

Orden público y arbitraje: Algunos llamativos pronunciamientos recientes en Europa y el MERCOSUR

JOSÉ ANTONIO MORENO RODRÍGUEZ*

Introducción

En vinculaciones mercantiles transfronterizas campea –al menos en gran parte del mundo civilizado– el principio de la autonomía de la voluntad o libertad de las partes para elegir el derecho que regirá sus contratos y en su caso la jurisdicción, judicial o arbitral, que entenderá ante una eventual contienda. Sin embargo, en los distintos sistemas pueden encontrarse importantes límites a dicha autonomía en el llamado «orden público» y las doctrinas consolidadas recientemente en torno a esta figura.

* Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Asunción con la máxima calificación de SUMMA CUM LAUDE); Master en Derecho por Harvard Law School, Estados Unidos, con Calificación de Tesis «A» (sobresaliente) conferida por el Profesor Emérito Arthur Taylor von Mehren y Abogado por la Universidad Nacional de Asunción, con Medalla de Mención de Honor. Es Profesor del Doctorado (Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica y Facultad de Derecho Universidad Americana); Director del Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP- www.cedep.org.py); Ex Decano y Profesor de universidades de Derecho del Paraguay; Profesor Visitante de la Universidad de Buenos Aires; Autor y Coautor de obras y monografías jurídicas publicadas en Paraguay, Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Uruguay, Perú, Estados Unidos y España sobre contratación internacional, comercio exterior, inversiones, unificación y armonización jurídica, técnica legislativa, banca, bolsa, derecho privado

Calificado por Fragistas de «*enfant terrible*» (niño terrible) del Derecho internacional privado¹, y por un antiguo fallo inglés de 1824 de «caballo rebelde» (*Richardson v. Melish*), se ha dicho que, como los Himalayas, el tópicico es uno cuya cumbre tiende a permanecer rodeada de nubes y cuyos perfiles pueden sólo vagamente percibirse por el observador². La problemática del orden público o de la imperatividad en general fácilmente se presta a confusión, debido en parte a la disparidad terminológica en la cuestión, en un tema en que se influyen recíprocamente diversas doctrinas anglosajonas y del derecho civil continental europeo, con sus nomenclaturas propias, a lo cual cabe agregar las divergencias existentes incluso dentro de los distintos regímenes jurídicos entre sí³. Como bien lo dijo Lalive, la materia de por sí oscura, resulta más sombría aún debido a las imprecisiones, la diversidad y la confusión en el vocabulario utilizado⁴.

La controversia gira no sólo en cuanto a terminología, sino con respecto a la delimitación del contenido del principio y a los criterios que han de determinar su aplicación a un caso dado⁵. Ello debido a que el orden público ha llegado a convertirse de hecho en una noción totalizadora («*catch-all*» *notion*)⁶,

y arbitraje internacional. Ha sido expositor en diversos seminarios y eventos en el país, en la región, en Norteamérica y en Europa. Es Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio y de la Comisión Mixta del Río Paraná (COMIP), así como de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC). Fue designado Representante ante la 39ª Sesión de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (UNCITRAL) y Representante ante la Organización de Estados Americanos (OEA) para la VII Conferencia de Derecho Internacional Privado (CIDIP VII). Se desempeña además como Director del Estudio Moreno Ruffinelli & Asociados (www.moreno.com.py).

¹ O. Kahn-Freund, *General Problems of Private International Law*, A.W. Sijthoff – Leyden, 1974, p. 29.

² Mauro Rubino-Sammartano y C.G.J. Morse (General Editors), *Public Policy in Transnational Relationships*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, Boston, 1991, p. 5 (prefacio).

³ Ver críticas a la terminología por las confusiones que genera en Henri Alvarez, *Guiado por una mano invisible. El orden público al amparo del capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, en *Revista Peruana de Arbitraje*, No. 1, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2005, p. 15.

⁴ Pierre Lalive, *Transnational (or Truly International) Public Order and International Arbitration*, Commentary – Full Section, ICCA Congress Series, No. 3, New York, 1986, después de nota 3.

⁵ C.G.J. Morse, *England*, en Mauro Rubino-Sammartano y C.G.J. Morse (General Editors), *Public Policy in Transnational Relationships*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, Boston, 1991, p. 9.

⁶ Hans van Houtte, *From a National to a European Public Policy*, en *Justice in a Multistate World, Essays in Honor of Arthur T. von Mehren*, Transnational Publishers Inc., New York, 2002, p. 841.

o una abstracción que evoca al camaleón («*chameleon-like*»)⁷, utilizada en una infinitud de contextos con variedad de propósitos⁸.

El arbitraje ha sido terreno fértil para el desarrollo y refinamiento reciente de la compleja noción del orden público. Dicho medio de resolución de conflictos seduce a teóricos y prácticos por la cantidad de disciplinas que en él se entrecruzan, pues envuelve cuestiones de orden procesal, contractual, internacional –privado y público– y de derecho comparado, entre otras, amén de encontrarse en el centro de las controversias y debates filosóficos, desde que, como bien lo destaca Oppetit, se presentan aquí los problemas fundamentales del derecho: la justicia, sus formas y finalidades, la juridicidad, sus fuentes y su naturaleza, la estructura del ordenamiento jurídico y las finalidades del derecho⁹.

Estos temas han sido objeto de profundos replanteos en tiempos recientes en que el arbitraje vuelve a cobrar auge. Si bien los comerciantes de la Edad Media frecuentemente sometían sus disputas a sus propios pares –otros comerciantes– o a terceros, no jueces, que arbitraban en ellas, la consolidación de los Estados-Naciones y el avance de las ideas de soberanía estatal de los últimos siglos, entre otros factores, contribuyeron a que el arbitraje quedara arrinconado durante un buen tiempo, sobre todo como alternativa efectiva para la resolución de disputas transfronterizas. El escenario cambia por completo en las últimas décadas, en que el arbitraje comercial internacional vino adquiriendo cada vez mayor preponderancia y difusión, sobre todo a través de contiendas muy conocidas, como las relativas a la nacionalización del petróleo en países árabes de los años 1970 y 1980¹⁰. Hoy día se lo utiliza masivamente en importantes controversias transfronterizas, relacionadas a compraventa internacional de mercaderías, *joint ventures* y contratos de construcción, por citar ejemplos.

⁷ Laurence Craig, William Park y Jan Paulsson, en *International Chamber of Commerce Arbitration*, Third Edition, Oceana Publications, 2000, p. 504.

⁸ Nadie –expresa Juenger– ha sido capaz de definir esta concepción vaga y escurridiza; como la pornografía, uno solo la conoce cuando la ve (Friedrich K. Juenger, *General Course on Private International Law* (1983), *Recueil Des Cours*, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1985, IV, Tome 193 de la collection, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, p. 200).

⁹ Bruno Oppetit, *Teoría del Arbitraje*, Traducido por: Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinoza y José Joaquín Caicedo Demoulin, Legis Editores, Bogotá, 2006, p. 248.

¹⁰ Ver Yves Dezalay y Briant G. Garth, *Dealing in Virtue, International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, The University of Chicago Press, Chicago, London, 1996, p. 75.

Debe tomarse en cuenta, muy particularmente, que la más autorizada doctrina y los precedentes preponderantes en el mundo se desarrollaron primordialmente en torno al arbitraje internacional. Es cierto que mucho se hace extensivo al arbitraje doméstico, pero –como lo enfatiza Lalive– el arbitraje internacional difiere en gran medida de aquél por su especificidad, funciones y caracteres principales¹¹. Por análogas razones, cabe tener presente que el arbitraje tiene peculiaridades con respecto a determinados tipos de transacciones, sobre todo aquellas en que normalmente una parte de la contratación es «débil», como ocurre, por ejemplo, con las relaciones de trabajo o de consumo. Ello hace de que en muchos sitios el arbitraje tenga reglas peculiares con respecto a las mismas o incluso a veces no sea admitido como medio de resolución de controversias. El fundamento comúnmente esgrimido es el siguiente: si el arbitraje resulta fruto de la libre voluntad de quienes se someten a él, no cabe admitirlo en vinculaciones en que por lo general no existe libertad de contratación plena, o en todo caso corresponde someterlo a reglas peculiares.

Paraguay y Bélgica –entre otros países– cuentan con leyes que protegen a distribuidores o agentes locales en sus vinculaciones con sus principales en el extranjero¹². Estas leyes son «de orden público» en cuanto a que las garantías mínimas de protección allí contenidas no pueden ser renunciadas por los locales que son, normalmente, las «partes débiles» en la contratación¹³. Pues bien, en ambos países se admite el arbitraje como medio de resolución de conflictos suscitados en este tipo de vinculaciones. Sin embargo, tanto la Corte Suprema de Justicia del Paraguay¹⁴ como la Corte de Casación Belga¹⁵ se han pronunciado en contra de que en casos como éstos el arbitraje se lleve adelante fuera del país. Ello en el entendimiento de que, en caso contrario, no se tendría la posibilidad de un escrutinio último del foro fuertemente conectado con una normativa «de orden público», de cuya observancia sólo podrá actuar eficien-

¹¹ Lalive, obra citada, después de la nota 37.

¹² En Paraguay la Ley 194 de 1993 y en Bélgica la Ley del 27 de julio 1961.

¹³ Sobre la problemática de los contratos de adhesión y el arbitraje, puede profundizarse en el artículo: José A. Moreno Rodríguez, *El Arbitraje y los Contratos con Cláusulas Predispuestas* (Publicación de la Cámara Nacional de Comercio de Uruguay, Centro de Conciliación y Arbitraje, Centro de Arbitraje Internacional para el MERCOSUR, Montevideo, 2000).

¹⁴ Acuerdo y Sentencia No. 285 del 25 de mayo de 2006, dictado en el juicio: «Acción de Inconstitucionalidad en el juicio: «Gunder ICSA c/ KIA Motors Corporation s/ indemnización de daños y perjuicios». Expediente año 2004 - No. 3804.

¹⁵ Decisiones No. JC04AF2 del año 2004 y No. JC06BG5_1 de 2006.

temente como guardián último –como eventual instancia de impugnación– la jurisdicción afectada.

Estas decisiones pueden relacionarse con otras dictadas a nivel comunitario, tanto en la Unión Europea como, muy recientemente, en el Mercado Común del Sur (MERCOSUR). En Europa una directiva comunitaria establece normas de protección mínima a los agentes¹⁶ y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) la ha declarado «de orden público comunitario» en el sentido de que deberá ser respetada por sus Estados miembros al punto que en el caso *Ingmar*¹⁷, que así lo decidió, se dijo que no podía someterse el contrato a ejecutarse en Inglaterra al derecho de California, puesto que en caso contrario se burlaría la norma imperativa europea. El caso versaba sobre derecho aplicable. Ya sobre jurisdicción, el 3 de abril de 2007 el Tribunal Permanente de MERCOSUR (TPR) se ha expedido en la primera opinión consultiva que se le fuera planteada¹⁸, precisamente sobre un caso relativo a la ley paraguaya de agencia y distribución –no existe en la región, a diferencia de lo que ocurre en Europa, una normativa comunitaria sobre la materia–. Si bien no versa sobre derecho aplicable sino jurisdicción, y si bien no trata de arbitraje sino sobre prórroga de competencia a favor de un tribunal extranjero, se puede percibir en el fondo de esta decisión el mismo hilo conductor que inspiró los pronunciamientos de Paraguay y Bélgica arriba referidos, y en cierta forma el del TJCE.

Todo esto adquirirá mayor sentido más adelante. Por el momento, debe quedar precisado que en esta contribución no se juzga las bondades o no de contar con un normas protectivas en materia de vinculaciones de agencia y distribución¹⁹ ni mucho menos se analizan aciertos o errores que pudieran contener las regulaciones al respecto aquí referenciadas. Estos pronunciamientos sí nos sirven para evaluar, a la luz de ellos, el estado actual de la doctrina del «orden público», tal cual se la viene entendiendo en la esfera internacional y el problema que representa para el arbitraje, cuando con él se quieren evitar –o evadir, dirían algunos– dicho principio o disposiciones imperativas inspiradas

¹⁶ Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, cuya finalidad es proteger a aquellas personas que, a tenor de sus disposiciones, tienen la condición de agente comercial.

¹⁷ *Ingmar GB Ltd contra Eaton Leonard Technologies Inc.* del Tribunal de Justicia de 2000 (asunto. C-381/98).

¹⁸ Opinión Consultiva No. 1/2007, Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR.

¹⁹ En Europa, por ejemplo, ello ha sido fuertemente cuestionado y el fallo *Ingmar* del TJCE ha sufrido duros embates.

en él. Veremos finalmente si los fallos de Paraguay y Bélgica representan una amenaza para el arbitraje o si caían de maduro para el resguardo de normas de tinte imperativo cuya aplicación se pretendió evitar recurriéndose a este medio de resolución de conflictos.

Aproximación a la idea del orden público

De manera preliminar podemos caracterizar a los principios de orden público como aquellos que inspiran un ordenamiento jurídico determinado, reflejando los valores esenciales de una sociedad en un momento dado. La idea general –observa Carbonnier– responde a una supremacía de la sociedad sobre el individuo, y el orden público traduce la voluntad comunitaria, amenazada por determinadas iniciativas individuales en forma de contrato. Trátase, en suma, de un mecanismo mediante el cual el Estado reprime las convenciones particulares que puedan atentar contra sus intereses esenciales²⁰.

A veces se persigue solo resguardar ciertos intereses monetarios del Estado, como ocurre con las regulaciones de control de cambios o restricciones de transferencias. En otras ocasiones se busca salvaguardar intereses vitales de un Estado y el bienestar de su gente, o se anhela proteger el funcionamiento de un mercado efectivo a través de la libre competencia²¹. Ello puede responder a un fuerte interés político o guardar relación general con las políticas públicas de un país²², tanto para la consecución de objetivos sociales y económicos (y

²⁰ Jean Carbonnier, *Derecho Civil*, T. II, Vol. II, Traducción por Manuel M. Zorrilla Ruiz, Editorial Bosch, Barcelona, 1971, p. 266. Caivano lo entiende como el conjunto, no de normas, sino de principios fundamentales sobre los que se asienta el ordenamiento jurídico del foro, los denominados principios de «moralidad y justicia», de «justicia universal» o de «natural justice», inspiradores de ese ordenamiento. Se trata de normas imperativas locales, que no pueden dejarse de lado o derogarse por la voluntad de las partes (Roque J. Caivano, Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros, en Adriana Noemí Pucci (Coordinadora), Arbitragem Comercial Internacional, Editorial LTr, Sao Paulo, 1998), p. 156).

²¹ Como se ha dicho, los intereses estatales de control de los procesos económicos internacionales deben ser objeto de fiscalización y seguimiento por parte de los Estados. Y debe resguardarse los intereses estatales de defensa de ordenación básica de economía nacional y de ciertos grupos sociales necesitados de protección por ser débiles (Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, El Convenio de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de 19 de junio de 1980, en Alfonso L. Calvo Caravaca y Luis Fernández de la Gándara (Directores), Pilar Blanco-Morales Limones (Coordinadora), Contratos Internacionales, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1997, obra citada, p. 42).

²² Conforme lo resalta Blessing (ver Marc Blessing, Choice of substantive law in international arbitration (Kluwer CD), después de la nota 15).

aquí se habla de un orden público «de dirección» y de «coordinación») como para el resguardo de partes consideradas débiles y por ende necesitadas de tutela (aquí se habla de orden público «de protección»), tal cual ocurre, por ejemplo, con trabajadores, consumidores y, en algunos países como Paraguay, Bélgica y otros, agentes o distribuidores.

La expresión «orden público» fue incluida en el artículo 6º del Código Civil Francés de 1804, y de allí se extendió a numerosos cuerpos legales en él inspirados. Señala van Houtte que lingüistas y psicólogos probablemente tienen su propia explicación de por qué los europeos del continente llaman «orden público» a lo que sus más pragmáticos angloamericanos llaman «política pública» (*public policy*). La razón es que el Código Napoleón utilizó la expresión orden público (*ordre public*) y no política pública (*politique publique*) con la que se hizo conocida en el continente europeo²³. Códigos de fuente germánica emplean en vez las expresiones «leyes imperativas» y «buenas costumbres». En el Código Civil Alemán se excluyó el concepto del «orden público» que había sido propuesto inicialmente por la comisión redactora, debido a su carácter ideológico, y se mantuvo en vez los términos «moral», «bien general» o «buenas costumbres». Finalmente, la jurisprudencia terminó equiparando éstos al «orden público»²⁴.

El orden público en el derecho internacional privado

En la disciplina iusprivatista internacional el orden público juega un rol muy importante. Ya en la Edad Media se hablaba de «*statuta odiosa*» o regla foránea que debía ser desechada por incompatible con el sistema propio; en tanto que Huber, en la segunda mitad del siglo XVII, descartaba la aplicabilidad de la «*comitas*» —en este caso la colaboración judicial en el ámbito de las vinculaciones particulares internacionales— cuando ella pudiera ocasionar un perjuicio a los poderes o derechos del gobierno o sus súbditos. La moderna doctrina del orden público en la esfera internacional puede remontarse a las enseñanzas del norteamericano Story en 1834 y del francés Foelix en 1843, quien introdujo la expresión a Europa. La doctrina fue recogida por Savigny en el territorio germánico de hacia mediados del Siglo XIX, así como por la escuela italiana de

²³ Van Houtte, obra citada, p. 842.

²⁴ Ludwig Enneccerus y otros, Derecho Civil, Parte General, Vol. II, p. 53.

Mancini un tiempo después, de los que se desprenden dos tendencias claramente marcadas.

A pesar de que Savigny no trató el tema con mucho detenimiento, admitía que su sistema neutral de localizar la relación jurídica en la sede más apropiada –como derecho aplicable–, pudiera ser dejado de lado por el foro juzgador si contraviniese sus intereses fundamentales. En cuanto a Mancini, como el criterio de la nacionalidad por él propugnado lleva a la frecuente aplicación del derecho extranjero, el orden público adquiere importancia adicional dentro de su doctrina. Conforme a ella, los intereses privados se encuentran gobernados por el derecho del Estado del cual la persona es nacional, en tanto que las reglas que sirven el interés público son aplicadas siempre dentro del territorio del Estado concernido²⁵.

De modo que la noción del orden público pasa a constituir una de las técnicas del Derecho internacional privado para hacer operativo el sistema conflictualista. Como lo señala Lagarde²⁶, un camino directo como el del «mejor derecho» al que aludían Aldricus, los canonistas, y modernamente Leflar y Juenger, permite arribar directamente al derecho aplicable sin recurrirse a las técnicas del conflictualismo y elimina el círculo. Aquí no encuentra cabida la noción del orden público.

Sí la tiene dentro del otro enfoque, enraizado en la doctrina de Mancini²⁷, consistente en asumir que ciertas normas o principios del foro resultan fundamentales y deben ser aplicados siempre dentro de su jurisdicción. El orden público es tratado así como un factor directo para la determinación del derecho aplicable²⁸ en igualdad con la nacionalidad, la libertad de contratación, etcétera. Constituye un factor positivo y no la excepción a que se

²⁵ Esto fue recogido por el Código Civil Italiano de 1865 y luego por el Código Civil Español, en línea con Mancini: «no obstante lo dispuesto en este artículo y en el anterior, las leyes prohibitivas concernientes a las personas, sus actos o sus bienes, y las que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres, no quedarán sin efecto por leyes o sentencias dictadas, ni por disposiciones o convenciones acordadas en país extranjero», como así también por el artículo 14 del Código Civil Argentino (Gerhard Kegel, en *International Encyclopedia of Comparative Law, Chapter 3, Fundamental Approaches*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) / Tübingen / and Martinus Nijhoff Publishers / Dordrecht / Boston / Lancaster, 1986, p. 8).

²⁶ Cuyo enfoque seguimos en esta parte (ver Paul Lagarde, *Public Policy*, en *International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. 3, Capítulo 11*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) / Tübingen / and Martinus Nijhoff Publishers / Dordrecht / Boston / Lancaster, 1994, pp. 3-5).

²⁷ Y en consecuencia del Código Civil italiano de 1865, español (art. 11, inc. c) y argentino (art. 14).

²⁸ «Factor autónomo de conexión», en la jerga de los iusinternacionalprivatistas.

aplique el derecho que hubiera resultado normalmente aplicable. No es el orden público que objeta la aplicación del derecho extranjero, sino que éste se muestra incapaz de expulsar las reglas del foro. Actualmente, conforme se verá, la doctrina desarrolla este aspecto del orden público refiriéndose al mismo —muchas veces— como «leyes de policía» (*lois de police* en francés) o a través de otras expresiones como normas imperativas, de aplicación inmediata o indirecta y términos análogos.

Pero también el orden público constituye una excepción a que opere el mecanismo de selección del derecho. Se manifiesta por repeler la regla que resultaría normalmente aplicable y reemplazarla por la norma que es usualmente, pero no siempre, prestada del derecho del foro (*lex fori*). Esta noción se remonta al distingo entre *statuta odiosa* y *statuta favorable* de Bartolo y Baldo. La recogieron en cierto sentido Domoulin, Wächter, Savigny y Kahn, sin resultar del todo claros. El francés Bartin en 1899 retuvo la faceta negativa del orden público que se desprende de la doctrina de Savigny, y le dió un enfoque sistemático como excepción de la regla foránea que hubiera resultado aplicable según el mecanismo neutral de selección del derecho.

Estos aspectos —negativo y positivo— del orden público se encuentran recogidos en diversos regímenes jurídicos²⁹.

Problemas con la doctrina del orden público en el contexto internacional

Además del problema terminológico³⁰ y de las diversas manifestaciones del fenómeno del orden público³¹, la figura constituye —en palabras de Guttridge— una seria amenaza a la colaboración internacional en el campo de

²⁹ Sobre el juego entre los distintos sistemas conflictualistas, multilaterales o unilaterales, y el rol del orden público y las normas imperativas en ellos, ver Horatia Muir Watt, *New Challenges in Public and Private International Legal Theory: Can Comparative Scholarship Help?*, en Mark Van Hoecke (Editor), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004, pp. 278-280.

³⁰ Está visto que en derecho internacional privado se emplean sin homogeneidad las expresiones «orden público», «orden público internacional», normas «imperativas», «de policía», «de aplicación inmediata» y otras.

³¹ La coactividad del derecho internacional privado ha tenido oportunidad de manifestarse por múltiples canales, por lo que sería mejor imaginar la figura de un prisma que permita fragmentar el concepto de imperatividad propio del derecho en numerosos destellos de luz (Santos, Rubén B., *El Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Segunda Edición, Rosario, 1998, p. 148).

conflicto de leyes. El principio, tal cual se halla concebido, se encuentra moldeado por influencias más allá del derecho, marcado por ideologías que no pueden medirse por estándares fijos. En países democráticos prevalecerá la opinión pública; en regimenes totalitarios el capricho del dictador o de la claqué gobernante³².

Refiere Juenger que el conflictualismo clásico del Derecho internacional privado pretende adherirse a reglas rígidas, no obstante lo cual admite la excepción de indefinidas dimensiones que representa el orden público. Dicha reserva puede ser aplicada expansivamente al punto que casi cualquier regla foránea no similar a la del foro puede llegar a calificar para hacerla operativa, con lo que la excepción «traga» la regla». O puede ser restringida en interés de la armonía internacional, pero sólo al precio del peligro que representaría la incorporación de reglas foráneas muchas veces inapropiadas u onerosas que producirán resultados indeseables. Los tribunales y legisladores de distintos países difieren ampliamente en sus preferencias entre una y otra alternativa. Dentro de un mismo país, como en los Estados Unidos, por ejemplo, se presentan fallos contradictorios sobre el punto³³.

Por lo demás, muchas veces el orden público, debido a sus contornos vagos e imprecisos, ha sido utilizado como «válvula de escape» para introducir justicia «por la puerta de atrás» cuando las reglas estrictas del sistema conflictualista llevarían a un resultado injusto en el caso en particular³⁴. Al respecto,

³² H.C. Gutteridge, *Comparative Law, An Introduction to the Comparative Method of Legal Study & Research*, Second Edition, Cambridge University Press, 1949, p. 161.

³³ Juenger, obra citada, pp. 200, 258.

³⁴ Juenger, obra citada, p. 258. Kegel distingue entre justicia sustantiva y conflictual y hace notar que por sobre este segundo supuesto opera el orden público que excluye reglas foráneas (Kegel, obra citada, p. 15). Tratándose de justicia conflictual, el objetivo del Derecho internacional privado será simplemente elegir el Estado que proveerá el derecho aplicable sin atender al contenido y la calidad sustantiva de la solución a la que se arriba. En tanto que en la justicia sustantiva se buscará la mejor solución de fondo a un caso multiestatal. En este dilema entre la justicia conflictual y la justicia material o sustantiva los juzgadores suelen recurrir frecuentemente a lo que los anglosajones denominan «*escape devices*», o mecanismos de escape de la rigidez conflictualista, manipulándose cuestiones como las relativas a calificación, reenvío, orden público internacional, fraude a la ley, etcétera (Ver Symeon C. Symeonides, *Material Justice and Conflicts Justice in Choice of Law*, en *International Conflict of Laws for the Third Millenium, Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, Transnational Publishers Inc., New York, 2001, p. 125). La opción del juez de optar por otras alternativas a las soluciones conflictualistas clásicas constituye la línea de las normas narrativas de Jayme, de la doctrina de las cláusulas de excepción y la teoría alemana *Zweistufentheorie*, que toma en cuenta la regulación establecida en un ordenamiento no reclamado por la norma de atribución, pero sí estrechamente vinculado con el asunto, al objetivo de adaptar la solución conflictual legislativamente prevista a los pro

se ha planteado Visser si no resulta mucho más honesto admitir simplemente una válvula de escape amplia como mecanismo correctivo para lograr soluciones justas en el caso particular que así lo amerite³⁵. La tendencia europea es admitir estas conexiones alternativas³⁶, o una cláusula general de salvaguarda para situaciones particulares³⁷, y así, el orden público queda arrinconado a su función propia³⁸.

En el antiguo fallo inglés dictado en *Richardson v. Mellish* (1824) se dijo que el orden público era un caballo rebelde que, una vez montado, uno nunca sabe donde lo llevará³⁹. Mucho tiempo después Lord Denning dijo en *Enderby Town Football Club Ltd. v. The Football Association Ltd.* (1971) que, canalizado

pios objetivos de justicia del foro (José María Espinar Vicente, Ensayos sobre Teoría General del Derecho Internacional Privado, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997, p. 88).

³⁵ Frank Visser, General Course on Private International Law, Recueil Des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1992, I, Tome 232 de la collection, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 106.

³⁶ En Europa –observa Reimann– la tendencia en la segunda mitad del siglo XX ha sido mover el modelo decimonónico obsesionado con la nación Estado y mirar a intereses privados, reglas más flexibles, y criterios más abiertos a políticas substantivas (Ver Mathias Reimann, Domestic and International Conflicts Law in the United States and Western Europe, en International Conflict of Laws for the Third Millennium, Essays in Honor of Friedrich K. Juenger, Transnational Publishers Inc., New York 2001, p. 114). Tal constituye un cambio de soluciones formales, a otras menos mecánicas y que por ende atienden la sustancia de los problemas presentados en materia privada internacional (Graf-Peter Callies, Coherence and Consistency in European Consumer Contract Law: a Progress Report, The European Commission's Action Plan COM (2003) 68 final and the Green Paper on the Modernisation of the 1980 Rome Convention COM (2002) 654 final, en German Law Journal, www.glj-pdf.de, p. 333).

³⁷ En este sentido, la ley suiza de Derecho internacional privado prevé en su art. 15 una cláusula de escape para el caso atípico. Dice la norma: «El derecho designado por la presente ley excepcionalmente no es aplicable si, a la vista del conjunto de circunstancias, es evidente que la causa no tiene un vínculo bien determinado con ese derecho y que se encuentra en una relación mucho más estrecha con otro derecho». Esta cláusula de escape también está prevista en el artículo 6º de la nueva ley alemana de Derecho internacional privado y en el artículo 8º párrafo 3º de la convención sobre ley aplicable a los contratos de compraventa de 1987. El Restatement norteamericano resulta más amplio con la fórmula: «salvo que exista una relación más significativa con otro Estado» como válvula de escape al resultado que produzca el mecanismo conflictual.

³⁸ Bernard Audit, Le Caractère Fonctionnel de la Règle de Conflit (sur la «crise» des conflits des lois), Recueil Des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1984, III, Tome 186 de la collection, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, pp. 349-350.

³⁹ Se dijo allí textualmente: «...a very unruly horse, and when once you get astride it you never know where it will carry you. It may lead you from sound law. It is never argued at all, but when other points fail» (International Law Association, London Conference (2000), Committee on International Commercial Arbitration, Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards (www.ila-hq-org), p. 35).

de manera apropiada, este caballo rebelde podría ser mantenido bajo control⁴⁰.

Pues bien, uno de los roles creativos de diversos tribunales ha sido circunscribir el principio del orden público⁴¹, considerando que no aplicar una regla foránea usualmente significa dar virtualidad al derecho propio o *lex fori* del juzgador y atenta contra la armonía de las soluciones en el Derecho internacional privado⁴². El gran desafío constituye, pues, aclarar la terminología, delimitar apropiadamente el principio y dejar circunscriptas pautas específicas de aplicación del mismo y de sus distintas derivaciones, atendiendo regulaciones preponderantes existentes en el mundo, fallos y laudos emblemáticos y las tendencias doctrinarias prevalecientes⁴³.

Para el efecto, abordaremos en nuestra exposición diferentes subcategorías. Una se encuentra constituida por los principios y reglas fundamentales que surgen de cada sistema jurídico, que al contrariar el derecho extranjero aplicable según el mecanismo conflictual, prevalecen por sobre él (se utiliza muchas veces aquí la expresión orden público internacional). También se habla de un orden público más amplio a través de un consenso generalizado en los distintos sistemas preponderantes sobre la moralidad de las transacciones (orden público auténticamente transnacional o *bonos mores*). Existe, asimismo, otra subcategoría, las llamadas normas imperativas (*lois de police* en Francia, *mandatory rules* en el sistema anglosajón), que se aplican directamente, evitando el mecanismo conflictual. Veremos a continuación las distintas derivaciones de estas subcategorías y problemas conexos que se presentan.

⁴⁰ Expresó textualmente Lord Denning: «*With a good man in the saddle, the unruly horse can be kept in control*» (ILA Interim Report (2000), p. 35).

⁴¹ Como lo dice Kahn-Freund, uno de los factores claves para el rol creativo de los tribunales es el principio del orden público que existe en todos lados, esté o no expreso en un código (Kahn-Freund, obra citada, p. 110).

⁴² Lo que implica que, al fin de cuentas que los tribunales están finalmente en control de la línea que separa una política de armonía internacional de una política de conciencia interna (Kahn-Freund, obra citada, p. 111).

⁴³ Como bien se ha dicho, los intereses, tanto públicos como privados, requieren de soluciones estables, eficaces e invariables que brinden seguridad jurídica (Calvo Caravaca y Carrascosa González, obra citada, p. 42).

La expresión «orden público internacional»

Para cuestiones de orden transfronterizo ha adquirido carta de ciudadanía la expresión *orden público internacional*. 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 a Brocher entre los años 1882-1885⁴⁴. 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 fundamentales⁴⁵. De modo que el orden público internacional es un mecanismo de defensa que permite al juzgador no aplicar el derecho foráneo que hubiera correspondido 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 correctiva⁴⁶.

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»⁴⁷.

⁴⁴ Mauro Rubino-Sammartano, Italy, en Mauro Rubino-Sammartano y C.G.J. Morse (General Editors), *Public Policy in Transnational Relationships*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, Boston, 1991, p. 13.

⁴⁵ Ver van Houtte, obra citada, pp. 845-846.

⁴⁶ Van Houtte, obra citada, p. 842.

⁴⁷ 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/eurlex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52002DC0654:ES:HTML>).

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 internacionales⁴⁸. Esto se desprende claramente del caso *Messageries Maritimes*, 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 Maritimes*, la que intentó pagar a sus tenedores de bono con dólares de papel, conforme a la ley canadiense entrada 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 contra 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-oro 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 doméstico⁴⁹.

En Estados Unidos tres *leading cases* de la Corte Suprema dejaron establecida la distinción entre orden público interno e internacional. En *The Bremen v. Zapata Offshore Co.* de 1972, se dejó sentado que el derecho doméstico no prevalecería sobre los requerimientos del comercio internacional; en *Scherk v. Alberto-Culver Co.* de 1974, se reconoció la validez de la cláusula arbitral, atendiendo el carácter internacional del contrato, y excluyendo así restricciones impuestas por la normativa bursátil (*Securities Exchange Act*) en cuanto a arbitrabilidad; y en *Mitsubishi Motor Corp. v. Soles Chrysler-Plymouth Inc.*, de 1985, se decidió que la no arbitrabilidad en materia de defensa de la competencia no se extiende a contratos internacionales⁵⁰.

En estos casos —destaca Lalive—, normas domésticas imperativas son dejadas de lado en relaciones internacionales, de una manera que *prima facie* se

⁴⁸ Lalive, obra citada, después de la nota 7.

⁴⁹ Lalive, obra citada, después de la nota 55.

⁵⁰ Lalive, obra citada, después de la nota 57. Otros casos más recientes así lo confirman (*Shearson/American Express, Inc. v. McMahon* (1997); *Rodríguez de Quijas v. Shearson/American Express, Inc.* (1989). Ver ILA Interim Report (2000), p. 13.

parece al rechazo del derecho internacional normalmente aplicable por el orden público del foro, pero de hecho hay mayor analogía con la intervención positiva del orden público. Ello porque en vez de imponer —como ocurre comúnmente— una norma imperativa de derecho doméstico a situaciones internacionales, permite y de hecho requiere la aplicación y creación de una regla sustantiva adaptada a las necesidades y el contexto del comercio internacional. De allí la conclusión de que el rol del orden público internacional puede ser también permitir que el Estado del foro imponga sus puntos de vista en situaciones internacionales, pues el interés nacional puede consistir a veces que se tomen en cuenta y se satisfagan intereses y necesidades del comercio transfronterizo, en sentido amplio, dejando de lado reglas del derecho local que han sido elaboradas e impuestas para situaciones domésticas⁵¹.

La noción del orden público internacional se encuentra recogida en los artículos 1498 y 1502 del Código Procesal Civil Francés; en el artículo 1096 (f) del Código de Procedimiento Civil portugués de 1986; como así también en la legislación de Algeria, Líbano y Paraguay⁵². En esta dirección, en Rumania y Tunisia la legislación alude al «orden público como se lo entiende en el Derecho internacional privado»⁵³.

También se considera que admite la noción de orden público internacional —si bien utilizando la terminología de «orden público» a secas— la ley modelo de arbitraje de UNCITRAL (art. 34(2)(b)(ii) y varias otras dictadas en consecuencia.

Han aplicado la distinción entre orden público interno e internacional tribunales de Alemania, Italia y Suiza⁵⁴. En Italia, la cuestión se controversió a nivel judicial y doctrinario. No tendría virtualidad la distinción entre orden público interno e internacional, según un fallo de la Corte de Casación italiana de 1970, como asimismo conforme las opiniones de Ballarino y Ferri. Sí la tendría según otros fallos italianos, incluyendo uno de la Corte de Casación, y

⁵¹ Lalive, obra citada, después de las notas 58 y 59.

⁵² Sobre el problema en Paraguay relacionado a este tema, puede profundizarse en el artículo: José A. Moreno Rodríguez, Derecho aplicable, orden público y el régimen arbitral paraguayo, en *Revista Brasileira de Arbitragem*, No. 3, Coedición de IDB Thompson y el Comité Brasileiro de Arbitragem, Sao Paulo (2004).

⁵³ Algunas legislaciones hablan también de orden público y moral (Japón, Libia, Oman Qatar, Emiratos Árabes Unidos y Yemen (ILA Interim Report (2000), pp. 11-12).

⁵⁴ Otros tribunales adoptan una posición restrictiva, entre ellos los de Dinamarca, Holanda, Noruega, España y Suecia (ILA Interim Report (2000), p. 13).

las opiniones de Vitta, Sperduti, Palaia, Fumagalli y otros⁵⁵. En Inglaterra se presenta también dudosa la cuestión. En un caso antiguo (*Kaufman v. Gerson* - 1904) se expresó que no existe el *distingo*, aunque más recientemente se dijo lo contrario en *Israel Discount Bank of New York v. Hadjipateras* (1984)⁵⁶.

En cuanto a los instrumentos internacionales, la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras emplea la expresión orden público a secas (artículo V, 2 b). Sin embargo, se interpreta en varios países que cuando al art. V.2.b) de la misma se refiere al orden público, alude al orden público internacional⁵⁷. Igual interpretación suele esgrimirse con respecto a la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975 (artículo 5.2.b). Por su parte, todas las convenciones de La Haya luego de la Segunda Guerra Mundial incluyen la cláusula de orden público. Ahora, en tanto la de venta de 1955 hablaba en su artículo 6 sólo del orden público, posteriores convenciones de La Haya incorporan la palabra «manifiesta»⁵⁸ (para aludir a la contravención del orden público), con lo que implícitamente acogen la terminología de «orden público internacional»⁵⁹.

La palabra «manifiesta» ha sido incorporada también a instrumentos convencionales interamericanos. Así lo hace la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (artículo 2.h), la Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias (artículo 17), la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado⁶⁰, la Convención de México de 1994 sobre el de-

⁵⁵ Rubino-Sammartano, obra citada, p. 13. En referencia específica a la Convención de Nueva York sobre ejecución de laudos arbitrales, ha dicho la Corte de Apelaciones de Milán que el orden público referido en el Artículo V.2(b) del citado instrumento es orden público internacional (1992), ILA Interim Report (2000), p. 6.

⁵⁶ El reporte de la ILA expresa que en Inglaterra parecería existir una concepción restrictiva del orden público (ver fallos citados en el ILA Interim Report (2000), p. 14 al pie).

⁵⁷ Roque J. Caivano, Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros, en Adriana Noemí Pucci (Coordinadora), Arbitragem Comercial Internacional, Editorial LTr, Sao Paulo, 1998), p. 157.

⁵⁸ Resalta Jayme que la fórmula restrictiva utilizada por La Haya es la de «manifiestamente» incompatible con el orden público (Erik Jayme, *Identité Culturelle et Intégration: Le Droit International Privé Postmoderne*, Cours général de droit international privé, Recueil Des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1995, IV, Tome 251 de la collection, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 229).

⁵⁹ Ver Morse, obra citada, pp. 19-20.

⁶⁰ Organización de Estados Americanos, CIDIP II, Montevideo, 1979.

recho aplicable a la contratación internacional⁶¹ y en el ámbito mercosureño el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa (artículo 20, inciso f) y el Protocolo de Medidas Cautelares (artículo 17)⁶².

En el mismo sentido que la Convención de México se encuentra el artículo 16 de su antecesor Convenio de Roma de 1980, conforme al cual los Estados miembros de la Unión pueden negarse a aplicar la ley foránea «manifiestamente incompatible» con el orden público del foro. La palabra «manifiesta» está recogida también en el Reglamento 44 de 2001 de la Unión Europea sobre jurisdicción internacional⁶³.

El distingo lo reconocen, asimismo, resoluciones del Instituto de Derecho Internacional⁶⁴ y de la *International Bar Association*⁶⁵.

¿Nacionalidad del orden público internacional?

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*

⁶¹ Que dispone en su Artículo 18: «El derecho designado por esta Convención sólo podrá ser excluido cuando sea manifiestamente contrario al orden público del foro». Puede profundizarse al respecto en el artículo: José A. Moreno Rodríguez, La Convención de México sobre el Derecho Aplicable a la Contratación Internacional, publicación de la Organización de Estados Americanos (Publicación de la Organización de Estados Americanos, Washington, 2006).

⁶² En referencia a la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial de 1975, Noodt Taquela entiende que el requisito de que el laudo no afecte el orden público internacional del Estado donde se pretende el reconocimiento (art. 5.2.b) «debe ser interpretado en los términos del art. 20 inc. f) del Protocolo de Las Leñas que indica que el laudo tendrá eficacia extraterritorial si no contraría manifiestamente los principios de orden público del Estado en el que se solicitare el reconocimiento. Se trata de la misma concepción del orden público internacional que sustenta la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (art. 5), en la que son parte todos los países del MERCOSUR» (María Blanca Noodt Taquela, Arbitraje internacional entre particulares en el MERCOSUR, en Jurisprudencia Argentina, 1996 (Lexis N° 0003/001303), después de la nota 20).

⁶³ Así, el artículo 34 de este reglamento prevé en su inciso 1) que las decisiones extranjeras no se reconocerán «si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido».

⁶⁴ Ver en la página <http://www.idi-iil.org>.

⁶⁵ Tanto en el Reporte Final (ver ILA Interim Report (2000), como en la Resolución 2/2002, dictada en consecuencia.

dark)⁶⁶. La función principal del orden público es, pues, controlar el resultado sustantivo alcanzado por este mecanismo neutral. Pasa a constituir el 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*⁶⁷. 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 internacionales⁶⁸.

En esa línea se ha dicho que el orden público internacional es, en el fondo, nacional, no internacional⁶⁹, y que la distinción resulta, en consecuencia, artificial⁷⁰. 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 belga⁷¹.

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»⁷². En Portugal el artículo 1096 (f) del Código de Procedimiento Civil de 1986 se refiere expresamente del orden público internacional «portugués».

En materia de arbitraje, la Convención de Nueva York relativa a la ejecución de laudos extranjeros se refiere al orden público «del país». Sus negociadores no pretendieron, pues, subrepticamente armonizar el orden público o

⁶⁶ Según Raape, Rubino-Sammartano, obra citada, p. 8.

⁶⁷ Visher, obra citada, p. 100.

⁶⁸ Visher, obra citada, p. 139.

⁶⁹ Esto se enlaza con un tema muy debatido en doctrina de si el Derecho internacional privado es interno o internacional. Por ejemplo, expresan Loussouarn, Bourel y Vareilles-Sommières que el Derecho internacional privado es interno por sus fuentes, pero internacional por su objeto, en que existen manifestaciones de solidaridad internacional (Yvon Loussouarn, Pierre Bourel, Pascal de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, 8e édition, Éditions Dalloz, 2004, pp. 58-60).

⁷⁰ Así lo destaca, por ejemplo, Gonzalo Quiroga, obra citada, p. 61.

⁷¹ Van Houtte, obra citada, p. 844 y fallos citados.

⁷² ILA Interim Report (2000), p. 6.

establecer un estándar internacional común, a pesar de que la Comisión Redactora utilizó en su momento determinadas palabras no adoptadas en el texto definitivo alusivas al requerimiento de una clara incompatibilidad con el orden público o principios fundamentales del derecho, lo que evidentemente lleva a una concepción más amplia⁷³.

Orden público contextual o efecto atenuado o relativo del orden público internacional

Si el orden público se utiliza como argumento para rechazar el derecho foráneo, el juez debe primero examinar ese sistema jurídico, antes que desecharlo sin analizarlo. En efecto, como se expuso, el modelo teórico clásico savigniano es el de reglas de conflicto neutrales, lo que precisamente justifica la operación correctiva del orden público; sin embargo —destaca Lagarde—, esto solo puede operar si el juez ha tomado noticia del derecho foráneo referido de manera abstracta y lo ha encontrado, en caso en particular, incompatible con su sistema⁷⁴. Al respecto, expresa Visher que hoy generalmente se acepta que el enfoque no debe centrarse en la evaluación abstracta de las reglas foráneas, sino en el resultado de su aplicación al caso bajo revisión. No debe el orden público convertirse en instrumento para una hipócrita censura del derecho foráneo⁷⁵.

De modo que en el ámbito internacional, el orden público debe ser apreciado en concreto en los casos que en particular se presenten. Ello, obviamente, salvo que existan supuestos extremos chocantes en relación con el contenido abstracto de la regla foránea, como en lo relativo a discriminación racial en los países que adoptan normativa de protección a los derechos humanos⁷⁶. De esto último hay varios precedentes en Inglaterra, como el caso *Oppenheimer*

⁷³ ILA Interim Report (2000), p. 8.

⁷⁴ Lagarde, obra citada, p. 9.

⁷⁵ Visher, p. 101. De allí lo criticable de la fórmula de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado pues, como lo expresa Lagarde, ella da pie a que se declare en abstracto que una ley foránea es contraria al orden público, lo que como regla debería ocurrir sólo en su aplicación el caso particular (Lagarde, obra citada, p. 7, nota al pie).

⁷⁶ Otra forma de expresar la idea es que la primera categoría se aplica sea cual sea la conexión de la ley aplicable a Inglaterra, en tanto que la segunda solo si Inglaterra es un país en que la cuestión tiene una real y sustancial conexión (Briggs, obra citada, p. 45).

v. *Cattermole* (1976), relativo a la confiscación de propiedades nazi tomadas en infracción a derechos humanos, o supuestos relacionados a decretos confiscatorios que ofendan estándares de derechos humanos (*Williams & Humbert Ltd. V. W. & H. Trademarks (Jersey) Ltd.* (1986); *The Playa Larga* (1983). *Settebello Ltd. V. Banco Totta and Acores* (1985)⁷⁷.

Sin embargo —señala el inglés Briggs—, normalmente las circunstancias son contextuales: debe analizarse el conjunto de los hechos para determinar si existe una conexión suficiente con la norma imperativa que se pretende aplicar. Por ejemplo, una ley foránea que establezca prohibiciones para el casamiento con determinado grado de parentesco con una sobrina, puede no considerarla un juez inglés cuando nada tiene que ver con Inglaterra, y así se ha fallado en el caso *Cheni v. Cheni* (1965)⁷⁸.

Se han avanzado distintas teorías en el continente europeo para dar al carácter relativo del orden público un marco teórico: *Inlandsbeziehung*, que es la doctrina de Franz Khan en Alemania y la teoría del efecto atenuado del orden público de Francia. Esta última ha sido recibida por la Corte de Casación de este país ya en el caso *Bulkley*, completada en casos de 1945 y 1953, famoso caso *Rivière*⁷⁹. En Inglaterra —está visto— también se habla del carácter relativo o *contextual* del orden público o public policy⁸⁰.

Se dice que el orden público es relativo en el espacio, en alusión al reconocimiento de derechos adquiridos en el extranjero, en que el efecto del orden público es relativizado⁸¹. Así, podría reconocerse la legitimidad de hijos nacidos fruto de un matrimonio poligámico válidamente contraído en otro país que así lo permite, o una herencia futura cuya renuncia ya ha sido consumada. En estos casos —como lo dice Kahn-Freund—, es el resultado del caso concreto el que debe ser examinado, no debiendo juzgarse la moralidad o deseabilidad de ley foránea⁸². La tendencia —expresa Rubino Sammartano— es admitir los derechos válidamente adquiridos en el extranjero, salvo que el resultado en sí sea chocante con respecto al orden público del juzgador⁸³.

⁷⁷ Morse, obra citada, p. 20.

⁷⁸ Otra forma de expresar la idea es que la primera categoría se aplica sea cual sea la conexión de la ley aplicable a Inglaterra, en tanto que la segunda solo si Inglaterra es un país en que la cuestión tiene una real y sustancial conexión (Briggs, obra citada, p. 45).

⁷⁹ Lagarde, obra citada, pp. 38-40.

⁸⁰ Morse, obra citada, pp. 20-21.

⁸¹ Jayme, p. 228.

⁸² Kahn-Freund, obra citada, pp. 282-283.

⁸³ Rubino-Sammartano, obra citada, pp. 17-18.

Asimismo, el orden público es relativo en tiempo⁸⁴, pues los tribunales solo intervienen contra ataques presentes a las reglas del foro, las que pueden cambiar de una época a otra⁸⁵. Tal solución es ampliamente aceptada en derecho comparado (por ejemplo, Alemania, Austria, Bélgica, España, Francia e Italia). El criterio ya proviene de la Corte Internacional de Justicia con el caso entre Serbia y Brasil de 1929⁸⁶. En consonancia, el Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Basilea de 1991, estableció que una cláusula de congelamiento del derecho («*freezing clause*»), es decir, una estipulación de que el contrato no se verá afectado por cambios futuros en la ley aplicable, no puede hacerse extensiva a disposiciones imperativas que entren a regir en el futuro⁸⁷.

El orden público internacional es además relativo con respecto al orden público interno, tal cual lo sentó nuevamente la Corte Francesa de Casación en el caso *Société Grands Moulins de Strasbourg c. C. Continentale France* de 1991, al afirmar que el orden jurídico francés aplicable a las relaciones internacionales debe ser apreciado de manera menos rigurosa que el orden público interno⁸⁸. Ya nos hemos referido a esta cuestión.

⁸⁴ Lalive, después de la nota 14.

⁸⁵ Rubino-Sammartano, obra citada, p. 9.

⁸⁶ Lagarde, obra citada, pp. 45-46.

⁸⁷ Un particular problema se presenta en los contratos con el Estado, cuando éste cambia el derecho durante la vigencia del contrato y altera así su contenido. Existen precedentes arbitrales en que no se ha aceptado dichos cambios que unilateralmente afectan el contrato, invocándose el orden público internacional (Caso CCI 1803/1972, *Société des Grands Travaux de Marseille y East Pakistan Industrial Development Corporation*, orden presidencial de Bangladesh que quería extinguir obligaciones contractuales de compañía estatal. Caso 723 del Netherlands Arbitration Institute, *Setenave v. Settebello*. También caso *Aminoil v. Kuwait*). Como alternativa se puede prever en el contrato un congelamiento del derecho del Estado contratante, que se compromete así a no efectuar cambios regulatorios durante la vigencia del acuerdo. Así también, contratos sofisticados de largo alcance normalmente admiten la posibilidad de cambios legislativos y definen consecuencias financieras para las partes. Se puede aceptar la mutación del derecho del Estado contratante, pero solo en tanto esté de acuerdo con el derecho del co-contratante. Una variante es aceptar el cambio del derecho, en tanto esté de acuerdo con reglas no nacionales, como principios generales, equidad, etcétera, tal cual se hizo en los casos de nacionalización de las concesiones de petróleo de Libia (BP Award, Texaco-Calasiatic Award, LIAMCO Award, de los años setenta).

⁸⁸ Marta Gonzalo Quiroga, *Orden Público y Arbitraje Internacional en el Marco de la Globalización Comercial*, Editorial Dykinson, Madrid, 2003, pp. 68-69, nota al pie.

Efectos

Aquí se plantea el siguiente interrogante: ¿cuál derecho se aplica cuando la ley foránea que tendría virtualidad contraría el orden público del juzgador?

En Italia y Francia se recurre, en este caso, al derecho doméstico. Tal es la llamada «solución latina». Diferente es la solución germánica de aplicar el derecho foráneo, excluyendo lo que específicamente contraría al orden público del foro⁸⁹. La doctrina italiana objeta que así los tribunales estarán tentados a manipular el contenido del derecho foráneo en su aplicación selectiva al caso en concreto⁹⁰. Zekoll ha sembrado dudas también sobre la habilidad de los jueces para lidiar con solvencia con leyes extranjeras⁹¹.

Por sobre todo, debe tenerse presente que, aunque las reglas digan lo contrario, existe una tendencia casera («*homeing trend*») de los tribunales de aplicar el derecho propio⁹². En el caso *Soulier*, la Corte de Casación dijo en 1910 preferir que los tribunales franceses juzguen de acuerdo al derecho autóctono antes que una ley extranjera que no conocen. Hay un similar *dictum* inglés de Lord Denning en *The Atlantic Star* (1973)⁹³.

Subyace, sin embargo, el interrogante si resulta apropiado el enfoque de buscar soluciones sustitutivas en leyes domésticas⁹⁴ o si la respuesta debe encontrarse en un derecho transnacional, como la *lex mercatoria* o principios, usos y costumbres que responden a estándares aceptables internacionalmente⁹⁵. Volveremos más abajo sobre el punto⁹⁶.

⁸⁹ El proyecto de ley holandesa de Derecho internacional privado en su artículo 8 extiende la excepción de orden público a la aplicación de una regla de conflicto, y permite consideraciones de razonabilidad y justicia para afectar el resultado. No sugiere la aplicación de la ley de otro país (con una conexión más cercana) a pesar de que se sostiene que esto va implícito. No hay esta flexibilidad en la ley alemana de 1986. El artículo 15 de la ley suiza no va tan lejos y permanece dentro de las soluciones tradicionales de conflicto de leyes.

⁹⁰ Rubino-Sammartano, obra citada, p. 19.

⁹¹ Zekoll, obra citada, pp. 11-12.

⁹² Juenger obra citada, pp. 133-134. La expresión «*homeward trend*» se atribuye a Nussbaum (Kahn-Freund, obra citada, p. 280).

⁹³ En la nota 33. Kahn-Freund, obra citada, p. 309.

⁹⁴ Jan H. Dalhuisen, *Dalhuisen on International Commercial, Financial and Trade Law*, Hart Publishing, Portland and Oregon, 2000, p. 93.

⁹⁵ Menciona Lagarde tres pasos para dar expresión concreta al orden público: Uno, considerar la ley extranjera en cuestión. Dos, las circunstancias del caso que revelen la naturaleza relativa del orden público. Y tres, relacionar el resultado a un sistema jurídico que sirve como base para la comparación. El tercero presenta un problema con el crecimiento de un orden público que se asienta en el derecho internacional o transnacional como fuente (Lagarde, obra citada, p. 44).

⁹⁶ Puede profundizarse sobre temas relativos a la *lex mercatoria* recurriéndose a los siguientes

Cabe destacar que lo dicho tiene virtualidad en cuanto a la determinación del derecho aplicable por parte del juzgador. Cosa distinta ocurre con la pretendida ejecución de sentencias y laudos foráneos, en que si el juzgador constata la contravención al orden público directamente procederá a su rechazo⁹⁷.

Verdadero orden público internacional

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* 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 civilizadas⁹⁸. 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 Corte⁹⁹: «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 deter-

artículos: José A. Moreno Rodríguez, Nueva Lex Mercatoria: ¿Fantasma creado por profesores de La Sorbona?, Revista de Derecho Mercantil Internacional, Editorial Legis, Colombia (2003); José A. Moreno Rodríguez, Los Principios Contractuales de UNIDROIT: ¿Un Mero Ejercicio Académico de Juristas Notables?, en Revista Foro de Derecho Mercantil, Editorial Legis, Bogotá (2005).

⁹⁷ Rubino-Sammartano, obra citada, p. 20.

⁹⁸ Van Houtte, obra citada en la nota 131, pp. 845-846.

⁹⁹ Kahn-Freund, obra citada, p. 28.

minados 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, sino universal, al menos común a varios países¹⁰⁰. En fecha más reciente, la Corte de París evocó en 1990 ya la «existencia de un orden público de esencia verdaderamente internacional y de aplicación universal» (1ª Sala Civil, caso *Fougerolle*)¹⁰¹.

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/Sethia*, 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 compulsivo¹⁰². 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 pragmática¹⁰³.

Del examen de varios pronunciamientos, Lalive concluye que los Estados tienden a reconocer cada vez con mayor fuerza, de manera directa o subrepticia, una noción más general del orden público, quizás supranacional, que pertenece a la más amplia comunidad regional o universal¹⁰⁴. 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,

¹⁰⁰ Lagarde, obra citada, p. 59. Ver también Sara L. Feldstein de Cárdenas, El orden público internacional: una mirada desde el Derecho internacional privado contemporáneo, en Derecho privado, libro homenaje a Alberto J. Bueres, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 112.

¹⁰¹ En la misma línea, en 1993 la Corte de Apelaciones de París sostuvo que la buena fe es un principio general de orden público internacional (*Republique de Cote d'Ivoire v. Norbert Bernard* (1993)).

¹⁰² Lalive, después de nota 75.

¹⁰³ ILA Interim Report (2000), p. 7 y nota al pie.

¹⁰⁴ Lalive, después de nota 97.

como la proscripción de la esclavitud o el respeto a derechos humanos, por citar ejemplos.

Normalmente, estos intereses se encuentran resguardados también por tratados internacionales, lo que oscurece la determinación de si están protegidos por encontrarse incorporados en instrumentos que obligan al foro juzgador o por los principios mismos¹⁰⁵. Por ejemplo, el Acuerdo del Fondo Monetario Internacional (Acuerdo de Bretton Woods), prevé expresamente que la simple elección de otro derecho no puede cambiar la aplicabilidad de las regulaciones sobre el cambio de divisas (Art. VIII (2) (b)).

Sin embargo, ello no ocurre siempre. La Declaración Universal de Derechos Humanos, por ejemplo, carece de la fuerza de un tratado diplomático y no constituye, entonces, fuente distinta que las leyes nacionales. Diferente es la situación en países que han suscripto tratados de derechos humanos como la Convención Europea de 1950 o la Convención de Naciones Unidas de 1966, pues aquí estamos ante textos adoptados por los respectivos derechos internos¹⁰⁶.

La principal objeción contra este verdadero orden público internacional es que solo 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 nacional¹⁰⁷. Y aquí permanece la duda de si resulta conveniente distinguirlo conceptualmente del orden público internacional. Sobre todo atendiendo a que, como lo expresa Alvarez, el orden público transnacional como noción es criticado por no ofrecer certeza, predecibilidad y definición en cuanto a sus contornos, sustancia y aplicación¹⁰⁸.

Orden público transnacional como estándar

Si se presenta un conflicto de leyes, el derecho extranjero no puede ser obviado sólo por diferir. Tiene que existir algún criterio.

Por mucho tiempo la práctica francesa adoptó una fórmula restrictiva. Los fallos de la Corte de Casación expresaron que no sólo debe diverger la solución foránea con el orden público francés sino debe presentarse

¹⁰⁵ Van Houtte, obra citada, p. 846.

¹⁰⁶ Lagarde, obra citada, pp. 48-50.

¹⁰⁷ Lagarde, obra citada, p. 51.

¹⁰⁸ Alvarez, obra citada, p. 31.

una ofensa a principios de justicia universal que, en opinión francesa, poseen un valor absoluto internacional. Expresa Lagarde que esto fue criticado y ya no encuentra adeptos recientemente, puesto que restringía excesivamente el alcance del orden público y su formulación se presentaba muy descriptiva para ser útil¹⁰⁹.

En Alemania, Jayme propugna un examen basado en el derecho comparado de reglas foráneas que se distancian de la alemana. La excepción de orden público sería viable así si éstas se desvían substancialmente del estándar del derecho comparado. Sin embargo, dice Lagarde, lo contrario sería también cierto, es decir, ¿por qué no aplicar igualmente a las reglas del foro el mismo examen basado en la comparación?¹¹⁰.

En el ya citado caso del Banco *Ottoman*, la Corte de París aplicó en 1984 el enfoque comparativo. El tribunal debía decidir si era compatible con el orden público que los estatutos de un banco confirieran discreción absoluta a sus directores para dar información a los accionistas sobre las cuentas del Banco. La Cámara de Apelaciones rechazó que existiera una violación al orden público francés al no encontrar suficientes vínculos con el foro (la jurisdicción había sido recurrida en base a la nacionalidad francesa de los demandantes). Se basó la Cámara en la noción de un orden público que —según lo expresó—, aunque no fuera universal, se relacionara con los intereses de personas ligadas a la vida de las sociedades de capital. La Corte hizo un examen comparativo de las prácticas del banco atendiendo las normas vigentes en Turquía (donde la sede estatutaria estaba establecida), y en Inglaterra (donde las reuniones de accionistas tenían lugar). Del examen comparativo, la Cámara concluyó que la discreción conferida a los directores con respecto a la información a brindar a accionistas del banco establecidos en Inglaterra no puede ser vista como contraria el orden público.¹¹¹

Lagarde propone como fórmula que, en ausencia de un vínculo especial de la situación con el foro, si la *lex fori* es más demandante en la materia que la ley extranjera promedio, este promedio debe servir como base de la comparación en controlar si la ley foránea cumple con el orden público¹¹².

De allí la creciente importancia que se viene dando en derecho internacional a la *lex mercatoria* o derecho transnacional emergente de normas comu-

¹⁰⁹ Lagarde, obra citada, p. 45.

¹¹⁰ Lagarde, obra citada, p. 45.

¹¹¹ Lagarde, obra citada, p. 45.

¹¹² Lagarde, obra citada, p. 45.

nes de distintos sistemas jurídicos. Esto sigue cuestionándose a nivel doctrinario en que incluso se formula una distinción entre principios fundamentales en los que se asienta el orden supranacional o transnacional y principios generales que pueden ser deducidos de la investigación comparada¹¹³. Como sea, resulta innegable que se puede detectar, a través del examen comparado, principios comunes a los principales sistemas jurídicos del mundo o al menos con los cuales el contrato presenta vínculos más estrechos¹¹⁴.

Orden público comunitario

Se alude también a un orden público comunitario, compuesto por valores fundamentales compartidos en zonas de integración regional, como la europea¹¹⁵, y así lo expresa el Libro Verde, según el cual «tradicionalmente, cada Estado miembro dispone de su propio cuerpo de normas de orden público internacional, pero con la multiplicación de disposiciones imperativas de origen comunitario, asistimos hoy en día al nacimiento de un «orden público europeo»». Alvarez refiere también que se está concibiendo un orden público de otras zonas de integración, como el emergente del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).

Se ha hecho notar que se sigue hablando de un Derecho internacional, a pesar de que varias organizaciones no estatales son reconocidas como sujeto del derecho internacional¹¹⁶, incluso con capacidad legisferante, como ocurre en la Unión Europea. Pues bien, si la potestad regulatoria no se encuentra

¹¹³ Jan H. Dalhuisen, *Dalhuisen on International Commercial, Financial and Trade Law*, Hart Publishing, Portland and Oregon, 2000, p. 66.

¹¹⁴ Bruno Oppetit, *Teoría del Arbitraje*, Traducido por: Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinoza y José Joaquín Caicedo Demoulin, Legis Editores, Bogotá, 2006, 199-201, quien destaca aquí el modesto papel que ello ha tenido, sin embargo, en la jurisprudencia de la Corte de La Haya.

¹¹⁵ Ello tiene argumentos a favor y en contra (Diego P. Fernández Arroyo, *El Derecho Internacional Privado en el MERCOSUR: ¿Hacia un Sistema Institucional*, en *El Derecho Internacional Privado Interamericano en el Umbral del Siglo XXI*, Sextas Jornadas de Profesores de Derecho Internacional Privado, Segovia, 1995, Departamento de Derecho Internacional Público y de Derecho Internacional Privado, EurolexSL, Madrid, 1997, 180-183).

¹¹⁶ Jürgen Basedow, *The Effects of Globalization on Private International Law*, en *Legal Aspects of Globalization, Conflict of Laws, Internet, Capital Markets and Insolvency in a Global Economy*, Edited by Jürgen Basedow and Toshiyuki Kono, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 2000, p. 4.

exclusivamente en cabeza de las naciones-Estados, sino se halla distribuida en diversos niveles, como el comunitario, resulta difícil entender por qué las reglas de conflicto deberían siempre referirse al derecho privado de un Estado¹¹⁷, y por qué la noción del orden público debería limitarse a ser extraída de los derechos locales.

En esta línea señala Jayme que el orden público también puede ser concebido a partir de valores transnacionales compartidos. En Europa, los jueces están obligados a tener en cuenta la Convención Europea de Derechos del Hombre, de cuyos preceptos se desprende un orden público europeo o comunitario¹¹⁸, y así se ha expresado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), por ejemplo, en el muy citado caso *Krombach* (C-7/98) del año 2000. Se dijo allí que entre las manifestaciones del orden público comunitario se encuentran las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos a cuyo respecto los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido, entre ellos el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Por lo demás, la Unión Europea constituye una organización supranacional cuyo derecho comunitario resulta directamente vinculante para sus Estados miembros. En cada uno de estos Estados el derecho comunitario se hizo parte del sistema jurídico doméstico. De existir conflicto prevalece el derecho europeo sobre el autóctono. Reglas básicas del derecho comunitario europeo, como el libre movimiento de bienes y personas o la libre competencia han sido hechas partes del orden público de los Estados miembros de la Unión Europea, lo que lleva a que el orden público nacional se vaya diluyendo cada vez más¹¹⁹.

A este respecto ha marcado su fuerte sello el pronunciamiento del TJCE en el caso *Eco Swiss China Time v. Benetton* (1999), en el que se dejó sentado que la norma de defensa de la competencia del art. 85 del Tratado de Roma constituye una disposición fundamental para el funcionamiento del mercado interior de la Unión Europea. Como consecuencia, dijo el Tribunal, «en la medida en que un órgano jurisdiccional nacional deba, en aplicación de sus normas procesales internas, estimar un recurso de anulación de un laudo arbi-

¹¹⁷ Basedow, obra citada, p. 6.

¹¹⁸ Jayme, obra citada, p. 231. Ver también Loussouarn, Bourel y Vareilles-Sommières, obra citada, p. 54.

tral basado en la inobservancia de normas nacionales de orden público, también debe estimar tal recurso basado en la inobservancia de la prohibición impuesta en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado».

Del caso *Ingmar GB Ltd contra Eaton Leonard Technologies Inc.* del Tribunal de Justicia de 2000 (asunto. C-381/98) surge que determinadas disposiciones del Derecho comunitario, pueden presentar, ellas también, carácter imperativo, como ocurre con la directiva que establece protección especial a los agentes en sus vinculaciones internacionales. Ello implica que las disposiciones de protección mínima establecidas en esta directiva deben considerarse de orden público europeo y, por tanto, prevalecerán por sobre un resultado en contrario al que lleven las normas de conflicto.

Este orden público europeo ha sido citado también en casos arbitrales, como en los pronunciamientos de la Cámara de Comercio 6197 de 1995 y 4132 de 1983¹²⁰.

Se cuestiona si no se está, en el fondo, ante un orden público «nacional». En 1998 la Corte Suprema Austriaca concluyó en dos casos que la norma de derecho comunitario europeo directamente aplicable a los Estados miembros es, según su supremacía, automáticamente parte de orden público nacional austriaco¹²¹.

Otras esferas de «orden público»

Expresa Alvarez que el orden público se podría desarrollar asimismo dentro de ciertos temas que generan preocupaciones específicas, como áreas de comercio e inversión. Tal sería un orden público emergente de los convenios de inversión sometidos al Convenio Constitutivo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI o ICSID en inglés), firmado en Washington en 1965¹²².

¹¹⁹ Van Houtte, obra citada, p. 848.

¹²⁰ Es llamativo el caso *Thales Air Defence c/ G.I.E. Euromissile y La S.A. EADS France*, 1994, Corte de Apelación de París. En este caso, los árbitros decidieron no aplicar una norma imperativa europea sobre el derecho de la competencia. La corte de apelación llevando al máximo la visión transnacional dijo simplemente que no podía analizar ese punto bajo la denuncia de orden público porque eso significaría meterse en el fondo del asunto.

¹²¹ De modo que un laudo arbitral en conflicto podría ser invalidado (Ver ILA Interim Report (2000), casos citados en la p. 20).

¹²² Alvarez, obra citada, p. 34.

En este sentido, la Corte de Apelación de París ha sentenciado que las reglas relativas al control público sobre inversión extranjera expresan, vía normas imperativas, la idea de un orden público económico internacional, porque estas reglas apuntan a preservar en el interés público el balance entre las relaciones económicas y financieras con el resto del mundo al controlar el movimiento de capital allende las fronteras (*Courreges Design v. Andre Courreges* - 1990).

Debe considerarse que no caben impugnaciones ulteriores a los arbitrajes de CIADI ante tribunales locales, por lo que sus laudos pueden reputarse auténticamente anacionales o deslocalizados¹²³, y por ende sustraídos de particularidades locales de orden público.

De alguna forma se utilizan fundamentaciones análogas en referencia a que existiría un orden público relacionado a los problemas en el arbitraje electrónico, ante la dificultad de localizar el procedimiento arbitral en el espacio virtual y la aparente falta de control en la red¹²⁴. Incluso con respecto al ciberespacio en general se alude cada vez con mayor fuerza a un orden público cibernético¹²⁵.

Normas imperativas o leyes de policía

Está visto que se atribuyen dos aspectos al orden público en el Derecho internacional privado: uno, negativo, constituye el correctivo a normas indirectas o de conflicto, en tanto ellas no podrán determinar la aplicación de otro derecho que viole los valores esenciales de la sociedad del foro en el cual se juzga la cuestión¹²⁶. El otro, positivo, está dado por las normas directas con que cuenta cada sistema jurídico, que no pueden ser dejadas de lado por la voluntad de las partes. En este sentido, coincide con la noción de «normas imperativas» del Derecho internacional privado u otras expresiones que, como se verá, se utilizan de manera análoga.

¹²³ Gonzalo Quiroga, obra citada, p. 39.

¹²⁴ Gonzalo Quiroga, obra citada, pp. 47-48.

¹²⁵ Ver, por ejemplo, Diego P. Fernández Arroyo, *El Derecho Internacional Privado en el MERCOSUR: ¿Hacia un Sistema Institucional*, en *El Derecho Internacional Privado Interamericano en el Umbral del Siglo XXI?*, Sextas Jornadas de Profesores de Derecho Internacional Privado, Segovia, 1995, Departamento de Derecho Internacional Público y de Derecho Internacional Privado, EurolexSL, Madrid, 1997, 180-183.

¹²⁶ Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, obra citada, p. 227.

Dice el Libro Verde¹²⁷ que «la expresión «disposición imperativa» abarca una realidad múltiple: designa a la vez las leyes de policía, concepto característico del Derecho internacional privado, y las normas de orden público interno». La terminología en francés de *lois de police* —leyes de policía— se encuentra aparentemente utilizada por primera vez en una referencia que hizo Bouhier que vivió de 1673 a 1746¹²⁸. Recoge la expresión el Código Civil Francés, que habla de *lois de police* en el artículo 3, 1, en tanto que en el artículo 6 se refiere a *ordre public y bonnes moeurs* (orden público y buenas costumbres).

Pues bien, para los franceses, las leyes de policía son las que se aplican inmediatamente, a diferencia de la figura del orden público, que constituye una excepción luego de que el mecanismo conflictual determinó aplicable una ley extranjera¹²⁹. Se trata de regulaciones concretas aplicables al caso, y no principios generales extraídos del sistema, como lo son los del orden público como factor correctivo de las normas de conflicto¹³⁰. La expresión ha tomado arraigo en el derecho europeo. Así, el Libro Verde alude a la ley de policía como un «concepto de Derecho internacional privado que designa las normas a las que un Estado concede tal importancia que exige su aplicación en cuanto la situación jurídica presenta un vínculo con su territorio, cualquiera que sea, por otra parte, la ley aplicable a la situación. Contrariamente al mecanismo de la excepción de orden público internacional, el juez no descarta la ley designa-

¹²⁷ En el contexto del Convenio de Roma, pero el comentario se hace extensivo a otros ámbitos.

¹²⁸ Rubino-Sammartano, obra citada, p. 10.

¹²⁹ Dice Grigera que «la técnica de la ley de policía no se basa en la localización —frecuentemente artificial— en el espacio de la cuestión litigiosa ni en reparar en el «fenómeno de la frontera». Se trata más bien de determinar la proximidad ideal entre las cuestiones regladas en la norma sustantiva y el punto litigioso para concluir si tal norma habrá de aplicarse directamente —es decir, sin la intermediación de una norma de conflicto— o no (Horacio Grigera Naón, Los árbitros internacionales: ¿pueden o deben aplicar leyes de policía?, en Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben, Coordinadores: Jan Kleinheisterkamp y Gonzalo A. Lorenzo Idiarte, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002, p. 600).

¹³⁰ Horacio Grigera Naón, Public Policy and International Commercial Arbitration: The Argentine Perspective (Kluwer CD), después de la nota 14. Entiende Grigera que los árbitros pueden aplicar leyes de policía que no sean del derecho aplicable al contrato sin que el laudo pueda ser impugnado. Ello bajo ciertas condiciones, como que las partes las invoquen y no sean aplicables meramente de oficio, o el contraste con el orden público internacional para determinar si es o no exorbitante, etcétera (Horacio Grigera Naón, Los árbitros internacionales: ¿pueden o deben aplicar leyes de policía?, pp. 612-615).

da por sus normas de conflicto por ser contraria al orden público, sino que aplica de oficio sus propias normas»¹³¹.

Hace notar Audit que el desarrollo de la doctrina de las leyes imperativas o de policía, otra evolución del conflictualismo, es una consecuencia de la implicación creciente del derecho público de las situaciones de Derecho internacional privado¹³². Las leyes de policía guardan relación con regulaciones de derecho público o económico, pero también con otras de resguardo a partes débiles en la contratación¹³³, es decir, se corresponden con la ya mencionada distinción entre orden público de dirección y de protección¹³⁴.

Las reglas imperativas han tenido un avance al ser incluidas en distintas codificaciones del siglo XIX, a pesar de que entonces la visión económica laseferista atenuó su impacto¹³⁵. El mayor avance se ha producido durante el siglo XX. Con ellas renace el viejo enfoque de *comitas* que las ideas de Savigny intentaron evitar, puesto que las disposiciones imperativas están destinadas a aplicarse al caso que corresponda según la discreción del juzgador, y no en base a un supuesto sistema neutral y automático de reparto¹³⁶. Debe tenerse

¹³¹ Se propone en el Libro Verde que «El futuro instrumento «Roma I» podría, pues, proponer una definición del concepto de leyes de policía, definición que podría inspirarse en la jurisprudencia Arblade del Tribunal de Justicia [T]CE, 23.11.1999, asuntos C-369/96 y C-374/96], según la cual la ley de policía es «una disposición nacional cuya observancia se ha considerado crucial para la salvaguardia de la organización política, social o económica del Estado miembro de que se trate, hasta el punto de hacerlas obligatorias para toda persona que se encuentre en el territorio nacional de ese Estado miembro o con respecto a toda relación jurídica localizada en él».

¹³² Audit, obra citada, p. 365.

¹³³ Visher, obra citada, p. 158.

¹³⁴ Señala, sin embargo, el Libro Verde que como reacción a la jurisprudencia *Ingmar GB Ltd contra Eaton Leonard Technologies Inc.* del Tribunal de Justicia [T]CE, 9.11.2000, asunto. C-381/98], algunos propusieron en Europa que en la futura regulación comunitaria debe preverse que no puede tratarse de ley de policía si la norma contempla únicamente la protección de intereses puramente privados, por oposición a las leyes que protegen el orden político, económico o social de un Estado.

¹³⁵ La nacionalización del derecho mercantil del siglo XIX demostró sus efectos intervencionistas plenamente en el siglo XX, y ha conducido recientemente hacia la privatización de las fuentes en el derecho transnacional entre profesionales (Dalhuisen, obra citada, pp. 57-60).

¹³⁶ Dalhuisen, obra citada, p. 86. En la Unión Europea el efecto de las reglas imperativas domésticas que no se reducen a políticas públicas, seguridad o salud ha sido grandemente reducida si atentan contra el libre movimiento de bienes y servicios y el derecho de establecerse en otra jurisdicción (artículo 43, 46(2) y 49). Luego del caso del TSCE Europea siguiendo a *Dassonville* y *Cassis de Dijon*, se ha enfatizado la importancia del libre movimiento de bienes y servicios y el derecho del establecimiento por sobre regulaciones domésticas, excepto si se justifica por el bienestar general. Esto ha impactado en industrias tradicionalmente reguladas, como servicios financieros.

en cuenta que el hecho de que la regla del foro (*lex fori*) sea imperativa no significa necesariamente que deba aplicarse incondicionalmente y dejarse sin efecto la regla de conflicto «normal». El problema no se presenta cuando la ley dice que la regla del foro tenga absoluta prioridad, en cuyo caso el juez debe cumplirla. La dificultad está en que normalmente el legislador no formula una indicación al respecto¹³⁷, por lo que el juez deberá hacerlo en forma pragmática¹³⁸. Esto fue indicado, por ejemplo, por la Cámara de los Loes en el caso *Boissevain v. Weil* (1950)¹³⁹. No hay criterios aceptables para fijar con precisión qué reglas califican para el tratamiento especial¹⁴⁰. Savigny creía que la «intención del legislador» sería el criterio. Sin embargo, en su época no había el intervencionismo de nuestros días en que cada vez más hay legislación con este carácter¹⁴¹.

Otras expresiones relacionadas a leyes imperativas

Existe a este respecto un destacable caos terminológico. Por ejemplo, dicen los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL) que una regla es imperativa (*mandatory rule*) cuando las partes no pueden desviarse de ella en su contratos. Y no imperativa cuando sí pueden hacerlo (artículo 1:103). La nota explicativa de esta norma destaca que la distinción es bien conocida en el *civil law*, si bien la terminología varía. En derecho francés son llamadas *lois de police* o *regles d'ordre public* o —dependiendo de sus efectos—, *regles de droit impératives*; las reglas no imperativas son llamadas *regles de droit supplétives*. En Italia, la disposición supletoria se denomina *norme dispositiva*, en tanto que la imperativa *norme imperative*. En España el artículo 1255 del Código Civil utiliza las expresiones normas cogentes y normas dispositivas. La distinción era desconocida en Inglaterra, hasta su introducción en la *Unfair Contract Terms Act* de 1977 y el *Sale of Goods Act* de 1979.

¹³⁷ Frank Visser, *General Course on Private International Law*, Recueil Des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1992, I, Tome 232 de la collection, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pp. 154-155.

¹³⁸ Fernández Arroyo, MERCOSUR p. 295.

¹³⁹ Morse p. 17.

¹⁴⁰ Juenger, recueil, p. 201.

¹⁴¹ Juenger, recueil, p. 201.

La noción de las «leyes de aplicación inmediata» es —para quienes la adoptan— cercana a la de leyes de policía, en el sentido de que se trata de reglas materiales o sustantivas cuyo propósito principal constituye aplicarse directamente a transacciones internacionales. Las diferenciaría que no son originalmente normas locales que en casos específicos requieren aplicación extraterritorial, sino reglas destinadas a regir directamente en casos internacionales¹⁴².

La expresión «*lois d'application immediate*» fue popularizada por el francés Francescakis hace unas décadas¹⁴³. Hace notar Visher que más delante de su exposición Francescakis prefirió utilizar la expresión «leyes de policía», subrayando más el contenido que el efecto de las reglas. Pero esto también tiene inconvenientes.

Existen asimismo problemas de traducción de la terminología de leyes de aplicación inmediata. En Inglaterra ella se equipara a veces a *mandatory rules* o *peremptory norms*¹⁴⁴. Sin embargo, la expresión inglesa *mandatory laws*, según Briggs poco ayuda, pues su significado varía de acuerdo al contexto en que aparece¹⁴⁵. Resalta Lagarde que existe toda una controversia a este respecto debido a peculiaridades que tienen las *mandatory rules* del common law anglosajón. Las reglas de conflicto aparecen más vulnerables en el *common law* inglés que en el sistema de derecho civil. Cada contrato es sujeto a *public policy* y en la terminología legal inglesa la expresión *mandatory rule* comprende tanto leyes imperativas en la esfera doméstica como leyes de seguridad pública absolutamente vinculantes internacionalmente¹⁴⁶.

Grigera distingue entre normas de aplicación directa y normas de aplicación inmediata. Las primeras serían normas sustantivas de carácter imperati-

¹⁴² Su aplicación directa no está tan clara en determinados casos. Grigera cita como ejemplo el artículo 14 del Código Civil Argentino, el cual prevé que la aplicación del derecho argentino prevalece si conflictúa con la ley foránea menos favorable a validez del acto, lo cual sugiere que primeramente debe determinarse la ley aplicable a la transacción a través del método conflictualista, y solo luego aplicar la ley foránea sustantiva, la cual será dejada de lado si resulta menos favorable que el derecho argentino a la validez del acto, porque éste prevalecerá necesariamente a través de una política legislativa sustantiva de favorecer la validez de las transacciones internacionales que tengan algún contacto con la Argentina (Grigera Naón, *Public Policy and International Commercial Arbitration: The Argentine Perspective* (Kluwer CD), después de la nota 17).

¹⁴³ Las raíces se encuentran en la doctrina de Savigny (Visher, obra citada, p. 153) cuando habla de «leyes estrictamente positivas (Juenger, obra citada, p. 201).

¹⁴⁴ Visher, obra citada, p. 154.

¹⁴⁵ Briggs, obra citada, p. 166.

¹⁴⁶ Lagarde, obra citada, pp. 18-19.

vo, con vocación de aplicación internacional, que no se identifican con los principios básicos generales que informan el orden público internacional de un foro determinado, y no dependen para recibir aplicación de que el orden público internacional del foro haya sido violado. En tanto que las normas de aplicación inmediata estarían dirigidas específicamente a vinculaciones internacionales, como las que establecen la autonomía de cláusula compromisoria en el arbitraje internacional¹⁴⁷.

En Derecho comparado también existen otros rótulos como «cláusulas autolimitativas en las leyes, *norme autolimitate*, reglas internas espacialmente condicionadas, leyes localizadas»¹⁴⁸, *norme di applicazione necessaria*¹⁴⁹ y normas legales que no pueden ser derogadas por contrato o «normas obligatorias»¹⁵⁰. Todas se corresponden con este aspecto positivo del orden público, equivalente a normas imperativas.

Aplicación de leyes imperativas extranjeras

Se plantea el debate si el juzgador debe tomar en cuenta también las leyes de policía de otro sistema jurídico, que no se encuentre referido por la regla de conflicto. Esta facultad la confieren algunos cuerpos normativos, como el artículo 7º, parágrafo 1º, del Convenio de Roma de 1980 sobre derecho aplicable a las obligaciones contractuales, vigente en la Unión Europea¹⁵¹. Suele citarse como antecedente a esta norma una decisión de la Cámara de los Lores de 1958 (Caso *Ragazzoni/Sethia*), en la que se tuvo en cuenta el derecho impe-

¹⁴⁷ Horacio Grigera Naón, *Orden Público y Arbitraje*, en Adriana N. Pucci (Coordinadora), *Arbitragem Comercial Internacional*, Editora Ltr, Sao Paulo, 1998.p. 84-88.

¹⁴⁸ Ver Kahn-Freund, obra citada, p. 95.

¹⁴⁹ Rubino-Sammartano, obra citada, p. 16.

¹⁵⁰ Artículo 3, inciso 3 del Convenio de Roma.

¹⁵¹ Al respecto, refieren Díez-Picazo, Roca Trías y Morales que la Convención de Roma implícitamente parece distinguir entre normas imperativas ordinarias y las que se pueden llamar normas fuertemente imperativas por razones de policía, tanto del país en cuyo ámbito deban cumplirse las obligaciones contractuales, como aquellas otras que correspondan a reglas imperativas adoptadas en forma general en el derecho internacional (Luis Díez-Picazo, E. Roca Trías y A.M. Morales, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 2002, p. 148). De modo que conforme a esta convención las normas de aplicación inmediata del foro se aplican ineludiblemente. Y también las de igual carácter del derecho aplicable al contrato, salvo que fueran manifiestamente incompatibles con el orden público internacional del foro. El resto de normas de policía se «podrá» aplicar, sometidas al juicio de su oportunidad (Santos Belandro, obra citada, p. 151).

rativo indica que prohibía la exportación de yute a Sudáfrica en un contrato regido por el derecho inglés¹⁵². Cabe destacar que, paradójicamente, Inglaterra no adoptó el artículo 7(1)¹⁵³; sin embargo, nada impediría que el juzgador inglés contemple esta situación. Según el Libro Verde, hasta ahora, la jurisprudencia en Europa relativa al apartado 1 del artículo 7 es aún muy rara¹⁵⁴.

Expresa Mayer que el juzgador debería aplicar la ley de policía extranjera siempre que le parezca necesario para la realización de los objetivos de aquella, incluso si ella no pertenece al derecho designado por la regla de conflicto. Esto llevaría a la armonía de las soluciones, ya que la aplicación de las leyes de policía no dependería del juez sino de sus propios fines. Claro está, con la reserva de que el ámbito de aplicación de la ley no sea abusivo y que el juez lo considere legítimo¹⁵⁵. Según Visser, deberá evaluarse si las regulaciones foráneas se aplican al caso, explícita o implícitamente, y si existe una conexión cercana. Hay que pesar los intereses del tercer Estado y las consecuencias de aplicación de dichas regulaciones sobre el Estado del foro y las partes. Al respecto, dispone el artículo 19, parágrafo 2 de la ley suiza: «Al decidir si dicha provisión será tomada en cuenta, uno debe considerar su objetivo y la consecuencia de su aplicación para llegar a la decisión que se apropiada teniendo en cuenta la concepción suiza del Derecho»¹⁵⁶.

¹⁵² A pesar de que dice el Libro Verde que no parece tratarse de una resolución en la que el juzgador inglés haya efectivamente recurrido al concepto de ley de policía extranjera, ya que el supuesto se sitúa en un contexto muy anterior a la entrada en vigor del Convenio de Roma, pero se trata precisamente de una situación como la contemplada en el apartado 1 del artículo 7.

¹⁵³ Briggs, obra citada, p. 47.

¹⁵⁴ Ver Libro Verde. En los Estados Unidos, en el famoso caso *The Bremen v. Zapata Offshore Co. De 1972* la Corte Suprema resolvió que solo tendría un control posterior a los fallos que afecten el orden público (*public policy*). El *dictum* del fallo sugiere que ahora se entiende que los árbitros internacionales tienen no solo el derecho sino la obligación de examinar el efecto de la legislación imperativa foránea a la ley elegida por las partes y la ley del lugar del arbitraje (Craig, Park y Paulsson, obra citada, p. 343).

¹⁵⁵ Pierre Mayer y Vincent Heuzé, «Droit International Privé», 7ma. Edición, Editorial Montchrestien, Paris, 2001, p. 86. Al respecto, dice Hays que el Convenio de Roma tiene por objetivo por un lado asegurar la protección de expectativas de las partes; y por el otro, resguardar intereses que puedan tener los Estados en proteger a «partes débiles», como el consumidor y el empleado. Estos intereses pueden ser del foro o de un tercer Estado (Peter Hay, *Flexibility Versus Predictability and Uniformity in Choice of Law, Reflections on Current European and United States Conflicts Law*, Recueil Des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1991, IV, Tome 226 de la collection, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, p. 396).

¹⁵⁶ Frank Vischer, *New Tendencies in European Conflict of Laws and the Influence of the U.S. Doctrine – a Short Survey*, en *Law and Justice in a Multistate World, Essays in Honor of Arthur T. von Mehren*, Transnational Publishers Inc., New York, 2002, Vischer, p. 462.

Orden público, arbitraje y fraude a la ley

El problema de lo imperativo, se ha dicho¹⁵⁷, es uno de los más difíciles en el arbitraje. Debe tenerse en cuenta que, como consecuencia del carácter ambulatorio de este medio alternativo y de que los árbitros no son magistrados o funcionarios estatales, no puede hablarse de un derecho nacional del foro o *lex fori*. La *lex fori* contiene disposiciones de Derecho internacional privado relativas a calificación, factores de conexión, orden público y fraude a la ley. Al no existir *lex fori* —refiere Derains— se presentan dos consecuencias mayores: no hay derecho nacional competente, o derecho que como principio deba aplicar el árbitro. Ello salvo que las partes hayan elegido el derecho del lugar del arbitraje, pero esto resulta consecuencia de la aplicación de una regla propia del arbitraje internacional y no de una particular *lex fori*. El segundo efecto es que no hay derecho extranjero en el arbitraje internacional. Todos los derechos nacionales tienen el mismo valor y ninguno un *status* privilegiado. Consecuentemente, el árbitro no tiene que asegurarse que conceptos puramente nacionales sean respetados¹⁵⁸. Además, no atados por reglas específicas del foro, o derechos nacionales, los árbitros a veces optan por un derecho transnacional (como principios internacionalmente reconocidos, o *lex mercatoria*), que acarrea consigo un orden público independiente a los derechos nacionales¹⁵⁹.

Esto representa un particular problema con respecto a las normas imperativas o leyes de policía, puesto que con recurrirse a la jurisdicción arbitral podrían obviarse sus disposiciones. En el *leading case Mitsubishi Motor Corp. V. Soles Chrysler-Plymouth Inc.* (1985) la Corte Suprema Norteamericana permitió que se resolvieran en arbitraje cuestiones en que se hallaban en juego normas imperativas (en este caso relativas a valores-*securities*). Sin embargo, se dijo claramente en el fallo que si la elección del derecho o la elección del foro operan de hecho como renuncia de las partes al derecho conferido por normas imperativas (*mandatory-irrenunciables*), la Corte no dudaría en invalidar el recurso al arbitraje como contrario al orden público. Cabe destacar que tribunales superiores norteamericanos se negaron a dar virtualidad a cláusulas de selección del foro cuando resultaron no razonables (*Corna v. American*

¹⁵⁷ Blessing, citado en el ILA Interim Report (2000), p. 18.

¹⁵⁸ Yves Derains, Public Policy and the Law Applicable to the Dispute in International Arbitration, Kluwer CD, No. 10.

¹⁵⁹ Ver Laudo CCI 3267 de 1980, citado por Lagarde, obra citada, p. 51.

Hawai Cruises, Inc. (1992); *Pearcy Marine v. Seacor Marine* (1993); indebidamente gravosas -*unduly burdensome* (*Effron v. Sun Line Cruises* (1994); o cuando fueron directamente resultado de fraude (*Farmland Indus. Inc. v. Frazier-Parrot Commodities, Inc.* (1986), *M.G.J. Indus. Inc. v. Greyhound Finance Corp.* (1993).

La inconveniencia del foro (*forum non conveniens*), por razones de justicia y economía procesal, fue abordada en dos casos recientes en los Estados Unidos, también de tribunales superiores, relativos al arbitraje. Tales son *Melton v. Oy Nautor Ab.* (1998), noveno circuito y *Monegasque de Reassurance S.A.M. (Mode Re) and NAK Naftogaz of Ukraine and State of Ukraine* (2002). Igual línea se sigue en los casos en que existe interés de que la disputa sea resuelta localmente (*Piper Aircraft*¹⁶⁰).

En Inglaterra, en 2004, en línea con varios precedentes, en el caso *Tonicstar Ltd. v. American Assurance Co.*¹⁶¹, la *High Court, Queen's Bench Division* impidió que se llevara un arbitraje a Nueva York en atención a que Inglaterra era el foro apropiado (*proper forum*) para el procedimiento. Ello por varias razones, ante un contrato de reaseguro en el que el predisponente había obrado abusivamente (con engaño - *misrepresentation*- y ocultamiento de información -*non-disclosure*). En Alemania, en un caso de 2005 del *Bundesgerichtshof* (Corte Federal Alemana)¹⁶² se decidió que el derecho a la determinación final de la validez de acuerdos de arbitraje estaba reservado a tribunales estatales, y que su competencia en dichas materias no puede ser derogada por acuerdo de partes. Ello en un contrato con cláusulas presdispuestas para una «*Managed Account*» que contenía una cláusula arbitral.

Paralelismos en Europa y el MERCOSUR

Como se expresó, por Acuerdo y Sentencia No. 285 del 25 de mayo de 2006, la Corte Suprema de Justicia de Paraguay hizo lugar a la acción de inconstitucionalidad promovida por la empresa Gunder ICSA contra KIA Motors Corporation. El Paraguay cuenta con una ley que reglamenta determinados aspectos —sobre todo atinentes a responsabilidades por terminación injustifica-

¹⁶⁰ 454 U.S. 235, at 260.

¹⁶¹ Caso No. 2004, Folio 118.

¹⁶² Caso No III ZR 265/03.

da— relativos a vinculaciones internacionales de agencia, representación y distribución (Ley 194 de 1993), irrenunciable para las partes (artículo 9º) que sujeta a las partes a la competencia de los tribunales de la República (artículo 10). Esta última norma permite el arbitraje, y la discusión se planteó con respecto a si el arbitraje puede llevarse a cabo en el extranjero, con la posibilidad de que los árbitros no apliquen la ley paraguaya.

La Corte Suprema no denegó que cuestiones como ésta pudieran ser sometidas a arbitraje, pero se desprende del fallo que dado el carácter de orden público de la Ley 194, el mismo debería, en su caso, llevarse adelante con sede en el Paraguay. Ello con el evidente fin de que pudiera existir un escrutinio ulterior de la Corte Suprema local con respecto a la observancia del laudo de la normativa imperativa paraguaya, llegado el caso. La Corte también hizo mención al Acuerdo y Sentencia No. 827 del 12 de noviembre de 2001, cuando sostuvo con respecto a la Ley 194 de 1993: «...No es verdad que exista una violación a la jurisdicción cuando el Artículo 10 de la Ley 194 de 1993 establece la obligatoriedad de la competencia de los tribunales ordinarios de la ciudad de Asunción. Esta norma constituye una garantía para las partes a fin de que la cuestión que se suscitare se pueda discutir en el lugar de la ejecución del contrato. Nada más lógico y justo... el Estado al promulgar esta ley interviene en esta relación señalando reglas precisas a las cuales deben ajustarse las partes»¹⁶³.

El caso Gunder contiene un ingrediente adicional muy importante, cual es el expreso pacto que hicieron las partes de que los árbitros en Corea deberían, como derecho aplicable, recurrir al sistema jurídico de aquel país. Con ello, quedaba evidente que se estaba intentando evadir fraudulentamente la ley imperativa aplicable. Aquí corresponde precisar que si bien se habla en Derecho internacional privado del fraude a la ley, corresponde destacar que la noción del orden público la ha devorado sistemáticamente. Como lo señalan Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, no existe ningún precedente claro en que el fraude a la ley haya operado aisladamente del orden público, aunque haya alusiones jurisprudenciales al fraude en las relaciones del tráfico privado externo¹⁶⁴. En Latinoamérica se destaca la posición de Parra-Aranguren, con-

¹⁶³ Este voto fue en mayoría. El voto en disidencia se inclinó por hacer prevalecer lo pactado por las partes, esto es, extender la jurisdicción a Corea.

¹⁶⁴ Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, obra citada, p. 212.

traría a consagrar legislativamente la figura del fraude a la ley, en la que subyace este pensamiento¹⁶⁵.

Como sea, ya a nivel comunitario, en Europa el ya mencionado pronunciamiento del TJCE impidió que se evadiera fraudulentamente una disposición imperativa recurriéndose a otro derecho aplicable. Ello con respecto a la Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986. Entre otras cosas, se dijo en el pronunciamiento que los artículos 17 a 19 de la Directiva tienen como finalidad proteger al agente comercial, una vez que se haya extinguido el contrato. El carácter imperativo de los citados artículos se ve confirmado por el hecho de que, según el artículo 19 de la Directiva, las partes no pueden pactar cláusulas contrarias a ella en perjuicio del agente comercial, antes del vencimiento del contrato. Se dijo además en el pronunciamiento que las medidas de armonización establecidas en la Directiva tienen como finalidad, entre otras, suprimir las restricciones al ejercicio de la profesión de agente comercial, uniformar las condiciones de competencia dentro de la Comunidad e incrementar la seguridad de las operaciones comerciales. De esta forma, la finalidad del régimen previsto en los artículos 17 a 19 de la Directiva es proteger, a través de la categoría de los agentes comerciales, la libertad de establecimiento y el juego de una competencia no falseada en el mercado interior. Por este motivo, la observancia de las citadas disposiciones en el territorio de la Comunidad resulta necesaria para conseguir estos objetivos del Tratado. De allí concluye el TJCE la necesidad de reconocer que resulta esencial para el ordenamiento jurídico comunitario que un empresario establecido en un país tercero, cuyo agente comercial ejerce su actividad dentro de la Comunidad, no pueda eludir las citadas disposiciones mediante el simple juego de una cláusula de elección de la ley aplicable. Ello porque la función que desempeñan las disposiciones de que se trata exige que éstas se apliquen cuando la situación tenga una relación estrecha con la Comunidad, en particular, cuando el agente comercial desempeñe su actividad en el territorio de un Estado miembro, sea cual fuere la ley a la que las partes hayan pretendido someter el contrato.

¹⁶⁵ Gonzalo Parra-Aranguren, *La Excepción de Fraude a la Ley en la Convención Interamericana sobre Normas de Derecho Internacional Privado (CIDIP-II, Montevideo, 1979)*, en *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Coordinadores: Jan Kleinheisterkamp y Gonzalo A. Lorenzo Idiarte, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002, p. 104.

Vayamos ahora a los precedentes en Bélgica. Como es sabido, este país se muestra, por regla, ampliamente liberal a favor del arbitraje. Sin embargo, esta latitud no rige en los contratos de distribución, porque allí la ley belga de 1961 presume —como lo hace ley paraguaya arriba referida— una voluntad no libre del distribuidor. Consecuentemente, dicha normativa impone responsabilidades legales al principal del extranjero en caso de ruptura injustificada de la vinculación. Además, el artículo 4 de la ley del 27 de julio de 1961 dispone que el distribuidor local puede demandar al principal, en Bélgica, en caso de terminación injustificada de la vinculación contractual ejecutada en ese país. Por su parte, el artículo 6 establece que las disposiciones de la ley son aplicables pese a la existencia de cualquier cláusula en contrario que haya sido pactada antes del fin de la concesión. La interpretación prevaleciente —señala Horsmans— es permitir el arbitraje «siempre que los árbitros vayan a aplicar la ley belga»¹⁶⁶. Y así lo entendió la Corte de Casación Belga en un muy importante pronunciamiento del año 2004. La corte falló que si la cláusula de arbitraje somete este tipo de contiendas a un derecho extranjero, la autoridad judicial belga puede excluir la posibilidad del arbitraje cuando permitirlo sería una violación de su derecho y orden jurídico. Ello fue reafirmado en un fallo del año 2006¹⁶⁷. El paralelismo con el fallo de la Corte Suprema de Paraguay es evidente.

Cabe traer a colación lo expuesto muy recientemente por la mayoría de los integrantes del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR en la Opinión Consultiva No. 1 de 2007. Se señaló allí que las normas imperativas corresponden fundamentalmente a dos órdenes de intereses que se pretenden resguardar. Por un lado, el llamado orden público de dirección, es decir, la potestad que tiene el Estado de intervenir en cuestiones que afecten su soberanía o accionar económico, como ocurre con regulaciones relativas a la moneda o a defensa de la competencia, por citar ejemplos. Y por otro lado el llamado orden público de protección, que cada Estado lo establece y regula normalmente para salvaguardar derechos de partes débiles en la contratación, como por ejemplo los consumidores. Esta protección se establece en el entendimiento

¹⁶⁶ Guy Horsmans, *Actualité et évolution du droit belge de l'arbitrage*, en *Revue de l'arbitrage*, 1990 - No. 4, pp. 797-834.

¹⁶⁷ Decisiones No. JC04AF2 del año 2004 y No. JC06BG5_1 de 2006. Ya la Corte de Casación Belga, Sección Francesa, Primera Cámara, se había expedido en 1979 en un caso sobre distribución, prohibiéndose de que pudiera ser resuelto aplicándose una ley extranjera en burla a la norma imperativa belga.

de que hay supuestos en que no la contratación no es fruto de la libre voluntad sino de otros factores... En definitiva, depende de cada Estado el alcance de su orden público de dirección o protección como límites excepcionales a la autonomía de la voluntad. Se dijo finalmente en la Opinión Consultiva que, en su caso, los abusos o las violaciones en concreto a normas o principios de tinte imperativo serán objeto de juzgamiento de parte del juzgador nacional interviniente.

Consideraciones finales

El monstruo del orden público se encuentra en fase de domesticación y en mucho ha contribuido para ello el arbitraje. Un afortunado párrafo de la opinión consultiva mercosureña expresa el gran desafío ante el que se enfrentan organismos legisferantes con respecto a las restricciones imperativas. Dice así: «En círculos universales y regionales suele abogarse fervientemente, cada vez con mayor ímpetu, acerca de la necesidad de que se armonicen también las restricciones de tinte imperativo, en aras de una más eficaz integración de los distintos sistemas jurídicos, y tal debería ser el Norte de los negociadores y legisladores de los países del MERCOSUR. Éstos deberían apuntar a que las restricciones de orden imperativo sean no sólo excepcionales —para no hacer mella del principio de la autonomía de la voluntad, uno de los pilares de la contratación moderna— sino, fundamentalmente, a que las soluciones sean homogéneas, tal cual vino ocurriendo en la Unión Europea con las diversas directivas de orden imperativo que atañen a la contratación internacional».

El arbitraje ha tenido gran éxito reciente como eficaz mecanismo de solución de contiendas emergentes de contratos negociados paritariamente. Si bien puede hacerse extensivo a vinculaciones en que existan partes débiles —o a los que la normativa aplicable reputa como tales— los precedentes arriba mencionados, de Europa y Sudamérica, marcan claramente una línea. No debe el arbitraje servir de instrumento para evadir disposiciones imperativas de resguardo o protección cuya aplicación resulte ineludible en relaciones contractuales de determinadas características.

Lo ideal sería que estas normas de tinte imperativo estén armonizadas lo más posible, y en mucho contribuirá seguramente para ello la creciente sofisticación de la doctrina del orden público sumada a los procesos mundiales y regionales de homogeneización normativa. Pero esto ya es harina de otro costal. En el ínterin, el arbitraje no debe ser subvertido para evadir normas

que gusten o no resulten imperativamente aplicables al caso dado. En caso contrario, flaco favor se está haciendo a este noble instrumento que se viene consolidando en tiempos recientes y cuyo éxito depende de un prudente y apropiado manejo que se haga de él, del derecho aplicable y del orden público.

Un pretendido libertinaje en la utilización del arbitraje puede causarle mucho daño. Pero la buena noticia es que el arbitraje goza de buena salud. Los países lo vienen reconociendo cada vez con mayor apertura y, de lo expuesto, sólo nos queda por concluir que los límites que le han marcado los pronunciamientos aquí mencionados sólo contribuirán a fortalecerlo como noble instrumento coadyuvante al recto desenvolvimiento del comercio exterior.