

# COMENTARIOS SOBRE EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL EN SEDE ARBITRAL INTERNACIONAL, SU FUNCIONALIDAD Y SU INTERRELACIÓN CON EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

## SOME REFLECTIONS REGARDING INTERNATIONAL PUBLIC POLICY IN INTERNATIONAL ARBITRATION, ITS FUNCTIONALITY AND ITS INTERDEPENDENCE WITH PUBLIC INTERNATIONAL LAW

LUIS A. LÓPEZ ZAMORA

*Doctoral Researcher en el Walther-Schücking-Institut für Internationales Recht del Christian  
Albrechts Universität zu Kiel (Kiel, Alemania)*

Recibido: 25.06.2018 / Aceptado: 10.07.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4387>

**Resumen:** El derecho del arbitraje internacional no es estrictamente internacional ni doméstico. A decir verdad, aquel cuerpo legal constituye un producto de la voluntad de las partes que han elegido resolver sus litigios mediante aquel tipo de mecanismo de solución de controversias. Ahora bien, aunque ello es así, dichas atribuciones presentan ciertos límites. Y es que, los laudos arbitrales internacionales formulados bajo aquellas libertades, son en estricto una forma de justicia privada y, como resultado de ello, los Estados en donde los mismos busquen ser ejecutados podrán rechazar su implementación en ciertas circunstancias. Una de aquellas circunstancias se produce cuando un laudo arbitral infringe el orden público (ordre public) del Estado donde éste busca ser ejecutado. Esta es una regla ampliamente reconocido, sin embargo, genera un problema. Y es que, la noción del orden público es contingente por naturaleza y, dado ello, ha sido necesario que su aplicación proceda solo en circunstancias excepcionales. Como resultado de esto, algunos académicos y tribunales estatales han tratado de formular una noción del orden público de tipo internacional con el fin de establecer un contenido más restrictivo a aquella excepción. Sin embargo, esta terminología ha sido construida solo como una forma de identificar una sub-sección del orden público estatal. Esto lleva a ciertas preguntas: ¿Está el arbitraje internacional y, sus instituciones, circunscritas a elementos puramente domésticos? ¿Dónde queda la faceta internacional de los contratos de comercio internacional y de inversiones si la excepción del orden público fuese a ser analizada desde un enfoque puramente estatal? Estas dudas han sido –tomadas en cuenta de alguna forma, en algunos sistemas legales, en donde el uso del orden público internacional ha sido estructurado en términos verdaderamente internacionales. Sin embargo, esto último también crea interrogantes a plantearse: ¿Qué implica hablar del orden público en el plano internacional? ¿Cuál es su contenido y, puede ser utilizado de forma práctica para excluir la ejecución de un laudo arbitral internacional? ¿Cuál es el rol del Derecho Internacional Público en todo esto? ¿Si el verdadero orden público internacional es utilizado, será aquel un punto de contacto entre el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Privado? Estas y otras interrogantes serán tratadas en este espacio.

**Palabras clave:** arbitraje internacional, orden público, orden público internacional, ejecución de laudos arbitrales, relación entre el derecho internacional público y el derecho internacional privado.

**Abstract:** International arbitration is not domestic nor international in nature. In fact, the law applicable to that kind of proceedings can be considered a byproduct of the will of private parties. However,

this wide attribution recognized to individuals have some limits. In this regard, it must be born in mind that arbitral awards represent a sort of private justice and, therefore, States requested to execute those kind of decisions can refuse their enforcement within their jurisdictions. One scenario that entails the non-enforcement of and arbitral award happens when the decision collides with the public policy (ordre public) of the State where is supposed to be implemented. This is widely recognized as a fundamental rule in international arbitration, nevertheless, a problem arises. The notion of public policy is contingent in nature and, because of that, it requires to be applied in very specific circumstances. That is why some academics and state tribunals have formulated the notion of international public policy as a term directed to narrow the content of that institution, but using to that end purely domestic legal content. In this sense, the term international public policy emerged as a merely sub-section of domestic public policy divested of any international meaning. In that context: ¿should international arbitration institutions (as the exception of ordre public), be understood by purely domestic elements? ¿Where would be the international aspect of international commercial contract or investment if the exception of public policy is analyzed by purely domestic constructions? Those doubts have pushed in some systems, the formulation of international public policy in truly international terms. This is somehow welcomed, however, this usage creates additional doubts: ¿What does a public policy of the international realm entail? ¿What is its content and, can that be used in practical ways to exclude the enforcement of and international arbitral award? ¿What is the role of Public International Law in all of this? ¿If truly international public policy is used by domestic tribunals, would that be a point of connection between Public International Law and Private International Law? These and other questions will be entertained in this paper.

**Keywords:** international arbitration, public policy, international public policy, enforcement of arbitral awards, public international law – private international law relationship.

**Sumario:** I.Introducción. II. El Orden Público como Concepto Legal Transversal. III. El Orden Público Interno e Internacional y su Utilización en el Derecho Internacional Privado. 1. El Orden Público Interno como Límite a la Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros. 2. El Orden Público Internacional como Límite a la Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros. 3. Un Avance no solo para el Derecho Internacional Privado. IV. A Modo de Conclusión: Otros Entretelones del Uso del Orden Público Internacional en el Contexto de Laudos Arbitrales.

## I. Introducción

1. Desde la perspectiva del internacionalista público, el derecho relativo a los arbitrajes internacionales privados (comerciales y de inversión extranjera) representan un cuerpo normativo mixto y complejo, caracterización que –a primera vista– no pareciera justificar una especial atención publicista teniendo en cuenta los efectos públicos limitados que tendrían los laudos arbitrales internacionales privados. Y es que, aunque este método de resolución de disputas está estrechamente vinculado al funcionamiento del comercio internacional global y a las inversiones (y, por ende, relacionado al mantenimiento de la economía global), al mismo tiempo sus efectos concretos involucran intereses particulares. En contraste con esto, en el Derecho Internacional público<sup>1</sup> los procedimientos arbitrales han incidido en temas relacionados con la delimitación de fronteras, el desarme, la protección de poblaciones, reparaciones inter-estatales, entre otras materias. Es decir, el arbitraje en el Derecho Internacional ha promovido y fortalecido la paz global.<sup>2</sup> Teniendo en cuenta esto, desde aquel enfoque el arbitraje internacional

<sup>1</sup> Ω Investigador doctoral en el Walther-Schücking-Institut für Internationales Recht del Christian Albrechts Universität zu Kiel (Kiel, Alemania).

<sup>2</sup> El arbitraje como mecanismo de solución de controversias entre entidades políticas, se ha utilizado en diferentes momentos de la historia. Sobre este tema véase: H. S. FRASER, “Sketch of the History of International Arbitration”, *Cornell Law Quarterly*, Vol. 11, N° 2, 1926. pp. 179-208.

<sup>2</sup> Ya Grocio en su obra fundamental, *De Jure Belli et Pacis*, hablaba sobre la relevancia del arbitraje en la consecución de la paz. Véase: H. GROCIO, *De Jure Belli et Pacis*, Libro II, Capítulo 23. 1625. Para. VIII.

contemporáneo en donde una de las partes es un individuo (arbitrajes de inversión) o incluso, en donde ambas partes, lo son (arbitrajes comerciales)<sup>3</sup> pueden ser percibidos como instancias de relevancia limitada para el sistema legal internacional en su conjunto. Sin embargo, como explicaremos en esta investigación, aquella conclusión es apresurada. Por esto mismo, hace poco, la actitud de los internacionalistas ha mostrado un cambio. A ello ayudaría la elaboración, a fines del siglo pasado, del informe de Martti Koskenniemi sobre el fenómeno fragmentario en el Derecho Internacional (y sobre sus potenciales efectos negativos en la unicidad de la disciplina internacional). Aquel informe influenciaría la agenda de diversos académicos, impulsándolos a analizar los diferentes ordenamientos semi-autónomos que conforman el Derecho Internacional. Uno de aquellos ordenamientos ha sido la del arbitraje internacional, el cual aunque con connotaciones más mixtas que puramente internacionales, interpreta y ejecuta normas provenientes del Derecho Internacional en diferentes casos. Dada esta nueva realidad, se ha gestado –poco a poco– un diálogo entre ambas áreas de estudio.

2. Ahora, uno de esos puntos de contacto (entre el derecho arbitral internacional y el Derecho Internacional) se observa cuando se indagan los fundamentos mismos del arbitraje. Sobre esto, debe recordarse que algunos encuentran que el fundamento de los procedimientos arbitrales se sustenta en la voluntad de las partes y el respeto que los ordenamientos domésticos deben darle a los individuos para que estos diseñen la forma más adecuadas para resolver sus controversias (teoría privatista); por su parte, otro sector (de corte publicista) subraya el hecho de que el arbitraje constituye un proceso cuasijudicial<sup>4</sup> y que –como tal– se encuentra constreñido por elementos que controlan su emisión y contenido. Ahora, más allá de los detalles de este interesante debate, lo que debe reconocerse es que el elemento voluntarista juega un rol clave en el diseño del arbitraje internacional, sin embargo, aquel ejercicio solo es aceptable, “(...) en tanto no ofenda el orden público o las normas obligatorias.”<sup>5</sup> Esto último no es más que la llamada excepción del orden público, la cual ha evolucionado y ha logrado abarcar –en algunos casos– más que el solo orden público interno estatal para incluir el internacional. Esto último ha sido posible, pues como indica McLachlan (al recordar lo indicado por la Corte Suprema de Canadá y la Corte de Casación de Francia), “(e)l arbitraje no forma parte del sistema judicial de ningún Estado (...). El árbitro no tiene lealtad por conexión a ningún Estado individual (...). En resumen, el arbitraje es una criatura que le debe su existencia solo a la voluntad de las partes.”<sup>6</sup> Sin embargo, el arbitraje internacional no es un procedimiento que se sostenga en el vacío; por ello, “(...) un laudo arbitral internacional –que no está anclado a ningún orden legal nacional, constituye una decisión judicial internacional.”<sup>7</sup>

3. Esta última frase nos enfrenta a una serie de dudas<sup>8</sup>, sobre todo en relación al rol que jugaría un eventual orden público de tipo internacional en el funcionamiento de la excepción a la ejecución de laudos arbitrales. El objetivo principal del siguiente artículo será analizar aquello, en tanto un punto claro de conexión entre el Derecho Internacional y el arbitraje internacional. Para esto, iniciaremos analizando el término orden público.

<sup>3</sup> Existen diferencias entre ambos tipos de arbitrajes, hecho que impacta en sus respectivos regímenes legales. Esto es ampliamente conocido y no necesita de mayor explicación. Al respecto, véase: V.V. VEEDER, “Introduction to Investment Treaty Arbitration and Commercial Arbitration: Are they Different Ball Games?”, en A. J. VAN DEN BERG (Ed.), *50 Years of the New York Convention*, Kluwer Law International, The Hague, 2009, p. 91 y G. VAN HARTEN y M. LOUGHLIN, “Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law”, *European Journal of International Law*, Vol. 17, N° 1. 2006. pp. 123-127. Sobre diferencias sutiles entre ambos tipos de arbitrajes, véase: K. H. BÖCKSTIEGEL, “Commercial and Investment Arbitration: How Different are they Today?”, *Arbitration International*, Vol. 28, N° 4. 2012. pp. 577-590.

<sup>4</sup> Véase: A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Arbitraje Privado Internacional”, en A. L. CALVO CARAVACA y J. C. GONZÁLEZ (Dir.) *Derecho del Comercio Internacional* (Dir.), COLEX, Madrid, 2012, p. 1729.

<sup>5</sup> J. PAULSSON, *The Idea of Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 2.

<sup>6</sup> Corte Suprema de Canadá. *Dell Computer Corp. v. Union des Consommateurs* (2007) 284 DLR (4th) 577, at. 51. Véase: C. MCLACHLAN, “Investment Treaty Arbitration: The Legal Framework”, en A. J. VAN DEN BERG (Ed.), *50 Years of the New York Convention*, Kluwer Law International, The Hague, 2009, p. 102.

<sup>7</sup> Corte de Casación de Francia. *PT Putrabali v. Est Epices*, 29 June 2007, 24 Arb. Int. (2008). p. 293, at. p. 295. En: MCLACHLAN, *Ibid* 102.

<sup>8</sup> *Ibid*

## II. El orden público como concepto legal transversal

4. El concepto de orden público es uno de los más difíciles de ser explicados por la doctrina jurídica; sin embargo, en la actualidad, es posible indicar que el término se refiere a un conjunto de valores esenciales de un grupo social, que –por su trascendencia– no pueden ser pactados en contrario.<sup>9</sup> <sup>10</sup>

5. Esta definición simple, está compuesta por dos secciones que desagregadas son sumamente intrincadas. Por un lado, la definición alude a la función que el orden público cumple como limitador de la voluntad de los individuos, pero –además– indica que está compuesto por un contenido concreto (valores fundamentales sociales).<sup>11</sup> Como puede deducirse entonces, el término aparecería cuando en una realidad social se llega al convencimiento de la importancia de limitar la autonomía de los individuos. Esta circunstancia se produce en casi todo ordenamiento legal y va dirigido a salvaguardar ciertos elementos públicos y de bien común, considerados como fundamentales para que las relaciones básicas sociales se preserven en orden. En lo que respecta al segundo elemento del término, aún existe una falta de comprensión sobre sus alcances. Si bien se entiende que aquello hace alusión a valores; cada experiencia social identificará cuáles de ellos serán indispensables para que las relaciones sociales se mantengan en orden y fluidez.<sup>12</sup> En ese sentido, a lo que se hace referencia es a una suerte de *continuum* valorativo social<sup>13</sup> que se origina de las experiencias más básicas en todo grupo social y –que tras cierto tiempo– convencen a sus integrantes de que su protección resulta indispensable.<sup>14</sup> Por consiguiente, el contenido del orden público es por naturaleza particular y fluctuante.

<sup>9</sup> Si bien el orden público, como concepto, no es pacífico, esto no ha limitado su teorización dentro de la teoría general del Derecho. De especial relevancia son las obras de Cardini y de Bartolomé Cenzano. Véase: E. CARDINI, *El Orden Público*, Abeleto Perrot, Buenos Aires, 1959 y J. C. DE BARTOLOMÉ CENZANO, *El Orden Público como Limite al Ejercicio de los Derechos y Libertades*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

<sup>10</sup> En la experiencia anglosajona el orden público (*public policy*) también es entendido como aquello que, por razones de moralidad, buenas costumbres, interés general de la comunidad, entre otros, limitan los derechos individuales (especialmente los contractuales). Sobre esto, véase: L. GOLDSMITH, “An Introduction to International Public Policy”, en D. BRAY y H. L. BRAY (Ed.), *International Arbitration and Public Policy*, –JURIS, Nueva York, 2015, pp. 3-8. Véase, de igual forma: Corte de Apelaciones de Estados Unidos. Segundo Circuito. Parson y Whittemore Overseas Co., Inc., Plaintiff-Appellant-Appellee, v. Societe Generale De L’Industrie Du Papier (rakta), and Bank of America, Defendants - Appellees, Societe Generale de L’Industrie Du Papier (rakta), Defendant-Appellee-Appellant, 508 F.2d 969 (2d Cir. 1974) del 23 de diciembre de 1974. Para un análisis del origen del término, véase: B. KAIN y D. YOSHIDA, “The Doctrine of Public Policy in Canadian Contract Law” en T. ARCHIBALD y R. ECHLIN (Ed.), *Annual Review of Civil Litigation*, Thomson Carswell, Toronto, 2007, pp. 1-47. Sobre la relatividad del término en el *common law*, véase: A. NUSSBAUM, “Public Policy and the Political Crisis in the Conflict of Laws”, *Yale Law Journal*, Vol. 49, N° 6. 1940. pp. 1027-1058.

<sup>11</sup> El primer elemento genera discusiones sobre el margen adecuado de libertad que un ordenamiento le debe de otorgar a los individuos. Este es un debate de interés pero que ha decantado en la aceptación general de un mínimo de limitación de la autonomía de la voluntad individual frente al bien común.

<sup>12</sup> Sin duda, esta afirmación se recuesta sobre nociones provenientes de la sociología y –actualmente– de la Sociología del Derecho. Al respecto, véase: E. EHRLICH y N. ISAACS, “The Sociology of Law”, *Harvard Law Review*, Vol. 36, N° 1. 1922. pp. 131-132.

<sup>13</sup> Este sentido ha sido adoptado por el Tribunal Supremo español. Sobre este tema, véase: Tribunal Supremo de España. Sentencia RJ\1966\1684 del 5 de abril de 1966. Véase al respecto: C. HERNÁNDEZ IBÁNEZ, “Jurisdicción Competente en Materia de Nacionalidad (Reflexiones en torno a la S.T.S. de 7 de junio de 1986)”, en *Libro Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, EDITUM - Universidad de Murcia, Murcia, 1989, p. 387 y Tribunal Supremo de España. Auto de 24 de octubre de 1979 (N° 11 - Repertorio de 1979). Véase: E. LINDE PANIAGUA, “Sentencias y Autos del Tribunal Supremo y Resoluciones de la Dirección General de los Registros en que se Citan, Estudian o Aplican Preceptos Constitucionales”, *Revista de Derecho Público*, N° 11. 1981. pp. 225-226.

<sup>14</sup> Esto coincide con lo indicado por Baudry-Lacantinerie, cuando considera al “(...) orden público como la organización (...) imprescindible para el buen funcionamiento general de la sociedad: la consagración de un cierto número de ideas sociales, políticas y morales (...)”. Sobre esto, véase: M. JOSÉ IZU BELLOSO, “Los Conceptos de Orden Público y Seguridad Ciudadana tras la Constitución de 1978”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 58. 1988. pp. 233-254. Por lo demás, es importante tener presente que el concepto de orden público está entrelazado con el de los principios generales del derecho, y se dirige a proteger las instituciones sociales más básicas. Una de aquellas instituciones básicas en toda sociedad es su constitución; o lo que es lo mismo, las reglas generales que establecen el funcionamiento del Estado y los derechos básicos de los individuos. Si esto es así y si el orden público busca la protección de las instituciones básicas de la sociedad, éste también debe proteger la constitución de un grupo social. Si bien aún no existe una explicación suficientemente convincente que explique la relación entre el orden público y el orden constitucional, si tenemos algunas aproximaciones iniciales como aquella expuesta por el Tribunal Supremo de España cuando indicó que, “(...) el concepto de orden público se sustenta especialmente en los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los principios básicos del orden social en su vertiente económica (...)”. Tribunal Supremo de España. Sentencia del 4 de marzo de 2002. Citado en la Sentencia 00403/2016 de la Aud. Provincial Sección N° 1. juzgado de lo Mercantil N° 3 de Pontevedra. Ponente: Manuel Almenar Belenguer. p. 5.

6. Esto es connatural a su contenido, pero no obsta para su utilización en el mundo legal. Ahora, dado que los valores sociales estructurales se encuentran dentro del mundo de la sociología y la moral, para que estos puedan ser protegidos jurídicamente, los mismos deben ser incorporados adecuadamente al ámbito legal. Como consecuencia de esto, se requiere que estos valores sean formulados por medio de ciertas construcciones jurídicas. Y, en tanto los valores sociales compiten entre sí (pues en una sociedad no existe un solo valor estructural sino un grupo numeroso de estos) y dado que por naturaleza los valores son abstracciones generales, se han encontrado que los productos legales idóneos para expresarlos son los principios generales del derecho.<sup>15</sup> Son estos productos normativos los que permiten “juridificar” elementos vinculados estrechamente con la moral. Esta conexión de los principios generales del derecho con elementos extra-normativos, ha hecho que se consideren a estos como una suerte de bisagra entre el orden legal y la fenomenología extra-normativa<sup>16</sup> o, bien que se consideren que estos sirven como mecanismos de cierre de los ordenamientos jurídicos. Apoya a esto el hecho de que una de las funciones, que comúnmente se le atribuye a los principios generales del derecho (como a la noción de orden público) es el de servir de cláusula de cierre del ordenamiento,<sup>17</sup> lo cual proviene del hecho de que el fenómeno legal no puede en su totalidad expresarse en expresiones normativas positivas;<sup>18</sup> siendo dicho espacio donde los principios generales del derecho e –igualmente– el orden público cumplen una función esencial. De forma similar (y teniendo en cuenta la existencia de una variedad de valores sociales que deben coordinarse entre sí), a los principios generales del derecho se les reconoce –a diferencia de lo que sucede con las reglas jurídicas positivistas– la posibilidad de que su contenido sea balanceado (*balancing*) cuando se enfrentan a otros principios jurídicos. Esto evita la exclusión de unos en preferencia de otros; es así, que este vínculo entre principios generales y orden público es útil pues en caso de colisión entre valores sociales importantes (como sucede cuando debe excluirse decisiones foráneas del ordenamiento) el juez tendrá en sus manos una herramienta flexible.

7. Ahora bien, el que el orden público esté compuesto por principios jurídicos, no implica que no puedan identificarse reglas legales concretas expresando aquellos valores máximos sociales (de aquel mismo orden público). Por el contrario, esto es común en los diferentes sub-sistemas del derecho doméstico (derecho administrativo, penal, comercial, etc.). Ahora, esto último no debe llevarnos a concluir que el orden público requiere indispensablemente expresarse en normas o reglas concretas. Su existencia es independiente de aquel tipo de normatividad,<sup>19</sup> las cuales solo expresan un contenido normativo pre-existente cuyo fundamento está –como hemos indicado– en los principios generales del derecho. Es por ello que, cuando un juez en un orden doméstico decide utilizar el concepto de orden público, estará ante un concepto abierto e ilimitado pero limitable, igual a como sucede cuando un juez determina el contenido de un principio general. Son estos últimos los que permiten a los jueces hablar del orden público desde un enfoque legal antes que moral.

8. Ahora, todo lo indicado describe el elemento “orden” del término orden público; sin embargo, para que el término se complete, hace falta entender su elemento “público”. Al respecto, debe de entenderse que “(...) *la función limitadora de los derechos, al igual que las otras funciones que deben*

<sup>15</sup> Apoya a esta conclusión, la forma como se ha formulado el orden público en la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado. Este instrumento, en su artículo 5, indica lo siguiente: “*La ley declarada aplicable por una Convención de Derecho Internacional Privado podrá no ser aplicada en el territorio del Estado Parte que la considere manifiestamente contraria a los principios de su orden público.*” Véase: Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado. Montevideo, Uruguay. 18 de mayo de 1997.

<sup>16</sup> Sobre esta materia, véase: J. RAZ, “Legal Principles and the Limit of Law”, *Yale Law Journal*, Vol. 81, N° 5. 1972. pp. 823-854; R. DWORKIN, *Los Derechos en Serio – Taking Rights Seriously*, Ariel, Barcelona, 1989. 75-76; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “Reflexiones sobre la Ley y los Principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, N° 40. 1963. pp. 189-224 y A. E. PÉREZ LUÑO, “Los Principios Generales del Derecho: ¿Un Mito Jurídico?”, *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), Vol. 98. 1997. pp. 9-24.

<sup>17</sup> Al respecto véase: Ángel Acedo Penco, *infra* nota 42. p. 328.

<sup>18</sup> Véase: Eugen Ehrlich y Nathen Isaacs, *supra* nota: 12.

<sup>19</sup> Esta posición es adoptada por parte de la doctrina francesa (doctrina que, dicho sea de paso, es una de las más avanzadas en lo que respecta al estudio del orden público). Sobre esto, véase: ESPÍN CANOVAS, “Las Nociones de Orden Público y Buenas Costumbres como Límites de la Autonomía de la Voluntad en la Doctrina Francesa”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 3. 1963. p. 790.

*desempeñar; sólo puede efectivizarse con el ingreso del necesario elemento público del término; y aquella combinación no es más que el orden público. Esta noción (de lo público) implica la concretización institucional del orden social y, su finalidad, es la conservación de los principios y valores del sistema (ya legalizados) a través de diversas corporizaciones.*"<sup>20</sup> Esto último, como veremos más adelante, es esencial para entender la interacción entre el concepto de orden público internacional (desarrollado en el contexto de arbitrajes internacionales) y el Derecho Internacional.

### III. El Orden Público Interno e Internacional y su Utilización en el Derecho Internacional Privado

9. Habiendo dado cuenta de lo que envuelve hablar del orden público, en lo que sigue será importante analizar el mismo tal cual ha sido aplicado en el Derecho Internacional privado y, —en especial— en el contexto de los arbitrajes internacionales. Para ello, basta indicar que, uno de los usos principales de aquel término en dicho campo es el exceptuar el reconocimiento de los laudos arbitrales extranjeros. ¿Por qué es esto?

10. Para entender aquello debe tenerse presente que en el caso del comercio internacional, la excepción del orden público surge en tanto aquel tipo de arbitraje, —en estricto— se formula como justicia privada; es decir, como una suerte de justicia administrada por agentes no estatales y que involucran además partes puramente privadas. Debido a ello, los Estados donde se busca ejecutar un laudo de este tipo salvaguardan para ellos mismos, la posibilidad de inaplicarlos por cuestiones de orden público. Solo una vez se verifique que un laudo no afecta el orden público del Estado donde se busca su ejecución, las cortes domésticas de aquel Estado harán efectivo el mismo. Cuando ello ocurra, la justicia privada efectuada en sede arbitral adquirirá contornos públicos, al ser reconocido por los tribunales estatales y —por tanto— apareciendo la sujeción de dichas decisiones. Por ello, Collier y Lowe recuerdan (desde una perspectiva histórica) que, "*(p)ara que el arbitraje fuese reconocido como una vía alternativa de resolución de disputas en coexistencia con las cortes, fue necesario que estos fueran apoyados por el derecho estatal*".<sup>21</sup> O, en términos utilizados por De Boer, "*(...) los tribunales arbitrales, a diferencia de las cortes, no tienen sede. [En ese sentido], no están de ninguna manera conectados con la autoridad pública del Estado en donde el arbitraje se desarrolla; no tiene la misma autoridad que la de una corte y sus decisiones no pueden ser ejecutados sin alguna forma de ejecución judicial.*"<sup>22</sup> Ahora bien, lo indicado hace referencia a los arbitrajes vinculados a contratos de comercio internacional. ¿Qué sucede en el caso de los arbitrajes de inversión extranjera? En estos casos, el uso del orden público como excepción solo es residual. Esto es así, en tanto en estos últimos casos una buena parte de los procedimientos, i) están conectados al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a la Inversión (ICSID por sus siglas en inglés), sistema que excluye la posibilidad de alegar la excepción del orden público, para hacer inejecutable un laudo,<sup>23</sup> o bien ii) aunque fuera de ese marco y, por tanto, pasibles de la excepción

<sup>20</sup> L. A. LÓPEZ ZAMORA, "El Unificador Fragmentado - La Fenomenología de las Normas de Ius Cogens en un Contexto de Cambio", *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 30. 2014. p. 234. Para más sobre esto, véase: J.C. De Bartolomé Cenzano, nota: 9. p. 114.

<sup>21</sup> J. COLLIER y V. LOWE, *The Settlement of Disputes in International Law – Institutions and Procedures*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 45 y sgtes.

<sup>22</sup> TH. M. DE BOER, "Choice of Law in Arbitration Proceedings", *Recueil des Cours*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2015, p. 79.

<sup>23</sup> No ahondaremos en este punto dadas las limitaciones de espacio. Sobre este punto, véase: J. BILLIET, *International Investment Arbitration - A Practical Handbook*, Maklu Publishers, Antwerpen, 2016, p. 243; G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007; E. NEUMAYER, "Multilateral Agreement on Investment: Lesson from the WTO from the failed OECD-Negotiations", *Wirtschaftspolitische Blätter*, Vol. 46, n° 6. 1999. pp. 618-628; C. F. DUGAN, D. WALLACE, N. D. RUBINS y B. SABAH, *Investor-State Arbitration*, Oxford University Press, New York, 2008, p. 642 y S. CANNER, "The Multilateral Agreement on Investment", *Cornell International Law Journal*, Vol. 31, N° 3. 1998. pp. 657-681. En relación al funcionamiento y particularidades del ICSID, véase: C. YUYLSTEKE, "Foreign Investment Protection and ICSID Arbitration", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 4, N° 2. 1974. pp. 343-361; M. POTESTÁ, "The Interpretation of Consent to ICSID Arbitration Contained in Domestic Investment Laws", *Arbitration International*, Vol. 27, N° 2. 2011. pp. 149-170 y V. O. NMEHILLE, "Enforcing Arbitration Awards Under the International Convention for the Settlement of

del orden público, por cuestiones connaturales a los arbitrajes de inversiones extranjeras son menos susceptibles a presentar aquel tipo de excepción.<sup>24</sup> En ese sentido, en las subsecuentes secciones, nos centraremos en concreto en el uso de la excepción del orden público referido a la ejecución de laudos arbitrales de comercio internacional.

**11.** Por tanto y, regresando nuevamente al caso del comercio internacional, es importante indicar que los Estados mediante diferentes instrumentos internacionales, han reconocido la importancia del arbitraje internacional así como el reconocimiento y ejecución de sus laudos (sin el involucramiento de los tribunales nacionales); no obstante, los Estados han salvaguardado la posibilidad de rechazar aquellas decisiones en casos excepcionales. Pero, el uso del orden público no acaba en eso. Además de servir como un mecanismo de inaplicación e inejecución de laudos arbitrales extranjeros (etapa de ejecución del laudo), también puede tener efectos en la formación de la decisión arbitral (etapa de decisión del laudo). Esto apunta a que el árbitro, en base a criterios de orden público, podría efectuar una serie de acciones durante la sustanciación del procedimiento. Teniendo en cuenta ello, en las siguientes líneas analizaremos el uso del orden público en ambas fases y la interrelación con el Derecho Internacional.

### 1. El Orden Público Interno como Límite a la Ejecución de un Laudo Arbitral Extranjero

**12.** En la etapa de ejecución de un laudo arbitral comercial la noción de orden público es utilizado para rechazar su incorporación en el ordenamiento donde éste habrá de ser efectuado. Por consiguiente, en estos casos la calificación de los alcances del orden público lo realiza el tribunal en aquella jurisdicción,<sup>25</sup> por lo que en esta fase, aquel término alude esencialmente al orden público interno estatal.

**13.** Este tema es un punto bien tratado en el derecho comercial internacional; sin embargo, aún es un tema controversial. Esto es así por la tensión que genera su utilización. Y es que, el arbitraje como mecanismo alternativo de solución de controversias solo tendrá sentido si la decisión que se adopta en su seno, tiene efectividad; sin embargo, esto debe coordinarse con las necesidades de salvaguardar elementos básicos morales y de justicia en los ordenamientos en los que se pretende ejecutar dichas decisiones. Todo esto implica una serie de cuestiones: ¿Qué orden público debe ser el utilizado por el tribunal interno si decide no ejecutar un laudo arbitral? ¿Es el orden público del Estado en donde se busca ejecutar el laudo, el orden público internacional o será otro orden público, como uno derivado de la *lex mercatoria* o de los usos del comercio internacional? Cada respuesta genera dudas complementarias y mayores complicaciones. ¿Qué sucede si las partes escogen el Derecho Internacional como aplicable? ¿Será en ese caso igualmente aplicables limitaciones de orden público internacional?

**14.** En esta sección, nos centraremos en el uso del orden público en el sentido interno, mientras que en la subsiguiente sección en el internacional. En este momento, buscaremos indagar la siguiente pregunta: ¿Qué ha implicado en términos prácticos el orden público en el contexto arbitral y cuál ha sido su extensión?

**15.** En primer lugar, debemos mencionar que la excepción del orden público se encuentra reconocida en diferentes instrumentos del Derecho Internacional. Por ejemplo, el artículo V(2)(b) de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York), dispone: “*También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una*

Investment Disputes (ICSID Convention)”, *Annual Survey of International and Comparative Law*, Vol. 7, N° 1. 2001. pp. 21-48.

<sup>24</sup> Aquella posibilidad existe, especialmente, cuando se establece bilateralmente la arbitrabilidad de litigios de inversión extranjera bajo el régimen del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (UNCITRAL); cuando el arbitraje es una posibilidad en el derecho doméstico dada la aplicación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 (enmendado en 2006) (el cual reconoce explícitamente la excepción del orden público); o en el caso de los laudos arbitrales que están fuera del ICSID y que, para ser ejecutados, requieren la aplicación de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York) de 1958.

<sup>25</sup> Véase: G. CORDERO-MOSS, *International Arbitration is Not Only International, International Commercial Arbitration - Different Forms and their Features* (Ed. Giuditta Cordero-Moss), Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 20-21.

*sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba: (...); b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país.*"<sup>26</sup> La importancia de la convención no debe pasarse por alto; este tratado ha sido suscrito y ratificado por 159 Estados, haciendo del mismo un instrumento de alcance cuasi-universal. En ese sentido, sus disposiciones (entre las que se encuentra la excepción del orden público) bien podrían haber alcanzado el estatus de norma consuetudinaria en el Derecho Internacional. ¿Qué implicaría una cosa como aquella? Eso implicaría la conformación de costumbre internacional que establecería que todo laudo internacional, para ser reconocido en el ordenamiento estatal, tendría que superar el test de no ser contrario al orden público del Estado del foro. Si esto hubiese alcanzado un nivel consuetudinario entonces ya no sería necesario que cada Estado prestara su voluntad de ser parte de la Convención de Nueva York<sup>27</sup> para que, potencialmente, pudiese alegarse aquella excepción como válida.

**16.** Entonces, el que un instrumento como el Tratado de Nueva York reconozca la excepción del orden público en materia de comercio internacional es importante. Es en base a aquella disposición, que han surgido casos aplicando la excepción. Un caso que ejemplifica ello es el laudo en el caso *Adviso N. V. y Koreas Overseas Construction Corp. (caso Adviso)*. La decisión arbitral fue formulada en sede arbitral suiza e intentó ser ejecutada en Corea; sin embargo, una de las partes formuló la excepción de orden público. Como consecuencia de ello, la Corte Suprema de Corea tuvo que analizar una serie de argumentos, concluyendo que la excepción de orden público solo era residualmente aplicable. A decir de la corte, el "*Art. V(2)(b) de la Convención de Nueva York establece que la corte competente en el país en donde se busca el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, podrá refutar aquel reconocimiento o ejecución, si encuentra que el reconocimiento o la ejecución del laudo está en contra del orden público de aquel Estado. El principio básico subyacente en aquella disposición es proteger las creencias morales fundamentales y el orden social del país en donde se busca el reconocimiento y ejecución del laudo (...). En tanto una debida consideración debe dársele a la estabilidad del orden comercial internacional de igual forma que a los asuntos domésticos, aquella provisión debe ser interpretada estrechamente.*"<sup>28</sup> Lo indicado por el tribunal toca un punto importante, como es que la utilización del orden público debe ser limitado. A similares consideraciones han llegado los tribunales de Estados Unidos. Por ejemplo, en el caso *Parsons and Whitmore Overseas Co. V. Societe Generale de L'Industrie su Papier*, se analizó el artículo V(2)(b) de la Convención de Nueva York, indicándose que "*(...) tal vez más probatorio son las inferencias que pudiesen realizarse a la historia de la Convención, como un todo. El sesgo general, pro-ejecución que subyació a la Convención (...) apunta a una lectura restrictiva de la defensa, en base al orden público. Una construcción expansiva de aquella defensa viciaría los esfuerzos de la Convención por remover los obstáculos pre-existentes en la ejecución [de laudos arbitrales]. (...) En ese sentido, concluimos que la defensa del orden público reconocido por*

<sup>26</sup> Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Nueva York - 1958. Artículo V(2)(b).

<sup>27</sup> Claro está, ciertas suspicacias pueden levantarse si se tiene cuenta que, "*la mayor parte de los tratados crean derechos recíprocos entre los Estados firmantes, a ser impuestos y ejercidos según el Derecho Internacional. La Convención (de Nueva York) (por su parte) crea ventajas para un sinnúmero de partes anónimas, siendo la mayor parte de la mismas individuos y entidades privadas; (aquellas ventajas serán) interpretadas y efectivizadas dentro del espacio nacional por parte de la institución más arquetípica del derecho nacional: los tribunales nacionales.*" Véase: M. PAULSSON, *The 1958 New York Convention in Action*, Wolters Kluwer Law International, 2016, p. 32. (traducción del autor). Esto es cierto, sin embargo, la primera característica rescatada por Paulsson no es extraña en el Derecho Internacional. Si bien esta disciplina nació para regular las relaciones internacionales en base a un principio absoluto de voluntarismo estatal y de obtención de beneficios, el Derecho Internacional evolucionaría hasta reconocer que los Estados no solo suscriben tratados con el fin de obtener réditos directos entre sí (sinalagma convencional). El caso más claro es el de los tratados de derechos humanos, en donde la suscripción de un instrumento en aquel ámbito no se efectúa con el fin de beneficiar a los Estados suscriptores del tratado, sino a los individuos. Sobre esto, véase: Corte Internacional de Justicia. Opinión Consultiva sobre la Validez de Ciertas Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio del 28 de mayo de 1951. pp. 23-24 y Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva acerca del Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 74 y 75). PC-2/82. Serie A N° 2. 24 de septiembre de 1982. Para. 29.

<sup>28</sup> Corte Suprema de Corea. Caso N° 93 Da53054 del 14 de febrero de 1995. Véase: J. M. GRAVES y J. F. MORRISSEY, *International Sales Law and Arbitration - Problems, Cases and Commentary*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2008, p. 480. (traducción del autor)



*la Convención, debe ser construido de forma estrecha. La ejecución de laudos arbitrales extranjeros solo podrá rechazarse sobre esta causal cuando su ejecución suponga una violación a las nociones más básicas de moralidad y justicia del país.*"<sup>29</sup> Esto confirmaría que la aplicación de la excepción del orden público –por naturaleza– es restrictiva y, también confirma que el orden público es conceptualizado como una referencia a un conjunto de principios fundamentales del ordenamiento. En ese sentido, el contenido del término, en contexto arbitral, es similar a lo descrito en la sección precedente de esta investigación. Ahora, aquello no es todo, aun si se determinara que un laudo arbitral efectivamente colisiona con el orden público; dicha colisión requeriría de un mínimo de afectación para ser invocado. La Corte de Apelaciones de Francia, en su decisión en *Thales Air Defense v. GIE Euromissile*, concluyó que la excepción de orden público esgrimido por Thales, sobre la supuesta vulneración del derecho de competencias europeo debía ser descartado, pues, para encajar en aquel supuesto se requería una vulneración manifiesta y obvia del orden público.<sup>30</sup>

**17.** Esta aproximación restrictiva en la aplicación del orden público tiene ciertas implicancias. Por ejemplo, no existirá una correlación inmediata entre dejar de aplicar normas imperativas de un Estado y la violación a su orden público. Diferentes tribunales han concluido ello y han sido exitosos en diferenciar ambos tipos de normas. Por ejemplo, este punto fue considerado en el caso *Adviso* en donde la Corte Suprema de Corea indicó que, "*(c)uando normas extranjeras aplicadas en un laudo arbitral violan normas imperativas del derecho coreano, dichas violaciones no constituyen, necesariamente, causal para su rechazo. Solo cuando el resultado concreto, derivado de reconocer dichos laudo, estuviesen en contra de la buena moral y otros aspectos del orden social de Corea, su reconocimiento y ejecución podrán ser rechazados.*"<sup>31</sup> Otra consecuencia del enfoque restrictivo dado a la excepción del orden público, es que simples errores en la aplicación de la base legal (en sede arbitral) no implican, por sí mismo, que el orden público del Estado donde se solicita la ejecución del laudo se vea cuestionado. Un ejemplo de esto se observa en el caso *Karaha Bodas Co., LLC v. Perusahaan Pertambangan Minyak dan Gas Bumi Negara* (caso *Karaha Bodas*). En este caso, los tribunales de los Estados Unidos analizaron la posible violación del orden público, por parte de un laudo extranjero. Una de las partes sostuvo que el laudo violaba la doctrina del Derecho Internacional sobre abuso de derecho. En relación a esta argumentación, los tribunales de los Estados Unidos sostuvieron que, "*(g)eneralmente, el razonamiento legal erróneo y la mala aplicación de las leyes no son violaciones al orden público en el sentido dado dentro de la Convención [de Nueva York]. (...) La interpretación contractual efectuada por un tribunal arbitral no viola el orden público a menos que viole las nociones más básicas de moralidad y justicia.*"<sup>32</sup>

**18.** Como puede observarse, la conclusión del tribunal lleva nuevamente a la aplicación restrictiva de la excepción del orden público; sin embargo, dentro de los alegatos en *Karaha Bodas* se avizora una cuestión que requiere mayor discusión. En el caso una de las partes sostuvo la aplicación de la excepción del orden público por violación de la doctrina del abuso de derecho reconocido en el Derecho Internacional. Una argumentación como ésta, llama a preguntar: ¿El reclamante apuntaba a cuestionar la ejecución del laudo arbitral por violación al orden público del Estado (en tanto aquel orden público interno estaría complementado por normas del Derecho Internacional) o esgrimía la vulneración del orden público internacional en sí mismo? Esta última cuestión debe ser analizada a fondo.

<sup>29</sup> Corte de Apelaciones de Estados Unidos. Segundo Circuito. *Parson y Whittemore Overseas Co., Inc.*, 508 F.2d 969 (2d Cir. 1974) del 23 de diciembre de 1974. Véase: G. BORN, *International Arbitration – Cases and Materials*, Aspen Publishers, New York, 2011, p. 1190-1191. (traducción del autor)

<sup>30</sup> KRÖLL, "The Public Policy Defense in the Model Law Jurisprudence: The ILA Report Revisited", en BACHAND y GÉLINAS (Ed.), *The UNCITRAL Model Law After Twenty-Five Years: Global Perspectives on International Commercial Arbitration*, JURIS, New York, 2012, p. 161.

<sup>31</sup> Corte Suprema de Corea. Caso N° 93 Da53054. nota: 75. (traducción del autor)

<sup>32</sup> *Karaha Bodas Co., LLC v. Perusahaan Pertambangan Minyak dan Gas Bumi Negara*. 346 F.3d 274 (5th Cir. 2004). Véase: Gary Born, nota: 29. p. 1196. (traducción del autor). Similar posición adoptó la Corte Suprema de Quebec en el caso *Desputeaux v. Éditions Chouette* (1987) inc. del 2003. S.C.R. 178, 2003 SCC 17. Disponible en: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2048/index.do?r=AAAAAQASRWRpdGlvbnMgQ2hvdWV0dGUgAQ>.

## 2. El Orden Público Internacional como Límite a la Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros

19. Lo planteado antes, trae a colación el tema central de esta investigación: ¿Qué orden público es el que debe verse vulnerado para excluir la ejecución de un laudo arbitral? ¿Será el orden público del Estado en donde se pretende ejecutar el laudo, el orden público internacional (especialmente en lo relativo al comercio internacional), o ambos? Estas interrogantes no son superficiales, dependiendo del tipo de respuesta estaremos ante la disyuntiva de determinar qué compone el orden público nacional o internacional; y de aceptar el uso del orden público verdaderamente internacional estaremos ante la interacción directa entre el Derecho Internacional privado y el Derecho Internacional Público.

20. Para comenzar el análisis, se puede partir de lo indicado por el artículo V(2)(b) de la Convención de Nueva York. Aquella disposición, como ya hemos indicado, establece que la autoridad competente estatal puede dejar de reconocer o ejecutar un laudo, cuando el mismo sea "(...) *contrario al orden público de ese país*".<sup>33</sup> La duda es si la referencia al orden público en la Convención de Nueva York hace referencia a un Estado en concreto o no. En la práctica, algunos tribunales estatales han señalado que no queda claro qué implica el término "orden público de ese país". Por ejemplo, en *Ameropa AG v. Havi Ocean Co. LLC*<sup>34</sup> (caso Ameropa), los tribunales de los Estados Unidos indicaron que, "(...) *la Convención no da especificaciones respecto a qué significa "contrarios al orden público de ese país" (...)*".<sup>35</sup> Aun así, aquella corte llega a una conclusión fundamental: "*De hecho, el demandado no cuestiona lo indicado sobre que, le debe al demandante el monto establecido en la sentencia; el demandado -en su lugar- busca evadir su responsabilidad al invocar cuestiones de política exterior de los Estados Unidos. Sin embargo, el "orden público" y la "política nacional" no son sinónimos. (...) Disputas que involucren la política exterior con otro Estado no son suficiente para superar la política "supranacional" de proveer de predictibilidad a la ejecución de los laudos arbitrales internacionales.*"<sup>36</sup> Esta sección de la sentencia (influenciada en gran medida por la sentencia emitida en el caso *Parsons*),<sup>37</sup> no resalta únicamente por restringir –una vez más– la aplicación de la excepción del orden público (al entrever que la sola afectación de la política exterior de un Estado no implica la afectación del orden público interno), sino al aludir una suerte de ejercicio para la aplicación de esa excepción. Aquel ejercicio implicaría que, para dejar de aplicar un laudo arbitral internacional, el tribunal estatal debe ponderar previamente la relevancia del orden público (sea cual éste fuese), con la exigencia supranacional de dar predictibilidad a la ejecución de laudos arbitrales. Lo interesante es que el parámetro para aplicar la excepción de orden público es un interés supranacional y –dado ello– lo más probable es que el orden público que deba determinarse, esté –en parte– involucrando elementos internacionales y no puramente domésticos.

21. Aun así y, contradiciendo esto, autores como García de Enterría encuentran que el uso de la frase "orden público internacional" en sede arbitral internacional, sirve para distinguir entre el orden público interno (en el sentido de un conjunto de normas de relevancia doméstica, que incluyen a todas sus normas imperativas) del orden público aplicado en el contexto arbitral, en el sentido de principios básicos de los ordenamientos estatales.<sup>38</sup> Esta diferenciación sirve para sostener que solo el último gatillaría la inejecución de un laudo arbitral. Esta posición, da cuenta del uso poco técnico del término "orden público internacional" en el contexto arbitral internacional, pues aquel término (en el sentido que explica el autor) no hace alusión a nada realmente internacional. Una posición como esta parte de "domesticar" el debate que pudiese existir respecto al uso de un verdadero orden público internacional conjuntamente con uno

<sup>33</sup> Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras .... supra nota: 26. Artículo V(2)(b).

<sup>34</sup> United States District Court. Southern District of New York. *Ameropa AG v. Havi Ocean Co. LLC*. 10 Civ. 3240 (TPG). Disponible en: [https://jenner.com/system/assets/assets/1424/original/Ameropa\\_v.\\_Havi\\_Ocean.pdf?1317918860](https://jenner.com/system/assets/assets/1424/original/Ameropa_v._Havi_Ocean.pdf?1317918860).

<sup>35</sup> *ibid* 4. (traducción del autor). Otros tribunales se apegan al sentido literal del término; sobre esto véase: *The High Court of Dublin. Brostrom Tankers AB v. Factorias Vulcano SA*. Judgment by Mr. Justice Kelly. 19 May 2004. IEHC 198. 2003. 44 SP. p. 10. *Yearbook Commercial Arbitration*, A.J. van den Berg (ed.), Vol. XXX (2005).

<sup>36</sup> *ibid* 5. (traducción del autor)

<sup>37</sup> Corte de Apelaciones de Estados Unidos. Segundo Circuito. *Parson y Whittemore Overseas Co* ... nota: 10.

<sup>38</sup> Javier García de Enterría, nota: 16. p. 398.

interno. En ese sentido, si una posición como ésta se adopta, toda determinación del orden público se agotaría en el plano interno. Esta posición –de alguna manera– es compartida por un sector importante de la doctrina y, es reconocida en ciertas decisiones, como la de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos en *Hebei Import and Export Corporation v. Polytek Engineering Co. Ltd.* En aquel caso, el tribunal señaló que, "*(e)n algunas decisiones, especialmente de los tribunales de la jurisdicción del derecho civil, el orden público ha sido equiparado al del orden público internacional. Como se ha indicado antes, el artículo V.2(b) se refiere específicamente al orden público del foro. Sin duda, en muchas circunstancias, el orden público relevante del foro coincide con el de tantos otros Estados que el orden público relevante es descrito de forma precisa como orden público internacional. [Aunque] en aquellos casos (...) esto se debe a que la ejecución del laudo es contraria [específicamente] al orden público del foro.*"<sup>39</sup> Esto pone énfasis en que incluso cuando se argumenta la aplicación del orden público internacional (para exceptuar la ejecución de un laudo arbitral internacional), lo que realmente se realiza es la aplicación del orden público doméstico. Esta posición parece ser compartida por el Tribunal Supremo de España en una sentencia del 2004<sup>40</sup> y en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia en el caso *Petrotesting Colombia S.A v. Southeast Investment Corporation*.<sup>41</sup> En estos casos, la diferenciación apuntada entre el orden público interno e el internacional se efectuó con la sola intención de distinguir entre el orden público, que incluye el derecho público estatal y sus normas imperativas, de la noción más estrecha de orden público (arbitral) que solo incluiría los principios más básicos de cada ordenamiento interno.<sup>42</sup> En aquellos casos, la intención es establecer, antes que una diferenciación entre el orden público interno e internacional, una diferencia entre el orden público interno y el orden público arbitral. Con ello, toda relevancia concreta del Derecho Internacional respecto a la ejecución de laudos arbitrales queda de lado.

**22.** Pero; ¿es tan fácil llegar a una conclusión como aquella? La práctica jurisdiccional contradice esto. En un caso de la Corte de Apelación de Francia de 1966, dicho tribunal indicó que, "*(...) el reclamo, hacía referencia a la ejecución de un contrato de venta de armas. Que tal tráfico era contrario al orden público internacional, tal cual estaba expresado particularmente en el Acta General de la Conferencia de Bruselas del 2 de julio de 1980, artículo 8; por el acuerdo del 13 de diciembre de 1906 entre Francia, Gran Bretaña e Italia y, finalmente, por la Convención Internacional del 17 de junio de 1925, [que fue] concluida bajo los auspicios de la Liga de Naciones para la represión del tráfico de armas. Que sigue de ello, también por la legislación francesa en su totalidad respecto a este tema y en particular el Decreto del 18 de abril de 1939 que todo aquello que esté relacionado con el comercio de armas de combate es contrario al orden público francés.*"<sup>43</sup> En este caso parecería difícil sostener que la utilización del "orden público internacional" es puramente nacional. No solo porque se hace referencia a un conjunto de normas del Derecho Internacional, sino porque se deja entrever que, no debe dejarse de tomar en cuenta ciertos límites mínimos de dicho cuerpo jurídico, al momento de decidir la ejecución

<sup>39</sup> Court of Final Appeal. *Hebei Import and Export Corporation v. Polytek Engineering Co. Ltd.* 1999. HKCFA 40; 1999.1. HKLRD 665 (1999). 2 HKCFAR 111; FACV10/1995. 9 February 1999. Para. 98. (traducción del autor)

<sup>40</sup> Auto Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1). RJ 2004/5817. 20 de julio de 2004. Exequatur N° 129/2002. Igualmente, véase: Auto Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), 1 de febrero de 2000. Exequatur núm. 3340/1998.

<sup>41</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia (Sala de Casación Civil). Magistrada Ruth Marina Díaz Rueda. Bogotá D.C. - Exp. 11001-0203-000-2007-01956-00 del 27 de julio de 2011. *Yearbook Commercial Arbitration*, A.J. van den Berg (ed.), Vol. XXXVII (2012).

<sup>42</sup> Esta diferenciación teórica es importante, sin embargo, hace uso del término "orden público internacional" con el solo fin de designar un espacio más estrecho del orden público interno y, por ende, genera confusiones. Su finalidad es excluir ciertas normas públicas e imperativas del contenido de orden público relevante en materia arbitral. Para entender la diferencia entre el orden público y las normas imperativas, véase: G. BORN, *International Arbitration – Cases and Materials*, Aspen Publishers, New York, 2011, p. 1190-1191. Para tener presente la posición de quienes distinguen ambos conceptos en el derecho en general, véase: ESPÍN CANOVAS, "Las Nociones de Orden Público y Buenas Costumbres como Límites de la Autonomía de la Voluntad en la Doctrina Francesa", *Anuario de Derecho Civil*, N° 3. 1963. p. 790. Igualmente, véase: Á ACEDO PENCO, "El Orden Público Actual como Límite a la Autonomía de la Voluntad en la Doctrina y la Jurisprudencia", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, N° 14-15. 1996-1997. pp. 325-391.

<sup>43</sup> Paris Court of Appeal, 9 II 1966, R. 1966. 264. Véase: LALIVE, "Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration", en SANDERS (Ed.), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, Kluwer Law International, New York, 1986. p. 284. (traducción del autor)

de un laudo. Ahora, como bien indica Lalive, “(l)a referencia al orden público francés en este caso parece ir más allá del concepto tradicional que se tiene en el derecho internacional privado, sin embargo, es ambigua en tanto los diversos tratados internacional referidos, estaban en vigencia para Francia.”<sup>44</sup> Aunque ello es una atingencia importante, dicho argumento relativiza artificialmente el rol que puede desempeñar el orden público propiamente internacional. Y es que, en el actual estado en que se encuentran las relaciones internacionales, no es posible pensar en la existencia de Estados que no formen parte de ciertos tratados básicos del Derecho Internacional; siendo ello así, la superposición entre tratados internacionales y normas domésticas que adoptan y desarrollan las primeras es inevitable. Es pues, justamente la adopción de aquel cuerpo normativo estatal, dando efecto a aquellos tratados universales, los que son un indicio de que dichas normas internacionales son parte del orden público internacional y –siendo ello así– lo común es que la gran mayoría de Estados se hayan obligado a promover la protección de dichos intereses y valores. En ese sentido, en nada afecta que un tribunal al excluir un laudo arbitral, base su decisión en normas internacionales que además están reconocidas en los ordenamientos nacionales; ello sigue demostrando la utilización del orden público internacional en concreto. Esto –aún más– por cuanto de ninguna manera la identificación de un posible “orden público internacional” se recuesta sobre la base exclusiva de productos convencionales (tratados). Debe recordarse que el sistema internacional se encuentra conformado, además, por normas consuetudinarias y principios generales.<sup>45</sup> Estos últimos no requieren de suscripción por parte de los Estados para ser obligatorios. En ese sentido, nada obsta para imaginar un caso en donde un tribunal estatal tuviese que decidir la inejecución de un laudo arbitral por vulnerar ciertas materias que forman parte del orden público internacional, pero que respecto del cual el Estado del foro no ha suscrito tratados específicos. De lo contrario, tendríamos que preguntarnos: ¿Un tribunal doméstico está imposibilitado de rechazar la ejecución de un laudo, en tanto ciertos principios básicos internacionales no se han traducido en normatividad interna expresa? Esto, ¿aun cuando aquel fallo vulnere valores básicos del ordenamiento internacional?

**23.** Una buena salida para evitar estas complicaciones, es argumentar que –en los hechos– la mayor parte de ordenamientos estatales optan por incorporar mecanismos para que el Derecho Internacional complemente sus sistemas. E, incluso, en ausencia de aquel tipo de disposiciones, siempre debe recordarse que los ordenamientos estatales al formar parte de un ordenamiento mayor (si pretenden ser miembros de relaciones internacionales basadas en el Estado de Derecho), le deben a la comunidad internacional el cumplimiento de un mínimo de principios básicos. Y, lo que es más, cuando ciertos tribunales defienden la ejecución de fallos arbitrales sobre la base de asegurar el interés internacional, de hacer fluida las transacciones internacionales y la previsibilidad de la justicia supranacional, lo que en los hechos hacen es enmarcar aquel fenómeno (arbitral) en el plano internacional. Por ejemplo, el Tribunal Supremo español en el caso *Odin Shipping Co. (Pte) Ltd. C. Aguas Industriales de Tarragona*, señaló lo siguiente: “(...) alegación que es también de desestimar, en primer lugar porque el Convenio de Nueva York, anteriormente citado, que por su carácter específico es preferentemente aplicable, no habla del tal requisito, limitándose a exigir, en su artículo V, apartado 2, b), que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia no sea contrario al orden público del país en que se pide su ejecución, circunstancia que concurre en el caso debatido, ello aparte de que los principios de universalidad de la justicia y de la solidaridad entre los pueblos civilizados, principios seguidos en esta materia repetidamente por esta Sala, inducen, junto a las demás razones que se dejan expuestas, a considerar admisible en España la ejecución solicitada del laudo extranjero en cuestión.”<sup>46</sup> Como se observa, el tribunal español sustenta la aplicación del laudo arbitral –entre otras razones–, en la ponderación que los Estados deben de efectuar entre la defensa del orden público interno estatal y la preservación de los principios universales de justicia y de solidaridad existente entre los pueblos civilizados que llaman a hacer efectivos los laudos extranjeros. Esta forma de

<sup>44</sup> Ibid (traducción del autor)

<sup>45</sup> La literatura en el tema es amplia. Véase de forma introductoria: THIRLWAY, *The Sources of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014. Para una discusión contemporánea y más compleja, véase: BESSON y D’ASPROMONT (Ed), *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

<sup>46</sup> Auto del Tribunal Supremo (Sala 1ra), *Odin Shipping Co. (Pte) Ltd. c. Aguas Industriales de Tarragona* del 4 de octubre de 1993. *Yearbook Commercial Arbitration*, A.J. van den Berg (ed.), Vol. XI (1986).

referirse a los pueblos civilizados no es más que la forma tradicional de aludir a los principios generales del Derecho Internacional.<sup>47</sup> En ese sentido, si ciertos principios del Derecho Internacional son la base para justificar la ponderación (y aplicación preminente) de laudos arbitrales internacionales frente al orden interno de los Estados, de ahí mismo derivará la correlación de que, aquel tipo de resoluciones, no solo se beneficien del ordenamiento internacional, sino que –además– respeten su contenido esencial o, lo que es lo mismo, respetar el orden público internacional. En esta línea, algunos tribunales domésticos han optado por afirmar su competencia de revisar de oficio los laudos arbitrales extranjeros y determinar si aquellos puede tener efectos negativos en el orden público interno e internacional.<sup>48</sup>

**24.** Ahora bien, de ser el orden público internacional realmente internacional y no en el sentido adoptado en los casos *Ameropa*, *Hebei*, *Petrotesting*, entre otros, ello dispara una serie de puntos que requieren ser abordados. Si el tribunal de un Estado A determina una contradicción entre la ejecución de un laudo arbitral y el orden público internacional, aquella determinación involucraría la calificación de un orden legal compartido con otros Estados. Ello genera algunas preguntas: ¿Si el Estado A concluye que la regla X forma parte del orden público internacional (con el fin de dejar de ejecutar un laudo), si un Estado B verificara la vulneración de la misma regla por parte de un laudo, tendría que inaplicarlo? Esta situación se produce debido a que el orden internacional no es privativo de un solo Estado, sino un ordenamiento que regula las relaciones internacionales de un conjunto de sujetos del Derecho Internacional. En ese sentido, si un Estado interpreta el contenido particular del orden público internacional, esto debería tener algún efecto en los órganos jurisdiccionales de los demás Estados; pues de no contar con un mínimo de coherencia y sistematicidad en relación al contenido de aquella noción, estaríamos ante un ordenamiento fracturado y dependiente de la particular forma de ser entendido por cada uno de sus miembros. Este punto, de alguna forma, es levantado por el juez Robert French (al recordar la falta de precedentes en materia de arbitrajes internacionales comerciales y la falta de referencias entre unos y otros árbitros al resolver contiendas).<sup>49</sup> Sin embargo y, aun cuando todo ello pareciera ser un punto disuasivo para el uso del orden público internacional en sede arbitral, lo cierto es que su exclusión tampoco es convincente. La interrelación entre el derecho doméstico y el Derecho Internacional se encuentra en un proceso avanzado, por lo que la protección de los valores básicos del ordenamiento internacional –en gran medida– son del interés de los Estados.<sup>50</sup> Existe un avanzado proceso por el cual diferentes elementos son considerados fundamentales tanto en los ordenamientos domésticos como internacionales. Es por ello que estos cuestionamientos no han sido óbice para que, en ciertos sistemas legales, el uso del orden público internacional (estrictamente internacional) se considere preminente cuando se está frente a la ejecución de laudos arbitrales. El epítome de la diferenciación entre el orden público doméstico y el orden público internacional, lo encontramos en la experiencia francesa y suiza. En Francia, su Código Procesal Civil separa explícitamente ambos conceptos, al disponer en su artículo 1502(5) que la decisión adoptada en un laudo arbitral internacional no será reconocida o ejecutada, si fuese contraria al orden público internacional. Esta alusión del orden público se diferencia de la noción de orden público a secas utilizado en el artículo 1488 del mismo instrumento. Como Ghodoosi indica, con ello se ha buscado diferenciar ambos conceptos, siendo su "(...) propósito restringir la innecesaria intervención del orden público doméstico en el escenario del arbitraje internacional."<sup>51</sup> Esta política no es extraña del todo, en el Líbano una opción similar existe a nivel positivo,<sup>52</sup> mientras que los tribunales suizos han optado

<sup>47</sup> R. B. SCHLESINGER, "Research on the General Principles of Law Recognized by Civilized Nations", *American Journal of International Law*, Vol. 51, N° 4. 1957. pp. 734-753.

<sup>48</sup> Por ejemplo, la Corte Superior de Justicia del Perú (Lima) en su sentencia en el caso *Stemcor UK Limited v. Guiceve S.A.C.* Véase: Corte Superior de Justicia de Lima (Perú). *Stemcor UK Limited v. Guiceve S.A.C.* Expediente N° 878-2010. Reconocimiento de Laudo Arbitral Extranjero. Resolución N° 8. 28 de abril de 2011. Considerando 12.

<sup>49</sup> Chief Justice Robert French AC, *Arbitration and Public Policy*, 2016 Goff Lecture. 18 April 2016. Hong Kong. Disponible en: <http://www.hcourt.gov.au/assets/publications/speeches/current-justices/frenchcj/frenchcj18Apr2016.pdf>.

<sup>50</sup> Tal vez, por ello las palabras de Fouchard, Gaillard, Goldman. Al respecto, véase: P. FOUCHARD, E. GAILLARD y B. GOLDMAN, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, 1999, p. 863.

<sup>51</sup> GHODOOSI, *International Dispute Resolution and the Public Policy Exception*, Routledge Taylor and Francis, New York, 2017, p. 70 y sgtes. (traducción del autor)

<sup>52</sup> International Bar Association Sub Committee on Recognition and Enforcement of Arbitral Awards - Report on the Pub-

por una aproximación similar. En este último caso, sus tribunales al analizar los laudos emitidos por el Tribunal de Arbitraje Deportivo, han señalado que el alegato del orden público debe ser tratado como un concepto internacional antes que como uno doméstico, lo cual implica dejar de reconocer o ejecutar laudos arbitrales solo cuando exista una incompatibilidad con los principios legales y morales reconocidos por los Estados civilizados.<sup>53</sup> De forma más concreta, los tribunales suizos han indicado que la defensa del orden público “(...) *debe ser entendido como uno universal antes que uno nacional, dirigido a penalizar la incompatibilidad con los fundamentos legales y principios morales reconocidos por todos los Estados civilizados.*”<sup>54</sup> El uso de la terminología referida a los principios reconocidos por los Estados civilizados es –como ya hemos indicado–, una fórmula propia del Derecho Internacional que alude a sus principios jurídicos. Esta aproximación ha sido reconocida, igualmente, por los tribunales italianos<sup>55</sup> así como en el Informe Final de la Asociación de Derecho Internacional (ILA por sus siglas en inglés) (Recomendaciones Sobre la Aplicación del Ordenamiento Público como Sustento para Rechazar el Reconocimiento o Ejecución de un Laudo Arbitral Internacional),<sup>56</sup> en donde se ha dispuesto que el orden público internacional debe entenderse como, “(...) *el cuerpo de principios y reglas reconocidos por un Estado, el cual –por su propia naturaleza– puede limitar el reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral emitido en el contexto de un arbitraje comercial internacional; específicamente, cuando el reconocimiento o ejecución de aquel laudo pudiese implicar la violación, sea del procedimiento por el medio del cual fue emitido o por su contenido.*”<sup>57</sup> Para ello, el contenido del orden público internacional es clasificado como, “(i) *los principios fundamentales pertenecientes a la justicia y moralidad que los Estados desean proteger (...); (ii) reglas diseñadas para servir los intereses esenciales de tipo políticos, sociales o económicos del Estado, siendo ello las "leyes de policía" o las "reglas de orden público"; y (iii) el deber de los Estados de respetar sus obligaciones frente a otros Estados u organizaciones internacionales.*”<sup>58</sup> Como se aprecia, esta concepción del orden público incluye elementos estrictos del Derecho Internacional.

**25.** Pero, aunque estos han sido avances significativos, aquello no ha estado libre de cuestionamientos. Por ejemplo, la Corte Suprema de India en el caso *Renusagar Power Co. Ltd. v. General Electric Co.* recordaría cómo en Francia se reconoce la diferencia entre el orden público internacional (*ordre public international*) y el orden público interno. Sin embargo, dicho órgano concluye que, “(a) *la vista de la ausencia de una definición con la que se pueda trabajar en relación al orden público internacional, encontramos difícil formular la expresión orden público establecida en el artículo V(2) (b) de la Convención de Nueva York en el sentido de orden público internacional. En nuestra opinión, la expresión debe ser construida en el sentido de la doctrina del orden público tal como es aplicado por los tribunales en donde el laudo extranjero busca ser ejecutado. Consecuentemente, la expresión orden público de la Sección 7(1)(b)(ii) del Acta de Laudos Extranjeros, implica la doctrina del orden público tal cual es aplicado por los tribunales de la India.*”<sup>59</sup> De la contundencia de estas afirmaciones,

lic Policy Exception in the New York Convention. October 2015. p. 10.

<sup>53</sup> Á. BOÓC, “Observations on the Definition of Public Policy (Ordre Public) in Swiss Arbitration Law”, *Acta Juridica Hungarica*, Vol. 53, N° 3. 2012. p. 189.

<sup>54</sup> M. J. MITTEN, “Judicial Review of Olympic and International Sports Arbitration Awards: Trends and Observations”, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Vol. 10, N1. 2009. p. 58. (traducción del autor). Igualmente, véase: MITTEN y DAVIS, “Athlete Eligibility Requirements and Legal Issues”, en NAFZIGER y ROSS (Ed.), *Handbook on International Sport Law*, Edward Elgar Publishing Limited, Northampton, 2011, p. 234 y sgtes.

<sup>55</sup> Véase: *Alarcia Castells v. Hengstenberge e Procuratore generale presso la Corte di appello di Milano*, RDIPP, Vol. XIX. 1983. p. 364. Igualmente, sobre los alcances del orden público en Italia véase: Massimo Benedettelli y Michele Sabatini, *Public Policy and Italian Law of International Arbitration*. International Bar Association. 24 April 2015. Disponible en: <https://www.ibanet.org/Search/Search.aspx?query=benedettelli>.

<sup>56</sup> International Law Association - ILA. Resolution 2/2002. Final Report. Recommendations on the Application of Public Policy as a Ground for Refusing Recognition or Enforcement of International Arbitral Awards.

<sup>57</sup> *Idem.*, (traducción del autor)

<sup>58</sup> Sobre esto, véase: C. S. GIBSON, “Arbitration, Civilization and Public Policy: Seeking Counterpoise Between Arbitral Autonomy and the Public Policy Defense in View of Foreign Mandatory Public Law”, *Penn State Law Review*, Vol. 113, N° 4. 2009. p. 1259 y sgtes. (traducción del autor)

<sup>59</sup> Corte Suprema de la India. *Renusagar Power Co. Ltd. v. General Electric Co.* 1994 AIR 860. 1994 SCC Supl. (1)644 del 7 de octubre de 1993. Para. 61-63. (traducción del autor)

aparecen ciertas interrogantes: ¿Es cierto que no existe una definición (o al menos una noción) de lo que constituye el orden público internacional? Y, si existiese (o pudiese identificarse un contenido a ese término), ¿debería utilizarse el mismo para excluir la ejecución de laudos arbitrales? ¿Existe el peligro que la utilización del orden público internacional, pudiera restringir exageradamente la ejecución y/o reconocimiento de los laudos arbitrales extranjeros?

**26.** En relación a la última pregunta, lo más probable es que el uso del orden público internacional no suponga una restricción desorbitada para el comercio internacional. Los tribunales domésticos siempre tendrán la potestad de interpretar restrictivamente las normas internacionales consideradas como de orden público internacional, para proteger solo su contenido esencial. Esto se observa –hasta cierto punto– en la sentencia del Tribunal Supremo de España en el caso *Shaanxi Provincial Medical Health Products I/E Corporations v. Olpesa S.A.*, en el que establece que, "(...) *en cuanto a la alegada falta de imparcialidad (...) no puede perderse de vista que, si bien es cierto que la imparcialidad, tanto subjetiva como objetivamente considerada es una cualidad consustancial al ejercicio de la función jurisdiccional y una consecuencia que ha de venir de la independencia y la predeterminación legal de sus titulares, y que, en tal medida, integra, en efecto, el contenido del orden público internacionalmente considerado, no menos cierto es que la misma, ya como cualidad moral, ya como deber jurídico, se encuentra ineludiblemente atemperada cuando se trata de un arbitraje, en donde la autonomía de la voluntad de las partes tiene capital presencia e importancia (...).*"<sup>60</sup> Como puede evidenciarse, el tribunal a pesar de encontrar que la imparcialidad jurídica, constituye un deber jurídico del ordenamiento público internacional, no tuvo problema para ponderar su aplicación en el contexto arbitral.

**27.** Respecto a las otras interrogantes como aquella que cuestiona si, por sus efectos, es aconsejable el uso de aquella institución; como bien indican Fouchard, Gaillard y Goldman la respuesta pareciera ser afirmativa si se tienen en cuenta las ventajas que da su uso. Por ejemplo, aquel concepto evita que quede a merced de criterios puramente subjetivos la aplicación o no de un laudo y, deja de lado la permisibilidad que generaría no tener algún tipo de reacción de orden público, ante decisiones que vayan contra mínimos morales y de justicia.<sup>61</sup> Respecto a las otras dudas, en especial, en lo referido a qué constituiría la esencia fundamental del orden público internacional, esto podría evitarse al aplicar el término de forma intuitiva pero eficaz, con lo cual se evita determinar el intrincado contenido del término. Un ejemplo de ello (aunque fuera del contexto del reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros) lo encontramos en la decisión de los tribunales de Inglaterra en el caso *Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Company and Others*. En aquel caso se analizó la incautación por parte de Iraq de 10 aviones comerciales de propiedad de Kuwait Airways Corporation (KAC) que fue efectuado como parte de la invasión del territorio kuwaití. El gobierno iraquí, mediante una resolución legal, determinó la transferencia de los aviones a Iraqi Airways Co. (IAC). Como consecuencia de esto, KAC inició procedimientos judiciales en contra de IAC en los tribunales ingleses. Los hechos del caso no involucraron a Inglaterra, sino exclusivamente a Iraq y Kuwait respecto a empresas de esos dos últimos Estados. Como resultado se argumentó el *forum non conveniens*, sin embargo, fue desestimado.<sup>62</sup> Como consecuencia, aquel tribunal entró a analizar el fondo del asunto, lo cual involucró analizar si IAC le debía alguna compensación a KAC. Para ello, el tribunal debió decidir si los decretos emitidos por el gobierno de Iraq podían ser tomados en cuenta en el proceso o si –por el contrario– debían excluirse al contrariar el orden público inglés (por ser la jurisdicción donde la resolución del caso se emitiría). Más allá de las complejidades presentes en el caso (como que un tribunal inglés analizara la adecuación de la normativa de Iraq), las conclusiones alcanzadas serían de relevancia para el Derecho Internacional privado.<sup>63</sup> El tribunal indicó que los tribunales de su Estado podían tomar en consideración dispo-

<sup>60</sup> Auto Tribunal Supremo de España (Sala de lo Civil, Sección única). Exequatur núm. 112/2002. 7 de octubre de 2003. Fundamento 6.

<sup>61</sup> Phillippe Fouchard, Emmanuel Gaillard y Berthold Goldman, nota: 50. p. 583.

<sup>62</sup> House of Lords. Judgment – *Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Company and Others*. Lord Nicholls of Birkenhead – Lord Steyn – Lord Hoffmann – Lord Hope of Craighead y Lord Scott of Foscote. 16 may 2002. Para. 11.

<sup>63</sup> Sobre los diferentes aspectos legales involucrados en la decisión de aquel tribunal, véase: M. DAVIES, "Kuwait Airways

nes del Derecho Internacional, con el fin de dejar de aplicar normas extranjeras. Sin embargo, “(...) *las violaciones al Derecho Internacional por parte de un Estado, no es –y no debe ser– razón para rechazar o dejar de reconocer un decreto extranjero.*”<sup>64</sup> A lo que apuntaba el tribunal, es que no toda violación al Derecho Internacional puede (o debe) ser razón para rechazar una norma extranjera. Sin embargo, recordó que, “(a)*quello no significa que un tribunal inglés está siempre incapacitado de tomar conciencia del Derecho Internacional o de considerar si una violación al Derecho Internacional se ha producido. En circunstancias apropiadas, es legítimo que una corte inglesa tenga consideración del contenido del Derecho Internacional al decidir si reconocer o no derecho extranjero.*”<sup>65</sup>

**28.** Ya resolviendo el fondo de esto, el tribunal indicó que:

La aceptación de una disposición de derecho extranjero debe ser juzgado según estándares contemporáneos. (...) los tribunales de este Estado deben dar efecto a las normas del Derecho Internacional claramente establecidas. Esto, hoy en día, es cada vez más cierto. En tanto las naciones se vuelven cada vez más interdependientes, la necesidad de reconocer y adherirse a estándares de conducta establecidos por el Derecho Internacional se vuelve más importante. La Resolución 369 no fue un simple acto de expropiación gubernamental a propiedad que se encontraba dentro de su territorio. Habiendo invadido Kuwait por la fuerza, confiscado sus propiedades y trasladado los aviones de KAC hacia su propio territorio, Iraq emitió el decreto como parte de un intento por extinguir todo vestigio de la existencia de Kuwait como un Estado separado. Un decreto de expropiación efectuado en aquellas circunstancias y, por razones como aquellas, es simplemente inaceptable hoy en día. Ya he dejado constancia que la invasión de Iraq a Kuwait y la confiscación de sus propiedades fueron una flagrante violación a reglas bien establecidas en el Derecho Internacional, de importancia fundamental. Una violación del Derecho Internacional, de tal magnitud, es materia de profunda preocupación para la comunidad de naciones en su conjunto. (...) La ejecución o reconocimiento de aquella norma serían manifiestamente contraria al orden público inglés.<sup>66</sup>

**29.** Como se aprecia, el tribunal logró ponderar la obligación de Inglaterra de no calificar la licitud o ilicitud de los actos de aquel tercer Estado con su potestad de dejar de reconocer normas extranjeras consideradas como contrarias al orden público internacional. Incluso en un caso complejo y cuestionable como éste, en donde los hechos no tenían conexión con Inglaterra, y en donde lo que sería calificado como contrario al orden público internacional no fue un laudo, sino una norma estatal foránea, los tribunales vieron necesario restringir aquel elemento por cuestiones de respeto a elementos básicos del Derecho Internacional Público. Y esto pudo lograrse aún sin construir detalladamente el contenido del orden público internacional. En este caso, bastó tener presente las obligaciones básicas del Estado inglés frente a la comunidad internacionales (en especial respecto al mantenimiento de la paz). Por tanto, si en un caso como éste la noción de orden público internacional fue útil, con mayor razón lo sería en casos donde el vínculo con el tribunal estuviese dado por la propia voluntad de las partes, al remitir sus disputas a un procedimiento arbitral que se conoce es susceptible de ser contrariado por los tribunales de aquel foro. En estos casos el vínculo de los tribunales internos con la disputa sería obviamente más profundas que en el caso antes analizado.

**30.** En ese sentido, no vemos razón para considerar que, respecto a la ejecución de un laudo arbitral internacional los tribunales del Estado del foro no puedan hacer uso del orden público internacional para así dejar sin efecto un laudo contrario al orden público. Tal vez, una solución en caso de cualquier desencuentro, respecto a la posibilidad de aplicar el orden público internacional, es la formulada por los tribunales de Inglaterra en el caso *Oppenheimer v. Cattermole (Inspector of Taxes)*, en donde Lord Cross of Chelsea afirmó que, “(c)*reo (...) que es parte del orden público de este Estado, el que nuestros tribu-*

Corp. v. Iraqi Airways Co - The Effect in Private International Law of a Breach of Public International Law by a State Actor”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 2, N° 2. 2001. pp. 523-534 y J. M. CARRUTHERS y E. B. CRAWFORD, “Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Company”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 52. 2003. pp. 761-774.

<sup>64</sup> House of Lords. Judgment – Kuwait Airways Corporation ... nota: 62. Para. 24. (traducción del autor)

<sup>65</sup> Ibid Para. 26. (traducción del autor)

<sup>66</sup> Ibid Para. 28-29. (traducción del autor)



nales den efecto a las reglas claramente establecidas del Derecho Internacional.”<sup>67</sup> Esta salida apunta a incorporar como parte del orden público inglés, la consecución y efectivización del Derecho Internacional más básico o lo que vendría a ser lo mismo sus principios fundamentales claramente establecidos (el orden público internacional). La duda que perseveraría sobre esto, es si realmente el orden público interno requiere de la incorporación, dentro de sí, del orden público internacional. ¿No es posible que un tribunal doméstico deje de ejecutar un laudo arbitral, que contraviene las normas básicas del Derecho Internacional, haciendo sola referencia a su orden público interno?

### 3. Un avance no solo para el Derecho Internacional Privado

31. Este es uno de los puntos más importantes de la discusión.

32. Como hemos mencionado, en el actual estadio de interrelación entre el derecho doméstico y el Derecho Internacional pareciera casi imposible argumentar que los elementos más básicos del Derecho Internacional, no forman parte de la estructura jurídica fundamental de los Estados.<sup>68</sup> A decir verdad, una diversidad de elementos normativos reconocidos en todo ordenamiento doméstico, como la soberanía, las competencias para la formulación de tratados, la posibilidad de formar parte de organizaciones internacionales, el mantenimiento de relaciones diplomáticas, entre otros; son todas, materias reguladas por el Derecho Internacional y forman parte –a su vez– de los elementos básicos de los sistemas normativos constitucionales estatales. Pensar que los Estados al ejercer sus atribuciones por medio de sus tribunales, deben proteger solo los intereses y principios de sus ordenamientos, contraviene la forma como funcionan sus sistemas legales en tanto aquellos Estados conviven en una comunidad internacional mayor. Pero, nuevamente: ¿Necesitan los Estados la posibilidad de dejar de ejecutar un laudo arbitral en base a la noción del orden público internacional? La respuesta pareciera ser en la mayor parte de los casos que no, pues la superposición de valores fundamentales del orden internacional con la de los ordenamientos internos pareciera obviar aquel ejercicio. Sin embargo, existirán casos en donde argumentos de puro orden público internacional serán de ayuda y –aún más– ser la única fundamentación para dejar de lado un laudo.<sup>69</sup> De igual forma, reconocer esta posibilidad ayuda a coordinar de forma más adecuada, dos exigencias interrelacionadas como son la protección del orden público internacional y hacer efectivo los laudos arbitrales internacionales, pues –por naturaleza– el orden público internacional es más estrecho que el interno, en tanto su función es expresar puntos en común a escala global referidos a elementos fundamentales coincidentes en diferentes órdenes domésticos.

33. Sin embargo, la mayor contribución del uso de la excepción del orden público internacional se observa teniendo presente que el uso del mismo es limitado en el Derecho Internacional Público.<sup>70</sup> En ese sentido, si bien el término es propio del Derecho Internacional, éste ha estado marginalizado.<sup>71</sup> A decir verdad, su uso en sede jurisdiccional se produjo sobre todo a inicios del siglo XX, cuando se reconoció la aplicación de cierta normatividad independiente de la voluntad de los Estados; esto se produjo en un contexto en donde el enfoque naturalista de las relaciones internacionales parecía poder proveer aún de ayuda al Derecho Internacional.<sup>72</sup> De esta forma, el orden público y sus elementos integrantes

<sup>67</sup> House of Lords. *Oppenheimer v. Cattermole and Northman v. Cooper*. Lord Hailsham of St. Marylebone, Lord Hudson, Lord Pearson, Lord Cross of Chelsea and Lord Salmon. A.C. 249. 1976. (traducción del autor)

<sup>68</sup> Por ejemplo, véase: H. HONGJU KOH, “International Law as Part of Our Law”, *American Journal of International Law*, Vol. 98. 2004. pp. 43-57 y L. HENKIN, “International Law as Law in the United States”, *Michigan Law Review*, Vol. 82, N° 5/6. 1984. pp. 1555-1569.

<sup>69</sup> Una circunstancia así, debe quedar identificada al momento en que el árbitro formula su laudo arbitral, sin embargo, este tipo de casos pueden producirse. Los casos resueltos por los tribunales ingleses antes mencionados son buenos ejemplos de esa posibilidad; si los casos hubiesen involucrado la ejecución de un laudo arbitral por el que se hubiese considerado válidas normas que reconocieran un acto de agresión, el orden público internacional surge como una forma válida y útil de limitar aquel laudo.

<sup>70</sup> Véase: Luis A. López Zamora, *El Unificador Fragmentado* ... nota: 20.

<sup>71</sup> Sobre esto, véase: L. A. LÓPEZ ZAMORA, “Historia del Derecho Internacional y Orden Público Internacional”, *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, Vol. X. 2014. pp. 11-38.

<sup>72</sup> Ejemplo de ello fue el uso del Principio de Humanidad para limitar la acción de los Estados en el caso *Naulilaa* (Grecia v. Alemania) formulado en sede arbitral. Sobre esto véase: T. MERON, “The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates

(los principios generales del Derecho Internacional) fueron utilizados en el período que el Derecho Internacional pasaba de un derecho inter-estatal bilateral a uno multilateral. El multilateralismo llevó a la necesidad de emitir resoluciones incluso en ausencia de normas concretas, llevando a que en el seno del Tribunal Permanente de Justicia Internacional (TPJI) se hiciera referencia al orden público internacional.<sup>73</sup> Sin embargo, aquel uso fue puntual y se plasmó solo en opiniones individuales de sus jueces, por cuanto ayudaba a agrupar los principios básicos del orden internacional que servirían para resolver situaciones de vacíos normativos. Por ello, conforme la comunidad internacional fuese integrándose y fuese adoptando mayor número de normas en diferentes materias, el uso del orden público internacional pasó de la marginalidad a la casi desaparición. Y, aunque es cierto que en la doctrina aún pudo observarse ciertos intentos por articular el término<sup>74</sup>, lo cierto es que en los diferentes tribunales internacionales el concepto no ha sido de gran uso. Una buena razón para esto, se debe a que el Derecho Internacional estaba (y aún está) sustentado fundamentalmente sobre el paradigma de la soberanía estatal y –como tal– sobre el principio de que los Estados están vinculados a realizar (o dejar de hacer) solo aquello a lo que voluntariamente se han obligado. Esto último no es más que la doctrina del voluntarismo positivista, el cual –incluso hoy en día– sigue siendo el método de interpretación principal del Derecho Internacional.<sup>75</sup> Desde un enfoque como éste, la utilización de un concepto, como la del orden público internacional (en el sentido de un orden normativo previo al fenómeno legal concreto), era imposible de sostener. La existencia de normas fuera del voluntarismo –es decir– normas obligatorias e imperativas *per se* para los Estados, es aún hoy en día, un punto de intenso debate dentro de la teoría del Derecho Internacional.

**34.** Por nuestra parte, creemos que existe buenas razones para creer que, independientemente de la voluntad de los Estados, se hace necesario reconocer un conjunto de normas que anteceden el fenómeno legal particular; uno que lo fundamente y legitime. Esto es uno de los argumentos esgrimidos por la corriente constitucional del Derecho Internacional y es utilizado para sostener la existencia de un conjunto de normas objetivas que formarían una constitución (escrita o no escrita) y que sería la norma fundamental en el plano internacional.<sup>76</sup> Este último argumento –como se advierte– apunta a la existencia de un orden público internacional legalizado. Pero, a pesar de tener esta corriente un importante apoyo doctrinario, algunos sectores aún la cuestionan teniendo en cuenta los actos políticos de los Estados.

**35.** Teniendo en cuenta esto, el uso del orden público internacional en el contexto de los arbitrajes internacionales contrasta con el olvido que el mismo sufre en la teoría y práctica del Derecho Internacional Público. Desde la perspectiva internacionalista resulta interesante la apertura que muestran algunos tribunales domésticos en calificar ciertos principios del Derecho Internacional como parte de un posible orden público internacional, que debe ser protegido por medio de la excepción de la ejecución

---

of Public Conscience”, *American Journal of International Law*, Vol. 94, N° 1. 2000. pp. 78-89 y PFEIL, “Naulilaa Arbitration (Portugal v. Germany)” en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. 2da Ed. 2007.

<sup>73</sup> Por ejemplo, el juez Schücking usó el término en su Opinión Individual en el caso Oscar Chinn, emitida ante la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI). Véase: Corte Permanente de Justicia Internacional. Caso Oscar Chinn – Sentencia de 1934. Series A/B63. Opinión Individual de M. Schücking. pp. 149-150. (traducción del autor)

<sup>74</sup> Por ejemplo, MCDUGAL y LASSWELL, “The Identification and Appraisal of Diverse Systems of Public Order”, *American Journal of International Law*, Vol. 53, N° 1. 1959. p. 1 y sgtes. y ALEXIDZE, “Legal Nature of Jus Cogens in Contemporary International Law” en *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 1981, pp. 233-242. Más allá de esto, el mejor tratamiento del orden público internacional en esos mismos años, fue el elaborado por H. Lauterpacht. Al respecto, véase: Document - A/CN.4/63 Report on the Law of Treaties by Mr. H. Lauterpacht, Special Rapporteur Topic: Law of Treaties Extract from the Yearbook of the International Law Commission - 1953, vol. II. p. 155.

<sup>75</sup> La doctrina sobre esto es amplia. Basta indicar algunos ejemplos de posiciones positivistas: G. SCHWARZENBERGER, “International Jus Cogens?”, *Texas Law Review*, Vol. 43. 1964. p. 478 y sgtes; P. WEIL, “Towards Relative Normativity in International Law?”, *American Journal of International Law*, Vol. 77. N° 3. 1983. pp. 413-442; D. SHELTON, “Normative Hierarchy in International Law”, *American Journal of International Law*, Vol. 100, N° 2. 2006. pp. 291-323; entre otros.

<sup>76</sup> Al respecto, véase: A. PETERS, ‘Global Constitutionalism in a Nutshell’ en Veröffentlichungen des Walther-Schücking-Instituts für Internationales Recht an der Universität Kiel - Liber Amicorum Jost Delbrück, N° 5. 2005. pp. 535-550; KLABBERS, PETERS y UFSTEIN, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009; B. FASSBENDER, “The United Nations Charter as Constitution of the International Community”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 36, N° 3. 1998. pp. 529-619 y PETERS, “Fragmentation and Constitutionalization” en ORFORD, HOFFMANN y CLARK (Ed.), *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 1011-1031.

de laudos arbitrables. Por tanto, el uso de aquel concepto aparece como uno que, no solo es necesario para los tribunales domésticos, sino indispensable para la comunidad internacional. Debe recordarse que la fase pública del orden público internacional (a diferencia del orden público interno) no cuenta con una corporización estable, como un estado, reino, federación, liga u otro; sino una corporización que se efectiviza por medio de las instituciones de sus miembros, siendo en este caso, los tribunales domésticos de los Estados. Ahora, si el Derecho Internacional privado muestra apertura en el uso del orden público internacional, debemos preguntarnos si el Derecho Internacional Público está haciendo algo para dotarle de contenido a aquel concepto. La pregunta es pertinente, pues el término es un punto de contacto entre ambas disciplinas y, una de ellas, debe proveer a la otra de un contenido mínimo al concepto para que la otra haga uso práctico del mismo y lo haga relevante. Sin embargo, como hemos indicado previamente, el Derecho Internacional ha hecho poco por dotar de contenido al término, encontrándose ahí una tarea pendiente. Sea como fuese, las implicancias del uso de dicha noción en el contexto arbitral no quedan ahí; debe recordarse que el uso del orden público internacional puede generar una dinámica aún más compleja entre el derecho interno y el Derecho Internacional. El hecho de que tribunales domésticos puedan reconocer el orden público internacional como una construcción existente, podría llevar a que se dé inicio al tránsito de la formación de una disposición consuetudinaria en la materia.<sup>77</sup>

36. Teniendo en cuenta todo esto, es claro que el tratamiento dispensado por el Derecho Internacional privado al orden público internacional tiene el potencial de impactar significativamente el Derecho Internacional Público.

#### **IV. A modo de conclusión: otros entretelones del uso del orden público internacional en el contexto de laudos arbitrales**

37. Como hemos explicado antes, el Derecho Internacional privado ha hecho uso del orden público internacional, especialmente, en la fase de la ejecución de laudos arbitrales; sin embargo, esto no queda ahí. Por cuestiones de espacio no es posible ahondar en este punto, sin embargo, debe quedar claro que la utilización del término presenta desafíos adicionales dentro del Derecho Internacional privado. Una de aquellas cuestiones que queda por resolver, involucra lo siguiente: ¿Qué relevancia podría tener el uso del orden público internacional en la etapa de la formulación del laudo arbitral (es decir, en la etapa en que se efectúa la demanda, la defensa presenta sus alegatos y posteriormente se formula la decisión)? Esto salta a la vista, pues el reconocimiento de un orden internacional objetivo tendría que expresarse en algo más que en, un límite para la ejecución de decisiones ya formadas. Sobre este punto, debe tenerse en cuenta que el análisis de los alegatos y la determinación del contenido del laudo (incluyendo lo que deberá entenderse por orden público internacional), sería tarea a realizar por parte del juez arbitral (y no del juez doméstico como sucede con el caso del orden público en la etapa de ejecución de la sentencia). Ahora, en tanto el árbitro internacional es un juez de un procedimiento desnacionalizado, es decir, un juez que aplica el derecho convenido por las partes y –por ende– un derecho que puede provenir de diferentes ordenamientos, incluido el internacional, ciertas preguntas secundarias aparecen: ¿El árbitro debe aplicar las normas de orden público provenientes de los ordenamientos de los Estados de donde son las partes del litigio, o deberá aplicar además el orden público internacional? ¿Qué sucede si las partes han optado por elegir un marco normativo puramente doméstico, excluyendo el Derecho

<sup>77</sup> Para reconocer una regla internacional como norma consuetudinaria (si se aplica el enfoque positivista), es necesario la constatación del cumplimiento de dos requisitos. En primer lugar, que se haya formado una *opinio juris* en el sentido de que la regla corresponde a un mandato normativo y obligatorio, y –además– una práctica estatal continuada en esa misma dirección (el cual puede ser corroborado por medio de la adopción de medidas oficiales internas, entre las que se incluyen las decisiones de los tribunales domésticos). Este tema está ampliamente tratado en el Derecho Internacional; baste indicar como referencias: H. LAUTERPACHT, “Decisions of Municipal Courts as a Source of International Law”, *British Yearbook of International Law*, Vol. 10. 1929. pp. 65-83 y LEPARD (Ed.), *Reexamining Customary International Law*, Cambridge University Press, New York, 2017. De igual forma, es relevante indicar que la Comisión de Derecho Internacional viene desarrollando actualmente el tema. Véase: Comisión de Derecho Internacional. Second Report on Identification of Customary International Law - Michael Wood, Special Rapporteur. A/CN.4/672. Sixty Sixth Session. May 22 2014. p. 25 y sgtes.

Internacional? Aún en esos casos ¿el árbitro atendiendo a los elementos internacionales del negocio, podría tener presente el orden público internacional? ¿Qué efectos traería ello? Como en el caso de la inejecución de laudos arbitrales, ¿el árbitro tendría que utilizar de forma intuitiva la noción del orden público internacional? O, para esos casos, ¿sí se requiere un contenido específico?

**38.** Parte de estas interrogantes han sido planteadas por algunos autores<sup>78</sup>; sin embargo, lo importante en este momento es indicar que, en la etapa de formulación del laudo, el orden público internacional podría servir: i) Para declarar como ilícito una acción o acto adoptada por una de las partes al vulnerar el orden público internacional. En estos casos nos encontraríamos ante la interpretación que una de las partes realiza a un extremo del negocio, con el fin de sustentar la realización de ciertas acciones, pero que según el análisis del juez arbitral correspondería a una interpretación que llevaría a conflictuar con la noción del orden público internacional. ii) Para que el juez arbitral declare de *mutuo proprio*, que el negocio o contrato en su totalidad atenta contra el orden público internacional y –por tanto– declararlo como nulo. iii) Para que el juez arbitral excluya como base normativa del arbitraje ciertas disposiciones elegidas por las partes (escogidas como parte del *choice of law*) al considerar que sus efectos contravienen el orden público internacional. iv) O, para que el juez arbitral concluya que una disposición del orden público internacional forma parte de la base normativa aplicable al litigio, aun cuando las partes no la hayan escogido.

**39.** Estos potenciales usos del orden público internacional no estarán libres de posibles complicaciones. Ciertas interrogantes aparecen: ¿Le debe el juez arbitral alianza, algún deber a la comunidad internacional como para hacerse cargo de la tarea de asegurar su orden público? En tanto estamos hablando de la fase de formulación del laudo; ¿dónde quedarían los principios de libertad y autonomía de las partes para configurar la *lex causae*? ¿Puede, en efecto, el árbitro alegar cuestiones de orden público internacional para anular por *mutuo proprio* un negocio internacional? ¿Puede el árbitro alegar cuestión de orden público internacional para complementar, de oficio, la base legal aplicable al conflicto? ¿Qué implicancias tendría todo ello para un potencial desconocimiento del laudo por constituir la formulación de una decisión *ultra petita*? ¿Existe algún vínculo entre el uso del orden público internacional con el principio de *iura novit curia* en sede arbitral?

**40.** Sin duda, la utilización del concepto del orden público en la etapa de ejecución de los laudos arbitrales es la más desarrollada por la doctrina, en tanto que la utilización de aquella misma noción en la etapa de la formulación de un laudo genera mayores dudas. Estas últimas dudas –no obstante– requieren ser exploradas si se pretende defender la existencia de un orden público, específicamente internacional en sede arbitral. Sin duda, ello está vinculado a reconocerle a los árbitros internacionales un mayor rol; uno que los pondría en la una posición de guardianes del orden constitucional internacional,<sup>79</sup> en materias como medio ambiente, derechos humanos<sup>80</sup> y principios básicos del ordenamiento. Esto implicaría una integración más profunda entre el derecho arbitral internacional y el Derecho Internacional Público.<sup>81</sup>

<sup>78</sup> Al respecto, véase: Pierre Lalive, nota: 43. p. 286 y sgtes.

<sup>79</sup> Estas indagaciones están en fase más avanzada en la doctrina relativa a los arbitrajes de inversión extranjera. Sobre esto, véase: A. STONE SWEET y F. GRISEL, “Transnational Investment Arbitration: From Delegation to Constitutionalization?” en P.M. DUPUY, F. FRANCONI y E.U. PETERSMANN (Ed.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 118-136.

<sup>80</sup> En relación a esto, véase: C. REINER y C. SCHREUER, “Human Rights and International Arbitration, Human Rights and International Investment Arbitration, Human Rights in International Investment Law and Arbitration .... Idem., pp. 82-96.

<sup>81</sup> Una vez más, esta posición se encuentra en un estadio de mayor desarrollo en el derecho arbitral vinculado a inversión extranjera. Al respecto, véase: P.M. DUPUY, “Unification Rather than Fragmentation of International Law? The Case of International Investment Law and Human Rights Law, Human Rights in International Investment Law and Arbitration .... Idem., pp. 45-62.