

**El orden público y su función como límite a la eficacia,
reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales
internacionales en Chile**

Stephanie Márquez Granifo

La autora es Abogada, Licenciada en Ciencias Jurídicas de la Pontificia
Universidad Católica de Chile y Magíster en Derecho Económico de la
Facultad de Derecho de la Universidad de Chile

RESUMEN: Ante la falta de claridad en el concepto de orden público, se vislumbra el peligro en el tratamiento del mismo en la judicatura nacional al determinar si un laudo arbitral lo contraviene o no, en virtud del artículo 36 N° 1, letra b), ii) de la Ley N° 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional.

En la revisión de diversas doctrinas en torno a dicho concepto, la extensión ilimitada del mismo a cuestiones como la moral, la justicia objetiva, objetivos sociales y económicos, constituyen un proteccionismo añoso que no propende al desarrollo económico internacional que necesita un país como Chile.

En dicho contexto, es central la prohibición de la revisión de fondo de los laudos, la que sólo puede ser levantada en caso que existiera efectivamente un ilícito o atentado al orden público, lo que conlleva a restringir el campo del orden público con el objeto de que el juez aplique la legislación extranjera provisoriamente y verificar a posteriori el efecto que dicha aplicación puede significar, evitando criticar la justicia de fondo. Así, el juez deberá considerar la internacionalidad del laudo, aplicando un orden público internacional pero restringido, para luego aterrizarlo al orden público nacional inspirado por los principios generales del derecho concretado a través de la Constitución.

PALABRAS CLAVE: orden público, arbitraje, ejecución laudo arbitral

ABSTRACT: The lack of clarity in the concept of public order produces problems of interpretation of this concept before national courts, in order to determine whether the arbitration award contravenes public order according to Act Number 19,971's, article 36, No. 1, b), ii.

The review of various doctrines and the unlimited extension of public order to other concepts like morality, objective justice and social and economic goals constitute an old fashioned protectionism that is detrimental to Chilean economic development. In this context, the prohibition of substantive review of arbitration awards must be the general rule, and the review, the exception, only in case of breach of public order. Therefore, the concept of public order must be restricted and the judge must apply provisionally the foreign law and verify a posteriori the effects of this application, avoiding criticize substantive law. Thus, the judge must assess the international nature of the arbitration awards, using a restricted concept of international public order and applying the concept of national public order based on the general principles of law expressed in the Constitution.

KEY WORDS: Public order, arbitration, arbitration awards enforcement

I. INTRODUCCIÓN

Chile, acorde a los cambios económicos y sociales a nivel mundial y como una muestra de la necesidad de insertarse en el tráfico económico internacional, ha adaptado sus instituciones jurídicas para dicho fin. Un ejemplo de ello es la creación de la Ley 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional, publicada en el Diario Oficial con fecha 29 de septiembre de 2004, cuyo objetivo es instalar las bases de un procedimiento arbitral más flexible para las relaciones comerciales internacionales que hayan sido desarrolladas en Chile o en el extranjero, o bien para el caso de que las partes pretendan ejecutar un laudo arbitral extranjero en nuestro país, todo lo anterior en razón de la multiplicación de transacciones con cláusula arbitral. De esta manera, la referida Ley constituye un incentivo al arbitraje en nuestro país, posicionando a Chile como centro de arbitraje internacional a nivel latinoamericano.

Ahora bien, considerando las especiales características del arbitraje comercial internacional, y teniendo presente la pugna siempre latente entre la confianza de la justicia pública versus la privada, cabe plantearse varios cuestionamientos acerca del reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales comerciales dictados en el extranjero para ser ejecutados en Chile.

En este sentido, el artículo 5 de la Ley 19.971 es claro al excluir la intervención de los tribunales nacionales en materia de arbitraje comercial internacional. No obstante, las dudas se suscitan al momento de revisar el artículo 36 N° 1, letra b), numeral ii) del mismo cuerpo normativo, que establece como motivo para denegar el reconocimiento y ejecución del laudo, que el tribunal compruebe “que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de Chile”.

Pero, ¿cuál es el concepto de orden público?, ¿cuál es el orden público de Chile?, ¿resulta ser una traba para la ejecución del laudo la existencia de esta causal, considerando la flexibilidad que requiere el comercio internacional?, ¿cuál es el espacio de intervención de los tribunales de la República en este sentido?, ¿cómo se ha de determinar la contravención al orden público de Chile?, ¿es consecuente asociar dicho orden público al de Chile, considerando que las materias discutidas en el arbitraje son de corte internacional?, ¿cuál fue la intención del legislador a este respecto?, ¿cuál es la función del orden público en esta causal? De modo que, el problema con el que podría encontrarse el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral comercial internacional, dirá relación más bien con la falta de certeza jurídica que implica el no saber a ciencia cierta lo que nuestro país entiende por orden público, pudiendo así ser desconocidos a través de la intervención proteccionista de nuestros tribunales de justicia, aquellos derechos adquiridos bajo la tutela de un

procedimiento arbitral en el extranjero, intervención que puede que no se condiga con el verdadero espíritu de la legislación arbitral internacional.

Por tanto, el objetivo general de esta investigación dice relación con determinar de qué manera funciona el orden público en nuestro país y qué efectos desfavorables puede causar ese funcionamiento al momento de que se solicite el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en Chile.

II. DEL ORDEN PÚBLICO EN GENERAL

La jurisprudencia ha tratado al orden público como un “caballo rebelde”¹, debido a la dificultad de asirlo y definirlo. Ha sido así como la doctrina y jurisprudencia comparada lo han tratado en una infinidad de conceptos, identificándolo con términos tan amplios e imprecisos como la moral, las buenas costumbres y el bien común, considerados como principios de orden superior, pero respecto de los cuales no se tiene la certeza que sean realmente vinculados a las normas jurídicas como para argumentar que pueden ser desprendidas de una determinada normativa; asimismo, se ha relacionado con el “interés general o público” que conlleva a plantearse en un ámbito cuya delimitación conceptual excede lo propiamente jurídico y, por tanto, resulta demasiado amplio para definir la noción de orden público.

Se ha confundido también con el derecho público, pero, como dice Messineo², “[t]oda norma de derecho público es de orden público, pero no todo el orden público es derecho público”, en cuanto participan también del orden público principios que son del derecho privado.

Otros autores, como Busso³, destacan que el orden público vendría a ser una noción externa a la norma que lo trasciende, lo que sería además concordante con la tesis francesa del *Ordre Public*, en el sentido de entender el orden

¹ Richardson v/s Melish, Inglaterra, 1824, en RUBINO SAMMARTANO, Mauro y MORSE, CGJ (General Editors), *Public Policy in transnacional Relationships, Kluwer Law and Taxation Publishers*, (pref.) Deventer, Boston, 1991, p. 5, citado en MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio, “Orden Público y Arbitraje: algunos llamativos pronunciamientos recientes en Europa y MERCOSUR”, en Lima Arbitration [en línea], 2007 (Nº 2), p. 64. <www.camparaguay.com/v.3/descargas/articulos/downloads.php>.

² MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial: Introducción al ordenamiento jurídico italiano, Código Civil italiano*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954, t. III, p. 487.

³ BUSSO, citado en ASEFF, Lucía, “La noción de Orden Público: entre la tópicia jurídica y el análisis crítico del discurso”, XVII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social, organizadas por la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, Córdoba, 30 de octubre al 1 de noviembre de 2003, p. 3.

público como aquellos principios inmanentes que no se encuentran sólo contenidos en la norma escrita, entendiendo dentro de dichos principios no sólo al derecho natural, sino también aquellos que digan relación con las políticas legislativas, teniendo presente además que muchas veces la aplicación de una ley extranjera sólo importa a dicha materia y sólo indirectamente a la legislación nacional, por lo que no sería inconveniente la aplicación de una legislación extranjera.

De lo anterior, podemos rescatar la exacerbada amplitud y vaguedad del concepto, lo que redundará en una tendencia a considerar al orden público más cercano a los principios emanados de una norma, que al contenido de la norma misma.

Así las cosas y como una primera aproximación, podríamos entender el orden público en los términos de Cardini⁴, esto es, como un estándar jurídico, impuesto expresamente o ínsito en el ordenamiento positivo, para indicar al intérprete una línea media de conducta social razonablemente correcta en la administración del Derecho acorde a su objeto y a su finalidad y con una orientación hacia principios superiores que lo fundamentan y le otorgan su jerarquía.

Debido a lo anterior, es dable preguntarse ¿cuál ha de ser la extensión que ha de darse al concepto de orden público? En el estudio de aquello, y considerando que la causa de dicho problema subyace, por una parte, en la divergencia ideológica de la “comunidad jurídica” (en los términos de Savigny), y, por otra parte, en la obligatoriedad de aplicar un derecho extranjero, es necesario determinar el perímetro que ha de abarcar este concepto, para efectos de salvar aquellos principios superiores del ordenamiento jurídico, sin caer en extralimitaciones innecesarias.

Considerando la noción amplia de orden público, esto es, como una forma de proteger cuestiones tales como la moral, la justicia objetiva, objetivos sociales y económicos, respecto de las cuales se puede inferir un grave daño al aplicar una legislación extranjera en pro del comercio y solidaridad internacional⁵, en donde viene a resultar imposible determinar todas aquellas materias que podrían considerarse de orden público, tal doctrina cae irremediamente producto de su excesiva extensión.

⁴ CARDINI, Eugenio, *Orden Público*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1959, p. 55.

⁵ LEREBOURS-PIGEONNIERE, PAUL, *Droit International Privé*, 8ª ed., Francia, Librairie Dalloz, 1946.

Dado lo anterior, y considerando esa característica de infinidad inabarcable que pareciera tener el orden público, nos inclinamos por la doctrina presentada por autores como Goldsmith⁶, Lousseran y Bourel⁷, quienes toman en cuenta más bien la forma de operar del orden público y no su difuso contenido. De modo que, para estos autores, la función del orden público es descartar el derecho extranjero en los casos en que exista una divergencia ideológica con el derecho del foro que haga intolerable su aplicación. Pero tal descarte no se efectuará mirando el contenido del orden público, sino que a los efectos que podría provocar la aplicación de dicha legislación extranjera al caso concreto en el orden público de determinado país. Así, a lo que ha de atenderse no es a las normas concretas a las que en principio infringe, sino que a los principios inmanentes a ellas. De manera que entender al orden público como un conjunto de principios que subyacen a las normas y no como normas en su sentido estricto, implica una aplicación a posteriori de dicho correctivo. Así: en principio el juez deberá aplicar su Derecho Internacional Privado, en virtud de la conexión; luego deberá aplicarlo provisoriamente, verificando el efecto que provoca esa aplicación dentro del orden público, de modo que si infringe o vulnera alguno de aquellos principios superiores inalienables, su aplicación al caso concreto deberá ser descartada.

Tal afirmación trae como consecuencia la obligación por parte del juez nacional de llevar a cabo un estudio más profundo, dejando de utilizar el derecho nacional si es necesario, así sea que éste le resulte más cómodo.

Esta visión restringida favorece la delimitación del concepto, extendiéndolo solamente a cláusulas de reserva, normas rígidas expresas de derecho privado y los principios generales del ordenamiento jurídico, quedando afuera normas de derecho público, normas de orden público interno o coactivas de derecho interno no derogables por la autonomía de la voluntad, y las normas materiales de derecho privado.

De modo que, aproximándonos más a la materia, la excepción del orden público constituye una cláusula de reserva que solamente opera en el sistema conflictual, excluyendo la aplicación del derecho extranjero cuando, conocido su contenido y el efecto de su aplicación en el foro, determina el juez su

⁶ GOLDSMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado*, 7ª ed., Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1990, p. 147.

⁷ LOUSSOUARN, Yvon y BOUREL, Pierre, *Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Francia, Librairie Dalloz, 1980.

manifiesta incompatibilidad con los principios más fundamentales de aquel. De lo que se desprende que:

1º El orden público es un conjunto de principios: constituye un conjunto de normas que se encuentran inspiradas bajo una convicción común, cuya función en el arbitraje es el de ser un último correctivo, con el objeto de restringir la posibilidad de lesión de los principios fundamentales del foro, por lo que:

- a) El orden público opera a posteriori: exige la búsqueda de la norma extranjera, enterarse de la solución que da y sólo después controlar su incompatibilidad con los principios inalienables del foro.
- b) Es una cláusula de reserva: el legislador no puede precaver a priori las posibles situaciones que puedan atentar en contra del orden público.
- c) El orden público opera como un juicio de disvalor acerca del derecho extranjero: la norma extranjera se torna disvaliosa porque pone en peligro los principios fundamentales que inspiran el ordenamiento jurídico, siendo lo anterior una expresión de que el orden público se basa en principios y no en normas, puesto que si se fundara en estas últimas lo que ocurriría sería una sobrevaloración del derecho nacional en desmedro del derecho extranjero, al que se le negaría aplicación.

2º El orden público es un concepto variable:

- a) Es un concepto nacional: al distinguir el orden público interno del internacional, el último será más bien una manifestación de sus políticas legislativas, mientras que el primero dirá más bien relación con los principios superiores del ordenamiento jurídico. Con todo, cada país, determinará cuáles principios tienen más valor que otro, lo que puede dar como resultado que en un país una materia sea considerada de orden público, mientras que en otro no. Puede ocurrir también que en un determinado país se reconozca el orden público extranjero, en los casos en que se tengan derechos adquiridos; asimismo, puede ocurrir que en un Estado existan diversos órdenes públicos, en los casos en que coexistan sistemas jurídicos diversos, como los Estados federados.
- b) El orden público se aplica para un momento determinado: sin perjuicio de ello, el orden público al que se atenderá será el vigente al momento de dictarse la última sentencia.
- c) Imprevisibilidad del orden público: la misma norma extranjera en una situación puede ocasionar una infracción o violación al orden público,

mientras que en otra sea diferente, no obstante admitirse que existen normas que cualquiera sea el lugar en donde se traten de aplicar infringirán el orden público, como por ejemplo el caso de la esclavitud.

Finalmente, entre algunos elementos comunes al orden público y que se desprenden de las características anteriores, encontramos:

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

III. FUNCIÓN DEL ORDEN PÚBLICO EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Generalmente se ha confundido la arbitrabilidad con el orden público, no obstante tener ámbitos diferentes. La arbitrabilidad dice relación con la libre disposición del objeto materia de arbitraje, mientras que el orden público viene a constituir un resguardo jurídico de preservación de identidad del objeto.

De lo anterior, podemos concluir que justamente la arbitrabilidad es un reflejo de la desconfianza entre la justicia privada versus pública, de sustraer determinadas materias del arbitraje, con el objeto de que sean los tribunales de justicia quienes tengan competencia exclusiva respecto de ellas, especialmente por la trascendencia pública de ciertas materias.

La confusión anterior se debió a una relación indebida de conceptos en el artículo 2060 del Código Civil francés, que determinaba como inarbitrables justamente aquellas materias que son de orden público, con lo que se trató además de extender indebidamente el campo de acción del orden público.

En conclusión, sólo en el caso que se descubriera que la operación donde el convenio de arbitraje se encuentre inserto es ilícito, éste devendría en inválido por haber contravenido efectivamente el orden público. De modo que, la

cláusula compromisoria sólo estaría prohibida en lo tocante a cuestiones que interesan al orden público si efectivamente éste hubiera sido violado.

Una vez despejada la confusión anterior, es dable preguntarnos a cuál orden público deberá atender el juez de control, ¿orden público interno o internacional? Lo anterior dado que existiría primeramente un nivel interno dentro de cada Estado, donde el orden público se entiende en sentido amplio como el conjunto de normas imperativas y criterios locales que se encuentran por encima de los límites a la libertad de la que gozan las partes en la caracterización del contrato, sin que estas puedan alterarlo ni derogarlo, refiriéndose así al principio de la autonomía de la voluntad. Lo que nos lleva justamente a aquel concepto amplio de orden público que, fundado en la moralidad, buenas costumbres, interés general, etc., podría hacernos caer en el error de extender el concepto extremadamente, incluso en sentido de que siendo la legislación de un Estado la manifestación de su soberanía, tendríamos que dejar de cumplir la norma de derecho extranjero, puesto que dicha soberanía se podría ver amenazada.

Así las cosas, aparece un segundo nivel, más restringido que el anterior, en atención a las relaciones privadas internacionales donde se considera necesaria una mayor libertad y flexibilidad, considerando además dicha atenuación por las particularidades propias de las relaciones internacionales, respetando los derechos adquiridos en el extranjero y los valores fundamentales considerados de orden público en los sistemas jurídicos que son del foro, donde dicho orden interviene exclusiva y excepcionalmente cuando sea vital para salvar las concepciones de aquel foro.

De modo que, todas las normas de orden público internacional se incluyen dentro de la noción de orden público interno, pero no todas las normas de orden público interno forman parte del orden público internacional. Es por ello que el orden público internacional selecciona únicamente aquellos modelos de normas pertenecientes al orden público interno de cada Estado, que debe ser aplicado estrictamente a las situaciones de tráfico privado externo.

De acuerdo a lo anterior, el contenido del orden público internacional sería un sistema de reglas y principios, incluidos estándares normas y costumbres que son aceptados y comúnmente seguidos por la comunidad internacional.

No obstante no seguir esta tendencia, por considerarla demasiado ideal, algunos autores critican el orden público internacional señalando su apego intrínseco a un determinado orden público interno desde el cual se inspirarían, lo que no es tal, puesto que justamente aquellos principios generales del derecho son aquellos que informan las normas concretas. Dado lo anterior,

estos autores, al no encontrar un “orden público internacional en estado puro”, dan origen a la doctrina del orden público “transnacional”, fundado igualmente en los principios que son comunes a los comerciantes desde una perspectiva democrática. Consideramos que es un estado ideal, dado que toma en cuenta un consenso colectivo respecto de dichos principios, cuestión que si bien se puede dar de manera facultativa, no es posible por el momento sea obligatoria.

En esta revisión del concepto de orden público y considerando el tema que nos convoca, la UNCITRAL no ha dado ninguna luz al respecto. Tampoco existe uniformidad en la jurisprudencia al respecto. En algunas legislaciones latinoamericanas, como en el caso de Panamá, se ha recogido una cultura auténticamente arbitral, al señalar en su legislación arbitral al “orden público internacional de Panamá”. En el otro extremo, se ha tendido a omitir dicha causal como motivo de denegación al reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales como en el caso del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Washington, 1965).

Ahora bien, ¿cuál es el verdadero control que ha de hacer el juez estatal respecto del laudo arbitral? Considerando la prohibición de la revisión del fondo del asunto, esta prohibición sólo podría ser violada en caso que efectivamente existiera un ilícito o un atentado al orden público. De modo que, nuevamente se hace presente el juego de la liberalización versus el control del laudo arbitral. Por un lado, el examinar sólo cuestiones formales podría llevar al escape de ilícitos, mientras que la revisión de fondo constituiría una falta y desconfianza a la justicia arbitral.

Así las cosas, es aquí donde se viene a concretar la visión restringida del orden público, dado que con el objeto de mantener el equilibrio entre la liberalización y la revisión, el juez deberá considerar un concepto de orden público restringido, con el objeto de aplicar la legislación extranjera provisoriamente y ver a posteriori el efecto que dicha aplicación puede significar, cuidando así de no criticar la justicia de fondo del fallo arbitral, evitando así prejuicios, controles sucesivos y otros contaminantes.

De acuerdo a lo anterior, cabe destacar lo que la doctrina ha denominado el Método Instrumental de Fisonomía Triangular⁸: en uno de los vértices el juez deberá apreciar el carácter internacional del laudo arbitral, y, en consecuencia,

⁸ Son los tres métodos expuestos por FOUCHARD, Ph., GAILLARDE, E. y GOLDMAN, B., *Traite de arbitrage comercial internacional*, París, Litec, 1996, p. 967. Los autores resumen el modo de actuar de la jurisprudencia cuando se trata de valorar el orden público con el que el juez debe cotejar tanto una sentencia judicial extranjera como un laudo arbitral internacional.

aplicar un orden público restringido también internacional, identificado con los principios y valores fundamentales del ordenamiento jurídico. En otro de los vértices deberá valorarse concretamente dicho orden público internacional, para luego cerrar el triángulo con la actualización del orden público internacional aterrizándolo al nacional, en el sentido de verificar si se infringe realmente el orden público de ese país.

IV. EL ORDEN PÚBLICO Y SU FUNCIÓN EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL DE ACUERDO A LA LEY N° 19.971

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia chilena, se ha dado un amplio concepto de orden público, abarcando desde la totalidad del ordenamiento jurídico e incluyendo otras situaciones tales como la moral, las buenas costumbres, el interés general, el orden social, el bien común, la organización política del Estado, la soberanía nacional, el esquema institucional e ideológico del Estado, los principios del derecho natural y de la justicia, los intereses esenciales y constitutivos del estatuto ciudadano, entre otros.

Lo anterior viene a significar que no podríamos aplicar ninguna legislación extranjera, dado que siempre se consideraría que de algún modo u otro ella atendería contra lo que se entiende ser el orden público de nuestro país, lo que constituye un abuso de la noción de orden público, más aún si pensamos que de acuerdo al principio de inexcusabilidad establecido en el artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales el juez debe fallar obligatoriamente la controversia, recurriendo a lo que subjetivamente interprete como orden público interno, olvidando que si la norma de colisión remite la solución del asunto a otro derecho, es porque lo considera el más vinculado al asunto y porque no toca sino tangencialmente el derecho del foro, cuestión que en el caso del arbitraje comercial internacional se encuentra íntimamente ligado al concepto de internacionalidad.

Del estudio de la doctrina y jurisprudencia chilena, se puede concluir que el orden público se asimila a un conjunto de disposiciones, disponiendo por tanto su aplicación a priori. Justamente, en concepto de la Corte Suprema, sólo la ley puede establecer disposiciones de orden público, restringiendo así las fuentes de esta cláusula de reserva, lo que hace asimilar el orden público a las normas imperativas, en circunstancias de que es perfectamente posible que una ley facultativa refleje principios de orden público. Por su parte, en cuanto a la finalidad del orden público, se señala que estas disposiciones buscan resguardar la moral social, lo que en realidad cabría mejor expresarlo como la protección de ciertos valores propios de la sociedad chilena, lo que se conoce en el derecho comparado como "convicción común". No obstante, dichos valores son aquellos más fundamentales que creemos son comunes también al resto de

naciones civilizadas y que tienden a proteger a su vez “los intereses superiores de la colectividad”.

Ahora bien, ¿cuál debería ser el grado de intervención de los tribunales chilenos respecto del laudo arbitral? El artículo 5 de la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional establece el principio de que en los asuntos sometidos a la ley de arbitraje comercial internacional no debe intervenir ningún tribunal del sistema judicial del país, a menos que la ley así lo disponga, limitándose dicha intervención por el principio de la autonomía de la voluntad, que impera en la ley. Por su parte, de acuerdo al Capítulo VIII sobre “Reconocimiento y Ejecución de los laudos”, el artículo 35 N° 1 expresa que “un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante y tras la presentación de una petición por escrito al tribunal competente, será ejecutado en conformidad con las disposiciones de este artículo y del artículo 36”, de modo que el laudo arbitral no necesitará de un procedimiento accesorio para la exigibilidad de su cumplimiento, sino simplemente el cumplimiento incidental o ejecutivo, siendo concordante con la Convención de Nueva York de 1958 y la Convención de Panamá de 1975. Pese a lo señalado, en Chile igualmente se efectúa el procedimiento de exequátur de los laudos sometidos a la Ley 19.971.

Sin perjuicio de lo anterior, los requisitos del artículo 245 del Código de Procedimiento Civil tendrán que atender sólo a los aspectos formales de la sentencia extranjera y no al fondo del asunto controvertido. Con todo, al revisar los numerales de dicho artículo podemos apreciar que dichas situaciones pueden ser salvadas a través de la propia Ley 19.971 en virtud de su recurso de nulidad o por medio de motivo de denegación del reconocimiento y ejecución del laudo, de acuerdo a los artículos 34 y 36 de la misma Ley, respectivamente.

Considerando, además, que en general la sentencia judicial firme a favor de una persona, convierte de inmediato la cuestión controvertida en un derecho adquirido, debiendo tomarse en cuenta también para la eficacia extraterritorial de los fallos judiciales, ¿para qué sirve entonces el exequátur? Por su parte, una de las razones de la creación de esta ley fue ayudar a que las relaciones comerciales internacionales no queden entrampadas en la burocracia procesal de las legislaciones arbitrales domésticas de las partes, considerando que luego de dicho procedimiento recién la parte favorecida por el laudo podrá comenzar la tramitación para la ejecución de dicho laudo, teniendo presente además que el exequátur provoca un clima de incerteza jurídica, en cuanto a que la parte a la cual le fue favorable el laudo no tendrá la seguridad de que el mismo pueda ser ejecutado en Chile sino hasta la sentencia de exequátur.

Finalmente, si bien es cierto que el exequátur siempre se ha utilizado con el fin de homologar las sentencias extranjeras que se han de ejecutar en nuestro país, es necesario destacar que hasta el año 2004 no existía una ley que regulara lo referente a los laudos arbitrales, siendo por ende la Ley 19.971 una ley especial que se debe preferir a la legislación general.

Ahora bien, considerando que el artículo 36 N° 1, letra b), numeral ii), de la Ley 19.971, expresa como motivo de denegación “Que el reconocimiento o la ejecución del laudo, sean contrarios al Orden Público de Chile”, y teniendo presente que ni en nuestra doctrina ni en nuestra jurisprudencia encontramos un concepto unívoco de orden público, ¿a qué orden público se está refiriendo realmente la Ley 19.971? Revisando la historia de la ley, este punto no tuvo mayor discusión, escuchándose opiniones que atendían a las leyes chilenas como referente del orden público, mostrando en algunos casos la confusión entre orden público y arbitrabilidad, lo que no se condice ni con los motivos que se tuvieron en mente al momento de creación de esta ley, señalados en su Mensaje (multiplicación de transacciones con cláusula arbitral, incentivo al juicio en Chile, Chile como centro de arbitraje), ni tampoco con los principios orientadores de dicha ley (especialidad del arbitraje comercial internacional, ámbito sustantivo de aplicación, intervención excepcional de tribunal ordinario chileno, ley aplicable, impugnación del laudo, etc.). Sólo quedaría por concluir que determinar como motivo de denegación al reconocimiento y ejecución del laudo arbitral en Chile que fuere contrario al orden público interno, viene a ser un contrasentido con la especialidad de esta legislación, considerando su elemento de internacionalidad, desvirtuando y desfigurando la naturaleza misma de este procedimiento arbitral que se hizo especialmente para efectos de tratar la especial naturaleza de las controversias involucradas, diferenciándolo así del arbitraje doméstico.

Por lo demás, relacionar el orden público interno como determinante de la denegación al reconocimiento y ejecución del laudo arbitral internacional, nos conduce a una aplicación a priori del orden público, eliminando la posibilidad de revisar los reales efectos que podrá tener en nuestro país la ejecución del laudo y eliminando de esta manera la función correctora que se espera del orden público como cláusula de reserva aplicada excepcionalmente.

Considerando por tanto lo anterior y el modo en que se había tratado el orden público en la doctrina y la jurisprudencia antes de la existencia de la Ley 19.971, revisamos las escasas sentencias que se han dictado al respecto en materia de exequátur⁹, concluyendo lo siguiente:

⁹ Hacemos el alcance que el número de laudos arbitrales extranjeros al momento de esta investigación es bastante reducido: sólo dos laudos arbitrales internacionales, de

1. Se considera como una presunción de validez lo establecido en el artículo 35 de la Ley 19.971 en relación a lo ordenado en la Convención de Nueva York y de Panamá, en cuanto a reconocer que dicho laudo es vinculante cualquiera sea el país en que haya sido expedido, lo que quedará supeditado a la revisión del exequátur. Tal consideración es errónea dado que tanto la norma del artículo 35 de la Ley 19.971 como la del artículo III de la Convención de Nueva York, son claras al establecer el efecto vinculante de los laudos internacionales y su respectivo reconocimiento sin requisitos adicionales a los que necesitaría la sentencia nacional para su ejecución.
2. Se reconoce que la finalidad del procedimiento de exequátur, de acuerdo con el principio de la regularidad internacional de los fallos, es verificar el cumplimiento de ciertos requisitos mínimos y no se encuentra destinado a analizar la justicia o injusticia intrínseca de la sentencia, de modo que de manera alguna constituye una instancia de revisión de lo resuelto tanto en los hechos como en el derecho. Dichos requisitos dicen relación con salvaguardar el orden público del país que acepta su cumplimiento, verificar el emplazamiento de la parte en contra de quien se hacen valer, la observancia de las reglas de competencia y que los fallos revisten el carácter de definitivos, es decir, que no sean susceptibles de ser modificados, cuestiones que, con todo, igualmente son reguladas por la Ley 19.971.
3. Se reconoce el respeto por la autonomía de la voluntad, tanto respecto de la elección del sistema de arbitraje como lo contenido en la correspondiente a la cláusula compromisoria, tendiendo a la interpretación de ésta de acuerdo al artículo 1560 del Código Civil, sin negar sus efectos.
4. Se reconoce que el procedimiento de exequátur no constituye una instancia, por lo que no es dable remover ni resolver dentro de él materias propias de los hechos y del derecho relativas a la causa en que se dictó la sentencia extranjera, ni tampoco pueden ser resueltas alegaciones que puedan constituir excepciones que deban ser opuestas en la ejecución correspondiente y ante el tribunal que conoce de ella.
5. Respecto a que la sentencia extranjera no contenga nada contrario a la legislación nacional, se considera en ésta especialmente a la Constitución Política y a los preceptos que emanan de ella.

En cuanto a este último punto, pareciera que la Corte Suprema supeditara el orden público a lo contenido en la Constitución Política y los principios de derecho contenidos en ella. La anterior tendencia no es propia de nuestro país,

un total de 70 sentencias extranjeras dictadas vía exequátur en el año 2007, y sólo una en el año 2008.

sino también es posible distinguirla en el derecho comparado, como el caso español que deja en manos del Tribunal Constitucional su conceptualización. Así, los tribunales se guían y limitan por la ley, la cual inevitablemente es influenciada por la política, de manera que si la ley es promulgada o derogada según los roces histórico-políticos del momento, el orden público también cambiará según dichos vaivenes.

Es por lo mismo necesario construir un concepto de orden público más estable e internacional a partir de la base de un sistema jurídico democrático como es la Constitución Política.

Al efecto, debemos considerar que nuestra Carta Fundamental, como la mayoría de las constituciones políticas de distintos países, contiene, en los términos de Sánchez Ageta¹⁰, un núcleo central configurado por verdaderos principios y valores del régimen constitucional; una ordenación de las instituciones de gobierno; y, finalmente, un determinado orden económico y social en que se basa el orden mismo de la comunidad.

Así, nuestra Constitución Política comprende un sinnúmero de principios inspirados en una ideología ius naturalista, dando cuenta de los elementos y características esenciales del contenido del orden público. De modo que se desprenden conceptos e ideas que participan de la naturaleza de los principios generales del derecho, orientándose hacia la base y fundamento del orden institucional. De esta manera, los principios generales del derecho se encarnan y concretan en la Constitución obteniendo a través de ella el medio técnico y eficaz de su función informadora. Tales principios adquieren el más alto rango normativo al servicio de su función informadora del ordenamiento, pero no por ello quedan convertidos en ley formal.

Lo anterior no significa estrictamente que el orden público se identifique con normas de derecho público como vendrían a ser las normas contenidas en la Constitución Política, sino que ésta opera como la guía conforme con la cual se debe orientar el resto del ordenamiento jurídico, dado que se erige como el marco director del mismo.

En relación al arbitraje, no sólo contarán aquellos principios que digan relación con los derechos humanos fundamentales, sino que también con aquellos derechos que se imponen como límites naturales de la autonomía de la voluntad de las partes. Es así como en EE.UU. se ha reforzado la teoría de "the federal policy arbitration", enfatizando que la interpretación de los

¹⁰ Citado en ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Los Principios Generales del Derecho*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2003, p. 153.

convenios de arbitraje por parte de los tribunales judiciales debe estar gobernada por los principios generales de la contratación internacional y por una visión restringida que identifique el orden público únicamente con los derechos humanos fundamentales, dentro de un objetivo común tendiente a favorecer al arbitraje.

Ahora bien, podemos distinguir dos grupos de principios generales del derecho: aquellos que directa o indirectamente emanan de la propia naturaleza humana, por lo que su validez y obligatoriedad se nos impone como una realidad que no depende de nuestra mera voluntad (ej: primacía de la persona frente al Estado y la consecuente servicialidad de éste; el privilegio de la iniciativa particular antes que la estatal; la igualdad en la ley y ante la ley; el respeto de la autonomía de la voluntad en la esfera del derecho privado; la imposibilidad de obtener un beneficio a partir del dolo propio; el efecto validante del error común, en ciertos casos; la circunstancia de que nadie puede estar obligado a lo imposible, etc.); y un segundo grupo, que podríamos denominar como aquellos principios “institucionales”, cuyo fundamento descansa en la propia estructura de las diversas instituciones jurídicas, recibiendo por ende de ellas mismas la necesidad de respetar su observancia (ej: la exigibilidad de los pactos lícitos voluntariamente convenidos, el hecho de que el deudor de una obligación comprometa genéricamente la totalidad del patrimonio para asegurar su cumplimiento, la imposibilidad de adquirir un derecho mayor o diverso de aquel que corresponde a quien los transmite o transfiere, la buena fe, la carga en la prueba de las obligaciones, etc.).

Dada la especialidad del arbitraje a tratar en la Ley 19.971, esto es, el procedimiento arbitral, para aquellas materias del ámbito comercial de carácter internacional ha de ser necesario buscar un orden público compatible con dichas características.

Así, es una de las características de dichos principios el que, sin perjuicio de ser reconocidos en Chile, son universalmente aceptados, desprendiéndose desde este punto de vista su internacionalidad.

Ha sido así, y concretando la realidad de la actividad comercial en especial a la relación de los comerciantes al utilizar usos y costumbres comunes, *lex mercatoria*, entre otros, que se han dado iniciativas como el caso de los Principios Generales de Contratación Internacional entregados por la UNIDROIT, reconocidos por nuestro país, con lo cual se ha tendido a desplazar el método conflictual como técnica regulatoria del Derecho Internacional Privado, por el método material en el ámbito de la contratación internacional, estableciéndose como una especie de “código de conducta facultativo” que entrega a la voluntad de sus usuarios la posibilidad de que ellos

mismos uniformen sus relaciones jurídicas, utilizándose ya sea como reglas generales de contratación mercantil internacional de manera supletoria, esto es cuando las partes no hayan elegido alguna ley para regular el contrato, para interpretar o suplementar textos internacionales de derecho uniforme o una ley nacional, e incluso para servir como modelo para la legislación a nivel nacional o internacional.

En Chile, a nivel de Derecho Internacional Privado, el Código Internacional Privado o Código de Bustamante sólo atiende al contenido del orden público en cuanto a que comprende leyes y reglas vigentes en cada Estado contratante (artículo 3), además de los preceptos constitucionales, así como toda regla de protección individual y colectiva establecidas por el derecho político y administrativo (artículos 4 y 5). O sea, se atiende más bien al orden público interno de cada país, sin arriesgarse a determinar los principios de un orden público internacional para no interferir en lo que cada Estado parte considera como valor supremo en su propio ordenamiento jurídico interno, aplicando nuevamente un orden público a priori que no se condice con las relaciones internacionales que se pretenden salvaguardar y que hace que se prescindiera de cualquier norma extranjera.

Con todo, salva de la aplicación de este Código de Derecho Internacional la reserva formulada por Chile, sirviendo de escape para no aplicar las cláusulas específicas de orden público.

IV. CONCLUSIONES.

Dentro del ámbito del Derecho Internacional Privado, las reglas de conflicto forman una verdadera arquitectura jurídica dentro de la cual el juez público tendrá que buscar la ley aplicable, la que puede verse limitada por la excepción de orden público.

Ahora bien, considerando la especialidad del arbitraje comercial internacional, la interrogante que surge es ¿cuál es el orden público al que debemos atender? Considerando justamente la internacionalidad del arbitraje, si admitiéramos un orden público nacional, estaríamos obligados a aplicar la normativa del país en el que se pretende ejecutar el laudo, de un modo apriorístico, sin analizar cuál sería el verdadero efecto.

De modo que, siguiendo la tendencia internacional, sería más factible atender a un orden público internacional de Chile, más estable, orientado por los principios generales del derecho y en especial por aquellos principios que siguen los comerciantes en sus transacciones, utilizando el concepto de orden público de un modo más restrictivo y aplicable a efectos del caso concreto.