

PANEL IV

El Alcance de la Noción de Orden Público y su Interpretación por los tribunales de la Región

Presentador Dr. Víctor Ruiz

Dr. Víctor Ruiz: los doctrinarios han tratado de acercarnos al concepto de orden público. Pero es el talón de Aquiles del arbitraje comercial internacional. Algunos juristas americanos lo han definido como las nociones más básicas de moralidad y justicia de un sistema jurídico, rechazando cualquier laudo que repugne estos principios. El estándar entonces ha de ser muy alto, excepcional. Ya que es un arma de dos filos.

Hay quienes aseveran que existe la distinción entre estándares de orden público común y orden público local.

Los tribunales panameños tocaron como dijo el Dr. Sáenz Marinero, el tema de orden público, pero no en profundidad, ya que no entraron a definir entre el orden público local y el internacional.

Se trata de unos principios inherentes a la moralidad, lo que tiene un componente cultural muy importante.

Existe un reporte que hizo la International Law Association en 2001-2002 que intentó definir ciertas directrices del orden público internacional:

- Principios de moralidad contrarios al orden público de ese país.
- Evitar la comisión de ilícitos.
- Orden público procesal (due process), o lo que es igual a que todas las partes hayan tenido igualdad en la constitución del tribunal arbitral.

Michael Riseman, profesor de Yale, está en contra del análisis de la ejecución de los laudos a través de la óptica del orden público.

Lo que vale la pena es definir qué dentro del orden público local es la parte que toca al orden público internacional.

Herrera Mendoza (venezolano) habla de una relación de continente a contenido. El orden público internacional viene a excluir lo particular de una sociedad y se queda con lo esencial; por ejemplo, los principios pacta sunt servanda y debido proceso.

El que el artículo V de la Convención de Nueva York diga: "podrá denegar por motivo de orden público" ha generado cierta confusión. Da la impresión que los principios de la International Law Association fueron elaborados desde una concepción que ha sido generada desde una óptica continental europea y el arbitraje en Latinoamérica ha crecido mucho.

Pregunta para el debate: ¿Qué es lo que no debe entenderse por orden público?

Porque decir que todo lo que no es arbitrable es orden público resulta un poco extremo.

Sería conveniente adoptar una postura limitada de tal forma que sólo queden comprendidos dentro del Orden Público los principios fundamentales de justicia moral y los intereses esenciales del Estado.

La violación de Orden Público debe ser tal que “queme” los ojos del juez. Así lo decía la corte de casación francesa. Y yo quisiera que éste fuera el estándar. La violación debe ser tan flagrante, tan evidente, que el juez no tenga que buscar más allá. Debe serlo *on its face*.

Observo que en Latinoamérica el concepto engloba los mismos puntos en todos los países. En México el tema de las disputas societarias, de la nulidad de juntas de accionistas, se cree que no son arbitrables simplemente porque la ley dice que la acción deberá oponerse por un número importante de accionistas. Yo no creo que esto no sea arbitrable.

Los litigantes usan mucho orden público como “defensa de cajón”.

¿Y qué es lo que dicen los jueces?

En Colombia, la trasgresión al orden público no quiere decir que se denegará *exequátor* o que se denegará por cualquier violación. Este se limita a las instituciones básicas del ordenamiento jurídico.

Solo debe usarse cuando la adopción de una sentencia extranjera tenga que ser acogida en contradicción de estos principios.

En El Salvador, el orden público es el conjunto de reglas para la convivencia en nuestro conglomerado social políticamente organizado en un momento histórico determinado.

En definitiva, lo que hoy es orden público hoy, a lo mejor mañana no lo será.

Aquí y en Europa la definición de orden público es un poco vaga y los jueces la aplican o no; ese es el problema.

Debate Panel IV

Magistrado Hernán de León: orden público son normas de autodefensa y por tanto no creo que un parlamento lo vaya a legislar con una definición. Muchas leyes llevan un catálogo de definiciones para evitar interpretaciones. Existen varios fallos en Panamá donde se niegan recursos de anulación por infracción de orden público, sin definirlo, pero en los que al menos la jurisprudencia refuerza la justicia arbitral.

Dr. Paul Arrighi: el Estado uruguayo, su jurisprudencia tienen una posición clara que distingue entre orden público interno e internacional. En materias de orden público interno las partes no pueden derogar. Uruguay dejó claro que la violación de Orden Público tenía que ser clara y probada.

En materia de anulación de laudos tenemos pocos fallos. Se restringe el orden público a la violación de principios procesales, refiriéndose siempre al orden público internacional de la República.

Dr. Horacio Grigera Naón: obviamente la noción de orden público es de textura abierta y necesariamente será objeto de la interpretación de cada tribunal. El estándar debe acercarse a la posición más cabal que asimila los principios de orden público nacional al orden público internacional. Creo que es el criterio de la casación suiza y de la francesa.

La ley de El Salvador impide a los árbitros decidir qué es orden público y, me pregunto ¿Se estaría volviendo así a la noción de que los Árbitros no pueden aplicar el derecho porque no lo conocen?

Magistrado Román Solís: entiendo entonces que el orden público será lo que el juez dice que es. Sea el juez na-

cional o el internacional. La concepción de Orden Público parte de la necesidad que la interpretación jurisprudencial se haga de manera estructurada apoyándose en lo mejor de la doctrina. La definición de orden público está teñida de una concepción de poder, y la concepción jurisdiccional es la que se impone. Eventualmente podrían darse apreciaciones equívocas sobre lo que es orden público; a lo mejor lo que es orden público para el juez no lo es para la sociedad.

Ejemplos relevantes sería el del matrimonio homosexual, por aquello de que la concepción de la moral y de la costumbre son conceptos jurídicos indeterminados. Por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos condenó a Costa Rica por prohibir la fecundación in vitro—cosa horripilante de la Sala Constitucional de Costa Rica— pero que es una apreciación de poder.

Con respecto a la experiencia mexicana, para que proceda la violación de un laudo, la violación debe ser determinada en prima fascie, es decir que la nulidad sea irritante. Eso también requiere reflexión. Estamos en unas arenas movedizas. Es la persona juez y no el ordenamiento jurídico quien va a dar la definición.

En Costa Rica se suele poner una coletilla “esta ley es de orden público” a toda la legislación pública.

A la Sala Civil le ha tocado ir dando una reinterpretación al respecto, sobre todo en materia de arbitraje doméstico. Esto ha hecho que la excepción de orden público se presente por litigantes de manera indiscriminada. Esta noción de orden público (atribuido por la simple coletilla) no convierte en realidad a la ley como de orden público.

La noción de orden público se limita a aquellas violaciones que tienen defensa del Estado, de la sociedad y de los valores que el ordenamiento jurídico quiere proteger. Reitero la responsabilidad que tenemos los jueces en la tarea de ir precisando el concepto de orden público.

Ministro Milton Juica: como todos los demás temas a tratar, éste es muy importante. Coincido con el Dr. Román Solís. En definitiva quien tiene la titularidad de decidir es el juez. En cualquier tipo de arbitraje. El código Bustamante es el único instrumento que definió conceptos relacionados con la jurisdicción y los principios que nutren al concepto más abstracto de orden público.

Objeto ilícito es todo lo que es contrario al derecho público. Hecho ilícito lo que contraviene las buenas costumbres, y así, todo es muy impreciso. No se define en el fondo el concepto de orden público.

Hay una serie de hechos que la ley prohíbe de ser arbitrados. Por ejemplo, lo penal, el orden civil o de las personas. En Chile todo lo que requiere un tribunal especial no es arbitrable. En Chile, también es complejo porque hay una pluralidad de tribunales y todo esto es criticable porque atenta contra el principio de unidad de justicia.

Desde el punto de vista jurisprudencial, en Chile no había divorcio. La tentación del chileno era obtener el divorcio fuera, pero el escollo era que luego había que tratar de ejecutar la sentencia en Chile. La Corte Suprema de Justicia dijo que iba a cumplir la sentencia, pero imponía a las partes una prohibición de casarse de nuevo. Así se llegó a un criterio que consistía en reconocer sin reconocer.

Hay temas como la defensa de la libre competencia que son disponibles en algunos países, pero en Chile no.

En materia marcaria en Chile hay un tribunal especial y por tanto es difícil que se pudiera aceptar una sentencia arbitral de derecho marcaria.

Dr. Mauricio Gomm: en jurisprudencia brasilera hay un fallo de solicitud de homologación en el que la parte brasilera que perdió, opuso la excepción non adimpleti contractus y la Corte Superior entró a analizar algunos

conceptos de orden público, unos cinco diferentes, pero es muy difícil saber cuáles son todos. En conclusión: las materias constitucional, administrativa, procesal, de la organización judicial, de familia quedan excluidas. Si bien es cierto que hay una tendencia de aplicación restringida, el orden público aún es un tema abierto en Brasil.

Dr. Víctor Ruiz: un punto que omití en mi presentación es que un gran usuario de arbitraje en México es la empresa pública de petróleo y electricidad. Estas instituciones han tenido una alta participación arbitral y una tradición de cumplir los laudos. Ahora hay un laudo de 300 millones de dólares que se está tratando de ejecutar, y porque el laudo condena al pago de una cantidad con cargo al erario público se está comenzando a decir que es un problema de orden público. Esto la Suprema Corte aún no lo ha decidido y hay gran expectativa ya que se teme la influencia de Pemex sobre los jueces. Sin embargo, el laudo tampoco se ha anulado.

Dr. José Antonio Moreno: pocas cuestiones jurídicas suscitan tanto debate como esta. La relevancia y aplicación del concepto de orden público no está establecida. Como dice Loukas Mistelis hay una falencia de doctrina. Hay problemas de pluralidad de terminología, así tenemos orden Público local, orden público internacional, orden público de leyes de policía. En Alemania, las provisiones de ataque, en el Reino Unido las provisory rules, en Estados Unidos los overwriting statutes, las mandatory rules de Roma I, las mandatory overriding rules de Roma II, etc. Vemos que se comienza a hablar de lo que es orden verdaderamente público y orden público trasnacional.

¿Cuándo es relevante la defensa de orden público de terceros países? En la terminología de La Haya, el término utilizado es cuando es “manifiestamente” contrario al orden público.

Leyes de policía que deben ser escritas y no ser creadas por la jurisprudencia o el derecho consuetudinario. Las leyes de policía que deben ser inexorablemente aplicadas por el juez representan la espada, mientras que las de orden público son el escudo para defenderse.

Es muy importante la labor de derecho de comparado que deben hacer los jueces antes de fallar. También sería importante en este sentido es ver lo que dicen los suizos y los franceses en su jurisprudencia.

Se ha criticado mucho a la OEA por su falta de diálogo con otras organizaciones que trabajan en temas afines, por ello creo que ahora tenemos que aunar esfuerzos con la Conferencia de La Haya ya que le está dedicando mucho al tema de orden público.

Dra. Verónica Sandler: en Argentina hay bastantes casos a raíz de la crisis de 2001, en lo relativo a la pesificación, ya que es una materia que abre la puerta a la excepción de orden público en temas de devaluación, sobre todo en casos CIADI.

Dr. Humberto Sáenz: algunos temas de repente los damos por sentado y espero equivocarme. No nos están acompañando las resoluciones judiciales. Hablo del distingo entre orden público nacional e internacional y los esfuerzos como el de Perú que incorporan el concepto a la ley pero que no se han desarrollado jurisprudencialmente. Salvo el caso de Uruguay donde la jurisprudencia es conteste. ¿Están o no haciendo los jueces la distinción en los procesos de ejecución? Mi impresión es que no está sucediendo y que no hay un acompañamiento de las decisiones judiciales.

Dr. José Astigarraga: este debate sobre orden público lo hemos escuchado demasiado. Desde mi perspectiva, la OEA lo que tiene que hacer es señalar casos de efectiva violación de orden público internacional.

Dr. José Antonio Moreno: los comentarios a los principios de La Haya no solo serán conceptuales sino que darán ejemplos. Por ello debiéramos ir a la casuística en su elaboración.

Dr. José Astigarraga: el Dr. Grigera Naón está haciendo una recopilación de derecho de arbitraje muy puntual con planteamientos del tipo: cuando Parte A demanda a Parte B, esto es lo que se aplica y esto debiera ser el resultado. Un recurso muy útil de consultar.

Dr. Víctor Ruiz: celebro la iniciativa de la OEA. Tratar de definir con guidelines ejemplos o pautas para nuestros jueces sobre qué es y qué no es orden público. El nivel de revisión debe ser mínimo. Un nivel de análisis que permita discernir lo que es flagrante en la violación. No sé si la OEA después de esta reunión decida continuar con esta iniciativa, pero sería interesante seguir todos los expertos colaborando con la elaboración de un instrumento.