían derivarse de admitir in abstracto la posible aplicación del derecho extranjero a través de normas de conflicto neutrales, o lo que ha sido descrito como un salto a la oscuridad (*“jump into the dark”*). La función principal del orden público es, pues, controlar el resultado sustantivo alcanzado por este mecanismo neutral. Pasa a constituir e instrumento para corregir la ceguera de la selección del derecho en cuanto al contenido, pues obliga al juez a evaluar el resultado dado por la *lex causae* que debería resultar aplicable y examinar su compatibilidad con los principios básicos de justicia como resultan entendidos por la *lex fori*. En palabras de Visher, el Estado del foro últimamente controla el derecho aplicable, y debe determinar las condiciones, los límites y el alcance de la autonomía de las partes en los contratos internacionales. En esa línea se ha dicho que el orden público internacional es, en fondo, nacional, no internacional, y que la distinción resulta, en consecuencia, artificial. El adjetivo internacional meramente la utiliza cuando el orden público opera dentro del Derecho internacional privado. Ya en 1929 la Corte Permanente Internacional de Justicia en el caso concernido con el pago de préstamos serbios estableció que, en el contexto internacional, el concepto de orden público, por definición, depende en cada país en particular de la opinión prevaleciente en un momento dado. Lo mismo ha dicho la Corte de Apelación de París en 1965 y así se ha expedido también, por ejemplo, la Corte de Casación belga. En alusión al artículo 1502 del Código Procesal Civil Francés que menciona el “orden público internacional”, comentaristas de mucho renombre Fouchard, Gaillard y Goldman – sostienen que ello significa ‘la concepción francesa del orden público internacional’. En Portugal el artículo 1096 (f) del Código de Procedimiento Civil de 1986 se refiere expresamente del orden público internacional ‘portugués’”. MORENO RODRÍGUEZ, op.cit, p. 80.

internacionalidad. Prueba de ello es la legislación de arbitraje Panameña, que si bien contempla la incorporación específica del orden público internacional, es obvio que hay que poner especial observancia en su aplicación ya que la internacionalidad se entiende desde los criterios internos del foro. En el Art. 41.2 b) se subraya literalmente que el reconocimiento o la ejecución del laudo no sean contrarios al orden público internacional de “Panamá”⁶³.

En sentido puro e ideal, un arbitraje “auténticamente” internacional es aquel que está desvinculado de cualquier consideración interna o internacional de un determinado Estado o grupos de Estados. Se refiere esencialmente a un sistema de reglas y principios, incluidos estándares, normas y costumbres, que son aceptados y comúnmente seguidos por la comunidad internacional. La infracción de esas normas y principios constituiría, pues, la violación de un orden público realmente internacional⁶⁴.

Teniendo presente la inexistencia de diferencias de fondo entre el orden público interno y el internacional sin variar su contenido, es un factor importante para tener presente al momento de determinar cuál es la diferencia práctica de aplicación real entre los distintos niveles del orden público y cuál debiera ser el orden público al que debería estar encaminado el arbitraje privado internacional⁶⁵.

⁶³ GONZALO QUIROGA, op.cit, p. 507

⁶⁴ “Del examen de varios pronunciamientos, Lalive concluye que los Estados tienden a reconocer cada vez con mayor fuerza, de manera directa o subrepticamente, una noción más general del orden público, quizás supranacional, que pertenece a la más amplia comunidad regional o universal. De allí que se hable de un ‘verdadero orden público internacional (*true international public policy*) o transnacional, en relación a los intereses más fundamentales de la humanidad como la proscripción de la esclavitud o el respeto a derechos humanos, por citar ejemplos...” “...La principal objeción contra este verdadero orden público internacional es que sólo resultaría útil si difiere del orden público nacional, pero ¿cómo un juzgador podría acudir a su auxilio sin dejar de lado su propia ley?. A ello se ha respondido que la prioridad debe darse a la fuente internacional antes que a la nacional. Y aquí permanece la duda de si resulta conveniente distinguirlo conceptualmente del orden público internacional. Sobre todo atendiendo a que, como lo expresa Álvarez, el orden público transnacional como noción es criticado por no ofrecer certeza, predecibilidad y definición en cuanto a sus contornos, sustancia y aplicación” MORENO RODRÍGUEZ, op.cit, p. 86 – 87.

⁶⁵ “Ya antes de mediados del siglo XX, la Corte de Casación impulsada por Lerebours – Pigeonnière hizo referencia a la idea de un orden público verdaderamente internacional, constituido por principios de justicia universal capaces de conformar una especie de *ius gentium*

Algunos autores⁶⁶, son partidarios de dejar atrás la concepción del orden público internacional para llegar a un orden público transnacional, formado por los principios generalmente reconocidos y aceptados en las transacciones internacionales.

o derecho común cosmopolita. Un fallo de 1958 de la Corte Internacional de Justicia en un caso entre Holanda y Suecia decidió que este país no podía dar un contenido sueco a su noción de orden público, sino debería tener en cuenta las prácticas e ideas de las naciones civilizadas. Sir Hersch Lauterpatch dijo en el fallo que el orden público constituía un principio general del derecho conforme al art. 38 de los estatutos de la Corte: 'En la esfera del derecho internacional privado la excepción de orden público como razón para la exclusión de la ley extranjera en un caso en particular es general – o, mejor dicho, universalmente – reconocida. Es reconocida en varias formas, con diferentes niveles de énfasis y ocasionalmente con diferencias marcadas en su aplicación...En general, el resultado es el mismo en la mayor parte de países, tanto así, que el reconocimiento de la parte esencial del orden público debe ser tenido como un principio general en el campo de la ley privada internacional'. En 1966 la Cámara de Apelaciones de París anuló una transacción de tráfico de armas. Si bien se inspiró en la noción del orden público verdaderamente internacional, la Cámara tuvo el cuidado de escudarse detrás de determinados instrumentos normativos que hacían referencia al carácter internacional del orden público. La misma Cámara retrocedió de alguna forma después en el caso *Comité de Défense des Actionnaires de la Banque Ottomane c/ Banque Ottomane*, al entender que no estaban en juego principios de orden público reconocidos en el derecho francés. Sin embargo, en un segundo juzgamiento del caso, en el año 1984, la Cámara cambió su posición, al admitir un tipo de orden público de esencia verdaderamente internacional y de aplicación universal (1° Sala Civil, caso *Fougerolle*). Pueden encontrarse otros importantes precedentes en derecho comparado. Así, en Inglaterra, en un *leading case* de la Cámara de los Lores de 1958 (caso *Ragazzoni/Setbia*, 1958) que –como se verá más abajo – se menciona como ejemplo de la aplicación de disposiciones imperativas de un tercer país, en el fondo se inspira en la noción del orden público verdaderamente internacional y no sólo en el deseo manifiesto en el pronunciamiento de reconocer cierta solidaridad con el Estado foráneo amistoso al admitir su normativa de tinte compulsivo. Por su parte, la Corte Federal Suiza en el caso *W. v F y V* (1994) se mostró a favor de tomar en cuenta una concepción universal del orden público en el sentido "transnacional". Sin embargo, luego de una prolongada fundamentación en dicha línea, de indudable valor académico, se rehusó a adoptar una posición sobre el punto, inclinándose en vez hacia una solución pragmática.". Ibid, p. 85-86.

⁶⁶ DEL VECCHIO, Giorgio; "Los principios Generales del Derecho", Editorial Bosch, Barcelona, 2° edición, p. 138 y sgtes.; MAEKELT, Tatiana; "Ley Venezolana de Derecho Internacional Privado. Tres años de su vigencia", Trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 18 de junio de 2002). Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2002, pp. 84 y sgtes.; RACINE, Jean Baptiste; "L'arbitrage commercial international et l'ordre public". Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Bibliothèque de Droit Privé,. T. 63, Paris, 1999, pp.367 y sgtes.: y, VAN HOUTTE, Hans; "From a national to an european public policy", en "Law and Justice in a Multistate World, Essays in honor of Arthur T. von Mehren, Transnational Publishers, Nueva York, pp. 841 y sgtes. Ver también Gonzalo Quiroga, op.cit, p. 540 y sgtes.

El concepto de orden público transnacional (o sus acepciones equivalentes de orden público “supranacional”, “universal” o “anacional”)⁶⁷, implica una serie de valoraciones éticas y filosóficas de justicia y moralidad que se hayan estrechamente vinculadas con cuestiones que conciernen a la ética de los negocios, del comercio internacional y a la propia ética de la institución de arbitraje privado internacional. En general su acepción pretende alcanzar, fijar y representar la existencia de un consenso internacional hacia modelos universales o normas de conducta generalmente aceptadas que deben ser siempre aplicadas. Con lo que se quiere proporcionar y garantizar las limitaciones necesarias, tanto públicas como privadas, a las transacciones internacionales en el marco globalizador del mercado⁶⁸.

De acuerdo a J.B Racine⁶⁹, los principios que contendría el orden público transnacional, se dividirían en dos bloques. El primero relativo a la protección de los intereses “inmediatos” de la sociedad de mercaderes, acá encontramos: la validez de las cláusulas de adaptación en los contratos internacionales sobre la base del principio de la buena fe y del equilibrio de las prestaciones de las partes como principios considerados de orden público realmente internacional, los principios supranacionales que deben informar el orden público económico de carácter transnacional, dentro de los cuales está la protección de la libre competencia en el mercado mundial y la protección de las partes consideradas débiles en la contratación internacional, siendo por ende, principios de orden público de protección y de dirección de carácter transnacional. Mientras que el segundo bloque se refiere a la protección de los intereses “superiores” de dicha sociedad, encontrándose principios impregnados de un fuerte componente de Derecho Público y de carácter ético y moral, siendo principios de origen transnacional que van más allá de la protección de los valores que únicamente se imponen desde el mercado internacional. Entre ellos: la prohibición de la corrupción y el tráfico de influencias, la protección de los valores humanos fundamentales

⁶⁷ GONZALO QUIROGA, op.cit, 582

⁶⁸ *Ibíd.*, p. 567

⁶⁹ Citado por GONZALO QUIROGA, op.cit, p. 564

considerados supranacionales, dentro de los cuales se destacan la protección de los derechos de propiedad y la prohibición del boicot racial⁷⁰.

Considerando que los principios referidos no son ajenos al orden público internacional, por lo que no se ve la necesidad de acudir a una nueva postura que idealiza la aplicación del orden público fundándola en una comunidad internacional que comparte la noción de un orden público transnacional cuyo contenido estaría claro y latamente definido, lo que no sería tal. Como lo expresa Feldestein de Cárdenas : “La noción de orden público ‘transnacional’ resulta tan innecesaria, tan ideológicamente peligrosa, lo primero porque puede llegarse a los mismos resultados a través de la noción de orden público internacional clásica; lo segundo, porque su contenido encierra tal vaguedad que la hace conspirar contra su clara determinación e interpretación; y, a mayor abundamiento, porque no nos quedan dudas que el concepto de ‘orden público transnacional’ puede conspirar contra el pluralismo inherente a la sociedad internacional que es la base misma del Derecho Internacional Privado”⁷¹. Así también como lo expresa Gonzalo Quiroga, el orden público transnacional sería “una manifestación ingenua de un idealismo utópico que si bien obedece a principios y objetivos llenos de buenos propósitos es prácticamente inviable su aceptación con carácter supranacional en la actual situación en la que se encuentra y a la que va encaminada el comercio internacional”⁷². La misma autora agrega que “al no haber un criterio definido de qué se entiende por transnacionalidad se debería dejar ésta en manos de la actitud

⁷⁰ “Por ello, podríamos a semejanza de lo que Del Vecchio aconseja para descubrir los principios generales en el Derecho interno – ascender por abstracción de normas particulares de la ley a determinaciones más amplias (Del Vecchio, 1948; 51 y 138) – buscar estos principios generales a partir de una generalización de los principios de cada ordenamiento jurídico, hasta obtener valores con un carácter ideal y absoluto, que representen la razón suprema y el espíritu que informa los ordenamientos positivos de cada Estado de la comunidad internacional. De tal manera, el orden público transnacional encuentra sus fuentes y su contenido en todos los ordenamientos jurídicos y afirma los valores comunes a un gran número de Estados y de actores de la vida económica. Este orden público es transnacional en la medida en que trasciende las particularidades nacionales (Racien, 1999:367)”. MADRID MARTÍNEZ, Claudia, “El Rol del Orden Público en el Arbitraje Comercial Internacional”, en http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/126/UCV_2006_126_102-79.pdf

⁷¹ FELDESTEIN DE CÁRDENAS, Sara; “El orden público internacional: una nueva mirada desde el Derecho Internacional Privado contemporáneo”, en Revista de Derecho, TSJ, N°6, pp.11 y sgtes., p.30.

⁷² GONZALO QUIROGA, op.cit, p. 573

valorativa de quienes, en cada caso concreto, tuvieran que decidir sobre la misma. En el caso arbitral, su percepción estaría lógicamente influida por las distintas ideologías y culturas tanto sociales como jurídicas en las que se encontrase inmerso el árbitro o tribunal arbitral encargado del caso. Ello pondría en peligro la propia seguridad y credibilidad en la institución de arbitraje internacional que podría configurar el contenido del orden público supranacional de manera arbitraria en cada supuesto en particular. Sería una fuente de riesgo e imprevisibilidad que hay que descartar. La consideración de un orden público transnacional responde más bien a un “abuso del lenguaje” que a una realidad. O, como también se ha dicho, su noción tomada al pie de la letra no es más que una inconsistencia errata académica⁷³. Lo anterior lleva a plantear la intervención por parte del juez arbitral respecto de la determinación del orden público en el laudo a ejecutarse, generalmente, en un país distinto al que se ha dictado, cuyos derechos discutidos pueden estar contenidos en diversas legislaciones, lo que viene a significar un análisis previo del orden público, es decir, una aplicación a priori del mismo en vez de aplicarse en virtud de tales o cuales efectos que provocará en el país de ejecución del laudo, perdiendo de vista cuál es el verdadero rol del orden público en el arbitraje comercial internacional.

Jurisprudencialmente, no encontramos el concepto de orden público transnacional propiamente tal, sino más bien relacionando la noción de orden público con los principios generales del derecho universalmente aceptados: “a partir de una sentencia de la casación francesa de 25 de mayo de 1948, se empieza a admitir que el orden público también protege principios de valor universal absoluto. En esta decisión se establece, con gran claridad, que no es suficiente que el Derecho extranjero sea diferente al Derecho francés, sino que es estrictamente necesario que se hieran los principios de justicia universal considerados en la opinión francesa como de un valor internacional absoluto. En Italia, un tribunal de Trieste, en una sentencia de 1942, ha definido el orden público como el conjunto de normas inderogables que representan,

⁷³ Ibidem.

como un mínimo común denominados a la conciencia de los Estados civilizados de un determinado momento histórico”⁷⁴

Teniendo presente el escaso número de sentencias en que se manifiesta el orden público transnacional, sería prematuro advertir una tendencia en este sentido. No obstante, esta postura presenta algunas limitantes para su desarrollo, tales como el mismo hecho de que los órganos jurisdiccionales estatales no están vinculados por ningún orden público que no sea el suyo, además de hacer inútil la revisión de la judicatura estatal respecto del laudo en la etapa de ejecución del mismo, puesto que recaería sobre el árbitro la responsabilidad de velar por este orden público. Consideramos esta postura como ideal, por cuanto se basa en una comunidad jurídica internacional que a pesar de los avances en Derecho Internacional, no es posible aplicar a todas las naciones, ya sea porque éstas lo consideran un atentado a su soberanía o porque no existe consenso en los principios generales del comercio que se pretende salvaguardar. A este respecto, se ha tratado de buscar la unanimidad de criterios que abarquen el concepto de transnacionalidad, naciendo la “transnacionalidad de origen democrático”, con el objeto de que prevalezca el consenso de la mayoría. Lo anterior, se pretende conseguir uniformando los valores comunes que sobre la transnacionalidad se tenga en la mayoría de los sistemas.⁷⁵

⁷⁴ MADRID MARTINEZ, op.cit, P. 93. Así también otros casos, “Como es el caso, del concepto de orden público transnacional empleado en la sentencia suiza de 17 de agosto de 1994, que señala que la naturaleza universal de la noción de orden público se corresponde, con carácter general, con los principios contenidos en las nociones fundamentales de la buena fe, de la regla “Pacta sunt servanda”, de la exclusión de abuso del derecho, etc. Otras sentencias concretan más, refiriéndose sólo a un principio como el de la buena fe que constituye uno de los componentes más claros del orden público transnacional. La sentencia de 11 de diciembre de 1997, *Société Cubana c/ Société Cnsavio Internacional Ltd.*, que también reafirmó que el principio de la buena fe es parte del contenido del orden público transnacional. No así el principio “Pacta sunt servanda” que deben quedar fuera de su contenido”, GONZALO QUIROGA, op.cit, p. 623.

⁷⁵ En atención a lo expuesto, se ha criticado que la concepción de orden público transnacional lleva el riesgo de la prevalencia de los criterios de orden público que imperan en los países más industrializados a costa de los económicamente menos influyentes, o incluso de los países occidentales sobre las consideraciones de orden público de los países orientales o de los islámicos. Ibid, p. 626.

Ahora bien, ¿cuál es el orden público a que se refiere la Ley Modelo de la UNCITRAL?. Según el capítulo 8 sobre Reconocimiento y Ejecución de los Laudos, el punto N°45 y siguientes, de la Nota Explicativa de la Secretaría de la CNUDMI sobre la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional⁷⁶, se refleja la decisión política de que sus normas sigan muy de cerca a la Convención de Nueva York. No obstante, el art. V 2. b) de la Convención de Nueva York, nada puntualiza sobre el orden público que debe prevalecer en el arbitraje internacional.

La inadecuada acepción del orden público, sin especificar el carácter del mismo provoca que la mayoría de las legislaciones de arbitraje al tomarlo como referencia en sus reformas se encuentren también en este aspecto igualmente desprovistas de certeza al orden público al que se refieren.

Jurisprudencialmente, no existe uniformidad respecto del criterio aplicable al orden público⁷⁷, no obstante encontramos varias sentencias que aluden al orden

⁷⁶ Sistema de Información sobre Comercio Exterior (SICE). Arbitraje y otros procedimientos alternativos de solución de controversias comerciales. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. <http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/uncitral/icomars3.asp>. p.7. La presente nota fue preparada por la secretaria de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) con fines exclusivamente informativos, y no es un comentario oficial sobre la Ley Modelo. En el documento A/CN.9/264, reproducido en el Anuario de la CNUDMI, vol. XVI: 1985 (publicación de las Naciones Unidas, Núm. de venta S.87.V.4), figura un comentario preparado por la secretaria sobre un proyecto anterior de la Ley Modelo.

⁷⁷ En estos casos, se aludiría al orden público interno al relacionarlo con normas internas del país en que se pretende ejecutar el laudo. Así: Caso 233, Zimbawe, Harare High Court (Judge Chatikobo); Judgment N° HH- 133-97, 10 de julio y 20 de agosto de 1997. Asamblea General de las Naciones Unidas A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/20, 23 de febrero de 1999, p.8; Caso 459, Honk Kong; High Court of the Honk Kong Special Administrative Region, Court of First Instance (Burrel, J). Asamblea General de las Naciones Unidas, A/CN.9SER.C)ABSTRACTS/40, 2 de Julio de 2003, p. 10; Caso 501, Canadá, Prince Edward Island Supreme Court – Trial Division (Mac Donald C.J.T.D), 23 de marzo de 2001, Asamblea General de las Naciones Unidas, A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/44, p.9; Caso 510 Canada, British Columbia Supreme Court (Holmes, J),6 de marzo de 2003, Asamblea de las Naciones Unidas, A/CN.9/SER.C/ABSTRACS/44, de 21 de marzo de 2003, en donde se advierte la aplicación del orden público interno tanto para el procedimiento arbitral doméstico como al internacional: “This arbitration concerned a domestic arbitration award but in refusing to set it aside, the Supreme Court of Canada made general statements about comercial arbitration and referred to the language of the Model Law. In so doin, the court held that questions of copyright could be the

público como manifestación de los principios generales del derecho, refiriéndose claramente al orden público internacional⁷⁸.

subject matter of arbitration under Canadian substantive law and Quebec procedural law (applicable to the arbitration proceedings). It also endorsed a very narrow view of the public policy defense to arbitration and to enforcement of arbitral awards, rejecting the tendency of some courts to conduct a review of the merits of the arbitral ruling, particularly in cases where the applicable law included policy provisions. This decision provides strong support for a broad interpretation of arbitrability and a very strict reading of public policy, relevant to the domestic and international arbitral context". Caso 569, Germany, Hanseatisches Oberlandesgericht (Hamburg), 11 sch 1/01, 8 de junio de 2001, Asamblea General de las Naciones Unidas, A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/50, 26 de agosto de 2005. Caso 527, Hong Kong: High Court of the Hong Kong Special Administrative Region, Court of First Instance (Wooley DJ), Chongqing Machinery Import & Export Co. Ltd. V. Yiu Hoi & Others Trading as Tin Lee Ship Builders & Trading Co., 11 de octubre de 2001, Asamblea de las Naciones Unidas, A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/46, 01 de febrero de 2005, p. 3.

⁷⁸ Así por ejemplo, la decisión referida al reconocimiento y ejecución en Alemania de un laudo extranjero, el tribunal alemán declaró que el orden público alemán sólo es violado cuando la decisión extranjera es el resultado de un procedimiento que se aparta de los principios fundamentales del derecho procesal alemán de tal manera, que conforme al ordenamiento jurídico de Alemania, no pueda considerarse el resultado de un procedimiento equitativo y constitucional, porque contiene errores sustanciales que afectan a los fundamentos mismos de la vida pública y económica. Caso 371. Alemania, Hanseatisches Oberlandesgericht Bremen, 2) Sch 4/99, 30 de septiembre de 1999, Naciones Unidas A/CN.9/ SER.C/ABSTRACTS/33, Jurisprudencia de los Tribunales sobre textos de la CNUDMI, 19 de diciembre de 2000, p. 6. En el mismo sentido: Caso 443. Alemania, Oberlandesgericht. Dresden; 11 Sch 06/98, 13 de enero de 1999, Asamblea General de las Naciones Unidas, A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/38, 27 de mayo de 2003, p.9; Caso 456, Alemania, Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg; 6Sch 11/98, 04 de noviembre de 1998; Asamblea General de las Naciones Unidas A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/40, p.8. Otro caso referido a infracción del debido proceso por faltar al principio de bilateralidad de la audiencia, incorpora dentro del orden público internacional la justicia natural, "El Tribunal de Apelación estimó que el demandado no había tenido la oportunidad de exponer su caso y, sobre la base de los artículos 34 a) ii) y 36 1) a) ii) de la LMA, denegó la concesión de autorización y el juicio. Estimó que había habido comunicaciones privadas entre los técnicos del demandante y el presidente del tribunal arbitral, probadas por el informe de los expertos, y que el demandado se le había denegado una oportunidad apropiada para exponer los méritos de su caso. Esto constituía una desviación respecto de la justicia natural y un sesgo evidente por parte del Tribunal. Según el artículo 44.3) de la Ordenanza de Arbitraje (que correspondía al artículo 36 1)b)ii) de la LMA), imponer el laudo sería contrario al orden público de Hong Kong. La decisión fue objeto de apelación. El Tribunal de Apelación de Hong Kong observó que la disposición del artículo V de la Convención de Nueva York, y más concretamente el artículo V 2)b) referente al orden público (reproducida en el artículo 36 1)b)ii) de la LMA), había de interpretarse de forma restrictiva. El tribunal declaró que la expresión "contrario al orden público de este país" del artículo V 2)b) de la Convención de Nueva York se interpreta generalmente en el sentido de que significa "contraria a las concepciones fundamentales de las buenas costumbres y la justicia" del Estado de cumplimiento". Caso 599, Hong Kong; Tribunal Superior de Hong Kong, Tribunal de Apelación Final (Li CJ, Litton, Ching, Bokhary PPJ, Sir Anthony Mason), Hebei Import & Export Corp. V. Polytek Engineering Co. Ltd. 9 de febrero de 1999, Asamblea General de las Naciones Unidas A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/54, 31 de enero de 2006, p. 3.

Por su parte, en las últimas reformas de arbitraje operadas en Latinoamérica, se ha progresado hacia una auténtica cultura arbitral. Por ejemplo, la reciente legislación de arbitraje panameña nos ofrece un importante avance en este sentido al considerar de manera específica que el orden público que interviene en el arbitraje internacional también tiene que ser internacional, incorporando el adjetivo de la internacionalidad, como en el caso del Art. 41.2.b) del Decreto Ley N°5, de 8 de junio de 1999, que establece el Régimen General de Arbitraje, de la conciliación y de la mediación, que señala que sólo se podrá negar el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral extranjero cuando el tribunal compruebe que el reconocimiento o la ejecución del laudo sean contrarios al “orden público internacional de Panamá”. Y en el artículo 43.3, párrafo final se especifica que “cuando se trata de un arbitraje comercial internacional, el orden público que se contempla es el orden público internacional”.

No obstante inclinarnos por la aplicación del orden público internacional, entendiéndolo como un conjunto de principios generales que se desprenden naturalmente de los diversos ordenamientos jurídicos, y que son aceptados generalmente dentro de la comunidad jurídica internacional; la tendencia generalizada ha sido reducir el papel del orden público en el arbitraje internacional, especialmente en aquellos países que se quieren adaptar al comercio internacional y a las nuevas economías de mercado, aumentando proporcionalmente la tendencia a adaptarse al campo de las transacciones comerciales internacionales más homogéneo⁷⁹. En consecuencia, el orden público ha sido omitido como causa de denegación del reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales, como en el caso del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, suscrito en Washington el 18 de marzo de 1965, donde los artículos 53 a 55 no se refieren en ningún caso al orden público, sino a la obligatoriedad de todo

⁷⁹ A este respecto ver KLEIN VIEIRA, Luciane; “El Orden Público Internacional: la defensa de la identidad del Estado y los procesos de integración”, trabajo presentado, en marzo de 2008, en la Maestría de Derecho Internacional Privado, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en la asignatura denominada “Filosofía del Derecho Internacional Privado”, a cargo del Doctor Miguel Ángel Ciuro Caldani, especialmente su acápite 5, titulado “La integración y el orden público comunitario o subregional”, pp. 9 a 15. En Centro Argentino de Estudios Internacionales. Programa de Integración Regional, www.caei.com.ar

Estado contratante de reconocer el laudo dictado conforme a dicho convenio. De esta manera se excluye la intervención jurisdiccional, lo que podría hacer caer en la tentación de una fuga de situaciones contrarias a legalidad⁸⁰. Justamente por cuanto encontrándonos en sede judicial es el momento en que se realiza el verdadero control del orden público en el laudo arbitral. Incluso, considerando la progresiva pérdida de restricciones y de límite por parte del control de las autoridades en la liberalización del arbitraje, se debería exigir como mínimo un control del orden público en la fase final.

2.3. Delimitación del control del Orden Público por parte del juez estatal:

El problema del orden público en el arbitraje privado internacional es, en definitiva, el reflejo de una importante cuestión de confianza entre la justicia pública y la justicia privada en el tráfico intra y extra fronterizo de las transacciones privadas. En sus orígenes, las relaciones entre ambas se erigieron en un pacto de confianza donde, por un lado, los Estados consintieron en compartir su poder judicial cediendo poco a poco al arbitraje aquellos ámbitos materiales especialmente protegidos por el orden público; mientras que, por otro lado, los árbitros se fueron haciendo merecedores de la credibilidad en ellos depositada e incluso consiguieron aumentarla, gracias al equilibrio entre las pretensiones de las partes y el respeto de las normas fundamentales bajo el límite del orden público. Es por ello, que al momento de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral se hará necesario examinar el estado de la confiabilidad anteriormente aludida en sede judicial, a través de la fórmula del orden público, sin que el arbitraje precedente sea puesto en peligro por la revisión judicial.

⁸⁰ “Su recurso de anulación “ad hoc” puede provocar suspicacias en cuanto a obviar el orden público situando al poder empresarial por encima del gubernamental en relación al área de las inversiones. Así, es posible no atender a la naturaleza jurisdiccional del arbitraje ya que los mecanismos de control del laudo no dejan lugar para ello. No obstante lo anterior, es necesario advertir que la ausencia del orden público puede provocar roces en las relaciones internacionales y comerciales con los países, siendo necesario revisar el papel que cumple el orden público como límite a la fuga del derecho en determinados ámbitos materiales”. GONZALO QUIROGA, op.cit, 611.

De esta manera, el orden público se transforma en la medida cuantitativa entre la confianza que deposita la justicia estatal en la justicia privada. Se trata, como señalaba Bruno Oppetit⁸¹, de evitar la banalización del arbitraje internacional a través de las mínimas garantías de los mecanismos de control, y en especial, del orden público internacional, o mejor dicho auténticamente internacional.

Justamente un ejemplo del respeto, confianza y equilibrio en esta relación justicia privada v/s justicia pública, se da con la prohibición de la revisión del fondo del asunto por parte de la justicia pública en el marco del arbitraje comercial internacional. El veto que implica la prohibición de la revisión se extiende tanto al fondo como a la legitimación “ad causam” en los términos en los que quedó constituida la relación material plasmada en el laudo. Teóricamente, pues, el principio de prohibición de la revisión del fondo del laudo arbitral internacional es inatacable de hecho y de derecho. El juez en la fase de control, lo es sólo de la forma del laudo arbitral internacional y de sus mínimas garantías procesales, entendidas éstas en línea con los principios de orden público internacional. Confirmándose que a través del principio de prohibición la naturaleza del procedimiento de exequátur es meramente homologadora y no revisora.

No obstante, a partir de la observación práctica del control judicial de la sentencia arbitral internacional se desprende que la prohibición de revisión del fondo del asunto no es tan radical como pareciera. En los hechos, no es inusual que se proceda a controlar las normas imperativas y los principios de orden público considerados indispensables para el foro afectado, en el sentido de verificar si éstos han sido aplicados, y en su caso, se pueda entrar a conocer cómo han sido aplicados por el árbitro. Lo que supone una clara vulneración del principio de la prohibición de la revisión a través del orden público como excepción. En otras palabras, la única posibilidad que tiene el juez de control de entrar a conocer lo decidido de que el orden público hubiere podido ser violado, o si efectivamente éste ha sido violado⁸².

⁸¹ OPPETIT, Bruno; “Teoría del Arbitraje”, Editorial Legis, 2006 p. 247.

⁸² “.... En el Derecho de la competencia, se observa la disfunción de la prohibición de revisión de fondo entre su estricta formulación teórica y su laxitud práctica. Aunque, en teoría, no se permite que el juez estatal entre a revisar el fondo del laudo arbitral en ninguna de las

Por otra parte, cabe plantear cómo se puede conjugar dicho principio de prohibición con el aspecto garantista y necesario del orden público en la fase de control. Considerando, el principio de prohibición de la revisión del fondo del asunto, presente en la totalidad de los ordenamientos firmantes del CNY⁸³, no se adapta a las exigencias del control del orden público. Estos precisan que los órganos jurisdiccionales donde el laudo pretenda ser homologado o se presente con el propósito de ser anulado deberán verificar si se ha respetado y, en su caso, cómo se han aplicado las normas de importancia fundamental para el ordenamiento del cual el juez de control es el principal responsable y único guardián. El dilema que se vuelve a presentar es el de la liberalización *versus* el control, característica esencial de la descripción de la relación entre el orden público y el arbitraje privado internacional.

De un lado, la prohibición de revisión de fondo del asunto garantiza el respeto al efecto de cosa juzgada del laudo sobre la base del respeto por lo decidido por el árbitro o árbitros en el procedimiento arbitral que han llevado a cabo. De otro lado, es lógico que si hasta ahora se viene afirmando que el arbitraje se ha liberalizado provocando que el control se haya desplazado hasta el exequátur del laudo también se inste para

modalidades de control, en la práctica, la excepción de orden público justifica que el órgano jurisdiccional intervenga en la evaluación de los laudos arbitrales relativos al Derecho de la competencia. El principio de prohibición se quiebra parcialmente a un doble nivel. En el primero, el control de la arbitrabilidad del Derecho de la competencia, deberá verificar que la controversia es efectivamente arbitrable, art. V. 2 a) CNY. En el segundo nivel, el control de la aplicación del Derecho imperativo deberá examinar si los árbitros han aplicado correctamente el Derecho de la competencia. En contra, autores como B. Goldman critican la excepción a la prohibición de revisión a través del orden público. No hay necesidad de proceder a un control especial caracterizado por una mayor severidad en aquellas materias sensibles al orden público y a las normas internacionalmente imperativas como son las relativas al Derecho de la competencia. Si el laudo versa sobre una materia de orden público, como es ésta, se aconseja al árbitro que en la fundamentación del laudo proceda expresando, en primer lugar, simplemente que es consciente de que existe un problema de orden público que afecta al Derecho de la competencia, que ha examinado el problema y que finalmente lo ha resuelto. Con estas premisas, el juez de control se debe dar por satisfecho, sin que sea necesario entrar a verificar nuevamente la problemática derivada del Derecho de la competencia ni proceder a contrastar cómo han resuelto los árbitros el problema. Esto es, el juez puede entrar a comprobar si se ha aplicado o no el Derecho de la competencia, el orden público o las normas materiales imperativas que versen sobre una determinada materia, pero no pueden entrar a comprobar cómo los árbitros la han aplicado” GONZALO QUIROGA, op.cit, p. 694

⁸³ De acuerdo a su artículo III, se deduce el principio de prohibición de la revisión del fondo “Cada uno de los Estados contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución...”

que éste sea más exhaustivo. Si se pretende un control de orden público íntegro basta decir que éste se hace imposible al no poder controlar el juez aquello que tiene prohibido entrar a conocer. De lo contrario, si se da primacía a la prohibición de revisión de fondo, se garantiza el respeto a la autonomía de la institución arbitral dando sentido al funcionamiento del principio. Su falta de respeto podría provocar la desconfianza de las partes que recurren al arbitraje en la desnaturalización de la institución mediante una intervención judicial demasiado amplia, y opuestamente, un control somero del laudo puede fomentar la impunidad en los casos en que el arbitraje sea utilizado fraudulentamente para escapar de la aplicación de leyes de policía, normas imperativas y, en general, de un orden público que más tarde no podrá ser examinado si la prohibición aísla al arbitraje en la inviolabilidad de su autonomía⁸⁴.

El respeto del principio de prohibición de fondo del asunto ha llevado a afirmar que lo único que se controla del laudo es su resultado. No se puede controlar ni el modo en que los árbitros han resuelto los hechos probados ni la calificación dada por los árbitros al contrato. Y, tampoco se puede contrastar el Derecho aplicado para llegar al desenlace final alcanzado.

Ahora bien, cuando el órgano jurisdiccional procede a analizar la solución dada por la sentencia arbitral puede hacerlo básicamente de dos maneras. La primera, consiste en el entendimiento estricto del control, según el cual, el juez, lo único que deberá apreciar es aquello que resuelve el laudo controlando simplemente la parte dispositiva del mismo. La segunda, es una concepción más amplia, en la que los jueces deben prever y apreciar el resultado al que conducirá la sentencia arbitral.

La primera interpretación estricta del control es ampliamente criticada⁸⁵. El control de la parte dispositiva de la sentencia es un criterio de referencia considerado improcedente para establecer que ha existido una violación de orden público. Descartando esta modalidad, la segunda forma de control considera comprobar si el “resultado” al que conduciría la ejecución del laudo arbitral internacional puede llegar a

⁸⁴ Al respecto ver, GONZALO QUIROGA, op.cit, p. 720

⁸⁵ Ver GONZALO QUIROGA, op.cit, p. 689

violación del orden público o una determinada norma internacionalmente imperativa, sin implicar un control de la motivación de la sentencia arbitral. El órgano jurisdiccional deberá únicamente apreciar si los resultados de la ejecución del laudo arbitral son susceptibles de violar las normas internacionalmente imperativas y el orden público internacional de su sistema jurídico. Siendo ésta la única manera posible que tiene de cumplir su misión sin amenazar la integridad del arbitraje internacional, esto es, sin entrar a revisar el fondo del asunto a través de un control de hecho y de Derecho del laudo arbitral. Aunque la interpretación dada por el Tribunal arbitral no esté de acuerdo formalmente con la ortodoxia jurídica, o la ausencia de la misma, ello no implica su rechazo que sólo sería posible si efectivamente el resultado fuera contrario al orden público internacional, dado que lo único que se puede controlar son las consecuencias que ese resultado puede acarrear al orden público internacional del ordenamiento estatal por él afectado.

Otra situación que se da al momento de delimitar el control del juez estatal del laudo respecto del orden público es el “mimetismo”, que se refiere a la aplicación del orden público reconduciendo todos los motivos de oposición al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales internacionales a la causal del orden público. La referida tendencia mimética se da por igual del lado de las partes que del lado de los jueces y tribunales cuando se enfrentan con las causales susceptibles de aceptar o rechazar la homologación de las sentencias arbitrales. De un lado, las partes al invocar las causales de oposición al exequátur recurren generalmente al orden público como el “comodín” en caso que el resto de causales no prospere. Lo anterior se debe a la comodidad que conlleva su invocación, puesto que de acuerdo al Artículo 36.1.b.2 de la Ley Modelo de la UNCITRAL exonera a éstas de la carga de la prueba, dado que su comprobación pertenece al tribunal, puesto que es el juez quien incluso de oficio tendrá que aceptar o rechazar la ejecución del laudo bajo esta causal.

Por otra parte, la valoración del orden público dependerá, en una u otra forma, de los siguientes factores⁸⁶:

⁸⁶ GONZALO QUIROGA, op.cit, p. 687

1° Grado de autonomía que concede el sistema jurídico nacional al arbitraje internacional: Por ejemplo, hay Estados que imponen una serie de controles sucesivos al laudo que desnaturalizan completamente la finalidad de justicia privada alternativa e independiente para la que el arbitraje fue creado. Con todo, la mayoría de los países han adaptado sus legislaciones de arbitraje a las concepciones liberalizadoras de la institución que tienden a suprimir los mecanismos de control; mientras que otros sistemas con el objeto de hacer de sus países atractivas sedes de arbitraje, hacen lo posible por disminuir los controles al laudo y sólo reconocen una o ningún recurso contra el laudo arbitral internacional, permitiendo una casi ausencia de control o reduciendo éste al mínimo necesario del orden público únicamente empleado en el procedimiento de homologación del laudo.

2° Valoración de las leyes de policía y normas materiales imperativas: Estos adquieren una importancia trascendental para el foro en un momento determinado, especialmente las primeras. En general, se tiende a rechazar la consideración de las normas de aplicación inmediata con carácter general y circunscribir su actuación a las normas de intermediación de carácter económico y aquellos integrantes del orden público de protección de las partes consideradas débiles de los contratos. En estos casos, las normas imperativas se identifican con las leyes de policía y el orden público y se utilizan con esta última denominación en la fase de control.

3° Intervención de determinados elementos subjetivos que influyen en la consideración del orden público: En cuanto a que existe un elemento de valoración subconsciente e imprevisible en el que influyen los propios criterios que tenga el juez sobre cuáles son los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del que él es guardián y el respeto que se debe dar a la especial consideración del principio de especialización del laudo en razón de su internacionalidad. Sus condicionamientos personales, ideológicos e incluso su “simpatía” o “antipatía” por la institución de arbitraje también son determinantes en la interpretación más o menos amplia que haga del orden público del foro a la hora de valorar la integración del laudo en el mismo.

En concordancia con lo anterior, la doctrina comparada considera que, cuando un juez nacional debe apreciar la contrariedad de una sentencia arbitral internacional con el orden público del foro, debe proceder a aplicar un método instrumental de fisonomía triangular⁸⁷. En uno de los vértices, deberá apreciar en primer lugar, el carácter internacional del laudo arbitral y, en consecuencia, aplicar un orden público restringido también internacional, identificado con los principios y valores fundamentales del ordenamiento jurídico, generalmente delimitados por la Constitución. En otro de los vértices, se deberá valorar la apreciación “concreta” del orden público internacional para el supuesto determinado planteado, donde influirá la posibilidad de aplicar las leyes de policía que exigen su aplicabilidad en un determinado supuesto en particular. El tercero de los vértices que cierra el triángulo, lo completa el principio de actualidad de orden público.

Jurisprudencialmente, en Derecho Comparado, y especialmente en lo que ocurre en la Comunidad Europea, las estadísticas entregan cifras altamente positivas respecto de la ejecución espontánea de las sentencias arbitrales internacionales. Los últimos estudios realizados dan cuenta del cumplimiento voluntario de un 80% de los laudos arbitrales internacionales, implicando el innecesario control del laudo en sede judicial – y en más de un 90% de los casos de la CCI – y, quedando sólo a un 20 o 10% reducido dicho control al caso en que las partes no hayan obedecido a lo dictado en el laudo voluntariamente⁸⁸.

⁸⁷ Son los tres métodos expuestos por FOUCHARD, Ph. ; GAILLARD, E. ; y, GOLDMAN, B. ; “Traité d'arbitrage comercial internacional”, Litec, Paris, 1996, p. 967, que resumen el modo de actuar de la jurisprudencia cuando se trata de valorar el orden público con el que el juez debe cotejar tanto una sentencia judicial extranjera como un laudo arbitral internacional.

⁸⁸ “Sobre la base de esta consolidación y eficacia en el arbitraje internacional uno de los grupos de trabajo del *ICCA Congress* en 1998 se planteaba si se puede perseguir aún más efectividad en el sentido de aspirar a una efectividad del 100%. Objetivo que no se considera recomendable puesto que, según los criterios del grupo de expertos, no todos los arbitrajes son lo suficientemente buenos para que sean ejecutados. Como señalaba B.M. Cremades, “*el arbitraje vale lo que vale el árbitro*”, y evidentemente ni todos “valen” lo mismo en cuanto a su experiencia jurídica, su especialización y su capacidad de juzgar se refiere, ni todos los arbitrajes son iguales. El árbitro es humano, por lo que puede que alguna vez se equivoque. Resulta un tanto presuntuoso e irreal aspirar a una efectividad del 100% en el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales internacionales. Habiendo sido, pues, indirectamente confirmada la necesidad del control del orden público frente a los posibles fallos o

La práctica comparada además confirma, que a pesar de que el art. V. 2 a) y b) CNY sea el más invocado por las partes es, a la vez, el aplicado con mayor cautela por los tribunales estatales, por lo que de hecho una impugnación por motivos de orden público extrañamente llega a ser efectiva⁸⁹.

En concordancia con lo referido en los puntos anteriores, considerando que un control por parte de la judicatura nacional demasiado amplio y estricto, llevaría a desnaturalizar la institución del arbitraje, se requeriría que el orden público a respetar sea el internacional. En conformidad con lo anterior, en todas las legislaciones de arbitraje se prohíbe la revisión de fondo del asunto. Los laudos arbitrales internacionales deberán pasar los controles oportunos para poder asentarse sin duda alguna en un determinado ordenamiento estatal, aplicándose un control mínimo donde el orden público será la clave para que el laudo despliegue su eficacia. Asimismo, no se puede controlar ni el modo en que los árbitros han resuelto los hechos probados ni la calificación dada por los árbitros al contrato y tampoco se puede revisar el derecho aplicado para llegar a la resolución alcanzada. Por tanto, el juez sólo se deberá limitar a verificar si el laudo afecta alguno de los principios del orden público internacional, tanto aquellos que se desprendan del ordenamiento jurídico del país en donde se ha de ejecutar como aquellos propios de las relaciones de contratación internacional.

imperfecciones que en toda lógica pueden cometer los árbitros".GONZALO QUIROGA, op.cit, p. 581

⁸⁹ Siguiendo con la tendencia internacional, en la delimitación del control del orden público en el ámbito judicial español, es habitual el recurso a la cláusula de orden público en los procedimientos de control al laudo tanto internacional como interno. En la práctica reciente del recurso de anulación la doctrina española se ha lamentado porque el orden público como causa de contravención al laudo es una alegación "demasiado frecuente" en los recursos ante los tribunales españoles de las sentencias arbitrales. Del mismo modo, en el procedimiento de reconocimiento y ejecución más de una vez se ha seguido en ésta línea, poniéndose de manifiesto la falta de necesidad de reconducir todos las causales contenidas en el art. V CNY al orden público. Datos que, en cierta manera, prueban que el excesivo uso de la causal del orden público en los mecanismos de control es un resquicio significativo de que la desconfianza a la institución arbitral todavía no ha desaparecido. A falta todavía de una verdadera cultura arbitral en este sentido y en contra de la desaparición del control propugnada en las fases anteriores se aboga por un incremento de los mecanismos de colaboración que realmente funcionen entre jueces y árbitros especialmente evidenciados en la fase de control. Ibid, p. 583

CAPITULO III.
ORDEN PÚBLICO EN CHILE Y SU FUNCION EN EL ARBITRAJE COMERCIAL
INTERNACIONAL DE ACUERDO A LA LEY N° 19.971.

3.1. Orden Público Interno en Chile: Tratamiento doctrinal y jurisprudencial.

3.1.1. Doctrina Chilena:

Ya hacia 1937, don Luis Claro Solar escribía “por orden público, entendemos el arreglo de las instituciones indispensables a la existencia y funcionamiento del Estado y que miran a la constitución, a la organización y al movimiento del cuerpo social, así como las reglas que fijan el estado o capacidad de las personas. En este sentido, orden público equivale a orden social”⁹⁰. Por su parte, Fontaine Aldunate⁹¹ afirma que “literalmente orden público significa orden social, en el sentido de arreglo o disposición adecuada de la sociedad civil. Ahora bien, decimos que una cosa está ordenada cuando todas sus partes están dispuestas u orientadas hacia el fin de la misma cosa. Las partes o elementos de la sociedad son los individuos humanos. Por consiguiente, el orden público consistirá en la disposición u orientación de los individuos hacia el fin

⁹⁰ CLARO SOLAR, Luis, “Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado” Tomo XI. Santiago, 1937, p. 285

⁹¹ FONTAINE ALDUNATE, Arturo, “De la noción de buenas costumbres en el Derecho Civil chileno. Santiago, 1945. p. 66

de la sociedad. En otras palabras, el fin de la sociedad es dar a sus miembros las posibilidades concretas de vivir una vida humana en el pleno sentido de la palabra, vida humana que comprende no sólo necesidades materiales sino intelectuales, morales y espirituales”, concepción demasiado amplia de orden público que incluye la misión del Estado de resguardo, protección y fortalecimiento de la sociedad contemplado en el Artículo 1° de nuestra Constitución Política. El mismo autor agrega, que "son de orden público aquellas leyes en que el legislador señala directa e imperiosamente la manera única de lograr el orden público o social. Se trata de materias de excepcional gravedad, como las relativas a la organización de los poderes públicos, a la constitución de la familia y a los derechos que de ella emanan, a la organización de la propiedad raíz, a los requisitos de existencia y validez de los actos o contratos, etc., que abandonados al libre arbitrio de los particulares llevarían a la anarquía social". Y añade, acertadamente, que "de la mayor o menor confianza que inspire al legislador el libre juego de las voluntades particulares dependerá la extensión de materias regidas por "leyes de orden público". Su aumento o disminución obedecerá entonces a las tendencias más o menos estatistas del legislador, así como el grado de honradez y espíritu social que se advierta en los particulares"⁹².

Por su parte, para los profesores Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga⁹³ "orden público es el conjunto de normas y principios jurídicos que tienden a resguardar primordialmente los intereses generales de una sociedad determinada en un momento histórico de su existencia. El respeto de esas normas y principios resulta indispensable para mantener la organización de dicha sociedad, el buen funcionamiento de las instituciones básicas que la configuran". Esta perspectiva dice relación con el "interés general", lo que como dijimos anteriormente, nos parece demasiado amplia, provocando una mayor vaguedad en el concepto.

Albónico, a su vez, define el orden público como "la organización estimada necesaria en un país determinado para el correcto y normal funcionamiento de la sociedad" y como "el conjunto de disposiciones que tiende a mantener las instituciones

⁹² Ibid, p. 61 a 68.

⁹³ VODANOVIC H. Antonio, Curso de Derecho Civil. Redacción. Tomo I. Vol. I. Santiago, 1961. Pág. 159

de la organización política o social de un pueblo, su moral o buenas costumbres, y que no aceptan la aflicción de una ley extranjera, protegiéndolas”⁹⁴

Las anteriores concepciones, se basan en una postura ius naturalista del derecho, fundado en la organización política del país en miras del bien común, de acuerdo a los principios orientadores de nuestra Carta Fundamental.

Desde el punto de vista del orden público como límite a la aplicación del Derecho extranjero, Avelino León confunde las nociones de normas de policía y de orden público, considerándolas a ambas como normas de aflicción necesaria que limitan el campo de la libertad contractual⁹⁵.

Por su parte, el profesor Guzmán Latorre⁹⁶ al tratar las limitaciones a la aplicación del derecho extranjero competente en su Tratado de Derecho Internacional Privado, señala como una de las principales, el orden público. Precisa que el obstáculo del orden público se presenta “cada vez que la ley extranjera aplicable, a virtud de lo dispuesto por las normas conflictuales, es contraria a las instituciones fundamentales del país en que va a recibir aplicación, o a sus principios, costumbres o intereses jurídicos, morales o sociales en un grado tal, que aceptar la aplicación de dicha ley significaría dar a la cuestión debatida una solución injusta, inconveniente o peligrosa. Se hace pues necesario que los Tribunales puedan, en estos casos, eliminar o descartar esa ley extranjera por herir gravemente, por ser contraria al orden público del país en que se pretende aplicar”.

Lo dicho por este autor, revela una postura referente a la amplitud del contenido del orden público, tratando de delimitar con mayor precisión esta noción vaga y mal

⁹⁴ Citado por GUZMÁN LATORRE, Diego, “Tratado de Derecho Internacional Privado”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992., p. 366.

⁹⁵ LEÓN, Avelino “Nuevas normas de Derecho Internacional Privado: Nociones Fundamentales”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1986, p. 31

⁹⁶ GUZMÁN LATORRE, op.cit, p. 364.

conceptuada, señalando que realiza una función de defensa y que “intenta proteger y salvaguardar los siguientes principios y valores”⁹⁷

- a) La soberanía nacional con todo lo que implica en la política social y económica.
- b) El orden social y político del Estado.
- c) El fin social que inspira determinadas leyes, o la acción protectora de determinadas instituciones y políticas sociales.
- d) El esquema institucional e ideológico del Estado.
- e) Los supremos principios del Derecho natural y de la justicia.
- f) Los intereses esenciales y constitutivos del estatuto ciudadano.

De esta enumeración resulta un concepto de orden público tremendamente amplio que incluye aquellos principios que van desde el Derecho Natural – la justicia objetiva, y el orden social y política del Estado- hasta el esquema institucional e ideológico del Estado. Podemos ver en la descripción de Guzmán la noción de orden público sustentada por Lereboure - Pigeonière e incluso la de Batiffol, tratándose por lo tanto, de un concepto bastante amplio, incluso político, que puede llevar a declarar inaplicable cualquier ley extranjera en virtud de las categorías enunciadas. Esto puede constituir un abuso del orden público, olvidando que si la norma de colisión remite la solución del asunto a otro Derecho, es porque lo considera el más vinculado al asunto y porque no toca sino tangencialmente al Derecho del foro.

Como podemos apreciar, en general la doctrina ha sostenido una postura amplia respecto a la concepción de orden público, considerando dentro de ellas, tanto la normativa que regula el orden social, incorporando en él términos como moral y buenas costumbres, las que claramente dependerán del momento histórico que se desee aplicar la norma así como también de cuestiones políticas y sociales, lo que hace aún más amplio tal concepto.

3.1.2. Jurisprudencia Chilena y Orden Público:

⁹⁷ IBID, P. 367.

La jurisprudencia chilena ha abordado el tema del orden público en numerosos fallos. En ellos ha invocado esta noción como una limitación a la aplicación de la ley extranjera normalmente competente, en todos considerando al orden público como un conjunto de disposiciones, sin dar mayores luces al respecto.

También jurisprudencialmente el orden público ha sido considerado como el conjunto de normas que dicen relación con "las instituciones permanentes del Estado y de las leyes que lo organizan y reglamentan con el fin de promover el mejor bien de la sociedad y la familia"⁹⁸, haciendo más bien alusión a las bases de la institucionalidad establecidas en nuestra Carta Fundamental, que si bien es cierto son normas de orden público, el concepto no se restringe sólo a ello.

La protección del orden social en un Estado de Derecho, a través de la idea de orden público, amplía su esfera hacia los derechos garantizados por la normativa fundamental. Así, la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 11 de agosto de 1953, expresó que "hay que considerar orden público la situación y estado de legitimidad normal y de armonía dentro del conjunto social, que permite el respeto y garantía de los derechos esenciales de los ciudadanos"⁹⁹.

Rescatando los elementos ius naturalistas de las sentencias anteriores, la Corte de Apelaciones de La Serena, en sentencia de 13 de marzo de 1954, declara que "por tal concepto debe entenderse la situación de normalidad y armonía existente entre todos los elementos de un Estado, conseguidos gracias al respeto cabal de su legislación y, en especial, de los derechos esenciales de los ciudadanos, situación dentro de la cual se elimina toda perturbación de las normas morales, económicas y sociales imperantes y que se ajusta a los principios filosóficos que informan dicho Estado"¹⁰⁰.

⁹⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, de 6 de septiembre de 1941. R. D. J. Tomo XXXIX. Sección 2º. p. 32

⁹⁹ R. D. J. Tomo L. Sección 4º. p. 115

¹⁰⁰ R. D. J. Tomo LI. Sección 4º. p. 123

Siguiendo la línea anterior - orden público como orden social - citamos la siguiente jurisprudencia:

"Un curso de economía marxista que enseña los medios que deben emplearse en Chile para producir en definitiva al reemplazo del actual gobierno por el gobierno comunista, importa la propaganda de doctrinas contrarias al orden público y que tienden a destruir por medios violentos, inmediatos, próximos o futuros, el orden social y la propia organización política del Estado" (Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de octubre de 1935)¹⁰¹.

"La infracción de una ley penal envuelve siempre un acto contrario al orden público y las buenas costumbres" (Corte de Apelaciones de Santiago, 6 de septiembre de 1941)¹⁰².

"El orden público es fundamento indispensable de la convivencia colectiva" (Corte Suprema de Justicia, 6 de diciembre de 1965)¹⁰³

Dada la multiplicidad de supuestos en los que participa el concepto de orden público, la legislación comparada ha formulado este concepto a través de una cláusula general, dejando en manos de la jurisprudencia, ya sea judicial como arbitral, quien lo defina en cada caso concreto¹⁰⁴. No obstante lo anterior, podríamos pensar que mediante el tratamiento casuístico que hace la jurisprudencia en cada caso, puede provocar continuas contradicciones e incongruencias, ampliando tal concepto en algunas ocasiones y redujéndolo en otras, sin la existencia de límites claros a cuyas reglas se pueda sujetar con el objeto de evitar arbitrariedades en su aplicación.

¹⁰¹ R. D. J. Tomo XXXII. Sección 1º. p. 541. Además en Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Código Penal. Santiago, 1555. p. 299

¹⁰² R. D. J. Tomo XXXIX. Sección 2º. p. 27

¹⁰³ R. D. J. Tomo LVI. Sección 1º. Pág. 213 y también Tomo LVII. Sección 1º. P. 4-6

¹⁰⁴ En materia arbitral, la mayoría de los autores opina que es obligación de la jurisprudencia arbitral determinar su concepto, en consideración a los elementos extrínsecos e intrínsecos de los que es objeto una materia comercial internacional. JAYME, E; "La autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées", *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Sesion de Bale, vol 64-I, 1991, p. 16- 17; CARABIBER, CH; "L' arbitrage international de droit privé", París , LGDJ, 1960; pp. 118-131, y CREMADES, BH, "España estrena nueva Ley de Arbitraje", RCEA, vol. V. 1988- 1989, pp. 27 – 29.

Justamente, no encontramos en nuestra legislación una definición del concepto de orden público o el establecimiento de reglas concretas que sirvan para determinar o distinguir un caso en donde se encuentre contenido el resguardo del orden público, siendo por ende la judicatura nacional la encomendada tácitamente a resolver respecto de él. Fundado en el principio de la inexcusabilidad de fallar del inciso 2° del Artículo 10 COT, en donde debe incluso remontarse a los principios generales del derecho para ello. De modo que podríamos concluir, que no obstante la inexistencia de una norma que encierre, regle y limite el concepto de orden público, éste puede ser deducido y determinado mediante otras herramientas del derecho como la equidad natural y los principios generales del derecho. Justamente, este mismo proceso ha sido el causante de cincelar el concepto de orden público.

En Chile, encontramos una sentencia de la Corte Suprema de 1964 que intenta definir el orden público en los siguientes términos:

“La ley 14.907, por referirse al estado y la capacidad de las personas en sus relaciones de familia, debe considerarse como de orden público, y es un principio de general aplicación en el campo de las relaciones internacionales que no es posible dar cumplimiento a los fallos que contravengan al orden público del país en que se quieren ejecutar, es decir, que vulneran ese concepto doctrinario que comprende el conjunto de disposiciones establecidas por el legislador en resguardo de los intereses superiores de la colectividad o de la moral social”¹⁰⁵

De lo precedentemente citado, es interesante destacar cuatro aspectos:

1° Se asimila el orden público a un conjunto de disposiciones. Al adoptar este criterio dispone la aplicación del orden público a priori, asimilándolo al concepto de normas de policía, institución que cierra en ciertos casos la posibilidad de aplicar el derecho extranjero sin siquiera conocer su tenor.

2° Una segunda observación apunta a que, en concepto de la Corte Suprema, sólo la ley puede establecer disposiciones de orden público, restringiendo así la fuente

¹⁰⁵ RDJ Sección 1ª, año, 1964, p. 130.

de esta cláusula de reserva, negándose incluso la posibilidad de determinar ella misma cuales son las materias de orden público. Restringir el orden público a un conjunto de disposiciones necesariamente lleva a asimilarlo a disposiciones imperativas, en circunstancias de que es perfectamente posible que una ley facultativa refleje principios de orden público. Es más, en su misma jurisprudencia la Corte Suprema ha señalado como de orden público disposiciones que no son imperativas.

3º En cuanto a la finalidad del orden público, se señala que estas disposiciones buscan resguardar la moral social. Este concepto es muy acertado, ya que con ello se busca proteger ciertos valores propios de la sociedad chilena, que la inspiran en un momento determinado. Es lo que otros llaman convicción común; no se puede aceptar que se aplique una ley extranjera que atente contra nuestros intereses vitales, contra nuestra propia idiosincrasia. En este sentido el orden público una noción claramente moral.

4º Pero la finalidad del orden público va más allá que la de proteger la convicción común; protege además “los intereses superiores de la colectividad”. Este es un concepto más político que moral. Ya no se restringe o resguarda los principios comunes a las naciones, sino que se limita al método conflictual usando al orden público como medio para defender los intereses “del Estado, de un partido, de una clase, de ciertas creencias o ideas”¹⁰⁶. Las normas que protegen este tipo de intereses se denominan normas políticas y muchas veces se confunden con las normas de policía¹⁰⁷. Esta confusión no es conveniente; pero admitiendo que las normas políticas pudieran ser un tipo de normas de policía, sólo se podría abarcar, con la expresión “disposiciones que resguardan los intereses superiores de la colectividad”, aquellas disposiciones que, reflejando estos intereses, no estén formuladas como normas de policía. De lo contrario la definición dada por la Corte Suprema cometería el exceso de considerar como de orden público a normas de policía. Es a partir de esta definición

¹⁰⁶ Y. LOUSSOUARN Y P. BOUREL ob.cit, pág. 179 citando a Arminjon.

¹⁰⁷ Confunden los conceptos el caso Wollert y la sentencia belga de 2 de junio de 1960, en cambio, los distingue Loussouarn, al respecto Loussouarn y Bourel, pág. 179 y ss.

que la Corte Suprema ha ido señalando en sus fallos cuáles son las materias en que existen disposiciones de orden público. Pueden citarse las siguientes sentencias:

a) Obligatoriedad de las normas de orden público: "Los principios y normas de orden público se caracterizan precisamente por su obligatoriedad absoluta"¹⁰⁸.

b) Formación, derogación y efectos de la ley: "Las normas relativas a la formación, derogación y efectos de las leyes internas de cada país son de orden público y constituyen una emanación irrenunciable de la soberanía de cada país". (Corte Suprema de Justicia, 26 de abril de 1963)¹⁰⁹

c) En relación al divorcio, estado, capacidad y relaciones de familia: "Constituyen disposiciones de orden público, en la esfera del Derecho privado, las normas de legislación civil que gobiernan el estado y la capacidad de las personas, sus relaciones de familia y, en general, aquellas dictadas en interés de la sociedad y que resguardan la integridad de las instituciones jurídicas básicas.

El precepto del artículo 15 del Código Civil tiene indudablemente el carácter de disposición imperativa de orden público, dado que consagra efectos extraterritoriales a las leyes chilenas en una materia de primordial interés colectivo cual es el estado civil de las personas y en la especie la subsistencia del matrimonio que es la fuente y base fundamental de la organización de la familia.

Son también de orden público las disposiciones que establecen que el matrimonio es indisoluble (art. 102 del CC), que el divorcio no disuelve el vínculo matrimonial y que las únicas causales de disolución son las taxativamente enumeradas en la Ley de Matrimonio Civil (Art. 37 y 38)"¹¹⁰.

Este fallo apunta a que todas las materias que engloba el estatuto personal de los chilenos, son de orden público. Se prescinde totalmente del derecho extranjero en materias de estado, capacidad y relaciones de familia. Este principio está reflejado en

¹⁰⁸ R. D. J. Tomo LVII. Sección 1º. p. 46

¹⁰⁹ R. D. J. Tomo LIX. Sección 4º. P. 236

¹¹⁰ RDJ año 1960 sección 1ª p. 46, en el mismo sentido, RDJ año 1959 sección 1º, p. 217.

el artículo 15 del Código Civil que somete el estado y capacidad de los chilenos a la ley chilena pero no contempla la bilateralización en lo que concierne a los extranjeros.

La referencia que se hace al artículo 15 podría incluso entenderse como a una norma de policía, ya que plantea una solución exorbitante al señalar el campo de aplicación de la norma y extender la competencia del ordenamiento jurídico nacional más allá de lo que se debe en virtud de una norma de conflicto. Esto en vista de que el estado y capacidad de los chilenos y las relaciones de familia a que se refiere el N°2 no quedarían integralmente cubiertos por la norma de conflicto.

En cuanto a la disolubilidad o indisolubilidad del matrimonio generalmente se ha aceptado que en todo Estado estas materias son de orden público. Ello no obsta a que se puede aplicar una ley extranjera que no contravenga el principio que inspira al Estado en materia de matrimonio.¹¹¹

d) Normas del Código Orgánico de Tribunales relativas a la calidad de abogado: “Las reglas que contiene el Título XV del C.O.T relativas a los abogados, revisten indudablemente el carácter de normas de orden público no sólo por estar comprendidas en dicho cuerpo legal, que tiene su fuente en la Constitución Política, sino además porque el título de abogado está fundamentalmente vinculada a la organización judicial de la República”¹¹²

Al señalar que una disposición, por estar comprendida en el Código Orgánico de Tribunales, es de orden público, la Corte Suprema amplía el concepto indebidamente, pues lo hace referirse a una materia que es propia de normas de Derecho Público cual

¹¹¹ En relación al estado de matrimonio y al divorcio ver también RDJ año 1971 sección 1º, pág. 54; RDJ año 1963, sección 1º pág. 110; Libro copiador de fallos materia civil año 1974 Tomo abril- mayo, pág. 306 Corte Suprema; Libro copiador de fallos materia civil año 1974 Tomo agosto- septiembre, pág. 1305 Corte Suprema; “Bayer con Lindermann”, Rol 12.023, año 1974, Corte Suprema; Fallos del mes año 1977, n° 229 pág. 367; “Venegas con Así”, Rol 11.827, año 1978, Corte Suprema.

¹¹² RDJ año 1960 sección 1º, pág. 52

es la organización de un poder del Estado¹¹³. La distinción entre el C.O.T y la organización judicial de la República es una redundancia pues aquel se refiere precisamente a esta organización.

e) Jurisdicción y competencia: "Las disposiciones legales que determinan la jurisdicción y competencia de los tribunales son de orden público" (Corte Suprema de Justicia, 31 de julio de 1962 y asimismo 15 de julio de 1964)¹¹⁴.

f) Leyes de procedimiento: "Las leyes de procedimiento son de orden público y, por tanto, irrenunciables". (Corte de Apelaciones de Temuco, 9 de noviembre de 1962)¹¹⁵.

g) Normas de competencia: "Las normas de competencia son de orden público, irrenunciables, y de interpretación restrictiva, mayormente si se trata de un procedimiento de excepción" (Corte de Apelaciones de Temuco, 12 de noviembre de 1964)¹¹⁶.

h) En relación a los bienes: "Conforme al artículo 16 del Código Civil, los bienes situados en Chile están sujetos a la ley chilena aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en nuestro país y, por consiguiente, se hallan sometidos a la jurisdicción nacional. En virtud de esta disposición que es de orden público y constituye una norma de Derecho Internacional, no puede cumplirse en Chile ninguna resolución que se refiere a bienes situados en Chile"¹¹⁷

Este fallo demuestra los excesos a que se puede llegar con el orden público. Para empezar hay que señalar que el mencionado artículo se refiere solamente al ius in re, o sea a los derechos vinculados directamente a la cosa, cuales son: los modos de adquirir el dominio, los derechos reales, la posesión y las cosas susceptibles de dominio, y no incluye el ius ad rem: capacidad de las partes; normas aplicables a los

¹¹³ Acerca de la extensión injustificada del orden público, Werner Goldschmidt "Derecho Internacional Privado", pág. 166.

¹¹⁴ R. D. J. Tomo LIX. Sección 3º. p. 54 y también Tomo LXI. Sección 3. p. 27

¹¹⁵ R. D. J. Tomo LIX. Sección 4º. p. 236

¹¹⁶ R. D. J. Tomo LXI. Sección 4º p. 463

¹¹⁷ RDJ año 1964, sección 1º, pág. 186.

derechos y obligaciones que emanan de los contratos sobre bienes y forma de los actos jurídicos relativos a los bienes. Por ello no puede pretenderse que no se cumple en Chile “ninguna resolución que se refiere a bienes situados en Chile”. Serán solamente aquellas que contraríen nuestro *ius in re*. Es perfectamente razonable que en virtud del artículo 16 del Código Civil, la Corte Suprema someta el *ius in re* a la ley chilena, pues – aparte de lo señalado textualmente por esta disposición – es un principio de general aceptación que esas materias queden sometidas a la ley territorial.

Este fallo deja además en muy mal pie al *exequátur*, puesto que lo excluye de todas las materias relativas a bienes situados en el país, quedando solamente dentro de su competencia el estatuto personal y como ya se vio anteriormente, el estatuto personal de los chilenos también se considera una materia de orden público. No quedaría casi ninguna materia abierta a la aplicación del Derecho extranjero y no se podría ejecutar prácticamente nunca una sentencia extranjera en Chile en vista a que tanto el estatuto real como el estatuto personal de los chilenos serían materias de orden público, el cual según la misma Corte, se aplica *a priori*.

i) En relación a los contratos: “Las normas sobre Aeronavegación y Dirección de Aeronáutica chilenas contenidas en el DFL 221 de 15 de mayo de 1931 (sobre inscripción de aeronave chilena) son de orden público (Corte del Trabajo y Corte Suprema)¹¹⁸. La referencia al DFL 221 debe entenderse actualmente hecha al Código Aeronáutico de 1990 que lo deroga. La inscripción o matrícula de una nave en el Registro Nacional de Aeronave, le confiere la nacionalidad chilena. Y la nacionalidad es una materia de Derecho Público y no de orden público por lo que si no se acepta que se aplique legislación extranjera en estas materias no es porque se lesione algún principio de orden público *per se*, sino porque es competencia exclusiva del Estado chileno, de acuerdo al Derecho Internacional Público, conferir su nacionalidad.

j) En relación con la tuición: “1° Que las disposiciones de la sentencia que se trata de cumplir en lo que se refiere a la tuición y cuidado del hijo común, al derecho de visitas

¹¹⁸ RDJ año 1961, sección 1ª pág. 261.

del padre y a las prestaciones y auxilios pecuniarios de cargo de éste, pueden cumplirse en nuestro país, pues no se contraviene con ello la legislación interna del orden público”¹¹⁹

Este fallo, en principio, acepta la ejecución de sentencias extranjeras en materias que son de orden público, como ocurre con la tuición y, en general, las relaciones de familia. Pero, a pesar de ello, por considerar al orden público como un conjunto de disposiciones, sólo admite las sentencias extranjeras en la medida en que no se contravenga con ellas “la legislación interna de orden público”. Es decir, únicamente en los casos en que la norma extranjera es idéntica a la nacional o exista un vacío legal en el ordenamiento jurídico chileno, de tal manera que no haya contradicción con ninguna norma del foro.

k) En relación a la adopción: “La disposición del artículo 2º de la ley de Adopción y el art. 226 N°8 relacionado con el art. 240 inc. 4º, 5º y 7º del Código Civil sobre término de la patria potestad, son de orden público y forman parte del estatuto personal del chileno”¹²⁰. Este fallo tiene la misma razón que el anterior y que el citado en la letra a). Se trata de una materia de estado civil que forma parte del estatuto personal.

La Corte insiste en que es de orden público sólo el estatuto personal del chileno, en circunstancias que el orden público debiera aplicarse a todos por igual, por proteger principios del foro. Limitarlo a los chilenos implicaría establecer una especie de conexión especial entre ellos y ciertas normas que les imponen conductas determinadas, en virtud de la conexión. Esto podría llevar a confundir los conceptos de orden público y fraude a la ley.

La jurisprudencia chilena, al definir el concepto de orden público adopta una postura bastante amplia al incluir tanto a la moral social, reflejo de una convicción común, como a los intereses superiores de la colectividad, concepto más político. Pero

¹¹⁹ Fallos del mes año 1992, N°401 pág. 109.

¹²⁰ Fiscal de la Corte Suprema, Castillo Nájera Calvillo, Rol N° 13.379, año 19778, Corte Suprema.

al determinar en cada caso concreto los límites del orden público, la extiende más allá abarcando, además de las leyes políticas, las normas de Derecho Público y a las normas de policía, lo que extiende indebidamente tal concepto y deja casi por completo de aplicar derecho extranjero. Esta amplitud excesiva del concepto de orden público es una consecuencia lógica de considerarlo un conjunto de disposiciones que deben, consecuentemente, aplicarse a priori; ya que si la aplicación es a priori y no existe un correctivo posterior, el derecho del foro debe protegerse en la mayor medida posible y en todas las áreas contra el derecho extranjero que puede lesionar sus fundamentos.

Lo mismo ocurría con la jurisprudencia francesa, que consideraba a las disposiciones francesas tanto como leyes de policía y seguridad, tanto como leyes llamadas de orden público. En la actualidad los autores franceses están de acuerdo en que la noción de orden público debe intervenir cuando se lesionan principios, no necesariamente escritos, mediante la aplicación de la ley extranjera y que en consecuencia su intervención debe producirse sólo una vez conocido el tenor del Derecho extranjero lo que ciertamente supone una mayor dificultad para los jueces nacionales que se enfrentan con normas desconocidas y con una cláusula de reserva esencialmente indeterminada.

La misma actitud nota Goldshmidt en la jurisprudencia argentina que se caracteriza “por el incontenible anhelo de aplicar siempre lisa y llanamente a cualquier caso el Derecho propio”¹²¹, considerando al orden público como un conjunto de normas de aplicación a apriorística.

De modo que, teniendo presente el concepto en demasía amplio que se tiene en nuestro país de orden público, lo que parecería pudiera excluir siempre la aplicación del derecho extranjero en Chile, ¿se debe aplicar siempre y necesariamente el orden público nacional ante la aplicación de la legislación extranjera en nuestro país?, ¿cuál es el orden público qué debemos entender en nuestras relaciones internacionales?,

¹²¹ GOLDSCHMIDT, op.cit, pág. 155.

más aún ¿cuál es el orden público que ha de denegar la ejecución de un laudo arbitral de acuerdo a la Ley 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional?.

3.2. Reconocimiento y Ejecución del Laudo Arbitral: Inaplicabilidad del Exequátur.

Previo a continuar con el análisis del concepto de orden público, es menester referirnos al sistema de homologación de sentencias extranjeras en nuestro país, denominado exequátur.

En esencia, el procedimiento de Arbitraje Comercial Internacional establecido en la Ley 19.971 de 29 de septiembre de 2004, se plantea como un conjunto de actos jurídicos que van materializando la actividad jurisdiccional del árbitro. Actos que en conformidad a su complejidad hacen de éste arbitraje una institución especial.

En atención a las especiales características de este procedimiento, Jarronson lo define como “aquella institución jurídica por medio de la cual dos o más personas acuerdan, sea voluntariamente o por mandato legal que determinadas controversias que emanen o que pudieren emanar de una idéntica relación jurídica, sean sometidas al conocimiento y juzgamiento de un tercero elegido libremente por ellas”¹²²

Finalmente, todos estos actos concluyen en la dictación del laudo arbitral, constituyendo el acto cúlmine que determina la justicia relativa al litigio controvertido entre las partes.

¹²² Jarronson ve en el arbitraje “la institución por medio de la cual un tercero soluciona un diferendo que opone a dos o más partes, en virtud del ejercicio de una misión jurisdiccional que ha sido confiada por estas”. Lo anterior apoya la tesis de entender al arbitraje como una institución y no como un mero contrato entre las partes con el objeto de solucionar una situación litigiosa entre ellas, que tendría más relación con otras figuras que no alcanzan la independencia jurídica respecto de las partes que acuden a ella, encontrándose con un sistema objetivo independiente de quienes lo invocan. Citado por OPPETIT; op.cit, p. 30 - 31.

La impugnación del laudo solo puede llevarse a cabo a través de la solicitud de nulidad del mismo (Art. 34) o mediante la oposición a su reconocimiento y ejecución en el lugar donde se pretende cumplir, en virtud del Art. 36.

Ahora bien, uno de los principios orientadores de la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional, fue la limitación a ciertos casos – recusación, cese del mandato, cuestiones de competencia, práctica de pruebas y recursos de nulidad del laudo y denegación del reconocimiento del laudo y su ejecución – de la intervención de los Presidentes de Cortes de Apelaciones, Cortes de Apelaciones y de los tribunales ordinarios del sistema judicial del país, conforme a lo dispuesto en el artículo 6º, en relación con los numerales 3), 4) y 5) del artículo 11; numeral 3) del artículo 13; numeral 1) del artículo 14; artículo 15; 16 numeral 3); artículos 27 y 34, numerales 2) y 5), y artículo 36, en relación con la letra c) del artículo 2º, siendo por tanto, una intervención excepcional de los tribunales chilenos. De modo que, el principio establecido en el artículo 5 de la ley consiste en que en los asuntos sometidos a la ley de arbitraje comercial internacional no debe intervenir ningún tribunal del sistema judicial del país, a menos que la ley así lo disponga, limitándose dicha intervención por el principio de la autonomía de la voluntad, que impera en la ley; principio que quedó claramente manifestado en el Mensaje del Ejecutivo de fecha 02 de junio de 2003.¹²³

De acuerdo al Capítulo VIII sobre “Reconocimiento y Ejecución de los laudos”, el Artículo 35 expresa que “1) Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante y, tras la presentación de una petición por escrito al tribunal competente, será ejecutado en conformidad con las disposiciones de este artículo y del artículo 36”. De modo que, se entiende claramente que si el laudo arbitral ha sido dictado conforme a esta ley y para ser ejecutado en nuestro país, no necesitará de un procedimiento accesorio para la exigibilidad de su cumplimiento, sino simplemente el cumplimiento incidental o el ejecutivo en su caso, siendo concordante con la Convención de Nueva York de 1958 y la Convención de Panamá de 1975. En este sentido el Artículo III de la Convención de Nueva York, sobre el reconocimiento y

¹²³ Ver Historia de la Ley 19.971 en www.bcn.cl

ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras expresa que los Estados contratantes reconocerán la autoridad de la sentencia arbitral y concederán su ejecución con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada.

Luego, el mismo artículo 35 en su numeral 2) agrega el procedimiento que ha de aplicarse para obtener el reconocimiento y ejecución del laudo: “La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el original debidamente autenticado del laudo o copia debidamente certificada del mismo, y el original del acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7° o copia debidamente certificada del mismo. Si el laudo o el acuerdo no estuviera redactado en un idioma oficial de Chile la parte deberá presentar una traducción debidamente certificada a ese idioma de dicho documento”. Por lo que, el único trámite a realizar para obtener el reconocimiento y ejecución del laudo sería el señalado en el numeral 2° del Artículo 35.

No obstante lo anterior, y destacando además la claridad literal de los preceptos citados y el espíritu de la Ley 19.971, antes de proceder de la manera referida se realiza el procedimiento de exequátur. Por lo que, cabe preguntarse ¿es necesario el exequátur?.

El sistema chileno de cumplimiento de las sentencias extranjeras en nuestro país, se caracteriza por ser un sistema mixto, en donde se respetan los tratados internacionales vigentes sobre la materia, a falta de ellos, se sigue el principio de la reciprocidad y, en ausencia de ambos, se aplica la regularidad internacional de los fallos o exequátur, que pasa a ser la regla internacional¹²⁴.

El Artículo 245 del Código de Procedimiento Civil reconoce que las resoluciones de tribunales extranjeros tendrán en Chile la misma fuerza que si se hubieran dictado

¹²⁴ Destacando nuestro sistema Weiss comenta: “El sistema nos parece mucho más adelantado que el de la República Argentina y el del Brasil. Su fundamento es, sin embargo, inadmisibles y utilitarios, el de la reciprocidad: pero las condiciones de ejecución de las sentencias en Chile son razonables. Además, este Código admite la ejecución de arbitraje como si fueran fallos judiciales, lo que nos parece acertado”. WEISS, André y E.S ZEBALLOS, “Manual de Derecho Internacional Privado”, Librairie de la Société du Recueil Général des Lois & Arrêts, Paris, 1911- 1912, vol II, p.624

por tribunales chilenos. No obstante lo anterior, agrega que para tal reconocimiento dichos instrumentos tendrán que reunir las siguientes circunstancias:

1° Que no contengan nada contrario a las leyes de la República.

2° Que tampoco se opongan a la jurisdicción nacional.

3° Que la parte en contra de la cual se invoca la sentencia, haya sido debidamente notificada de la acción. Con todo, podrá ella probar que por otros motivos, estuvo impedida de hacer valer sus medios de defensa.

4° Que estén ejecutoriadas en conformidad a las leyes del país en que hayan sido pronunciadas”.

El efecto de esta regla es que, una vez reconocida la sentencia extranjera, se produce una homologación con respecto a los fallos nacionales, ya que nuestro ordenamiento jurídico equipara y asemeja los efectos jurídicos de ambas resoluciones.

Finalmente, el Artículo 246 CPC dispone que las reglas dadas precedentemente son aplicables también a las resoluciones expedidas por jueces árbitros, haciéndose constar su autenticidad y eficacia por el visto bueno u otro signo de aprobación del país donde se haya dictado el fallo.

Como vemos, nuestra legislación impone una serie de condiciones para autorizar u homologar el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, que se contraponen con lo señalado en el Artículo 35 de la Ley 19.971 y el Artículo III de la Convención de Nueva York. Así, en conformidad con el Artículo 35 para el cumplimiento del laudo arbitral extranjero en nuestro país, sólo sería necesario una presentación ante la Corte de Apelaciones correspondientes con el objeto que dicha demanda de cumplimiento y ejecución del laudo sea distribuida entre los tribunales competentes de acuerdo a su jurisdicción, sin necesidad de ocurrir ante la Corte Suprema e iniciar el trámite del exequátur.

Ahora bien, los requisitos de regularidad establecidos en el artículo 245 deberían apuntar a los aspectos formales de la sentencia extranjera y no al fondo, ya que la Corte Suprema no puede revisarlo orientado a establecer justicia en el fallo. No

obstante, al revisar tales requisitos hace concluir lo innecesario de su revisión anticipada por medio de un procedimiento previo, puesto que al momento de solicitar el reconocimiento y ejecución del laudo, estas materias podrán ser alegadas a petición de parte o impugnadas por el propio tribunal en caso de encontrar alguna irregularidad. Así por ejemplo en el caso de los N°s 1 y 2 podríamos decir que atienden al orden público interno del país, lo que podrá ser impugnado debidamente a través de un recurso de nulidad (Art. 34.2.b.ii) o como motivo de denegación del laudo (Art. 36.1.b.ii). Respecto del N°3, la ley 19.971 contempla varias disposiciones que atienden a esta causal¹²⁵, tendientes a la protección del derecho a defensa y al resguardo del debido proceso y que las partes pueden alegar tanto a través del procedimiento arbitral, como impugnando el laudo por esta razón por medio del recurso de nulidad (Art. 34.2.a.ii) o incluso como motivo de denegación del laudo en su ejecución (Art. 36.1.a.ii). El N°4, atiende al fondo del asunto, por cuanto trata de la ley aplicada al laudo, lo que con todo igualmente se encuentra previsto por el Artículo 36 N°1 a) iv).

¹²⁵ En este sentido, las normas sobre notificaciones de las actuaciones arbitrales se encuentran diseminadas a lo largo de la LACI. Así la ley en su Art. 3° se refiere a la “recepción de las comunicaciones escritas”, que dependerán en cada tipo de actuación. Además, siguiendo el principio de autonomía de la voluntad y de acuerdo al Artículo 19 de la LACI, habría libertad para determinar el tipo de notificación al cual se estarán. Por su parte, el Artículo 21 de la LACI respecto de la iniciación de las actuaciones arbitrales, expresa que “Salvo que las partes hayan convenido otra cosa, las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia se iniciarán en la fecha que el demandado haya recibido el requerimiento de someter esa controversia a arbitraje”. Se exige también por la misma ley, que las notificaciones deben ser efectuadas con la debida antelación de acuerdo al Artículo 24 LACI N2 “Deberá notificarse a las partes con suficiente antelación a la celebración de las audiencias y las reuniones del tribunal arbitral para examinar mercancías u otros bienes o documentos”. Otra norma referida a las notificaciones es el Art. 31 N°4) que expresa “Después de dictado el laudo, el tribunal lo notificará a cada una de las partes mediante entrega de una copia firmada por los árbitros de conformidad con el numeral 1) de este artículo”. También habla de notificar a la contraparte en el caso de solicitud de corrección e interpretación del laudo y laudo adicional del Artículo 34 N°2) letra a) ii) o motivo para denegar el reconocimiento y ejecución del laudo según el artículo 36 1) a) ii), cuando la parte fue agraviada por no haber sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, siendo una garantía suficiente que se propone cautelar la igualdad entre las partes, de acuerdo al Art. 18 de la LACI que consagra el trato equitativo entre las partes. Esta causal de denegación a la ejecución del laudo, es sólo una reiteración del Artículo 36 N°1 a) ii) de la LACI, el que precave la existencia de una relación jurídica válida, siendo importante en este sentido que la parte en contra de la que se desea ejecutar el fallo haya tenido el suficiente conocimiento del proceso como para haber hecho valer sus derechos.

De acuerdo al sistema de reconocimiento de sentencias extranjeras de nuestra legislación nacional, mientras la sentencia extranjera no se someta al juicio de reconocimiento no tendrá fuerza ni eficacia en un país distinto de aquél en que fue pronunciada¹²⁶. El exequátur tiene por objeto investir a la sentencia extranjera tal cual ha sido concebida, de similares efectos de que está provista la sentencia nacional, sin que ello implique examinar el juicio en que ha sido pronunciada.

En general, la doctrina ha entendido el exequátur como una especie de “visto bueno” de la sentencia extranjera, - en este caso el laudo arbitral internacional – con el fin de que dicho instrumento pueda cumplirse o tenga fuerza ejecutiva. Por lo que, ¿por qué tendríamos que recurrir a este trámite si tanto la Ley 19.971 como la Convención de Nueva York, otorgan validez al laudo dictado en el extranjero?. ¿Es coherente una doble revisión de un laudo arbitral?. Creemos que es innecesaria la aplicación del exequátur a este respecto, además de la claridad de la normativa aplicable al reconocimiento y ejecución de los laudos dictados en el extranjero, debemos tener en cuenta que en general la sentencia judicial firme a favor de una persona, convierte de inmediato la cuestión controvertida en un derecho adquirido, debiendo tomarse en cuenta también para la eficacia extraterritorial de los fallos judiciales. Por su parte, una de las razones de la creación de esta ley fue ayudar a que las relaciones comerciales internacionales no queden entrampadas en la burocracia procesal de las legislaciones arbitrales domésticas de las partes. El hecho de anteponer como requisito anterior a la solicitud de la ejecución de la sentencia, el trámite del exequátur provoca una demora innecesaria en la ejecución del laudo, considerando además que la revisión de los requisitos establecidos en el Art. 245 se encuentran suficientemente revisados y resguardados en el mismo procedimiento arbitral como en el recurso de nulidad y en el propio procedimiento de reconocimiento y ejecución el laudo, así como también las partes podrán impugnar el laudo debidamente en el cumplimiento incidental del mismo.

¹²⁶ Sin embargo, como lo señala el tratadista Sentis Melendo “Ahora bien, si antes de que a la sentencia extranjera le sea concedido el exequátur no produce en nuestro ordenamiento jurídico ninguno de los efectos que son propios del acto jurisdiccional de ellas, por el solo efecto de su existencia como sentencia extranjera, según dice muy bien Morelli deriva un efecto jurídico, que consiste en hacer surgir en la parte la acción tendiente precisamente al reconocimiento” SENTIS MELENDO, Santiago; “La sentencia extranjera (exequátur)”. Ediciones Jurídicas Europa- América, Buenos Aires, p. 40

Consideramos además, que el exequátur provoca un clima de incerteza jurídica, en cuanto a que la parte a la cual le fue favorable el laudo, no tendrá la seguridad de que el mismo pueda ser ejecutado en Chile sino hasta la sentencia de exequátur.

Si bien es cierto siempre se ha realizado el reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras a través del exequátur, hay que considerar que desde el año 2004, con la promulgación de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional, se cuenta con una ley especial que contiene una norma que señala expresamente el modo de reconocer y ejecutar los laudos, por lo que cabe obligatoriamente estarse al principio de especialidad de la normativa aplicable.

3.3. Orden Público de Chile: Motivo de denegación del laudo.

Dentro de las causales para decretar la inadmisibilidad del reconocimiento y posterior ejecución del laudo arbitral, el artículo 36 de la Ley distingue aquellas que deben ser probadas por la parte demandante (Artículo 36 N°1 letra a) y las que el Tribunal declare de oficio, respecto de las cuales encontramos en el Artículo 36 letra b) numeral (ii): “Que el reconocimiento o la ejecución del laudo, sean contrarios al Orden Público de Chile”.

De acuerdo a la doctrina y la práctica jurisprudencial recientemente revisada, no encontramos un concepto unívoco de lo que entendemos por Orden Público chileno. No obstante, éste se podría caracterizar por aquellas normas que regulan las instituciones indispensables a la existencia y funcionamiento del Estado en miras del resguardo del interés general, lo que resulta impreciso y demasiado amplio.

La ley 19.971, no conceptualiza el “orden público chileno”, continuando el peligro de la utilización arbitraria de dicho concepto, introduciendo dentro de su contenido la totalidad de normas de derecho público, normas imperativas, la moral y las buenas costumbres, que no se condicen con las especiales características del arbitraje comercial internacional y en especial con esta última: la internacionalidad del laudo.

Dentro de la historia de la ley¹²⁷, en el segundo trámite Constitucional del Senado, en el Informe de la Comisión de Relaciones Exteriores, de fecha 11 de mayo de 2004, el Presidente de la Cámara de Comercio de Santiago, don Carlos Jorquiera¹²⁸ aludiendo a la intervención limitada de los tribunales de justicia nacionales, expresa que el orden público chileno como motivo para la denegación al reconocimiento y ejecución del laudo arbitral es un claro ejemplo del respeto al ordenamiento jurídico chileno, lo que diera a entender que lo resuelto en el laudo no deberá ser contrario a las leyes chilenas. La misma opinión expresó el profesor Cristián Maturana¹²⁹. Por otra parte a raíz del considerando 50 del fallo del Tribunal Constitucional respecto de la Corte Penal Internacional en relación a la intervención limitada de los tribunales de justicia nacionales de acuerdo al Artículo 5ª de la Ley, surgió la polémica en la discusión del proyecto, específicamente en la discusión general correspondiente al Senado de fecha 15 de junio de 2004¹³⁰, respecto a la interpretación generalizada referente a que en los casos que se trate de alguna cuestión de interés público la competencia corresponderá exclusivamente a los tribunales estatales, pudiéndose solamente arbitrar respecto de derechos disponibles, lo que muestra la confusión entre arbitrabilidad y orden público, considerando además que dicha discusión desatiende el ámbito de aplicación de la ley, la que se circunscribe a materias de comercio internacional (Artículos 1º y 2º letra g)¹³¹. Por su parte, en la tramitación de la ley, el

¹²⁷ Historia de la Ley 19.971, www.bcn.cl.

¹²⁸ Ibid, p. 111.

¹²⁹ Ibid, p. 113

¹³⁰ Ibid, p. 139.

¹³¹ Transcribimos la intervención del senador Valdés dada la claridad de su exposición, quien trata varios temas que fueron confundidos por los honorables en la tramitación de la ley: “Señor Presidente, deseo referirme brevemente al tema, que reviste gran importancia y cuyos alcances ya han sido muy bien explicados por el Señor Ministro y el Señor Presidente de la Comisión. Me ocuparé solamente de las objeciones u observaciones formuladas por el honorable señor Viera – Gallo, cuya ausencia lamento. Su Señoría ha supuesto algunas dificultades en el entendido de que el Estado o las empresas estatales puedan ser arrastrados a un arbitraje. Lo anterior es evidente. En materia comercial, el Estado se halla sujeto normalmente a todas las reglas de derecho privado.

Por tal motivo, durante el debate en la Comisión, el Señor Ministro de Justicia aclaró muy bien, según aparece en el Informe, que los asuntos de interés público no pueden ser sometidos, ciertamente, a arbitraje. Pero existe la posibilidad, en el otro caso, de admitir la prórroga de la competencia a organismos internacionales sin que ocurra una lesión al interés público. En la medida en que el Estado o las empresas estatales, reitero – y es algo aceptado por la Corte

Artículo 36 fue aprobado por unanimidad en los mismos términos, sin discusiones acerca de qué se entiende por orden público de Chile, haciendo suponer la claridad respecto de tal concepto.

Sin perjuicio de lo anterior, se puede observar a lo largo de los objetivos propuestos y la discusión parlamentaria, la importancia de crear un procedimiento arbitral flexible, acorde con las nuevas exigencias y tendencias del comercio internacional, razón de ser de la creación de la ley que no se condice con la mantención de una causal de orden público interna. Justamente, de acuerdo al Mensaje Presidencial N°15-349, de fecha 02 de junio de 2003¹³², se considera la conveniencia de la adopción de una Ley de Arbitraje Comercial Internacional, en atención a los siguientes fenómenos:

Suprema desde hace ya muchos decenios – efectúan, actividades comerciales, se hallan sujetos a las normas de derecho común.

Y de hecho, hoy nos encontramos sometidos a un arbitraje en el Banco Mundial respecto del diario “El Clarín”, en virtud de lo cual se cobran indemnizaciones al Estado. Y éste debe concurrir a ellos, porque fue un acto suyo el que provocó situaciones con consecuencias económicas.

Entonces, no veo dificultades en la cuestión de análisis, en el sentido de que el Estado cuando ejerce funciones privadas en el orden comercial – porque ése es el ámbito del instrumento que nos ocupa -, se someta a las reglas del derecho privado en Chile, por lo que también son prorrogables para el arbitraje. Es una realidad, que ya cuarenta países han aceptado el mecanismo a que se hace referencia, eso en primer término.

En segundo lugar, pienso que no pueden suscitarse controversias en cuanto al orden comercial, porque se haya especificado muy claramente qué se entiende por ese concepto.

Existe una diferencia fundamental, por ejemplo, con el tratado del Tribunal Penal Internacional, tema que también fue discutido en la Comisión. Ese organismo jurisdiccional es derecho público y puede conocer solamente de ciertos delitos, considerados como tales por el orden público internacional. No constituyen cuestiones del ámbito privado. Y no se abre la posibilidad de un arbitraje en relación con ilícitos, porque todo lo relativo a derecho penal siempre ha sido y será de derecho público.

En cambio, los derechos comerciales se encuentran disponibles al respecto. Y la realidad es que hoy, la globalización hace obligatoria la creación de sistemas de juridicidad estable, como la interna.

A mi juicio, la situación se encuentran bien equilibrada. Por mi parte, quedé satisfecho con la explicación que en su momento proporcionaron el señor Ministro, el Presidente del Colegio de Abogados y los señores profesores que concurrieron a la Comisión.

Considero que el sistema en análisis significa el ingreso necesario y oportuno en una dimensión globalizante a la que hemos accedido con mucho espíritu comercial, pero en lo cual ahora adoptamos una estructura jurídica que da garantías a los participantes, sobre todo a los chilenos.

Gracias.”, Ibid, p. 141 a 142.

¹³² Ibid, pp. 5 y 6.

1º Multiplicación de transacciones con cláusula arbitral: En virtud a la importancia vital de que al momento de redactar dichas cláusulas en materia de contratación internacional, se pudiera determinar con especificidad la ley de arbitraje aplicable, en virtud que hasta ese entonces sólo era dable aplicar el arbitraje doméstico.

2º Incentivo al juicio en Chile: Con el objeto de estimular la resolución de controversias comerciales internacionales en Chile, especialmente para las medianas y pequeñas empresas a quienes les resultaba demasiado oneroso someter sus disputas a arbitraje fuera de Chile.

3º Chile como centro de arbitraje: Siendo uno de los objetivos primordiales de la tramitación de la Ley 19.971, impulsar a nuestro país como el más destacado centro de arbitraje comercial internacional a nivel latinoamericano, fundado en el prestigio de Chile en términos de institucionalidad, solvencia jurídica y sus altos índices de transparencia y probidad.

Concordante con lo anterior, el mismo Mensaje, establece los principios orientadores de la nueva legislación, de entre los que destacamos para estos efectos los siguientes:

1º Especialidad del Arbitraje Comercial Internacional: A este respecto, el mensaje expresa “El proyecto de ley establece un régimen jurídico especial y autónomo en la forma y en el fondo para el arbitraje comercial internacional. Las normas propuestas están adaptadas a las necesidades y a la práctica del contencioso privado comercial internacional. Se concilian, por una parte, con los tratados internacionales en la materia, ya que, según lo señala el artículo 1º, estos no se afectan por el texto que se propone”¹³³

¹³³ Ibid, p. 8.

2º Ámbito sustantivo de aplicación: Destaca el ámbito de aplicación sustantivo de esta ley, circunscribiéndolo al comercio internacional, entendiendo respecto al concepto “comercio” contenido en el Art. 2º de la ley, una acepción mucha más amplia que la establecida en el Artículo 3º del Código de Comercio, relativo a los actos de comercio. En cuanto a la internacionalidad del arbitraje, los criterios para determinar este carácter será el presupuesto que las partes del acuerdo de arbitraje tengan sus establecimientos en Estados diferentes (Art. 1 Nº3 letra a), criterio reconocido en nuestro ordenamiento jurídico a propósito de la compraventa internacional de mercaderías (Art. 1º de la Convención sobre esta materia de las Naciones Unidas). Además se prevé que el arbitraje será internacional si, el lugar del arbitraje o el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una situación más estrecha está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos (Art. 1 Nº3 letra b). Por último, el arbitraje se considera internacional si “las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado” (Art.1 Nº3 letra c). En este sentido, el mensaje señala “naturalmente, este reconocimiento a la autonomía de la voluntad tiene límites en cuanto no podría declararse internacional una controversia que no tenga efectivamente algún elemento extranjero de cierta relevancia o contravenga normas de orden público, como por ejemplo, las relativas a la protección del consumidor”, con lo cual deja patente la confusión del concepto de orden público con la arbitrabilidad, confusión del todo perjudicial.

3º Ámbito de aplicación: Refiriéndose a la aplicación territorial de esta ley, en cuanto a que únicamente ha de aplicarse en caso que Chile sea sede de arbitraje o se exija el reconocimiento y ejecución de un laudo dictado en el extranjero, de acuerdo al Art. 1º Nºs 1 y 2 y el Art. 35, respectivamente.

4º Intervención excepcional de Tribunal ordinario chileno: Cuestión bastante discutida y polémica, que se zanjó finalmente con la dictación del Art. 5º que reduce la intervención de los tribunales nacionales notoriamente.

5º Acuerdo de arbitraje: Contenido en el Artículo 7º de la ley, se reconoce una clara manifestación de la autonomía de la voluntad de las partes,

6º Composición del Tribunal Arbitral: Regulado en el Art. 10, el mensaje señala al respecto que “el carácter internacional del arbitraje comercial se refleja una vez más respecto de la recusación y amplitud de circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de la imparcialidad e independencia del árbitro. En el comercio internacional se ha desarrollado un conjunto bastante estricto de normas éticas. En todo caso, debe entenderse el concepto de recusación en sentido amplio”¹³⁴

7º Ley aplicable: De acuerdo al Artículo 28, las partes han de elegir las normas de derecho que debe aplicar el tribunal arbitral en la controversia. El mismo mensaje señala “En todo caso, el tribunal debe decidir el litigio según las cláusulas contractuales y deberá tener en cuenta los usos mercantiles. El tribunal sólo actuará como amigable componedor ‘ex aequo et bono’, si las partes lo autorizan para ello”¹³⁵

8º Impugnación del laudo: Contemplándose en el artículo 34 el recurso de nulidad como único recurso contra el laudo arbitral que se dicte, siendo causales para tal petición que el laudo sea contrario al orden público o que la materia de controversia, no sea susceptible de arbitraje de acuerdo a la legislación chilena.

Considerando que los elementos anteriormente aludidos son las características esenciales de los asuntos sometidos a esta ley, no pareciera pertinente la invocación por las partes de un orden público interno. Como pudimos apreciar, esta ley encuentra su fundamento en las características propias de las materias sometidas a arbitraje comercial internacional, esto es que sean asuntos de comercio internacional, por lo que no cabría invocar como motivo de denegación de un laudo el orden público interno de Chile, ya que desfigura tales conceptos. Si bien es cierto, como lo vimos a propósito del tratamiento del concepto de orden público internacional, se podrían realizar ilícitos no corresponde considerar la causal de orden público como aquella que pueda evitar la

¹³⁴ Ibid, p. 11

¹³⁵ Ibidem.

fuga de eventuales ilegalidades, para ello las partes y el tribunal pueden ejercer las acciones penales pertinentes a través de los procedimientos penales correspondientes, o civiles en su caso, si fuere efectiva la declaración de nulidad de un contrato. Considerando además que la idea central de la ley fue entregar amplia flexibilidad a un procedimiento con el objeto de adaptarse a las especiales características de los asuntos que en el se controvierten, de modo que la idea de un orden público interno vendría a rigidizar tal flexibilidad, perdiendo la consistencia esencial de internacionalidad que requieren estos asuntos. Por tanto, ¿cómo debiéramos interpretar la alusión al ‘orden público de Chile’ como motivo de denegación del laudo arbitral?.

Siendo coherentes con las observaciones que realizamos respecto a la inutilidad del exequátur, en cuanto a que su aplicación se hace obsoleta en virtud a la especialidad de esta ley que determina claramente el reconocimiento como vinculante de un laudo arbitral cualquiera sea el país en que se haya dictado, en conformidad al Artículo 35 de la ley, consideramos que la referencia al orden público interno es sólo un vestigio de los requisitos establecidos en los numerales 1 y 2 del Artículo 245 del Código de Procedimiento Civil, referido a que el laudo no fuere contrario a las leyes de la república ni a la jurisdicción nacional, materias ambas que se considerarían como de orden público.

En efecto, en atención a la no aplicación del exequátur para el reconocimiento y ejecución de laudos de arbitraje comercial internacional y de acuerdo, a la no determinación ni discusión del concepto de orden público en la tramitación de la ley, escuchándose voces relativas al tratamiento del contenido de orden público como “ordenamiento jurídico”, “interés público” o confundiéndolo lisa y llanamente con la arbitrabilidad de la materia, sólo cabría entender que la causal del orden público interno se debiera aplicar por parte del tribunal como una especie de “colador” de todo aquello que pudiese infringir el ordenamiento jurídico nacional, afectar el interés general entendido como interés público o aquellas materias de las cuales los particulares no pueden disponer libremente y que por esa razón son declaradas inarbitrables. Lo que parece de una amplitud excesiva, que pudiera degenerar en restricciones arbitrarias al

desarrollo y desenvolvura de las relaciones de comercio internacional, siendo claramente contrario a lo que el legislador tuvo en mente al crear esta ley.

Por otra parte, recordando la pugna histórica de desconfianza entre la justicia privada v/s estatal, esta causal sería manifiestamente perniciosa a la intención de impulsar a nuestro país a erigirse como centro de arbitraje a nivel latinoamericano, puesto que podría pensarse que se podría echar abajo todo el proceso arbitral simplemente por un motivo cuyo concepto no se encuentra del todo claro. En el fondo, podríamos interpretar esta causal como uno de los límites que colocó el legislador al reconocimiento y propulsión de la autonomía de la libertad de las partes como equilibrio a la restringida intervención de los tribunales nacionales en el procedimiento arbitral comercial internacional, entregándole a estos una herramienta con la cual pudieran impugnar todo aquello en lo cual no pudieron intervenir. De manera que esta causal viene a tener una función correctora, de la que dispone el tribunal al cual se somete la solicitud de reconocimiento y ejecución del laudo.

Siendo una función correctora, el tribunal podría verificar simplemente la contrariedad del laudo respecto de una norma del ordenamiento jurídico nacional, constituyendo una aplicación “a priori” del orden público, pero sin analizar si dicha contrariedad afecta realmente el “interés público”, es decir, sin un control “a posteriori” del orden público, lo que sería posible solamente si desprendemos de la norma en concreto los principios en que se basa, los que se entienden fundamentales para dicho orden social y si estos son perjudicados de alguna manera.

Ahora bien, ¿qué ha ocurrido en la práctica?.

En nuestro país, si bien es cierto la cantidad de laudos arbitrales extranjeros que pasan por el trámite del exequátur para ser reconocidos y ejecutados acá en Chile, es bastante reducido (dos laudos arbitrales internacionales de 70 sentencias extranjeras vía exequátur en el año 2007 y sólo una en el año 2008), nuestra Corte Suprema ha ampliado su criterio respecto de la aplicación de la causal del orden público.

La sentencia de exequátur dictada por la Corte Suprema, con fecha 15 de septiembre de 2008, de la causa ROL 6615-2007 caratulada “Gold Nutrition Industria e Comercio con Laboratorio Garden House S.A”, es muy interesante de ver en cuanto los diversos aspectos que son tocados además del orden público alegado por una de las partes. Los solicitantes requerían la ejecución en Chile del laudo pronunciado por el Tribunal designado conforme con las normas de la Cámara de Mediación y Arbitraje de Sao Paulo, la que condenaba a Laboratorios Garden House S.A al pago de una serie de prestaciones por indemnización de perjuicios que la requerida habría incumplido, en virtud de un Contrato de Prestación de Servicio de Fabricación y Provisión de Productos Alimenticios, cuyo objetivo principal era el encargo, fabricación, compra, importación, distribución y venta con exclusividad en todo el territorio brasileño de los productos fabricados por Garden House. En el mismo contrato, las partes acordaban que cualquier disputa, diferencia, controversia o reclamación originada o relativa a dicho Contrato que no pudiera ser solucionada amistosamente entre las partes sería remitido al arbitraje de equidad y de derecho de los organismos brasileños de Sao Paulo. En consideración a la falta de acuerdo entre las partes, la solicitante inició una acción el 9 de octubre de 2002 ante el 19° Juzgado Civil del Foro Central de la Circunscripción de Sao Paulo para la ejecución específica de la cláusula compromisoria, la sentencia recaída en dicha causa reguló diversos aspectos entre ellos que el arbitraje tendría lugar y se realizaría en la capital del Estado de Sao Paulo, en la Cámara de Mediación y Arbitraje de Sao Paulo, que las reglas del arbitraje serían aquellas establecidas en el ordenamiento jurídico brasileño y también las eventuales reglas que fijare el propio reglamento de la institución arbitral. Se acordó que la ley aplicable sería la brasileña (lex fori) y para la solución del fondo de la controversia. Por su parte, serían aplicables también a la solución del conflicto las prácticas, los usos, las costumbres y normas internacionales de comercio de conformidad con los artículos 4° y 5° de la Ley Introducción al Código Civil de Brasil. Se nombraron los árbitros de acuerdo al procedimiento establecido en la sentencia, Garden House acordó y firmó el acta que dio inicio al arbitraje y designó a su arbitro, compareció al Tribunal Arbitral, presentó su contestación a la demanda y demandó reconventionalmente y actuó en todas las gestiones debidamente representado por sus abogados, por lo que ambas partes tuvieron los derechos procesales correspondientes a un debido proceso.

No obstante, los solicitantes acusaron a Garden House que continuó de mala fe impugnando la constitución del Tribunal Arbitral como cuando solicitó al Tribunal aclarar su postura respecto del recurso de apelación interpuesto por ella en contra de la resolución del 19° Juzgado Civil. Agregan que la lectura del pronunciamiento del tribunal arbitral respecto de la solicitud de aclaración presentada por Garden House, no admite dudas en el sentido que independientemente del destino del recurso de apelación interpuesto por Garden House en contra de la resolución del mencionado Juzgado Civil de Sao Paulo que ordenó someter a arbitraje el conflicto, el procedimiento arbitral, el laudo arbitral y todas las diligencias y actuaciones en él realizadas son perfectamente válidas y ejecutables, pues ha sido la propia Garden House, quien con sus actuaciones posteriores ha ratificado su intención de participar en el procedimiento arbitral.

Finalmente expone que el reconocimiento del presente laudo Arbitral, es procedente, toda vez que no se configuran ninguna de las situaciones previstas por el artículo 36 de la Ley 19.971.

Por su parte, en cuanto a la forma, Laboratorios Garden House S.A., expresa que frente a los supuestos incumplimientos de ésta se planteó la posibilidad de ir a juicio arbitral conforme lo disponía el contrato; sin embargo, su parte decidió impugnar la solicitud de arbitraje fundada en la nulidad de la cláusula compromisoria. Expresa que en la controversia planteada ante el 19° Juzgado Civil de Sao Paulo, la requerida sostuvo que dicha cláusula es absolutamente nula atendida su falta de precisión y ambigüedad, proponiendo en consecuencia que las dificultades fueran resueltas ante los Tribunales ordinarios de Sao Paulo, Brasil. Para fundar dicha solicitud su parte destacó la falta de completitud de la cláusula, una redacción completamente contradictoria, imprecisa y que cualquier letrado podría entender como absurda, a lo que hay que agregar que la misma cláusula disponía a continuación que el mencionado arbitraje de equidad y derecho sería llevado ante los organismos brasileños en capital de Sao Paulo, redacción que hacía más ambigua la cláusula y consiguientemente nula frente a lo que debe entenderse como una cláusula

compromisoria. No obstante, todas las alegaciones anteriores, por resolución de 28 de noviembre de 2003 el Tribunal dispuso que la mencionada cláusula era válida y que el arbitraje debía llevarse a cabo. Expresa que dicha resolución es ilegal y contraria al orden público chileno, pues el Tribunal no nombró al o los árbitros, sino que dispuso de un mecanismo que remite a un procedimiento de designación por una entidad privada. Añade que a la fecha de tal designación regían las normas del Código Orgánico de Tribunales, en particular el artículo 232, que sólo concede a las propias partes litigantes la excepcional potestad de sustraer del conocimiento de los tribunales ordinarios la controversia existente entre ellas, y que devuelve la capacidad de designación del árbitro, en caso de desacuerdo, al órgano jurisdiccional ordinario, de manera que en caso alguno la ley procesal permitía que un tercero distinto de las partes y del propio poder judicial, atribuyera función y capacidad jurisdiccional a una persona que ese tercero designara. Expresa que la Ley 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional no establece esta anómala forma de atribuir jurisdicción, pues el artículo 11 N° 3 letra a) mantiene el criterio del Código Orgánico de Tribunales, radicando en el órgano jurisdiccional ordinario la capacidad de designar al órgano jurisdiccional especial. Ello implica no sólo que la cláusula arbitral es nula sino también que el Tribunal arbitral carece de jurisdicción y por ende, el laudo que se pretende ejecutar en Chile no es válido, puede tener el nombre y la forma de una sentencia, pero claramente no lo es, pues ha sido dictada por un organismo que carece de jurisdicción. Añade, que efectivamente acordó y firmó el acta que dio inicio al arbitraje y designó su árbitro, pero en ningún caso ello le da validez al Tribunal Arbitral, pues la actitud de su parte respondió a la necesidad de defenderse, considerando el efecto devolutivo con que se concedió la apelación contra la resolución que desestimó la impugnación de la cláusula que se pretende tendría el carácter de compromisoria.

Añade que se pretende convencer que su parte ejerció válidamente todos sus derechos durante el procedimiento, lo que no es cierto. Ello por cuanto el asunto no se siguió ante un tribunal acordado por las partes, pues éste fue impuesto por una entidad privada a la que ilegítimamente un Tribunal ordinario brasileño le concedió prerrogativas y su validez se encuentra cuestionada en un recurso de apelación pendiente, en segundo lugar porque no hubo debido proceso, pues más allá de estar

representados por abogados brasileños el juicio fue llevado en idioma portugués, acompañando documentos sin estar traducidos oficialmente, se les negó el derecho a pruebas específicas, como las periciales e inspecciones oculares requeridas por su parte. Por lo que estima se vulneró la garantía constitucional consagrada en el inciso quinto del numeral 3 del artículo 19 de la Constitución Política, que exige que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe haber sido tramitada de acuerdo a un debido proceso. Añade que se pretende convencer que su parte ejerció válidamente todos sus derechos durante el procedimiento. Ello por cuanto el asunto no se siguió ante un tribunal acordado por las partes, pues éste fue impuesto por una entidad privada a la que ilegítimamente un Tribunal ordinario brasileño le concedió prerrogativas y su validez se encuentra cuestionada en un recurso de apelación pendiente, en segundo lugar porque no hubo debido proceso, pues más allá de estar representados por abogados brasileños el juicio fue llevado en idioma portugués, acompañando documentos sin estar traducidos oficialmente, se les negó el derecho a pruebas específicas, como las periciales e inspecciones oculares requeridas por su parte. Por lo que estima se vulneró la garantía constitucional consagrada en el inciso quinto del numeral 3 del artículo 19 de la Constitución Política, que exige que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado.

Agrega que otra causal que debe llevar a rechazar la solicitud de exequátur, se funda en el hecho de que Garden House fue condenada en costas en circunstancias que no se solicitó por el actor, lo que constituye ultra petita y no haber sido totalmente vencida pues se acogió en parte lo pedido y de acuerdo a la ley 9307 en el caso que la parte no resulte totalmente vencida no se le condenará en costas. Tampoco la obligación es líquida y en consecuencia, de acuerdo a las normas del Código de Procedimiento Civil, ésta no puede ser requerida, siendo posible oponer la excepción que corresponda.

En el proceso, la Fiscal judicial, informó que la solicitud relativa al otorgamiento de la autorización para cumplir en Chile una sentencia arbitral en materia comercial expedida en el extranjero debe ser resuelta dentro del marco legal que señalan los

artículos 242 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, como normas generales y las contenidas en la ley 19.971; en esta Ley se contienen normas semejantes a las establecidas en la Convención sobre el Reconocimiento y ejecución de las sentencias Arbitrales Extranjeras de las Naciones Unidas de 1958, conocida como Convención de Nueva York y en la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial internacional de 1975, conocida como Convención de Panamá. Indica que un laudo arbitral en materia de comercio internacional expedido en el extranjero, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, debe ser reconocido como vinculante por la norma imperativa contenida en el artículo 35 de la ley 19.971 y su ejecución debe ajustarse a lo que dispone el artículo 36 de la misma, disposiciones que por su calidad de especiales priman por sobre las contenidas en los artículos 242 y siguientes del Código de Procedimiento Civil que reglan en forma general el cumplimiento de las resoluciones judiciales extranjeras.

Señala que el peticionario ha acompañado una copia debidamente autenticada, traducida y legalizada del laudo que se pretende hacer cumplir con las resoluciones que resuelven las aclaraciones presentadas por las partes; igualmente se acompañó copia del contrato de prestación de servicios, con lo que ha cumplido con las exigencias contenidas en el artículo 35 párrafo segundo de la Ley N° 19.971.

Agrega, que la finalidad del procedimiento de exequátur de acuerdo con el principio de la regularidad internacional de los fallos, es verificar el cumplimiento de ciertos requisitos mínimos y no se encuentra destinado a analizar la justicia o injusticia intrínseca de la sentencia, de modo que de manera alguna constituye una instancia de revisión de lo resuelto tanto en los hechos como en el derecho, dichos requisitos dicen relación con salvaguardar el orden público del país que acepta su cumplimiento, verificar el emplazamiento de la parte en contra de quien se hacen valer y la observancia de las reglas de competencia y que los fallos revistan el carácter de definitivos, es decir, que no sean susceptibles de ser modificados. Indica que las argumentaciones promovidas por la demandada para oponerse al cumplimiento del laudo deben ser examinadas de acuerdo con lo que dispone el artículo 36 párrafo I) letra a) de la Ley 19.971, que exige que el oponente pruebe ante

el Tribunal competente del país en que se pide el reconocimiento o ejecución, que su oposición se funda en alguna de las circunstancias que se enumeran allí.

1. Infracción a las leyes de la República y el orden público nacional, por que se ha entregado a un ente privado la designación de él o los árbitros contraviniendo los artículos 232 del Código Orgánico de Tribunales y 11 N° 3 letra a) de la ley 19.971. Sostiene que la cláusula de arbitraje se encuentra convenida dentro del contrato de 17 de junio 1999 celebrado en Chile y de su texto se desprende que reúne los requisitos establecidos en el artículo 7 de la Ley 19.971; pero en ella las partes no designaron la o las personas que debían desempeñar el arbitraje, sino que pactaron someterse a los organismos brasileños en capital Sao Pablo; de este modo, indica, las partes han pactado también someterse a una legislación, Tribunales y organismos extranjeros, pacto que es lícito según señala el artículo 113 inciso segundo del Código de Comercio que faculta a las partes para convenir sustraerse de dichas disposiciones de las leyes de la República. La designación de las personas que debían desempeñarse como árbitros quedó de esta manera entregada a la legislación brasileña, la que procedió de acuerdo con su reglamentación legal a determinar que el arbitraje debía llevarse ante un tribunal compuesto por tres personas, procedimiento que se ajusta a los artículos 10 N° 2 y 11 N° 3 letra a) de la ley 19.971, toda vez que no existiendo acuerdo en el número de árbitros ni en las personas, correspondía que cada parte designara un árbitro y los dos así designados, nombraran al tercero; así lo resolvió el juez del 19 Juzgado Civil del Foro Central de la Circunscripción de Sao Pablo y así se constituyó el arbitraje.

A juicio de la señora Fiscal la alegación de que el nombramiento de los árbitros emanó de un ente privado carece de todo fundamento, ya que emanó de las partes y de una decisión judicial y en cumplimiento de ella los contratantes designaron un árbitro cada uno y el tercero fue nombrado por los dos anteriores, todo conforme la ley brasileña concordante con la chilena. Por lo demás, la Sociedad Garden House concurrió a la formación del Tribunal arbitral designando a un abogado quien compareció ante el Tribunal arbitral, presentó la contestación de la demanda y dedujo demanda reconvencional, todos actos propios cuyos efectos no puede discutir, y que

debe llegar a la conclusión de que la designación y competencia del tribunal arbitral ha sido aceptada por las partes.

En cuanto a la alegación de que la cláusula compromisoria sería nula porque se pactó un arbitraje de equidad y de derecho, rechazada por el Tribunal de Sao Pablo, podría dar margen a la excepción del artículo 446 (sic) N° 1 del Código de Procedimiento Civil, pero a juicio de la Fiscal judicial, las ambigüedades contenidas en una cláusula arbitral contenida en un contrato no acarrea la nulidad sino que obligan a su interpretación de acuerdo con los artículos 1560 y siguientes del Código Civil; de los artículos 234 y 235 del Código Orgánico de Tribunales se desprende que la omisión de las facultades que se confieren al árbitro en la cláusula arbitral no la invalida y que si las partes no expresan la calidad en que se nombra al árbitro, se entiende que lo es en calidad de arbitro de derecho. Afirma la señora Fiscal que el acuerdo de arbitraje cumple con todos los requisitos que señalan los artículos 1° , 2° y 7 de la ley 19.971 para ser considerado un arbitraje comercial internacional, de lo que deduce que la cláusula de arbitraje es válida de acuerdo con la ley de Brasil y chilena, por lo que no concurre la circunstancia que señala el artículo 36 N ° 1 letra a) párrafo I) de la ley 19.971 que señala como causal de oposición la circunstancia que el acuerdo de arbitraje no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido que en este caso es la de Brasil.

2.- Infracción a las leyes de la República en relación al pago de los intereses. Se sostiene por la demandada que se dispuso el pago de intereses sobre intereses, lo que vulneraría la norma del artículo 9 de la ley 18.010 que según la oponente prohíbe expresamente la aplicación de intereses sobre intereses. A este respecto, la señora fiscal estima que el anatocismo se encontraba prohibido solamente respecto del contrato de mutuo como lo disponía el artículo 2210 del Código Civil , hoy derogado por el artículo 25 del D.L. N° 455 de 1974; y el artículo 9 de la ley 18.010, por el contrario, faculta expresamente para que pueda estipularse el pago de intereses sobre intereses capitalizándolos en cada vencimiento o renovación; la sentencia dispone la capitalización de los intereses y el pago de los mismos dentro de las fechas ya

señaladas de acuerdo con lo que dispone el artículo 394 del Código Civil de Brasil, como lo señala en los N° 16 y 23 de la sentencia aclaratoria de 2 de febrero de 2007; el laudo, por tanto ha sido dictado de conformidad con la legislación a la que voluntariamente se sometieron las partes al constituir el compromiso, no resultando por lo mismo aplicable la ley nacional. En todo caso, señala, no existe en nuestro ordenamiento jurídico alguna norma de orden público que prohíba el pacto o cobro de intereses sobre intereses. De lo que se sigue que el laudo que impone tal pago no resulta contrario a las leyes de la República ni al orden público nacional, de modo que no concurren las circunstancias del artículo 245 N° 1 del Código de Procedimiento Civil ni del artículo 36 N° 1 , letra b) de la Ley 19.971.

3.- En cuanto a la falta de cumplimiento del requisito del artículo 245 N° 3 del Código de Procedimiento Civil, se solicita el rechazo del exequátur porque Garden House estuvo impedida de hacer valer sus medios de defensa y fue condenada a pagar una suma de dinero, vulnerándose los principios fundamentales del debido proceso y del derecho de defensa. Asevera la señora Fiscal que la circunstancia que el juicio se tramitara en el idioma del país del Tribunal arbitral al que los contratantes voluntariamente sometieron sus dificultades, no es un motivo racional para estimar que alguna de las partes haya estado impedida de hacer valer sus medios de defensa; tampoco lo es que se le hubieren rechazado alguno de los medios de prueba solicitados porque ello es una materia que dice relación con el fondo del juicio, que escapa la finalidad del procedimiento de exequátur y que, de acuerdo a los hechos que se aleguen, puedan constituir alguna excepción a la ejecución del laudo, caso en la que se podrán promover y acreditar dentro de la ejecución correspondiente. De la misma sentencia se desprende que Garden House fue legalmente emplazada, que contestó la demanda, dedujo reconvenición y que fue debidamente representada y defendida por letrados, de modo que no puede concluirse la falta de debido proceso. De otra parte, expresa, no cabe someter a la legislación procesal extranjera la norma constitucional del artículo 19 N° 3 inciso quinto de nuestra Carta Fundamental, tanto porque ésta rige solamente dentro de nuestro territorio como porque considerar que un procedimiento de otro país no reúne las condiciones de justicia y racionalidad o no contempla los principios del debido proceso, importaría una indebida intromisión a su

soberanía.

El informe de la Sra. Fiscal Judicial es un ejemplo claro y contundente en dar un tratamiento cuidadoso a las demandas de orden público que pueden hacerse a través del trámite del exequátur al momento de querer ejecutar un laudo arbitral en Chile. Demuestra un respeto ejemplar por lo pactado por las partes en la cláusula arbitral, haciendo valer el Pacta Sunt Servanda por sobre todas las cosas, además del respeto por la decisión del fondo del asunto sin inmiscuirse en él, como pretendía la parte requerida.

No obstante al pronunciarse acerca del orden público, las referencias se hacen a normas específicas, identificando de esta manera el orden público con un norma en particular.

Por su parte, el pronunciamiento de la Corte Suprema es un notable aporte a la Ley 19.971, así la sentencia expresa en los siguientes considerandos los siguiente:

CONSIDERANDO 3º: “Que antes de entrar al fondo de la cuestión sub lite, considera esta Corte necesario analizar los principios doctrinarios que gobiernan el exequátur, que materialmente consiste en nuestro país, en la decisión de la Corte Suprema que, luego de sustanciar el procedimiento contradictorio respectivo, procede a revisar las exigencias legales y sin entrar a estudiar en detalle el fondo de la cuestión controvertida y materia del fallo que se pide cumplir, otorga autorización o pronunciamiento favorable a la sentencia extranjera que lo resuelve, con el objeto de otorgarle la fuerza ejecutiva de la que carece y reconocerle los mismos efectos que los fallos expedidos por jueces nacionales, lo que permitirá se la pueda cumplir mediante el procedimiento y ante el tribunal competente.

CONSIDERANDO 4º: “Que la presente solicitud debe ser resuelta a la luz de lo dispuesto en los artículos 242 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y especialmente atento lo estatuido en la Ley 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional, sin perjuicio de las normas que establecen tanto la Convención sobre el

Reconocimiento y Ejecución de las sentencias Arbitrales Extranjeras de Naciones Unidas de 1958 cuanto la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975.

El artículo 35 de la ley 19.971 intitulado Reconocimiento y ejecución señala en el numeral 1) que un laudo arbitral, cualquiera sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante y, tras la presentación de una petición por escrito al tribunal competente, será ejecutado en conformidad con las disposiciones de este artículo y del artículo 36”.

CONSIDERANDO 5º: “Que, cabe precisar, tal como lo sostiene la señora fiscal judicial, que este procedimiento no constituye una instancia, por lo que no es dable promover ni resolver dentro de él materias propias de los hechos y del derecho relativas a la causa en que se dictó la sentencia extranjera, ni tampoco pueden ser resueltas alegaciones que puedan constituir excepciones que deban ser opuestas en la ejecución correspondiente y ante el Tribunal que conoce de ella. En definitiva corresponde a esta Corte, a la luz de los antecedentes allegados a estos autos, examinar el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 36 de la Ley 19.971, y 242 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, puesto que el demandado alega que no se reúnen las condiciones copulativas que la ley establece”

CONSIDERANDO 6º: “Que el oponente sostiene que el nombramiento de los árbitros emanó de un ente privado, alegación que carece de todo fundamento, en razón de que emanó de una orden de un Tribunal Civil, 19º Juzgado Civil del Foro central de la circunscripción de Sao Paulo y de las partes, quienes como se ha dicho designaron a un árbitro cada una de ellas y el tercero fue nombrado por los dos anteriores, lo que se encuentra en perfecta concordancia con lo establecido en el artículo 11 N° 3 de la ley 19.971, fundamento suficiente para desestimar la alegación del demandado. Enseguida y en relación a la falta de validez de la cláusula compromisoria por su ambigüedad, falta de completitud e imprecisión, cabe señalar que dichos argumentos fueron desestimados por el citado Juzgado, sin que exista una

sentencia ejecutoriada que declare la nulidad de la misma, argumento bastante para desestimar dicha alegación”

CONSIDERANDO 7º: “Que como se señaló en lo expositivo de este fallo, el demandado alega que se han infringido las leyes de la República, artículo 9 de la Ley 18.010, en lo relativo al pago de intereses, por cuanto a su juicio ha existido anatocismo lo que se encuentra prohibido por la legislación nacional y la falta de liquidez de la deuda. Dichas alegaciones, constituyen una alegación de fondo, que escapan del control del exequátur, por lo que no corresponde a este Tribunal pronunciarse sobre la materia sino a aquél que conozca de la ejecución del fallo.

No obstante, la aplicación del exequátur a este respecto, el tratamiento que se da al orden público, al no aplicar estrictamente la norma específica, sino que desprender de esta el principio general respecto del cual se podría atentar contra el orden público, en una clara orientación hacia el orden público internacional, dadas las características propias de la Ley 19.971.

Por otra parte, encontramos la sentencia de exequátur ROL N° 3225-2008, en donde se solicita la concesión del exequátur por parte de la empresa Converse Inc., para cumplirse en Chile el laudo de arbitraje comercial internacional dictado en la ciudad de Nueva York, por el tribunal arbitral compuesto por árbitros designados en conformidad al reglamento de arbitraje del Centro Internacional para la Resolución de Disputas de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), por la cual se condenó a ATI Chile a pagar la suma de USD\$5.884.799,60.- más los intereses legales aplicables en el Estado de Nueva York a los fallos judiciales, más costas. Si bien es cierto, la demandada no funda su impugnación en la causal de orden público, queremos destacar la explicación dada por la Fiscal respecto a la utilización del exequátur para efectos del reconocimiento y ejecución de lo laudos arbitrales comerciales internacionales: “Expone que el laudo arbitral en materia de comercio internacional expedido en el extranjero, cualquiera que sea el país en que haya sido dictado, será reconocido como vinculante y obligatorio, como imperativamente lo dispone la norma contenida en el artículo 35 de la ley 19.971 y su ejecución debe ajustarse a lo que

dispone el artículo 36 de la misma; estas disposiciones en su calidad de tales; priman por sobre las contenidas en los Artículos 342 y siguientes del Código de Enjuiciamiento Civil; se establece una especie de presunción legal de la legitimidad del laudo, lo que solamente puede ser desvirtuada por las circunstancias que señala el Artículo 36. Asevera que la finalidad del procedimiento de exequátur, de acuerdo con el principio de la regularidad internacional de los fallos, es verificar el cumplimiento de ciertos requisitos mínimo y no se encuentra destinado a analizar la justicia o injusticia intrínseca de la sentencia, de modo que de manera alguna constituye una instancia de revisión de lo resuelto tanto en hechos como en el derecho: estos requisitos dicen relación con salvaguardar el orden público del país que acepta su cumplimiento; a verificar el emplazamiento de la parte en contra de quien se hacen valer; la observancia de las reglas de competencia y que los fallos revistan el carácter de definitivos, pero con relación a las sentencias arbitrales en materia comercial, se exige solamente que ellas sean obligatorias para las partes, según el artículo 36 N°1 letra a), apartado V de la Ley 19.971, requisito que es diferente al N°4 del Artículo 254 del Código de Procedimiento Civil. Esta norma de la Ley 19.971, exige que el oponente pruebe ante el tribunal competente del país en que se pide el reconocimiento o ejecución, que la oposición se funde en alguna de las cinco circunstancias que se enumeran en los acápites i), ii), iii), iv) y v). Añade que las causales que taxativamente señala la disposición indicada son las únicas que autorizarían a la Corte Suprema para denegar el reconocimiento impetrado y que igualmente se colige de esta disposición que la alegación en que se sustenta la excepción dilatoria dice relación con materias que han debido oponerse en el juicio arbitral y que resultan ajenas a la finalidad del procedimiento de exequátur”. No estamos de acuerdo con la apreciación de la Fiscal, dado que la norma del Artículo 35 no da lugar a dudas respecto a su interpretación, éste no constituye una “presunción de validez”, sino que declara el reconocimiento a la validez del laudo, el que sólo excepcionalmente podrá ser invalidado por las causales establecidas en el Artículo 36. De acuerdo a lo anterior, no se ve la razón de ser de la aplicación del exequátur a pesar de la justificación de su utilización dada por la Fiscal. No se observa el fundamento de un procedimiento previo de revisión del laudo, fundado en la examinación del cumplimiento de “requisitos mínimos” por parte del laudo arbitral, si alguno de dichos requisitos mínimos han sido ya revisados a lo largo

del procedimiento arbitral, así como también podrán ser objeto de revisión a través del procedimiento de reconocimiento y ejecución establecido en la Ley 19.971. Lo anterior, es reconocido por la propia Corte Suprema en el Considerando 8º de la sentencia referida: “Que atento a lo expresado en los razonamientos que anteceden y teniendo en consideración que la presente gestión de exequátur está destinada solamente a habilitar la iniciación de un juicio ejecutivo dentro del cual podrá debatirse lo alegado, y que la excepción deducida corresponde claramente a aquella contemplada en el N°2 del artículo 464 del Código de Procedimiento Civil, resulta improcedente promoverla y resolverla en esta etapa. Asimismo, no puede dejarse de hacer presente, que los fundamentos que sirven de sustento a esta excepción, de ser efectivos, correspondía fueran reclamados en el juicio arbitral.... Por otra parte, tratándose de una situación en la cual las partes se sometieron a un tribunal arbitral y a un derecho extranjero resulta que en la presente gestión únicamente pueden revisarse las alegaciones que se sustenten en aquellas exigencias y excepciones señaladas en los artículos IV y V de la Convención de Nueva York, respectivamente norma esta última que se encuentra reiterada por el artículo 36 de la ley 19.971, las que por cierto, también pueden ser opuestas durante la ejecución por la parte contra la cual se invoca. Sin embargo, los argumentos sobre los cuales la demandada construye la excepción referida no configuran ninguna de aquellas de las que trata el precepto mencionado, motivo por el cual no se justifica el análisis, el cual deberán las partes reservar para la oportunidad pertinente”.

Por otra parte, encontramos una sentencia, que si bien no es una sentencia arbitral extranjera, encontramos en ella lo que pareciera la tendencia a acotar el concepto de orden público, ante la monstruosa amplitud que concluíamos en párrafos anteriores. De acuerdo a la sentencia Rol N°5478-2007, dictada por la Corte Suprema a propósito de la solicitud de exequátur de fecha 11 de mayo de 2009, en su considerando 12º establece que cuando el Art. 245 CPC “estatuye , en su numeral primero, que la sentencia no debe contener nada contrario a las leyes de la República, corresponde primeramente consignar que según lo prescribe la misma disposición, debe descartarse del análisis cualquier consideración relativa a las normas de procedimiento a las que haya debido sujetarse en Chile la substanciación del juicio,

toda vez que, en cuanto importa al procedimiento aplicado, se rigen por las del para el (sic) país en que fue extendido el fallo, sin que le corresponda a esta Corte emitir un juicio de valor en este sentido o revisar las consideraciones y decisiones teniendo presente las leyes de procedimiento de nuestro ordenamiento jurídico (...). Zanjado lo anterior y del estudio correspondiente, aparece que las resoluciones materia de autos (...) contienen claras decisiones que no son contrarias a la legislación nacional vigente, pues la primera simplemente acoge una acción civil de cobro de dinero por incumplimiento contractual del mutuo por la suma total de USD\$ 3.350.597,12 de los cuales solamente se pagaron las primeras seis cuotas de USSD\$ 372.288,57 cada una de ellas y la segunda se limita a regular las costas de la causa. Al respecto es preciso enfatizar que a esta Corte únicamente le corresponde examinar los aspectos de la sentencia extranjera que podrían contrariar el derecho nacional, tanto en lo que dice relación con las normas constitucionales como con los preceptos (sic), examen que permite concluir que no se han determinado reparos que impidan reconocer la concurrencia del presupuesto”. De lo anterior, se desprende un estándar restringido de lo que se entiende por derecho chileno como parte del orden público, el que se infringiría si se atentara contra las normas constitucionales.

Dada la restricción conceptual referida precedentemente y considerando que la sentencia reseñada se dictó en el escenario de internacionalidad, ¿por qué la Corte Suprema relacionó el atentado al derecho chileno como contrario al orden público con las normas constitucionales?, ¿Qué ocurre con el resto del ordenamiento jurídico?, ¿sólo a la Constitución cabe acotar el orden público interno?.

3.4. Orden Público en la Constitución de 1980.

En España la definición del orden público se ha dejado en manos de la doctrina jurisprudencial, en especial jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹³⁶. El orden

¹³⁶ Entre otras las Sentencias del TC (Sala 1ª) 43/1986, de 15 de abril, BOE, núm. 102, de 29 de abril de 1986, BJC, t. XIV, p. 419-431; RCE, vol IV, 1987, pp. 209-212; con nota de M.A Conrado, REDI, vol XXXIX, 1987, pp. 81-85. Vid., también el Auto TC (Sala 1º) de 25 de febrero de 1985, RCEA, vol. II, 1985, pp. 220-222, junto a las observaciones de AMº Lorca

público se ha identificado en ese país, con los contenidos esenciales de su Carta Magna, sin olvidar también los principios civiles, procesales y sustantivos que rigen su ordenamiento jurídico.

El intento de definir el concepto de orden público de acuerdo a los valores fundamentales que entrega la Carta Fundamental, que generalmente coinciden mundialmente con los Derechos y Garantías Constitucionales de las distintas naciones no es algo nuevo. Así, los Tribunales se guían y limitan por la ley, la cual inevitablemente es influenciada por la política, de manera que si la ley es promulgada o derogada según los roces político – históricos del momento, el orden público también cambiará según los vaivenes sociales y legislativos unidos a los cambios políticos de la sociedad. En este escenario, se ha intentado construir un concepto de orden público más estable e internacional a partir de la base de un sistema jurídico democrático que es la Constitución.

Nuestra Carta Fundamental, como texto directriz y norma inspiradora de toda nuestra legislación nacional, no entrega un concepto de orden público, sólo alude a él, en ciertos artículos¹³⁷, refiriéndose a él como orden social, es decir como mantención y resguardo del Estado de Derecho.

Navarrete, "La cláusula de orden público en la homologación de laudos arbitrales", *Ibíd.* Vol IV, 19871, pp81-85. Sentencia TC (Sala 1) n°43/1988 de 16 de marzo, RCEA, vol. V., 1988- 1989, pp. 353 – 366. Auto TC (Sala 2º) núm. 116/1992 de 4 de mayo. Recurso de amparo núm. 31/1992. Nulidad; cláusula de orden público. Derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y Tribunales, RAJ, 1992, 116. También en el Auto TC (Sala 2ª, Sección 4ª), de 4 de mayo de 1992, RAJ, 1992, 116).

¹³⁷ Como por ejemplo: Artículo 19 N°11, que garantiza la libertad de enseñanza, sin otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional; Artículo 19 N°15, que garantiza el derecho a asociarse sin permiso previo, prohibiendo en su inciso 4º las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado; Artículo 19 N°21, que garantiza el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulan; Artículo 24, que se refiere al objeto del gobierno y administración del Estado que compete al Presidente de la República, estableciendo en su inciso 2º que su autoridad se extiende a todo cuanto tenga por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República de acuerdo con la Constitución y las leyes; Artículo 42, en cuanto a las causales de declaración de estado de emergencia una de ellas se refiere a "grave alteración del orden público"; Artículo 60, en relación a las causales de

En los modernos modelos de Constitución, como sería el caso de nuestra Carta Fundamental, Sánchez Agesta¹³⁸ distingue tres elementos fundamentales a saber, que constituirían el cuerpo normativo de la Carta Magna: (1) un núcleo central de ideas que configuran verdaderos principios y valores del respectivo régimen constitucional, (2) una ordenación de las instituciones de gobierno en sentido estricto, y en la que se define la atribución de poder a los órganos que la misma establece; y, (3) un determinado orden económico y social en que se basa el orden mismo de la comunidad (familia, propiedad, economía, grupos intermedios, etc.) mediante los cuales tales instituciones se desenvuelven.

De modo que, sin perjuicio de no encontrar en estas normas un concepto concreto de orden público, la Carta Fundamental a lo largo de su articulado, comprende un sin número de principios que inspirados en una ideología ius naturalista,- como ha quedado demostrado en las Actas de la Constitución de 1980-, dan cuenta de los elementos y características esenciales del orden público. De modo que, se desprenden conceptos e ideas que participan de la naturaleza de los principios generales del derecho, orientándose hacia la base y fundamento del orden institucional de una determinada comunidad. En este sentido, tales principios se nos presentan como verdaderos valores normativos que inspiran el conjunto del ordenamiento jurídico, aún cuando no se encuentren exteriorizados expresamente en las normas. Así, como lo expresa Alcalde Rodríguez “El Estado, llamado a configurar la Sociedad con arreglo a la Constitución, no puede obrar en todo caso por medio de normas compiladas, sino que su actividad sólo cobra sentido a través de los Principios”¹³⁹

cesación de cargos públicos, el inciso 5° señala: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso 7° del Número 15 del artículo 19°, cesará asimismo en sus funciones el diputado o senador que de palabra o por escrito incite a la alteración del orden público o propicie al cambio del orden jurídico institucional...”; Artículo 101, en su inciso 2° que expresa que “Las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública están integradas sólo por Carabineros e Investigaciones. Constituyen la fuerza pública y existen para dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior, en la forma que lo determinen las respectivas leyes orgánicas...”.

¹³⁸ Citado por ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, “Los principios Generales del Derecho”, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2003, p. 153

¹³⁹ Ibidem.

De esta manera, los principios generales del Derecho, se encarnan y concretan en la Constitución, obteniendo a través de ella el medio técnico y eficaz de su función informadora. En consecuencia, y como lo concluye Gordillo Cañas¹⁴⁰, incorporados a la Constitución tales principios adquieren el más alto rango normativo al servicio de su función informadora del ordenamiento, pero no por ello quedan convertidos en Ley formal, del mismo modo que la versión escrita de la costumbre no priva a ésta de su peculiar carácter de norma consuetudinaria¹⁴¹.

Alcalde Rodríguez, expresa: “En nuestro actual ordenamiento institucional se ha partido por consagrar, de manera explícita y sin ambigüedad, el reconocimiento a los principios y valores consustanciales a la naturaleza humana, de manera tal que ellos se han “positivizado” o “tipificado” en el sistema jurídico nacional. Y no se trata, según veremos más adelante, de meros consejos programáticos o nobles aspiraciones del constituyente, sino que de verdaderos preceptos vinculantes, que imponen de un modo directo, obligaciones específicas y definidas tanto al poder público como a los administrados...”, “...Un pluralismo aceptable en la sociedad democrática no puede reconocer, aunque cuenten con la adhesión mayoritaria y se sujeten a la regularidad en su proceso formativo, la vigencia y validez de leyes o actos de autoridad que vulneren esos valores superiores y, al contrario, ha de establecer los resortes encaminados a que, si en el hecho se promulgan o decretan, queden privados de todo efecto en el campo jurídico”¹⁴².

Ahora bien, lo anterior no significa estrictamente que el orden público se identifique solo y exclusivamente con la Constitución Política, sino que ésta se presenta como la guía que dirige el resto del ordenamiento jurídico, de modo que el juez al momento de comprobar si el laudo arbitral es contrario a alguna norma de aquellas de orden público chilena, pueda desprender de la misma el principio que la funda de acuerdo a aquellos valores esenciales que la Constitución protege y

¹⁴⁰ GORDILLO CAÑAS, Antonio; “Ley, Principios Generales y Constitución: Apuntes para una relectura desde la Constitución, de la Teoría de las Fuentes del Derecho”, Centro reestudios Ramón Areces, S.A, Madrid, p. 64

¹⁴¹ ALCALDE RODRÍGUEZ, op.cit, p. 154

¹⁴² Ibidem.

resguarda y que informan al resto del ordenamiento jurídico, de modo que si el laudo contraria tal principio en el fondo lo que estaría haciendo sería infringir las bases del ordenamiento jurídico. Es por eso, que la causal de orden público viene a erigirse como una causal restrictiva, que sólo pueda ser invocada cuando se ponga de manifiesto y en evidencia indiscutible el quebrantamiento del orden jurídico.

Ahora bien, ¿cuáles son dichos principios?. Si bien es cierto los principios generales del derecho son reconocidos por la mayoría de los sistemas jurídicos, no existe un catálogo de los mismos. A nivel comparado, generalmente los derechos garantidos por la Constitución se asocian únicamente a la protección de los Derechos Constitucionales Fundamentales o Derechos Humanos, considerando además que su protección también se encuentra contenida en Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Por lo mismo se ha presentado el problema de la indeterminación de los mismos, lo que trae como consecuencia a su vez una indeterminación en el concepto de orden público internacional. Así, en materia de arbitraje internacional privado, el tribunal Federal de los EEUU, refuerza en cada decisión “the federal policy favoring arbitration”, enfatizando que la interpretación de los convenios de arbitraje por parte de los tribunales judiciales debe estar gobernada por los principios generales de la contratación internacional y por una visión restringida que identifique el orden público únicamente con los Derechos Humanos fundamentales, dentro de un objetivo común tendiente a favorecer al arbitraje.

3.5. Principios Generales del Derecho: Fundamento del Orden Público Internacional como preceptos que inspiran el Ordenamiento Jurídico¹⁴³.

¹⁴³ Hacemos el alcance que los principios generales del derecho contenidos en este acápite no se encuentran identificados en específico con alguna área del Derecho, pero sí tratamos de acotarla a los principios que regulan las relaciones entre los particulares. Con todo, excepcionamos en este caso los principios de Derecho Internacional Público y las normas de ius cogens, en su acepción pública, puesto que nuestro estudio se encuentra en el ámbito privado y además, porque los valores de orden público que podríamos tomar como referencia se identifican con la seguridad pública vinculada a nociones características del Derecho Penal y Administrativo, la ideología política de un Estado o bloque de Estados o, a la soberanía nacional y seguridad policial, lo que se relaciona íntimamente a un orden público vinculado a la

Desde una perspectiva integradora del derecho natural y el derecho positivo, y teniendo presente que uno de los fines del orden público ha de ser el mantenimiento y resguardo del orden social, entendemos los Principios Generales del Derecho, como la base del ordenamiento jurídico, toda vez que en ellos se encuentra cimentado todo el sistema legal. Representan a su vez, los elementos que sirven de nexo para entrelazar las distintas figuras jurídicas, permitiendo su conceptualización dentro de un todo orgánico que responde a una misma razón lógica. Como lo señala Alcalde Rodríguez “los principios generales del derecho tienen *“per se”*, un determinado valor normativo, en cuanto conllevan la idea de un criterio de actuación jurídicamente lícita y, por ende, podemos afirmar con propiedad que ellos *son Derecho*”¹⁴⁴, agregando que “se trata, en efecto, de verdaderos “principios” en sentido ontológico, que informan la institución en que se manifiestan, y no de meras máximas o reglas heurísticas; son, a la vez, “generales”, esto es, procedentes de una estimativa objetiva, no de la apreciación retórica y singular de una supuesta “justicia del caso concreto”... y, por último, al precisar su pertenencia al derecho se concreta su validez jurídica, en el sentido ya del Derecho aplicable, como también su expresión técnica, fruto de la experiencia de la vida jurídica, expresa el sólo en una técnica de este carácter, y no como un simple precepto moral”¹⁴⁵

No obstante, considerando la amplitud y extensión de los mismos cabría, revisar cuáles principios en particular pueden ser considerados como de orden público internacional para efectos de su reconocimiento y protección en el arbitraje comercial internacional. Por lo mismo, es del caso revisar cuáles de estos principios son comunes a nuestra legislación, teniendo presente además la importancia teórica de los mismos, que nos ayudan a comprender mejor el funcionamiento de los mecanismos de solución de los problemas jurídicos que permiten superar la rigidez de los modelos normativistas, y que regirían el modelo de comunidad jurídica planteado por Savigny.

soberanía y al poder sancionador de un Gobierno, no referido a las relaciones universales transfronterizas en las que se sitúa el arbitraje internacional privado.

¹⁴⁴ ALCALDE RODRIGUEZ, op.cit, p. 53.

¹⁴⁵ Ibidem.

En este sentido, Alcalde Rodríguez¹⁴⁶ distingue dos clases de principios: (a) aquellos que directa o indirectamente emanan de la propia naturaleza humana (expresándose aquí el derecho natural), por lo que su validez y obligatoriedad se nos impone como una realidad que no depende de nuestra mera voluntad; y (b) Principios que podríamos denominar “institucionales”, cuyo fundamento descansa en la propia estructura de las diversas instituciones jurídicas, recibiendo por ende, de ellas mismas, la necesidad de respetar su observancia.

Dentro del primer grupo de principios, se encontrarían los siguientes:

- a) la primacía de la persona frente al Estado y la consecuente “servicialidad” de éste;
- b) el privilegio de la iniciativa particular antes que la estatal;
- c) la igualdad en la ley y ante la ley;
- d) el respeto de la autonomía privada en la esfera del derecho privado;
- e) la imposibilidad de obtener un beneficio a partir del dolo propio;
- f) el reconocimiento de la prescripción adquisitiva como un modo de adquirir el dominio;
- g) la ilegitimidad del enriquecimiento sin causa;
- h) el efecto “validante” que en ciertos casos corresponde atribuir al error común;
- i) la circunstancia de que nadie puede estar obligado a lo imposible;
- j) la obligación de indemnizar por los daños culposa o dolosamente causados;
- k) la renunciabilidad de los derechos que sólo miran el interés individual del renunciante;
- l) la necesidad de juzgar a una persona en el marco de un “debido proceso”;
- m) el hecho de aceptar que los imperativos de la justicia exigen no sólo tratar de manera igual a los que enfrentan la misma situación, sino que también de forma diversa a quienes se hallan en una situación distinta;

¹⁴⁶ *Ibíd.*, p. 54

- n) la presunción de inocencia que debe concedérsele a cualquier imputado y; a partir de ello, la necesidad que tiene el juzgador de abstenerse de sancionar en caso de no arribar a la convicción sobre la culpabilidad;
- o) el que nadie debe ni puede ser castigado por el delito ajeno; etc.

Como vemos, los principios anteriormente enunciados se erigen en garantía de la persona, impidiendo que sea desconocido aún por el legislador, aquello que le es más propio, esto es, su propia naturaleza y todo lo que de ella emana.

En cuanto a los principios del segundo grupo, contiene aquellos que no obstante, conformarse con el derecho natural, remontan su fundamento inmediato a las necesidades y exigencias que resultan de la propia estructura del sistema jurídico y de las instituciones que lo componen. Su validez y eficacia arranca de una concepción del Derecho fundada en el respeto por una realidad de carácter objetivo. Ello, tanto cuanto su fuerza vinculante reside en la naturaleza misma de aquella institución que han sido llamados a informar, erigiéndose en un elemento o factor imprescindible no sólo por su correcta formulación y funcionamiento, sino para los efectos de permitir su inserción en el conjunto armónico y coherente a que debe aspirar todo ordenamiento jurídico: A modo ejemplar, podemos señalar:

- a) la exigibilidad de los pactos lícitos voluntariamente convenidos;
- b) el hecho de que el deudor de una obligación comprometa genéricamente la totalidad del patrimonio para asegurar su cumplimiento;
- c) la imposibilidad de adquirir un derecho mayor o diverso de aquel que corresponde a quien lo transmite o transfiere;
- d) el hecho de que la buena fe y no la mala debe ser presumida;
- e) el que la prueba de las obligaciones o su extinción corresponda al que alega aquella o ésta;
- f) la existencia de una radical diferencia entre la persona jurídica y los miembros que la componen;
- g) el efecto retroactivo de la nulidad judicialmente declarada;
- h) la *par condictum creditorum* en materia concursal, etc.

Una de las principales importancias que tiene este grupo de principios, es que son materia de creación y desarrollo a nuevas doctrinas, además de ser reconocidas en los diversos ordenamientos jurídicos, no obstante carecer de una consagración legal precisa. Justamente nuestros Tribunales de justicia los han reconocido¹⁴⁷.

Así las cosas, en el esfuerzo de determinar el contenido de orden público, nos podemos dar cuenta que se encuentran mezclados tanto principios propios del Derecho Público como principios característicos del Derecho Privado. Con todo, debemos precisar, que no hay que confundir la acepción pública maximalista que identifica la normativa de orden público con el conjunto del ordenamiento jurídico en su totalidad, convirtiendo entonces en normas de orden público a todas aquellas que no emanan de la autonomía privada. Siguiendo este razonamiento, en realidad todas las leyes son normas de orden público si lo entendemos en su sentido amplio, como el conjunto de normas derivadas de la voluntad de un determinado Estado o grupo de Estados, pero no todas las normas son de orden público sobre la base de su fundamental importancia. Destacando que toda norma jurídica lleva implícita consideraciones imperativas o de orden público, pero que no todas son de orden público y ni siquiera materialmente imperativas.

Por otro lado, nos encontramos con aquellas acepciones relativas al orden público sustantivo conformado por fundamentos rectores identificados con principios

¹⁴⁷ A propósito de un recurso de protección, nuestros tribunales han precisado los supuestos que autorizan calificar una conducta como constitutiva de “abuso del derecho”, reconociéndolo como un principio general del derecho. Así el fallo aludido determinó que “si haya una actividad de suyo legítima, ella se transforma en ilegítima, arbitraria o ilegal si en su ejercicio se afecta un derecho de un tercero reconocido y garantizado por la Constitución, y no queda, a su vez, incluido dentro de las excepciones que la misma Constitución establece....la conclusión a que se ha arribado es un principio general de nuestra legislación, cuya expresión más clara se encuentra en el....artículo 56 del Código de Aguas, disposición que establece que ‘cualquiera puede cavar en suelo propio un pozo, aunque de ello resulte menoscabarse el aguade que se alimenta otro pozo; pero si de ello no reportare utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegararlo, y en la disposición del artículo 941 del Código de Bello” Considerando 14 y 15, sentencia de 23 de enero de 1985, “Romagosa Iriart en contra del Club Árabe de Tiro de Vuelo”, Corte de Apelaciones Presidente Pedro Aguirre Cerda, citado por Alcalde Rodríguez, p. 67 y 68. Ver ALCALDE RODRIGUEZ, páginas 68 a 70 y 103 y siguientes.

fundamentales del foro y el orden público procesal, que a su vez se integran por principios esenciales del proceso. Lo que tampoco será tratado en profundidad en este trabajo, por cuanto dependerá de cada sistema procesal en concreto. En todo caso, si en el procedimiento se produjese cualquier infracción al Derecho de la tutela judicial efectiva se violaría, no sólo un derecho fundamental sino además el orden público procesal más elemental, integrado por los principios de audiencia, contradicción e igualdad. Teniendo presente el tema que nos convoca, cabe agregar, en consecuencia, que la elección del arbitraje no permite el riesgo de que aquellos procedimientos arbitrales que atentan a los derechos procesales fundamentales puedan ser posibles por la vía privada. De modo que, si ocurriera algún tipo de indefensión o imparcialidad, se pondrían en funcionamiento los mecanismos de control jurisdiccionales propios de la instancia arbitral, es decir, justamente las causales de anulación de las sentencias arbitrales, recogidas en los distintos ordenamientos internos y en los correspondientes Convenios internacionales¹⁴⁸, así como las causales de denegación del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales¹⁴⁹

Siendo estos principios reconocidos e incorporados por la mayoría de los sistemas jurídicos constituirían así principios en los cuales se basa el orden público internacional y que nuestro ordenamiento jurídico reconoce y ampara.

Los principios anteriores informan la totalidad del ordenamiento jurídico chileno siendo principios generalmente comunes para la mayoría de los sistemas jurídicos fundando así el orden público internacional.

¹⁴⁸ En España, el art. 45 de la ley de Arbitraje de 1988, especialmente sus apartados 2, 3 y 5. Y en el ámbito internacional, el Convenio Europeo de Ginebra de 21 de abril de 1961, art. IX. 1. b) y parcialmente el art. IX.1. d)

¹⁴⁹ Los arts. V.1.b) y V. 2. b) del Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, que hubieran podido violar las mínimas garantías extranjeras, Garantías entendidas no sólo como violación al Derecho Constitucional de la tutela judicial efectiva art. 24 C.E. sino desde los más elementales conceptos de orden público procesal, en el sentido del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos del Hombre, CEDH, que extiende su ámbito de aplicación a una proyección universal o realmente internacional.

Ahora bien, teniendo presente el campo de aplicación de la Ley 19.971, acotado a materias de comercio internacional, es dable considerar que los principios que generalmente han de observarse dirán directa relación con el fondo de la controversia. Así por ejemplo, si las partes han aprobado un contrato que contiene cláusulas que establecen la exclusión de responsabilidad eliminando la indemnización de perjuicios por el daño causado y se exige el cumplimiento del mismo por la parte que ha causado un daño indemnizable a la contraria (por ejemplo no respetar el plazo establecido en un contrato, causándole pérdida económica a la contraparte) y el laudo arbitral concede las pretensiones de dicha parte, tal laudo comercial internacional no podría ser reconocido y ejecutado en Chile, dado que se conjugaría el quebrantamiento de principios como que todo daño debe ser indemnización, puesto que en caso contrario podría constituir un enriquecimiento ilícito.

Así las cosas, si bien es cierto los principios previamente enunciados se desprenden del ordenamiento jurídico interno, la internacionalidad de los mismos se basa en la característica de universalidad que poseen. De modo que, lo más probable es que aquellos laudos que infringen tales principios, también los infrinjan en el país en que fue dictado el laudo o en el país cuya legislación fuere aplicable de acuerdo a la nacionalidad de las partes.

Con todo, algunos principios han sido uniformados en la práctica comercial, ayudando a la interpretación y aplicación de los contratos sobre comercio internacional, agrupando principios que regulan las relaciones dentro del campo de la autonomía de la voluntad, además de otros principios de procedimiento haciéndolos más flexibles, con el objeto de conseguir el cumplimiento del contrato, respetando así lo pactado originalmente por las partes.

3.6. Principios Generales de Contratación Internacional:

Habiendo dicho que el orden público que ha de atender el juez al momento de la revisión de un laudo de arbitraje comercial internacional, será el internacional y que

esté se inspira en las bases fundamentales del ordenamiento jurídico que dicen relación con aquellos principios que son comunes a los sistemas jurídicos en general, entre los que se contienen aquellos que rigen las relaciones entre privados, es dable y necesario señalar los Principios Generales de Contratación Internacional, dada la uniformidad de estos, como expresión de los acuerdos entre las diversidad naciones acerca de los mismos, siendo un claro ejemplo del reconocimiento de los principios anteriormente enunciados.

Al momento de hablar de Principios de Contratación Internacional, necesariamente debemos referirnos a los Principios UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional.

Considerando la utilización de los usos y costumbres creados para y por los comerciantes, la *lex mercatoria*, la unificación del Derecho Privado y la internacionalidad de las relaciones comerciales, como lo expresa Picand Albónico “Durante el transcurso del tiempo, y al volverse internacional este ‘derecho consuetudinario y corporativo’ creado por los gremios, siempre objeto de fuertes críticas, los legisladores comenzaron a innovar en instituciones que no siempre tenían un mismo sentido y tratamiento en los distintos sistemas jurídicos, produciéndose así una verdadera “nacionalización” de este derecho a través de la aparición de Códigos y, consecuentemente, fue posible advertir un alto índice de conflictos de leyes en materias comerciales, nunca sanos y que lejos de solucionar las dificultades que podían generarse en torno a una transacción, no hacían más que agudizarlas”¹⁵⁰. Así comenzó nuevamente la tendencia a desarrollarse la unificación del Derecho Privado, tanto en materia civil como comercial, para eludir los conflictos de leyes y dar certeza jurídica a los comerciantes, volviendo a la internacionalización de la *lex mercatoria* a través de reglas comunes para todos los sistemas jurídicos.

¹⁵⁰ PICAND ALBÓNICO, Eduardo; “Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional (2004), Apuntes de Cátedra Contratación Internacional, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p.1

Siguiendo la tendencia referida en el ámbito internacional, han sido agrupaciones gremiales o instituciones intergubernamentales las encargadas de estudiar y proponer bases para la unificación de las instituciones de Derecho Privado, quienes han propuesto y aprobado convenciones y leyes, situación que ocurre en los casos de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y la Cámara de Comercio Internacional (CCI). Esta tendencia ha llevado a desplazar el “método conflictual” como técnica regulatoria del Derecho Internacional Privado, por el “método material” en materia de contratación internacional¹⁵¹.

Ahora bien, en este esfuerzo de lograr tal uniformidad, el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), - que sólo volvió a funcionar en 1940 sobre la base de un Tratado Internacional multilateral llamado “Estatuto Orgánico de UNIDROIT” (15 de marzo 1940) y del cual Chile es parte al haber publicado su Estatuto en el Diario Oficial, el 25 de agosto de 1982 -, crea los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales¹⁵²

Tales principios, no son un tratado internacional, ni ley modelo ni proyecto de convención sino que una especie de “código de conducta facultativo”¹⁵³, entregando a la voluntad de los usuarios la posibilidad de que ellos mismos uniformen sus relaciones jurídicas, “el verdadero poder o fuerza vinculante de los Principios es la seriedad y profesionalidad de quienes los recopilaron y elaboraron, y la flexibilidad que tiene para adaptarse a los requerimientos del comercio internacional, siempre cambiante, siempre

¹⁵¹ *Ibíd.*, p.2

¹⁵² “El origen de los Principios se encuentra en una propuesta formulada en 1968 por el ex Secretario General der la UNIDROIT Mr. M. Mateuci, quien tenía la idea de elaborar un *Restament* de contratos – basados en el modelo norteamericano-, pero de alcance internacional. El proyecto fue presentado en 1971 bajo el título “Codificación progresiva del Derecho del Comercio Internacional, sin embargo, sólo fue estudiado en 1980 por un grupo de especialistas en Derecho comparado y Comercio Internacional de los más importantes sistemas jurídicos (Civil Law; Common Law y los Estados socialistas), labor que concluyó el año 1994, tras la aprobación de los “Principios para los Contratos Comerciales Internacionales”. El éxito de los Principios llegó a tal nivel que luego de diez años (2004) fue publicada la versión corregida, aumentada y actualizada de los mismos, la cual ya tiene comentarios de los más destacados profesores”. *Ibíd.*, p. 5.

¹⁵³ *Ibíd.*, p. 6

mutante. Hoy en día los Principios son un verdadero “Derecho Común” de contratación internacional, o como ha dicho el distinguido profesor norteamericano Friedrich Jünger, una “codificación supranacional de derecho convenido”¹⁵⁴. De modo que constituyen una estructura sustantiva para la regulación de los contratos internacionales.

Los Principios (2004), están divididos en 10 capítulos que contienen en total 185 artículos, con disposiciones aplicables a todo el proceso contractual desde su gestación hasta su conclusión a través del cumplimiento o incumplimiento del mismo. Su Preámbulo declara el propósito de dichos Principios:

“Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales.

Ellos deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado someter el contrato a sus disposiciones.

Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes no hayan elegido alguna ley para regular el contrato.

Estos principios pueden ser utilizados para interpretar o suplementar textos internacionales de derecho uniforme.

Ellos pueden ser utilizados para interpretar o suplementar textos internacionales de derecho uniforme.

Ellos pueden ser utilizados para interpretar o suplementar una ley nacional.

Estos Principios pueden servir de modelo para la legislación a nivel nacional o internacional”

Considerando que los principios referidos en este texto, dicen relación con todos los aspectos de los contratos, desde la formación del consentimiento hasta el cumplimiento del mismo, destacaremos aquellos principios que consideramos deberán ser considerados por el tribunal nacional al momento de la solicitud de reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral que conceda el cumplimiento del contrato y cuyos efectos han de ocurrir en Chile:

¹⁵⁴ Ibidem.

1º Libertad de contratación: El artículo 1.1 de los Principios señalan que “Las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido”. Este principio de “*freedom of contract*”, es el principio rector de la autonomía de la voluntad, siendo las partes libres para celebrar un contrato y fijar su contenido dentro del respeto de la buena fe y de las normas imperativas¹⁵⁵. Justamente esta libertad, es el punto central en que se basa el orden económico internacional, que tiende hacia el libre comercio y la competitividad.

2º Libertad de formas: El artículo 1.2 de los Principios dispone que “Nada de lo expresado en estos Principios requiere que un contrato, declaración o acto alguno debe ser celebrado o probado conforme a una forma en particular. El contrato puede ser probado por cualquier medio, incluidos los testigos”. De modo que se flexibiliza en las exigencias formales de la celebración de un contrato. Este principio, es también aplicado a las declaraciones y actos unilaterales de voluntad (oferta, determinación del precio por una de las partes, apoderamiento de un agente, el reconocimiento del deudor acerca del derecho, antes que expire el plazo de prescripción, etc.). Este principio es un reflejo de otro principio como la buena fe y la lealtad negocial. Además la libertad de las partes respecto de la adopción de formalidades, es razonable atendida la internacionalidad del contrato, siendo difícil en algunos casos identificarlo con alguna ley en particular. Lo anterior es acorde con el artículo 11 de la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías que dispone “El contrato de compraventas no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma. Podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos”. Con todo, la aplicación de este principio siempre encontrará como límite natural las normas imperativas nacionales, internacionales o supranacionales, referidas en el artículo 1.4 de los Principios, puesto que no obstante la internacionalidad del contrato a la que aludíamos en general encontramos en el derecho aplicable normas imperativas cuya aplicación obligatoria para el juez le exige revisar el cumplimiento de

¹⁵⁵ Este principio también se encuentra reconocido en el artículo 1:102 de los Principles of European Contract, el cual dispone que: “(1) Las partes son libres para celebrar un contrato y establecer su contenido, dentro del respeto de la buena fe (‘good faith and fair dealing’) y de las normas imperativas por los presentes principios...”. Ibid, op.cit, nota N°20,p. 9,

ciertas formalidades por parte de los contratantes. “Imaginemos un convenio arbitral, el cual, conforme lo dispuesto por el artículo 7º de la Ley 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional, siempre debe constar por escrito”¹⁵⁶

3º Principio *Pacta Sunt Servanda*: El Artículo 1.3 dispone que “Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguido conforme a lo que el disponga, por acuerdo de las partes o por algún otro modo conforme a estos Principios”. Este principio se basa en dar seguridad al comercio internacional, siendo uno de los pilares en que se sustenta la autonomía de la voluntad para efectos de comprometer a los contratantes, suponiendo la validez del contrato. La modificación o extinción del contrato queda regida íntegramente por las normas de los Principios y por la autonomía de la voluntad, en tanto cuanto las partes pueden acordar que el contrato sea modificado o extinguido¹⁵⁷. Con todo, los principios no regulan los efectos que el contrato pueda tener respecto de terceros¹⁵⁸, ni tampoco de los efectos que pueda tener la resolución o anulación del contrato sobre los derechos de terceras personas.

4º Normas imperativas: El Artículo 1.4 establece que “Estos Principios no restringen la aplicación de normas de carácter imperativo, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de Derecho Internacional Privado”. A este respecto Picand Albónico, expresa: “El Derecho es una ordenación de la razón destinada al bien común dada y promulgada por quien tenga a su cargo el cuidado de la comunidad. Desde este conocido concepto, podríamos concluir algo por sí elemental: el Derecho existe para ser cumplido. No obstante lo anterior, no es menos cierto que, muchas veces, el legislador no ha regulado situaciones también elementales y que son fundamentales

¹⁵⁶ Ibid, p. 9 a 10.

¹⁵⁷ “Véase los artículos 3.10 (2 y 3); 3.13; 5.18; 6.1.16; 6.2.3; 7.1.7; 7.3.1 y 7.3.3.”. Ibid, Nota N 25, p.10.

¹⁵⁸ “lo cual es común advertir en Derecho Comparado respecto de la responsabilidad que tiene el vendedor no sólo por la integridad física del comprador en relación con las mercaderías vendidas, sino también los terceros que trabajan en su establecimiento” Ibidem. Creemos que lo anterior es dado, puesto que en la mayoría de los sistemas jurídicos, existe normas imperativas e incluso muchas veces de orden público interno, que no podrían ser cambiadas por las partes.

para el normal desenvolvimiento de la vida social, lo que se justifica pues la norma jurídica es una creación para casos hipotéticos generales y no para casos concretos particulares. Entonces, el Derecho se vuelve flexible y permite que sean los propios destinatarios de sus normas quienes pueden crear Derecho a través de su propia voluntad (norma dispositiva), siempre que no vulneren ciertos mandatos mínimos que el legislador entiende fundamentales para el correcto orden social, político y económico del Estado. Estas últimas normas que podríamos llamar “las intocables del ordenamiento jurídico”, forman el ‘Derecho inderogable’ de un Estado, que los particulares no pueden eludir y tampoco pueden dejar de respetar, como lo son, por ejemplo, las normas relativas al Derecho de Extranjería, nacionalidad y competencia de los tribunales chilenos. Entonces, en los casos en que las partes incorporan los Principios de manera expresa en el contrato internacional, la aplicación de los mismos enfrenta de inmediato una primera gran limitación: las normas imperativas del Derecho aplicable al contrato, las normas imperativas del foro y las de un tercer Estado que pudieran ser aplicables. Ahora bien, como segunda limitación, incluso en el caso que la ley del contrato sean los propios Principios, éstos no pueden vulnerar normas o internacional o supranacionalmente imperativas”¹⁵⁹. Justamente, las normas imperativas se erigen como una limitación a la autonomía de la voluntad, debiendo respetar y acatar éstas.

5º Carácter dispositivo de los Principios: El Artículo 1.5 señala que “Las partes pueden excluir la aplicación de estos Principios, así como denegar o modificar el efecto de cualquiera de sus disposiciones, salvo que ellos se disponga algo diferente”. Esta disposición es concordante con el Artículo 1.1, confirmando la relevancia del principio de autonomía de la voluntad. No obstante, tanto las Disposiciones Generales del Capítulo I como las del preámbulo, siendo los principios orientadores del texto, las partes no podrían excluirse de la aplicación de éstos, puesto que “estarían en buenas

¹⁵⁹ “Ejemplo de estas normas son las que regulan el cambio de divisas en los Convenios de Bretton Woods, licencias de exportación e importación, normas sobre libre competencia, etc.” Ibid, nota Nª 27, p. 11. Respecto de las normas de libre competencia consideramos que más que ser normas imperativas en realidad es una situación de arbitrabilidad dado que es el Estado quien determina la exclusividad de los tribunales de justicia nacionales para conocer de dicha materia.

cuentas renunciando al espíritu de los Principios y a su sistema de aplicabilidad. Sin perjuicio de lo señalado, existen ciertos Principios que expresan su imperatividad para las partes, como por ejemplo: la buena fe (Art. 1.7); disposiciones del Capítulo III sobre validez del contrato, salvo lo relativo al error y la imposibilidad inicial (Art. 3.19); determinación del precio (Art. 5.1.7), pago convenido por el incumplimiento (Art. 7.4.13) y prescripción (Art. 10.3). Por otra parte, “la jurisprudencia ha sido tajante en sostener que el ejercicio de la autonomía de la voluntad en la exclusión de ciertas normas de los Principios, debe ser siempre producto de un acuerdo de voluntades de las partes y, por tanto, la imposición de condiciones generales de contratación no podrían producir la renuncia tácita de los Principios cuando fueran contradictorios unos con otros, pues generalmente aquellos son producto de la declaración unilateral de la parte más fuerte. Sólo si la aplicación de las CGC genera la aplicación de una legislación que ambas partes han querido, y ella, a su vez, es contraria a los Principios, éstos podrían ser excluidos tácitamente para la elección de ley efectuada por las partes”¹⁶⁰.

6º Interpretación e integración de los Principios: El Artículo 1.6 dispone que “(1) En la interpretación de estos Principios se tendrá en cuenta su carácter internacional así como sus propósitos, incluyendo la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación. (2) Las cuestiones que se encuentren comprendidas en el ámbito de aplicación de estos Principios, aunque no resueltas expresamente por ellos, se resolverán en lo posible según sus principios generales subyacentes”. Como lo señala Picand : “Interpretar la norma considerando que se trata de un texto internacional, significa que el juez debe olvidar los conceptos netamente nacionalistas que inspiran su *lex fori* y que son utilizadas en el texto, por cuanto su elaboración y redacción fue pensada para el ambiente neutro propio del comercio internacional. Esto implica que el juez o el árbitro deben necesariamente interpretar conforme al sentido literal de las expresiones utilizadas en la autónoma redacción de los Principios, y no olvidando jamás que dentro de todas las versiones que de ellos existen, la que predomina es la inglesa. Debe estarse también a los criterios que los propios redactores tuvieron a la vista para regular cada institución jurídica consagrada en los Principios (elemento

¹⁶⁰ Ibid, p. 13.

histórico), o sea, sacar un común denominador de lo que en ella se entiende en los distintos sistemas jurídicos. Asimismo, es menester interpretar las disposiciones de manera sistemática no sólo con las restantes normas de los Principios, sino también con otros textos internacionales que regulan la contratación comercial internacional e, incluso, la *lex mercatoria*. Cumpliendo debidamente estos criterios de interpretación, probablemente llegaremos a una aplicación más o menos uniforme de los Principios, cualquiera sea el sistema jurídico involucrado”¹⁶¹

7º Buena fe y lealtad negocial: El artículo 1.7 expresa que “(1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional. (2) Las partes no pueden excluir y limitar este deber”. Este principio es que entrega a las partes la confianza para el respeto del contrato.

8º Comportamiento Contradictorio: El Art. 1.8 de los Principios dispone que “Una parte no puede actuar en contradicción a un entendimiento que ella ha suscitado en su contraparte y conforme al cual esta última ha actuado razonablemente en consecuencia y en su desventaja”.

9º Primacía de la *Lex Mercatoria*: El Artículo 1.9 establece que “(1) Las partes están obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. (2) Las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el comercio internacional por los sujetos participantes en el tráfico mercantil de que se trate, a menos que la aplicación de dicho uso sea irrazonable”. La importancia de este artículo está dado por la obligatoriedad de reconocimiento de los usos y prácticas utilizadas generalmente por los comerciantes, aunque los contratantes no las hubieren pactado expresamente.

10º Notificaciones: El artículo 1.10 establece que “(1) Cuando sea necesaria una notificación, ésta se hará por cualquier medio apropiado según las circunstancias. (2) La notificación surtirá efectos cuando llegue al ámbito o círculo de la persona a quien

¹⁶¹ Ibid, p. 13 y 14.

va dirigida. (3) A los fines del párrafo anterior, se considera que una notificación llega al ámbito o círculo de la persona a quien va dirigida cuando es comunicada oralmente o entregada en su establecimiento o dirección postal. (4) A los fines de este artículo, la palabra “notificación” incluye toda declaración, demanda, requerimiento o cualquier otro medio empleado para comunicar una intención”. Este artículo es concordante con el artículo 1.2 relativo a la Libertad de formas. Con todo, el criterio seguido en este Principio es el de la recepción.

11º Formación del consentimiento: En el Capítulo II sobre Formación y Apoderamiento de Representantes, en la Sección 1º se describe el proceso de formación del consentimiento respecto de los contratos, estableciéndose que el contrato se perfecciona mediante la aceptación de una oferta o por la conducta de las partes que sea suficiente para manifestar un acuerdo. Se destaca el repudio de las negociaciones de mala fe, las que se condenan con indemnización de perjuicios. Asimismo, se trata lo relativo a cláusulas sorprendidas, las que no tienen eficacia si la otra parte no hubiera podido preverla razonablemente, salvo que dicha parte la hubiera aceptado expresamente. Para determinar la calidad de cláusula sorprendente, se tendrá en cuenta su contenido, lenguaje y presentación. Luego en la Sección 2º se tratan las reglas de representación, las que no presentan diferencias con nuestra legislación interna. Se regula las consecuencias del conflicto de intereses en la representación, señalando que si un contrato celebrado por un representante lo involucra en un conflicto de intereses con el representado, del que el tercero sabía o debiera haber sabido, el representado puede anular el contrato, el derecho a anulación se somete a los artículos 3.12 y 3.14 a 3.17.

12º Validez de los Contratos Internacionales: El Capítulo III trata sobre esta materia, expresando que estos Principios no se ocupan de la invalidez del contrato causada por falta de capacidad y la inmoralidad o ilegalidad del contrato, dejando en manos de la legislación aplicable la determinación de la validez del contrato en estos casos. Se declara que todo contrato queda perfeccionado, modificado o extinguido por el mero acuerdo de las partes, sin ningún requisito adicional. Se destaca lo relativo a la “imposibilidad inicial” en cuanto que no afectará la validez del contrato el mero hecho

de que al momento de su celebración fuese imposible el cumplimiento de la obligación contraída, tampoco afectará la validez del contrato el mero hecho de que al momento de su celebración una de las partes no estuviere facultado para disponer de los bienes objetos del contrato. Por otra parte, se destaca respecto del error los “remedios por incumplimiento” en cuanto a que una parte no puede anular el contrato a causa de error si los hechos en los que se basa su pretensión le otorgan o le podrían haber otorgado remedios por incumplimiento. Se regula también el dolo, la fuerza (“intimidación”) y la lesión enorme (“excesiva desproporción”) en la que se incorpora el estado de necesidad. También lo relativo a daños y perjuicios, declarando que, independientemente de que el contrato sea o no anulado, la parte conoció o debía hacer conocido la causa de anulación se encuentra obligada a resarcir a la otra los daños y perjuicios causados, colocándola en la misma situación en que se encontraría de no haber celebrado el contrato. Asimismo, se establece el carácter imperativo de estas disposiciones, salvo cuando ellas se refieran a la fuerza vinculante del mero acuerdo, a la imposibilidad inicial de cumplimiento y el error. Llama la atención que estas disposiciones además se aplicarán incluso a toda comunicación de intención que una parte dirija a la otra.

13º Interpretación de los contratos: Tratado en el Capítulo IV, en donde se entrega una especie de orden sistemático de interpretación parecido a lo dispuesto en nuestro Código Civil. Así, primeramente la interpretación estará regida por la intención que han tenido los contratantes y en caso que ésta no pueda establecerse, el contrato se interpretará conforme al significado que le habrían dado en circunstancias similares personas razonables de la misma condición que las partes, lo que nos parece bastante difícil. Concordante con lo anterior, se deberá atender a declaraciones y otros actos de las partes para desprender su intención, considerando además circunstancias relevantes, de acuerdo a los artículos 4.1 y 4.2, entre las que se encuentran: las negociaciones previas entre las partes, las prácticas que ellas hayan establecido entre sí, los actos realizados por las partes con posterioridad a la celebración del contrato, la naturaleza y finalidad del contrato, el significado comúnmente dado a los términos y expresiones en el respectivo ramo comercial y los usos. Por otra parte, también se da la interpretación sistemática de los contratos, en cuanto a interpretar sus expresiones

en conformidad a la totalidad del contrato. En conformidad con lo anterior, los Principios señalan además la “interpretación dando efecto a todas las disposiciones”. En caso que los términos de un contrato dictados por una de las partes no son claros, se da la “interpretación contra preferentemente”, prefiriéndose la interpretación que perjudique a dicha parte. En el caso de discrepancias lingüísticas, se preferirá la primera versión en que fue redactado el contrato. Finalmente se da la regla de interpretación “integración del contrato”, que establece que cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo acerca de un término importante para determinar sus derechos y obligaciones, en contrario será integrado con un término apropiado a las circunstancias. Para determinar cuál es el término más apropiado, se tendrán en cuenta factores como: la intención de las partes, la naturaleza y finalidad del contrato, la buena fe y la lealtad negocial y el sentido común.

14º Cumplimiento de los contratos internacionales: Establecido en el Capítulo IV entrega reglas generales respecto a la forma de su cumplimiento. Cabe destacar lo relativo a la “excesiva onerosidad (*hardship*) de lo establecido en la Sección 2º del este capítulo, que establece que cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, la parte permanece obligada, no obstante, a cumplir sus obligaciones, a menos que se de una situación de “excesividad onerosa”, la que se entiende como el caso en que el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y: (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato, (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato, (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja y (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja. El efecto de declarar la “excesiva onerosidad” es que la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. En nuestro país, esta situación no se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico, sino que

doctrinariamente se baraja la teoría de la imprevisión¹⁶². Finalmente el Capítulo VII, se refiere al Incumplimiento de los Contratos, cuyas normas no se alejan de lo referido en nuestro ordenamiento interno. Lo mismo ocurre respecto de lo establecido en el Capítulo VIII sobre la Compensación en Contratación Internacional y el Capítulo IX sobre la Cesión de Créditos, Transferencia de Obligaciones y la Cesión de Contratos Internacionales, cuyas ideas centrales son las mismas de nuestra legislación.

3.7. Necesidad de reconocimiento expreso del orden público internacional en Chile:

El Código de Bustamante, ratificado por Chile en 1933 menciona entre sus reglas generales el concepto de orden público. Señala en el artículo 3°, que comprende aquellas leyes y reglas vigentes en cada Estado contratante, “que obligan por igual a cuantos residen en el territorio, sean o no nacionales, denominadas locales, territoriales o de orden público internacional”. Esta norma de carácter general se complementa con los artículos 4° y 5° que disponen que son también de orden público internacional los preceptos constitucionales, así como toda regla de protección individual y colectiva establecidas por el Derecho Político y administrativo.

Esta definición más bien formal, siguiendo el espíritu ecléctico que guía al Código de Derecho Internacional Privado, no precisa claramente la extensión ni el alcance del orden público internacional, ya que cada país signatario tiene un concepto distinto del orden público, y el pretender señalar su contenido implicaría determinar cuáles son los principios fundamentales de cada Estado parte, que no pueden contrariarse mediante la aplicación de normas extranjeras.

¹⁶² Lorenzo de la Maza la define como “la doctrina jurídica que sostiene que el juez puede intervenir a petición de cualquiera de las partes, en la ejecución de la obligación con el objeto de atenuar sus efectos, cuando a consecuencia de acontecimientos imprevisibles para las partes al momento de formarse el vínculo jurídico, ajenos a su voluntad y que producen perturbación grave con relación a toda una categoría de contratantes, la ejecución de la obligación se hace más difícil o más onerosa, y siempre que aquel llegue a formarse la convicción de que siendo previsibles estas perturbaciones, las partes no se habrían obligado en las condiciones fijadas” . DE LA MAZA, Lorenzo; “La Teoría de la imprevisión”, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 30, 1º parte, p. 93)

El artículo 3° contiene una gran confusión de conceptos al referirse al orden público internacional. Por una parte, la confunde con las leyes de aplicación necesaria- criterio armónico con el de nuestra Corte Suprema- al señalar que se refiere a determinadas leyes o reglas obligatorias en un Estado determinado. Ellas no admitirían ser derogadas por normas extranjeras, cualquiera sea su contenido, ya que son imperativas. Por otra parte, lo asimila a las normas territoriales, oponiéndolo a las leyes que el mismo artículo denomina personales. El orden público no puede confundirse con las normas territoriales, primeramente, porque no es un concepto que esté radicado en normas, y en segundo término porque mediante él se impone la aplicación de determinadas normas de la *lex fori* y no necesariamente de leyes territoriales.

Al señalar los artículos 4° y 5° que, tanto los preceptos constitucionales como las reglas de protección individual y colectiva establecidas por el derecho político y administrativo son de orden público internacional, este Código cae en la muy frecuente confusión entre orden público y derecho público que se origina en la excesiva amplitud que gran parte de la doctrina y la jurisprudencia (es el caso de la chilena) atribuyen al primero. El orden público en Derecho Internacional Privado tiene por objeto la evicción de la ley extranjera, normalmente competente, en las relaciones entre particulares de distintos Estados, mientras que el Derecho Público se refiere, como ya se ha dicho, a la organización de los poderes del Estado. En esta materia no existe conflicto de competencias ya que ella está determinada por las reglas del Derecho Internacional Público.

El Código de Bustamante contiene, para completar esta cláusula general de orden público, cada materia tratada está salpicada de disposiciones de orden público. Esto lleva a que no obstante haberse admitido en un Estado la autonomía conflictual, en virtud de las disposiciones especiales de este Código, se tenga que aplicar necesariamente la norma local. Esto importa una gran limitación a la posibilidad de aplicar Derecho extranjero a los casos con elementos extranjeros envueltos, por la enorme cantidad de disposiciones del Código de Derecho Internacional Privado que imponen el carácter inderogable a normas nacionales que originariamente no lo son. Queda reducida a su mínima expresión la unificación del Derecho Internacional Privado

mediante la coordinación de normas de conflicto, ya que al asimilarse el orden público con las disposiciones en que se expresa, se cae en la exageración de redactar un catálogo de normas inderogables, que se extiende incluso a materias en que las legislaciones nacionales admiten la plena autonomía conflictual¹⁶³

La gran mayoría de las cláusulas especiales de orden público que contiene el Código de Derecho Internacional Privado, se refieren a materias en que claramente existen – en nuestra legislación – principios de orden público envueltas. Tales son, por ejemplo, el estado, la capacidad y las relaciones de familia, la sucesión por causa de muerte, la propiedad y los modos de adquirirla, los vicios del consentimiento y otras.

Pero la gravedad está en la forma de aplicar el orden público. Sostener, como lo hace el Código de Bustamante, que por tratarse de normas se aplica a priori, hace que se prescindiera totalmente de toda disposición extranjera que se refiera a estas materias. Queda entonces, bastante restringida la posibilidad de aplicar Derecho extranjero.

Normas como la del artículo 59 del Código de Bustamante, que dispone que “es de orden público internacional la regla que da al hijo derecho de alimentos”, no hacen sino confirmar nuestros principios de orden público. Sería intolerable aplicar en Chile una sentencia extranjera que niegue este Derecho cumpliéndose los requisitos señalados en la ley. Pero hay otras, como la del artículo 68 que sí son discutibles. Disponer que son de orden público las disposiciones chilenas que regulan estas materias nos encontraríamos con que una resolución extranjera que determina una cuantía distinta a la señalada por la ley chilena, será siempre y necesariamente contraria al orden público, incluso en el caso en que conceda más.

Existe además en el Código de Derecho Internacional Privado, una forma de substraerse a sus propias disposiciones por razones de orden público internacional, se hace a través del mecanismo de las reservas admitidas por el artículo 3° de la

¹⁶³ Son disposiciones de orden público internacional aquellas a que se refieren entre otros los artículos 51, 59, 61, 68, 72, 76, 78, 90, 91, 117, 120, 136, 138, 140, 145, 148, 149, 150, 153, 155, 160, 175, 179, 188, 189, 192, 193, 194, 195, 197, 198, 202, 203, 212, 241, 246, 254, 257, 272, 283, 284, 423 N°5 del Código de Bustamante.

Convención de Derecho Internacional Privado, que dispone que “Cada una de las Repúblicas contratantes, al ratificar el presente convenio, podrán declarar que se reserva la aceptación de uno o más artículos del Código anexo y no la obligarán las disposiciones a que la reserva se refiere”. Es así como los Congresos de Brasil, Haití, República Dominicana y Venezuela formularon, al ratificar al tratado, reservas específicas a artículos determinados de esta codificación, que afectan o resultan irreconciliables con ciertos principios sustentados en sus legislaciones internas o en tratados internacionales suscritos por ellos.

Diversas críticas se han hecho a estas reservas específicas, entre ellas la del Dr. Lorenzo Herrera Mendoza, quien al referirse al caso venezolano observa que el criterio excesivamente territorialista asumido por Venezuela es la causa del éxito parcial en ella del Código Bustamante “porque la Cancillería y las Cámaras creyeron inexactamente que la organización civil, familiar, tutelar, etc., tiene en Venezuela íntegramente el carácter de orden público tan elevado, tan exigente, tan absoluto, que impide siempre la aplicación de toda ley extranjera (y eso pronunciado a priori y sin previo examen para cada caso de cual sea el contenido de la ley extranjera de cuya aplicación se trate). Y se creyó, asimismo, que el referido orden público imposibilitaba a nuestros funcionarios a celebrar tratados internacionales en estas materias, ni siquiera con Repúblicas hermanas, cuyas legislaciones son análogas a las nuestras. Se creyó inexactamente, pero ello tiene ahora la fuerza de una interpretación legislativa y global, que las reservas dichas eran impuestas por nuestra legislación cuyas prescripciones fueron calificadas de “esenciales y fundamentales”¹⁶⁴. Es a consecuencia de esta abusiva utilización del orden público como medio para imponer las leyes territoriales venezolanas, que se eleva a la categoría de instituciones “esenciales” que en ningún caso lo son, y que bien podrían haber quedado regidas por el estatuto extranjero sin que ello las afectara.

Otros países como Bolivia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador y también nuestro país, lo ratificaron con reservas indeterminadas en abierta contradicción con el

¹⁶⁴ PARRA-ARANGUREN, Gonzalo “Codificación del Derecho Internacional Privado en América”, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Caracas, Venezuela, 1982, p. 168.

mencionado artículo 3º, que sólo acepta reservas determinadas a uno o más artículos o instituciones específicas y no al Código en general. En el caso chileno se señala que se aprueba el Código de Derecho Internacional Privado, suscrito el 20 de febrero de 1928 en la VI Conferencia Interamericana de La Habana, con la reserva de que ante el Derecho chileno, y con relación a los conflictos que se produzcan entre la legislación chilena y alguna extranjera, los preceptos de la legislación actual o futura de Chile prevalecerán sobre dicho Código, en caso de desacuerdo entre unos y otros¹⁶⁵. Esta reserva general hace que el valor del Código sea meramente formal, puesto que, como señala el profesor Fernando Albónico, sólo se aplica a las siguientes hipótesis: “a) cuando coincide con la norma de Derecho Internacional Privado chilena, actual o futura, inclusive las contenidas en los convenios vigentes; b) en caso de silencio de la ley de Chile y, c) cuando la ley chilena remite expresamente el Derecho Internacional Privado”¹⁶⁶. A pesar de tener los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes el mismo valor que una ley, el Código Bustamante tiene una aplicación muy limitada como consecuencia de la reserva antes mencionada.

Tal vez, esta misma reserva formulada por Chile, pueda servir de escape para no aplicar las cláusulas específicas de orden público, cuando se considere que ellas pugnan con nuestra legislación.

En 1976, siempre con el ánimo de lograr la unificación del Derecho Internacional Privado, Chile ratificó las seis convenciones suscritas en Panamá en el marco de la primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-I). En todas ellas existe la cláusula del orden público que, como señala Gonzalo Parra, era necesaria como “válvula de escape para superar los inconvenientes del método indirecto para resolver los conflictos de leyes: no es posible aceptar a priori la aplicación irrestricta de una ley cuyo contenido se desconoce y cualquier acuerdo en contrario representa un suicidio jurídico”¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Según Decreto Promulgatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores N°374 de 10 de abril de 1934.

¹⁶⁶ PARRA, op.cit, p. 177

¹⁶⁷ Ibidem, p. 342.

La cuestión del orden público internacional se debatió intensamente al discutirse el proyecto de Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias. Delegaciones como la de Uruguay se mostraron reacias frente a la posibilidad de incluir esta cláusula en un tratado internacional, ya que “constituye de alguna manera una forma de ampliación a la oposición de los órganos jurídicos territoriales al concepto de las normas supranacionales, en la medida en que se consagra en el derecho positivo supranacional, no hará sino progresar al orden público, y el progreso del orden público equivale al retroceso del Derecho Internacional Privado”¹⁶⁸. Esta desconfianza surge de la constatación del abuso de los jueces que, al tener que aplicar una ley extranjera que desconocen, se excusan por razones de orden público al observar la más mínima diferencia con la legislación nacional, cosa que lleva que se transforme en un concepto tremendamente amplio y arbitrario. Pero este argumento, no fue suficiente frente a la realidad de que, ante la existencia de un conflicto de leyes, no puede dejar de tenerse un método de defensa que proteja de eventuales disconformidades manifiestas entre la ley extranjera aplicable en un caso concreto y los principios básicos y fundamentales que inspiran la legislación del foro. Por lo anterior, reconociendo el carácter excepcional de la cláusula de reserva del orden público insistiendo en que sólo debe limitarse a los “asuntos de la mayor importancia que afecten los intereses fundamentales de los Estados”¹⁶⁹, se acordó que sólo se admitiría la evicción de la ley extranjera en aquellos casos en que sea “manifiestamente contraria a su orden público”¹⁷⁰. De esta forma se evita el funcionamiento del orden público en casos de dudas y se restringe “la natural tendencia a extender las hipótesis de su funcionamiento”¹⁷¹. Gonzalo Parra resume lo debatido en la Comisión Segunda de la Primera Conferencia Especializadas señalando que existe un acuerdo general de incluir una cláusula de orden publico; en que el orden público que se pretende incluir viene a representar los principios básicos y fundamentales del país en que se plantea

¹⁶⁸ Ibidem, p. 466.

¹⁶⁹ Ibid., p. 467.

¹⁷⁰ Redacción finalmente adoptada.

¹⁷¹ PARRA, G; op.cit, p. 465.

la cuestión; y en que se debe tratar de restringir, dentro de los límites posibles, la fórmula del artículo para evitar aplicaciones exageradas”¹⁷².

En la segunda Conferencia Especializada (CIDIP II), sin mayor debate se admitió la necesidad de incluir una norma referida al orden público como un mecanismo para descartar la ley extranjera declarada aplicable, cuando su contenido choque, en el caso concreto, con principios básicos y fundamentales de la legislación del juez”¹⁷³. Se retomó el texto aprobado en 1975 (CIDIP I) pero perfeccionándolo a propuestas del jurista argentino W. Goldshmidt en el sentido de “restringir la posibilidad de aplicación del Derecho extranjero a las hipótesis de su manifiesta contrariedad con los principios del orden público de la *lex fori*”¹⁷⁴. Si bien en Panamá 1975 quedaron claros estos conceptos al debatirse la cláusula de orden público, ella no se reflejó en su redacción final, de ahí que la nueva redacción que señala “la ley declarada aplicable por una Convención de Derecho Internacional Privado, podrá no ser aplicada en el territorio de un Estado parte que la considere manifiestamente contraria a los principios de su orden público”¹⁷⁵ excluya toda duda “en el sentido de precisar que (a violación) debe recaer sobre los principios del propio derecho, sin permitir su intervención cuando sólo se vean afectadas las normas que desarrollen dichos principios”¹⁷⁶.

Chile no ha ratificado ninguna de las Convenciones aprobadas en la CIDIP II, no obstante haber participado en esta Conferencia. De ratificarse estas convenciones (en especial la referida a las Normas Generales de Derecho Internacional Privado), el concepto de orden público, como conjunto de principios, pasaría a tener un sustento legal. Esto significaría un gran avance para el Derecho Internacional Privado Chileno, especialmente porque precave el peligro de restringir al mínimo la posibilidad de aplicar

¹⁷² Redacción del art. 5° de la Convención Interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional Privado que fue adoptado en semejantes términos en las demás convenciones acordadas en el marco de la CIDIP II.

¹⁷³ *Ibíd.*, p. 464.

¹⁷⁴ *Ibíd.*, p. 465.

¹⁷⁵ Redacción del art. 5° de la Convención Interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional Privado que fue adoptado en semejantes términos en las demás convenciones acordadas en el marco de la CIDIP II.

¹⁷⁶ PARRA, G: *op.cit.*, p. 465.

Derecho extranjero por parte de la Corte Suprema, al confundir el orden público con las disposiciones que expresa.

CAPITULO IV

CONCLUSIONES.

Mundialmente, la expansión del arbitraje comercial internacional y el desarrollo de su autonomía, debe su éxito mayoritariamente a la evolución progresiva que con él ha experimentado el Orden Público y las normas materiales imperativas en el arbitraje comercial internacional, en cuanto al control de las leyes y tribunales nacionales ha avanzado enormemente.

Del estudio de los distintos conceptos que se han dado del Orden Público, podríamos decir que es el conjunto de reglas establecidas por el legislador como esenciales al mantenimiento de la sociedad, que dicen relación no sólo al interés de ciertos individuos sino al interés general, considerando que las reglas de conflicto forman una verdadera arquitectura donde cada ley reúne bajo su soberanía un cierto número de materias. Así, en principio el juez debe referirse a esa arquitectura para colocar el conflicto en el lugar que le corresponde, de acuerdo a la ley competente. Así, si esta ley es extranjera, deberá verificar si acaso vulnera o no alguna de las reglas fundamentales en que se basa el orden jurídico, social y político del país. Si la respuesta es afirmativa, dicha ley extranjera no puede ser aplicada aunque las reglas de conflicto le otorguen plena competencia, puesto que se atentaría visiblemente en contra del orden público nacional. Así, todas las veces que las mencionadas instituciones, a las que se ha otorgado el nombre genérico de orden público, se vean amenazadas por la posible aplicación de una ley extranjera, el juez debe eliminarla o descartarla, atendiéndose en ese determinado punto a lo que dispone su propia ley interna, la "lex fori". Igualmente, no podrá permitir que el Estado extranjero ponga en tela de juicio la interpretación que el juez nacional hace de las necesidades de su civilización, ya que cada país, defensor de sí mismo, está llamado a delimitar el reducto infranqueable de su orden público.

Tal concepción de orden público, se transforma en una traba en las relaciones internacionales y más aún para el comercio internacional.

Es así que para el caso del arbitraje comercial internacional ha de aplicarse un concepto que no se identifique exactamente con una norma particular, sino el principio inspirador de dicha norma, la que desprenderá el juez en un control a posteriori del laudo arbitral que se desea ejecutar.

Así las cosas, la función del orden público no es la de excluir ab initio la aplicación del Derecho extranjero. Para eso existen las normas de policía y en general las normas de aplicación necesaria, que reservan ciertas materias a la *lex fori*. El orden público complementa a estas disposiciones, porque opera una vez establecido que ciertas materias admiten una reglamentación extranjera, es decir no existe una norma de policía que reglamente necesariamente excluyendo de plano la aplicación del Derecho extranjero, y sólo en la medida en que la solución dada por la norma extranjera atente gravemente contra los principios de orden público.

Justamente, al constituir el orden público la convicción común de una sociedad determinada respecto de ciertos valores inalienables, le corresponderá al juez resguardar aquellos principios fundamentales que inspiran su ordenamiento jurídico y lo sustentan, de modo que, tendrá que oponerse a la ejecución de un laudo extranjero que los sobrepase o contraríe al momento de aplicarse concretamente, es decir, un control a posteriori de dicho orden público, lo que no se lograría si se atendiera estrictamente a lo expresado en la norma. Así el juez, en dicho control tendrá la misión de determinar el principio en que se funda dicha norma y si la aplicación del laudo es contrario a ello, pero de un modo restringido.

Tales principios al ser generalmente comunes a los diferentes sistemas jurídicos se consideran de rango internacional. Lo anterior, hace concluir que es al orden público internacional al que debe atender el juez al momento de verificar la contrariedad del laudo con esta causal, puesto que los principios que ha de extraer en su análisis son aquellos comunes e internacionalmente aceptados, siendo esta - la internacionalidad de los principios - lo que los hace coherentes en su aplicación al procedimiento de arbitraje comercial internacional.

El Orden Público internacional, se identifica con la defensa o protección que utilizan los distintos foros para impedir el reconocimiento o la ejecución de determinadas decisiones judiciales consideradas incompatibles con los valores y principios fundamentales de su sistema legal. Dado lo anterior, esta causal se aplicará excepcionalmente y sólo cuando el juez concretamente pruebe el daño que se infringiría a esta en caso de ejecutar el laudo arbitral internacional, en su país.

En el contexto arbitral tal excepcionalidad se manifiesta al tratar de conciliar tanto la justicia pública estatal como la privada arbitral, lo anterior en cuanto a relacionar la situación y los límites entre una y otra forma de justicia, compatibilizando a su vez dentro de la propia justicia arbitral, entre su naturaleza contractual y jurisdiccional. De modo que, el orden público debe ser siempre entendido en un sentido restringido y limitado en el arbitraje internacional.

Es más, la doctrina del orden público debería ser invocada únicamente en aquellos casos en los que claramente el perjuicio de lo “público” sea incuestionable, sin depender de las interferencias de la doctrina asentada de los tribunales sobre los que son los valores fundamentales de orden internacional o interno que pueden formar parte del concepto de orden público.

Creemos, que tal aplicación restrictiva debe darse toda vez que el arbitraje se sustenta justamente en la autonomía privada, siguiendo sus propias reglas. El uso del amplio poder que la autonomía de la voluntad les confiere a las partes para “desnacionalizar” sus contratos recurriendo a cláusulas de Derecho aplicable que recurran a manifestaciones tan genéricas e imprecisas como “la buena fe”, “la equidad”, los “principios generales del derecho internacional”, o la “*lex mercatoria*”, pudiendo las partes combinar de acuerdo a sus intereses, las normas de diferentes sistemas legales para excluir, total o parcialmente, la normativa de un determinado Estado, que les resultaría obligatorias si se aplicaran las reglas del Derecho Internacional Privado. Así las cosas, la causal de orden público como motivo de denegación del reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, se posesiona como el límite con que cuenta la justicia pública ante la liberalización del arbitraje, haciendo

presente su poderío en la administración de justicia en el país donde el laudo se pretende aplicar.

En consecuencia, consideramos que el problema de la relación entre justicia privada v/s pública se encuentra obligadamente orientada a evolucionar en el sentido de eliminar cualquier límite que no sea aquel que se den las propias partes. Lo anterior dado que el problema ya no se circunscribe a excluir las leyes de uno o varios Estados, sino que se excluyan todas las normas internacionales imperativas y el orden público internacional que requiere ser aplicado, provocando una pérdida del valor de la inoperatividad en diversos ámbitos materiales y con una mayor ambigüedad que la habitual falta de determinación e imprecisión que acompaña al orden público, existiendo la confusión de cuál será el orden público a aplicar por los árbitros, considerando además que en el arbitraje privado internacional no existe un foro en sentido propio que esté vinculado a alguna jurisdicción, puesto que el árbitro no tiene *lex fori* ante la cual sea responsable, ya que su responsabilidad en principio se debe únicamente a las partes. El arbitraje deslocalizado, se enfoca a la autonomía que alcanza respecto a la ley aplicable al fondo del contrato por el árbitro que puede prescindir de las legislaciones estatales aplicables y, por ende, del orden público vinculado a ellas pudiendo aplicar un Derecho Anacional. No obstante, el árbitro no puede dejar de aplicar un orden público internacional del lugar o lugares donde el laudo deba ser ejecutado. De modo que, el orden público establece un límite a la tendencia manifestada por las partes y por los propios árbitros hacia la deslocalización. Dado lo anterior, no vemos problemas en que fuera más calificado el árbitro quien revisara la contrariedad del laudo respecto del orden público internacional.

Paradójicamente, creemos que el orden público (sea interno o internacional) es uno de los pilares fundamentales en los que se asienta la credibilidad en la institución arbitral. Es una garantía que la justicia privada precisa y, además, reconoce y verifica la buena actuación de los árbitros y el reconocimiento a su respeto por el orden público tal y como hasta ahora ha venido siendo afirmado. Así las cosas, la liberalización del arbitraje pone de manifiesto los controles para que dicha liberalización no se convierta en abusiva.

En nuestro país, considerando el apego de nuestros tribunales al principio territorialista, la aplicación de las leyes extranjeras no será posible en aquellos casos que el aplicarlas menoscabe la conservación del Estado y los intereses generales de la comunidad política. Es decir, la aplicación de la ley extranjera en Chile jamás podrá vulnerar, ni aún al amparo del principio de la autonomía de la voluntad el orden público interno de éste integrado especialmente por sus leyes imperativas y prohibitivas. Lo anterior, no se condice con las características de internacionalidad del arbitraje. Justamente, la “internacionalidad”, es el elemento que permite ubicar la legislación aplicable ya sea en el mismo ordenamiento jurídico nacional o en uno extranjero, debiendo atenderse a las normas conflictuales existentes en el Derecho Internacional Privado, para establecer cuál es la ley competente para regular la capacidad de las partes, la arbitrabilidad de la materia, la nulidad del acuerdo arbitral, el procedimiento y ejecución de la sentencia.

Un ejemplo de dicho territorialismo, como modo de hacer presente que los tribunales nacionales tienen las riendas de la administración de justicia, es que como trámite previo a la ejecutabilidad del laudo, aún indebidamente se utiliza el procedimiento de exequátur, el que ha perdido toda razón de ser en estos casos, dada la claridad de lo expresado en el Artículo 35 de la Ley N° 19791, reconociendo la validez del laudo sin otras exigencias que las establecidas en numeral 2 del mismo artículo. Justamente, una de las razones de la creación de esta ley, fue ayudar a que las relaciones comerciales internacionales no queden entrampadas y empantanadas en la burocracia procesal de las legislaciones arbitrales domésticas. Además, si bien es cierto siempre se ha realizado el reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras a través del exequátur, hay que considerar que hasta el 2004, no existía en nuestro país norma que tratara sistemáticamente el arbitraje comercial internacional. De modo, que existiendo una norma especial, primará su aplicación sobre la antigua regla general. Por su parte, la homologación del laudo arbitral se podrá realizar a través del propio procedimiento establecido en el Artículo 35 N°2, siendo acorde con lo expresado en el Artículo III de la Convención de New York, en cuanto a no establecer otros requisitos a las sentencias extranjeras que no sean

aplicados a las nacionales, como una manera de dar celeridad al proceso. El tiempo gastado en el trámite del exequátur, es un tiempo valioso para las partes si consideramos que las materias controvertidas y de lo cual el árbitro resolvió dicen relación con la actividad comercial, por lo que con mayor razón se requiere la ejecución del laudo en el más breve plazo posible. Justamente, esta indebida aplicación del exequátur es una clara muestra de la pugna entre el la justicia privada v/s pública.

Por otra parte, el concepto de orden público chileno no se encuentra del todo acotado y definido, asociándose tanto a las normas imperativas, al derecho público y a las nociones más básicas de moralidad y de justicia de un sistema jurídico, conceptos esencialmente imprecisos. La jurisprudencia chilena ha abordado el tema del orden público en numerosos fallos. En ellos ha invocado esta noción como una limitación a la aplicación de la ley extranjera normalmente competente, en todos considerando al orden público como un conjunto de disposiciones, sin una determinación clara de su contenido. La doctrina tampoco tiene una opinión conteste al respecto. Por su parte, de acuerdo a las opiniones referidas en la tramitación del proyecto de la Ley 19.971, el orden público se confunde con la arbitrabilidad, lo que como señalamos es un error dado que al referirnos a arbitrabilidad nos centramos en la disponibilidad de los derechos sometidos a arbitraje, el que una materia sea inarbitrable no significa que sea necesariamente una materia de orden público. Por otra parte, se identifica con el interés público, lo que viene a ser demasiado amplio, pudiendo derivar en arbitrariedades innecesarias. Y finalmente es identificado con el derecho público, mientras que como ya lo explicamos no todas las normas de orden público son de derecho público.

El Art. 36 N°1 letra b) ii) de la Ley 19.971, al entregar al juez nacional la potestad del resguardo y preservación del orden público chileno, acota la utilización de esta causal con el objeto de que no sean los particulares quienes se valgan de esto como una forma de escaparse al cumplimiento del laudo arbitral, aprovechándose de la indeterminación del concepto. Sin embargo, el hecho que se establezca que dicho resguardo es al orden público “de Chile”, deja la puerta abierta igualmente a la indeterminación y arbitrariedad o a la equivocada aplicación de la ley chilena en

desmedro del cumplimiento del laudo comercial extranjero, de modo que es necesario un orden público que podríamos contextualizar como típicamente arbitral.

Es así como concordando con lo revisado a nivel comparado, creemos encontrar que dicho orden público es el internacional, el que se desprendería de los principios que fundamentan el sistema jurídico chileno, expresado en la norma fundamental que informa la totalidad del ordenamiento jurídico, esto es la Constitución Política.

El intento de definir el concepto de orden público de acuerdo a los valores fundamentales que entrega la Carta Fundamental, que generalmente coinciden mundialmente con los Derechos y Garantías Constitucionales de las distintas naciones no es algo nuevo. Así, los Tribunales se guían y limitan por la ley, la que inevitablemente es influenciada por la política, de manera que si la ley es promulgada o derogada según los roces político – históricos del momento, el orden público también cambiará según los vaivenes sociales y legislativos unidos a los cambios políticos de la sociedad. En este escenario, se ha intentado construir un concepto de orden público más estable e internacional a partir de la base de un sistema jurídico democrático que es la Constitución. En consecuencia, los valores fundamentales que protegen y garantizan las constituciones universalmente, se identifican con el orden público puro o real o auténticamente internacional que también serviría para aplicar en el arbitraje internacional, debiendo este orden público, descontaminarse de todo interés político y fundarse en consideraciones de ética social.

Lo anterior no significa que el orden público se identifique exactamente con la Constitución Política, sino que al revisar la norma nacional que el juez considera que el laudo arbitral pueda afectar, se desprenda de ella aquel principio general que se entiende contiene aquel valor inalienable protegido y resguardado por la Constitución Política y que por tanto, informará a todo el ordenamiento jurídico.

Se podría cuestionar la existencia tan clara de tal orden público internacional, dada su identificación con el orden público interno, y la verdad es que no se trata de distintas especies de orden público sino que una especie de otro nivel que va más allá

de la norma jurídica que lo contiene y que se hace general a la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Así, con la ayuda del Derecho comparado y las normas jurídicas internacionalmente unificadas, así como otras normas y leyes modelo internacionales es posible construir modelos o criterios que puedan servir como indicios para diferenciar, en casos dudosos, las normas jurídicas consideradas fundamentales de las demás. En consecuencia, es el concepto de orden público internacional formado por un cuerpo de principios universales de las naciones civilizadas, el que debiera atender el juez.

Con todo, hasta el momento, la Corte Suprema ha demostrado bastante prudencia al momento de interpretar las normas de orden público en materia de exequátur de laudos arbitrales, demostrando un criterio restrictivo del mismo.

Consideramos que la referencia a un orden público de Chile en la Ley 19.971, resulta anticuada, sin concordar con el espíritu y las características propias de la legislación. Es un resabio al proteccionismo de la justicia estatal frente a la ejecución de sentencias extranjeras, los últimos vestigios de una intervención que se impone como límite a la liberalización de la autoregulación de las partes en sus relaciones comerciales. Lo anterior, dado el cambio de paradigma que ocurre con la nueva normativa a excluir la aplicación del exequátur y las limitaciones a la intervención de la justicia estatal. Su función, en este sentido, es de ser un control que límite a la autoregulación que se dan las partes en el arbitraje, cuando éste pueda afectar aquellos valores o principios en que se funda e informa las bases de nuestro ordenamiento jurídico.

Creemos que nuestro país, debiera evolucionar hacia la aceptación del orden público internacional, e incorporarlo a la Ley 19.971, como lo hacen otras legislaciones latinoamericanas. Por su parte, al resguardar el orden público internacional, igualmente se estará protegiendo el orden público interno, pero desde una perspectiva que es acorde con las relaciones comerciales internacionales que son objeto de la Ley de arbitraje comercial internacional.

BIBLIOGRAFIA.

a. LIBROS:

1. **ALBONICO**, Fernando; "Manual de Derecho Internacional Privado", Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
2. **ALCALDE RODRIGUEZ**, Enrique; "Los Principios Generales del Derecho: Su función de Garantía en el Derecho Público y Privado Chileno", Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2003
3. **ALSINA**, Hugo; " Tratado Teórico y Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial ", Compañía Argentina de Ediciones Sociedad de Responsabilidad Ltda., Buenos Aires
4. **ANABALON**, Carlos; "Tratado Práctico de Derecho Procesal Civil Chileno", 2º Edición, Librotec Ltda. Ediciones,1944.
5. **J. ARIAS RAMOS Y J.A. ARIAS BONET**. Derecho Romano I. Parte General. Derechos Reales. Decimocuarta edición. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1977
6. **BARTIN, Etienne**, "Études de Droit International Privé", A. Chevalier-Marescq, Paris, 1899
7. **BATIFFOL, Henri**, "Traite Elementaire de Droit International Privé", Librairie Generale de Droit et de Jurisprudente, Paris, 1959.
8. **BIOCCA**, Stella Maris y Otros; "Lecciones de Derecho Internacional Privado. Parte General", Editorial Universitaria, Buenos Aires, 2º Edición, 1997.
9. **CALVO CARAVACA**, Alfonso Luis y **FERNÁNDEZ DE LA GRANADA**, Luis "El arbitraje comercial internacional". Editorial Tecnos, 1989
10. **CARDINI**, Osvaldo Eugenio, "Orden Público" Buenos Aires.
11. **CLARO SOLAR**, Luis, "Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado" Tomo XI.. Santiago
12. **COLIN**, Ambrosio y **CAPITANT**, Henri,"Curso elemental de Derecho Civil", Madrid , 1952
13. **CUARTERO RUBIO**, Mº V, "El recurso de anulación contra el laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional". Eurolex, Madrid, 1997

14. **CHILLON MEDINA, José María y MERINO MERCHAN, José Fernando**, “Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional”, Editorial Civitas S.A, Madrid, 1991
15. **DE BARTOLOMÉ CENZANO, JOSE CARLOS**. “El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades”. Centro de Estudios Políticos y constitucionales. Madrid 2002
16. **DEL VECCHIO, Giorgio**; “Los principios Generales del Derecho”, Editorial Bosch, Barcelona, 2º edición
17. **DUNCKER BIGGS, Federico**, “Derecho Internacional Privado”, Santiago, 1967
18. **DURATON**. Cours de droit francais suivant l'ordre du Code. T. I. Número 109. 2ª edición.
19. **FIORE, Pasquale**, “Derecho Internacional Privado”, Centro Editorial de Góngora, Paris, 1889
20. **FONTAINE ALDUNATE, Arturo**, “De la noción de buenas costumbres en el Derecho Civil chileno. Santiago, 1945
21. **FOUCHARD, Ph. ; GAILLARD, E. ; y, GOLDMAN, B. ;** “Traité d l'arbitrage comercial internacional”, Litec, Paris, 1996
22. **GIORGI, Giorgi**; “Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano”. Firenze 1907. Vol. III
23. **GIORDANO**. Comnto sulle leggi civili del Codice del regno delle due Sicilie. I. Napoli. 1848.
24. **GOLDSHMIDT, Werner**. “Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado”, Buenos Aires, 1952
25. **GOLDSHMIDT, Werner** “Derecho Internacional Privado”, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 7º Edición.
26. **GORDILLO CAÑAS, Antonio**; “Ley, Principios Generales y Constitución: Apuntes para una relectura desde la Constitución, de la Teoría de las Fuentes del Derecho”, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A, Madrid.
27. **GUZMÁN LATORRE, Diego**, “Tratado de Derecho Internacional Privado”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992

28. **JITTA, J**, “Método de Derecho Internacional Privado”, S.N.E. Editorial La España Moderna, Madrid S.F
29. **JULLIOT DE LA MORANDIERE L.** L'ordre public en droit civil interne. Etudes Capitant. Paris. 1939
30. **LAGARDE Paul**, “Recherches sur l’orde pblic en Droit Internacional privé”, Lib. générale de **droit** et de jurisprudence. Paris, 1959
31. **LALIVE, Pierre**, en “Transnational (or Truly International) Public Order and International Arbitration, Commentary – Full Section, ICCA Congress Series, N°1, Editorial Jurídica Grijley.
32. **LEÓN, Avelino** “Nuevas normas de Derecho Internacional Privado: Nociones Fundamentales”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1986
33. **LEREBOURS – PIGEONNIERE, Paul E LOUSSOUARN, Yvon** ; “Droit internacional Prive”, Editorial Dalloz- Paurition, Paris, 1962
34. **LORCA NAVARRETE, A.M.^a** y **SILGUERO STAGNAN, J.** ; Derecho de Arbitraje español. Manual teórico- práctico de jurisprudencia española”, Madrid, Dykinson, 1994
35. **MELICH – ORSINI, José**; “Doctrina General del Contrato”, Editorial Jurídica Venezolana, 2ª Edición, Caracas, 1993
36. **MESSINEO, Francesco.** Doctrina General del Contrato. Tomo I. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1952.
37. **MESSINEO, Francesco**; “Manual de Derecho Civil y Comercial: Introducción, el ordenamiento jurídico italiano, Código Civil italiano”, Ediciones Jurídicas Europa- América, Buenos Aires, 1954. Tomo III
38. **MIAJA DE LA MUELA, Adolfo**, “Derecho Internacional Privado”, 5ª Edición, Madrid 1969, T.I,
39. **MONSALVEZ MÜLLER, Aldo**, “Reconocimiento y Ejecución en Chile de Sentencias Extranjeras”, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Chile, 2000
40. **MORELLI, Gaetano**; “Derecho Procesal Civil Internacional”. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa – América. Buenos Aires

41. **NIBOYET**, J.P “Manuel de Droit International Privé”, Recueil Sirey, Edición 10, Paris, 1986
42. **OPPETIT**, Bruno; “Teoría del Arbitraje”, Editorial Legis, 2006
43. **PAREDES**, Angel, “Teoría Central del Derecho Civil Internacional”, Tomo III, Quito 1934
44. **PARRA- ARANGUREN**, Gonzalo, “Codificación del Derecho Internacional Privado en América”, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho , Caracas, Venezuela, 1982
45. **PESCIO**, Vitorio, “Derecho Civil”, tomo I, Santiago, 1948
46. **PÉREZ V**, Luis; Tratado Elemental de Derecho Internacional Privado”, Guadalajara 1926
47. **PEREZ VERA**, Elisa; “Derecho Internacional Privado, 2º Edición, Editorial Colex, Tomo I
48. **PICAND ALBONICO, Eduardo**, “Arbitraje Comercial Internacional” Tomo I y II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.
49. **PLANIOL, Marcel**; “Traite Elementaire de. Droit Civil”, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, Tomo I y IV, Paris
50. **PORTALIS, JEAN ETIENNE MARIE** Discurso preliminar al Código Civil francés, Introducción y traducción de I.Cremades y L. Gutiérrez- Masson, Madrid, Civitas, 1997
51. **RACINE**, Jean Baptiste; “L’arbitrage comercial international et l’ordre public”. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Bibliothèque de Droit Privé. T. 63, Paris, 1999
52. **SANCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVEN**, Antonio: “3º Conferencias sobre Derecho Internacional Privado”, La Habana, 1928
53. **SANTOS BALANDRO**, Rubén “Arbitraje Comercial Internacional: tendencias y perspectivas”. Fondo de cultura universitario. Montevideo, Uruguay 1988
54. **SENTIS MELENDO**, Santiago; “La sentencia extranjera (exequátur)”. Ediciones Jurídicas Europa- América, Buenos Aires.
55. **SIPERVIELLE**, Bernardo, “El orden público y las buenas costumbres”. Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración. Montevideo, 1956.

- 56. ULPIANO.** Digesto.1.1.1.
- 57. VAN DEN BERG,** Albert Jan “The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation”. Kluwer Law and Taxation Publishers, T.M.C, Asser Institute, The Hague, 1981.
- 58. VAN HOUTTE,** Hans; “From a national to an european public policy”, en “Law and Justice in a Multistate World, Essays in honor of Arthur T. von Mehren, Transnational Publishers, Nueva York, pp. 841 y sgte.
- 59. VODANOVIC** H. Antonio, Curso de Derecho Civil. Redacción. Tomo I. Vol. I. Santiago, 1961
- 60. WEISS, André y E.S ZEBALLOS,** “Manual de Derecho Internacional Privado”, Librairie de la Société du Recueil Général des Lois & Arrêts, Paris, 1911- 1912, vol II
- 61. WOLF, Martín,** “Derecho Internacional Privado”, 2º Edición , Bosch Casa Editorial, Barcelona 1950, T. I.

b. TESIS Y MEMORIAS:

1. **CERDA HERREROS,** María Paz; “El Orden Público en Derecho Internacional Privado”, Tesis para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1996,
2. **GONZALO QUIROGA,** Marta, “Las Normas Imperativas y el Orden Público en el Arbitraje Privado Internacional”. Memoria para optar al grado de Doctor. Departamento de Derecho Internacional Público. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2001.
3. **PFINGSTHORN VALENZUELA,** Max; “El Orden Público en Derecho Internacional Privado”, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1970.

c. REVISTAS:

1. **ASKEN**, Gerald “American Arbitration Accesion Arrivens ub the Age of Aquarius; United Status implements United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 3 Southwestern University Law Review (1971)
2. **CARABIBER**, CH; “L’ arbitrage internacional de droit privé”, París , LGDJ, 1960; pp. 118-131
3. **COURTEAULT. P y FLÉCHEUX**, G, “La notion d’ordre public internacional dans la jurisprudente de la Cour de Cassation Française”, Rev. Arb., 1978, núm. 3, pp. 342-345
4. **CREMADES**, BH, “España estrena nueva Ley de Arbitraje”, RCEA, vol. V. 1988- 19898, pp. 27 – 29.
5. **DE LA MAZA**, Lorenzo; “La Teoría de la imprevisión”, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 30
6. **ESPIN CANOVAS. D.** Las nociones de orden público y buenas costumbres. ADC. XVI. 1963.
7. **FELDESTEIN DE CÁRDENAS**, Sara; “El orden público internacional: una nueva mirada desde el Derecho Internacional Privado contemporáneo”, en Revista de Derecho, TSJ, N°6, pp.11 y sgtes.
8. **Mª V CUARTERO RUBIO**, “Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en España. La vía de los Convenios Bilaterales” RCEA, 1996, vol. XII, pp. 29 – 52
9. **GARCIMARTÍN ALFÉREZ**, F.J.; “El régimen normativo de las transacciones privadas internacionales: Una aproximación económica”, *REDI*, vol. XLVIII, 1995, núm. 1,p. 36
10. **GONZALEZ DE COSSIO**, Francisco “Orden Público y Arbitrabilidad: Dúo – Dinámico del Arbitraje”, página 8. <http://www.gdca.com.mx/espanol/publicaciones/arbitraje/PDF/ORDEN%20PUBBLICO%20Y%20ARBITRABILIDAD.pdf>
11. **ENONCHONG**, N “Public Policy in the Conflict of Laws: A Chinese Wall Around Little England?”, I. CL. Q, 1996, vol. 45, núm. 3, pp. 633-653

12. Historia de la Ley N°29.971, Congreso Nacional de Chile
13. **JAYME, E**, “Métodos para la concretización del orden público en el Derecho Internacional Privado”, Rev. Fac. Cs. Jcas. (Caracas), n° 82, 1991, pp. 227-228
14. **JAYME, E**; “La autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées”, Annuaire de l’Institut de Droit International, Sesion de Bale, vol 64-I, 1991, p. 16- 17
15. **KLEIN, F.E.** ; “La Convention de New York du 10 juin 1958 pour la Reconnaissance, et l’execution des sentences arbitrales étrangères, 57 Revue Suisse de Jurisprudente (1961),
16. **KAUFMAN. Kholer**, “Le liu de l’arbitrage a l’aune de la mondialisation. Reflexions à propos de deux formes récenos d’arbitrage”. Rev. Arb., 1998, núm. 4, pp. 517-536
17. **MAC HALE, Tomás P**; en “Orden, Orden Público y Orden Público Económico”, Anales de la Facultad de Derecho, Cuarta Época, Vol. VIII, año 1968.
18. **MADRID MARTÍNEZ, Claudia**, “El Rol del Orden Público en el Arbitraje Comercial Interacional”, en http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/126/UCV_2006_1_26_102-79.pdf
19. **MAEKELT, Tatiana**; “Ley Venezolana de Derecho Internacional Privado. Tres años de su vigencia”, Trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 18 de junio de 2002). Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2002
20. **MANSILLA Y MEJIA, María Elena**, “Naturaleza Jurídica del Orden Público en el Derecho Internacional Privado”, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/anjuris/cont/261/pr/pr8.pdf>
21. **MEREMINSKAYA, Elina**, “Arbitraje Doméstico e Internacional en Chile: Búsqueda de la Armonía”. En “Arbitraje y Mediación en las Américas” , Centro de Estudios de Justicia de las Américas - San Nicolás de los Garza, Nueva

León, México - Universidad Autónoma de Nuevo León, Facultad de Derecho y Criminología, Santiago

22. **MEREMINSKAYA**, Elina, en “Apertura de los Tribunales chilenos a la legislación extranjera”, en “Informativo On Line Cámara de Comercio de Santiago”, Julio 2008, www.camsantiago.com
23. **MINOLI, E.** ; “L. Entrata en Vigore della Convenzione di New York sui, Riconoscimento e L'Esecuzione delle Sentenze Arbitrali Straniere, 24 Rivista di Diritto Processuale, 1969.
24. **MORENO RODRÍGUEZ**, José Antonio, “Orden Público y Arbitraje: Algunos llamativos pronunciamientos recientes en Europa y MERCOSUR”, P. 64, en Lima Arbitration N°2-2007. www.camparaguay.com/v.3/descargas/articulos/download.php.
25. **OEHMKE**, T, “Internacional Arbitration”, New York, Clark Boardman Callaghan, 1993, pp. 256-259
26. **PAULSSON**, Jan, “Still through a glass darkly”, ICC International Court of Arbitration Bulletin, “Arbitration in the next decade”, Special Supplement, 1999
27. **PÉREZ BEVIA**, J.A, “Sobre la ley aplicable por el árbitro al fondo de la controversia en el Derecho Internacional Privado español”. RCEA, vol. V, 1988- 89, pp. 213-235
28. **ROBERT**, J. “La Convention de New York du 10 Juin 1958 Pour la Reconnaissance et l'execution des sentences arbitrales etrangeres”. Revue de l'arbitrage (1958), pg70
29. **SAN JUAN Y MUÑOZ, Enrique**; “Orden Público e Impugnación de Acuerdos Sociales”, <https://www.rexurqa.es/pdf/COL242.pdf>
30. **SEVER**, R.J.; "The Relaxation of Inarbitrability and Public Policy Check son U.S and Foreign Arbitration: Arbitration out of control?", Tulane L.R, vol. 65, 1990/1991, p. 1697
31. **SIPERVIELLE**, Bernardo, “El orden público y las buenas costumbres”. Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración. Montevideo. 2003

32. **STEMPEL**, J.W “Pitfalls of Public Policy: The Case of Arbitration Agreements”, St. Mary’s L.J ., 1990, pp. 282-486.
33. **VASQUEZ PALMA**, María Fernanda; “La arbitrabilidad objetiva: Aspectos históricos, modernas tendencias en derecho comparado y ubicación en el escenario legislativo chileno”, en Revista Ius et Praxis, 12 (1), pp. 181-213, 2006.

d. OTROS DOCUMENTOS:

1. Informe Oficial de la CNUDMI sobre el 18º periodo de sesiones a la Asamblea General
2. **ASEFF**, Lucía en “La noción de Orden Público: Entre la Tópica jurídica y el análisis crítico del discurso”, XVII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social. Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, Córdoba 30 de octubre al 1º de Noviembre del 2003.
3. **FIGUEROA VALDÉS**, Juan Eduardo, “Tópicos de la Ley Mª 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional”. En “Estudios de Arbitraje”, libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.
4. **KLEIN VIEIRA**, Luciane; “El Orden Público Internacional: la defensa de la identidad del Estado y los procesos de integración”, trabajo presentado, en marzo de 2008, en la Maestría de Derecho Internacional Privado, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en la asignatura denominada “Filosofía del Derecho Internacional Privado”, a cargo del Doctor Miguel Ángel Ciuro Caldani, especialmente su acápite 5, titulado “La integración y el orden público comunitario o subregional”, pp. 9 a 15. En Centro Argentino de Estudios Internacionales. Programa de Integración Regional, www.caei.com.ar.
5. Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización (COM/2002/0654)

<http://europa.eu.int/eurlex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52002DC0654:ES:HTML>).

6. **PICAND ALBÓNICO**, Eduardo; “Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional (2004), Apuntes de Cátedra Contratación Internacional, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
7. Sistema de Información sobre Comercio Exterior (SICE). Arbitraje y otros procedimientos alternativos de solución de controversias comerciales. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.
<http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/uncitral/icomars3.asp>

e. CODIGOS Y LEYES:

1. Ley N°19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional, publicado en el DO el XX
2. Código de Bustamante, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004
3. Código Civil, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007
4. Código de Procedimiento Civil, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000
5. Decreto promulgatorio del Ministerio de Relaciones exteriores N° 374 de 10 de abril de 1934
6. Decreto Ley núm. 5 (de 8 de julio de 1999) por el cual se establece el régimen general de arbitraje, de la conciliación y de la mediación, publicado en la Gaceta Oficial n° 23,837, de sábado 10 de julio de 1999, pp. 189-212. Panamá

f. SENTENCIAS y LAUDOS:

1. Auto TS (Sala 1ª) de 17 de junio de 1983, luzmila C Shipping Co. Ltd c. Maderas G. L. S.A., RCEA, vol. I, 1984, pp. 187- 190, Year, Comm. Arb., vol. XI, 1986, p. 525; Rev. Dr. Aff. Int. 1985, núm. 6, pp. 763- 765
2. CCI, laudo núm. 1397 /1966, Journ dr. Int, 1974, núm 4, p. 878- 884
3. CCI laudo núm. 8938/1996, Year. Comm. Arb, vol. XXIV, 1999, pp. 174- 181
4. CCI, laudo núm. 1526/1968, Journ dr. Int., 1974, núm. 4, p. 915-921.

5. CCI, laudo núm. 3380/1980, *Journ. Dr. Int.* , 1981, núm 4, p. 928
6. CCI laudo núm. 2476/1976, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 173-176
7. CCI, laudo núm. 2699/1990, de 23 de agosto de 1990
8. CCI laudo núm. 7319/1992, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXIV, 1999, pp. 141-148.
9. CCI laudo núm. 6379/1990, *Recueil CCI*, 1991-1995, pp. 134-142
10. CCI, laudo núm 6752/1991, *Recueil CCI*, 1991-1995, pp. 195-198
11. CCI, laudo núm. 6379/1990, *Recueil CCI*, 1991-1995, pp. 134-142,
12. CCI, laudo núm. 7528/1993, *Year. Comm. Arb.*, 1996, vol. XXII, pp 125- 131
13. CCI, laudo num. 7047/1994, *Year. Comm. Arb.*, 1996, vol. XXI, pp. 70-98
14. CCI, laudo núm. 7337/1996, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXIV, 1999, pp. 149-161
15. Corte de Apelaciones de Santiago, de 6 de septiembre de 1941. R. D. J. Tomo XXXIX. Sección 2º. p. 32
16. Fallos del mes año 1977, nº 229 pág. 367
17. Fallos del mes año 1992, Nª401 pág. 109
18. Fiscal de la Corte Suprema, Castillo Nájera Calvillo, Rol Nº 13.379, año 19778, Corte Suprema.
19. Libro copiadador de fallos materia civil año 1974 Tomo abril- mayo, pág. 306 Corte Suprema
20. Libro copiadador de fallos materia civil año 1974 Tomo agosto- septiembre, pág. 1305 Corte Suprema
21. RDJ año 1959 sección 1º, pág. 217
22. RDJ año 1960 sección 1ª pág. 46
23. RDJ año 1960 sección 1º, pág. 52
24. RDJ año 1961, sección 1ª pág. 261
25. RDJ año 1963, sección 1º pág. 110
26. RDJ año 1964, sección 1º, pág. 186.
27. RDJ año 1971 sección 1º, pág. 54
28. RDJ Sección 1ª , año, 1964, p. 130
29. Sentencia “Bayer con Lindermann”, Rol 12.023, año 1974, Corte Suprema
30. Sentencia “Venegas con Así”, Rol 11.827, año 1978, Corte Suprema

31. Sentencia de Exequátur dictada por la Corte Suprema, con fecha 15 de septiembre de 2008, de la causa ROL 6615-2007 caratulada “Gold Nutrition Industria e Comercio Con Laboratorio Garden House S.A”,
32. Sentencia de la Cour d’appel de París (1^a Ch., sect. C.) de 5 de abril de 1990, Soc. Courrèges Design c. Soc. André Courrèges, Rev. crit. dr. int. pr., 1991, núm. 3, pp. 580-587; nota de C. Kessedjian, *ibíd.*, pp. 587-593; y con nota de M. H. Synvet, Rev. arb., 1992, núm. 1, p. 102
33. . Sentencia de la *Cour d’appel de Paris (1^o Ch Civ)* de 14 de octubre de 1993, *Société Aplix c. Société Velcro*, Rev. arb., 1994, núm. 1, pp. 164-170, con nota de Ch. Jarrosson, *ibíd.*, pp. 170-173
34. Sentencia de la Cour d’appel de París (1^a Ch. C) de 10 de septiembre de 1997, *Société Thomson CSF*, Rev. Arb., 1999, núm, 1, pp. 1212 – 122
35. Sentencia de la Cour d’appel de París (1^a Ch. C) de 11 de diciembre de 1997, *Société Cubana c/ Société Consavio Internacional Ltd.* Rev. Arb., 1999, núm. 1, p. 124, con observaciones de D. Bureau, pp. 124-130, esp.p.130
36. Sentencia Aud. Prov. de Madrid (Sección 10^a), de 10 de diciembre de 1991, *RAJ*, 1991, 2300; también en *RCEA*, vol. VIII, 1992, pp. 205-215, con nota de E. Artuch Iriberry
37. Sentencia del *Tribunal de Grande Instance de Paris (ord. réf.)* de 6 de enero de 1999, *A. Coquard c/ Société Vidéopole*, Rev. arb., 1999, núm. 1, p. 134, con observaciones de A. H., *ibíd.*, pp. 134-138, esp. p. 135
38. Sent. de la *Cour de cassation (1^o Ch. C)* de 3 de junio de 1998, *A. c. X., Y. y Z.*, Rev. arb., 1999, núm. 1, pp. 71-74. Con nota de E. Loquin, *ibíd.*, pp. 74-79
39. Sentencia del TC (español) (Sala 1^a) 43/1986, de 15 de abril, BOE, núm 102, de 29 de abril de 1986, BJC, t. XIV, p. 419 431
40. Sentencia del TC (español) (Sala 1^a) 43/1986, de 15 de abril 1989
41. Sentencia de la Cour de cassation (1^a Ch.C) de 3 de junio de 1998, *A. c. X., Y. y Z.*, Rev. Arb., 1999, núm. 1, pp. 71-79, esp. P. 75
42. Sent. de la Corte di Casaciones, de 27 de abril de 1979, v. dr. Int. Pri. Prov, 1979, núm 3, pp. 565- 571, id loc 1980, p. 458

43. Sentencia Jhon S. Roby and others (USA), c. Corporation of Lloyd's (UK) and others, Yearbook Comm Arb, vol. XX, 1995, pp. 864- 880. Arbitrability of Securities Claims
44. Tribunal de 1^a Instancia de Yokohama, de 3 de mayo de 1980, Soc. Ameroido (Japón) c. Soc. Drew (EEUU). Year, Comm. Arb., vol. VIII, 1983, p. 394
45. Tribunal Fedérela, 1^a Cour civile, de 24 de marzo de 1997, T. AG c. H Company, RSDIE, 1998, núm 4., pp. 574 – 578, comentada por Fr. Knoepfler, ibíd., pp. 578, 580, esp. P. 575.