

## El Orden Público en el Derecho Internacional Privado latinoamericano

Pedro Lacasa\*

### Resumen

El orden público tiene como función proteger a los *principios fundamentales* del ordenamiento del foro, y para ello, interviene en el conflicto de leyes expulsando así toda solución derivada de un derecho extranjero que los pudiese vulnerar. Parece que no hay tantas complicaciones con respecto a las nociones del orden público. Sin embargo, desde el momento que se mezclan con las leyes de policía o se utilizan términos indistintos para englobar a ambas figuras empiezan los problemas de interpretación.

El mundo se va haciendo cada vez más interdependiente, el comercio internacional ha alcanzado un número de transacciones inimaginable décadas atrás y el multilateralismo parece ser la regla en el plano internacional. Aun así, hay una multiplicidad de normas imperativas que intervienen el juego regular de la norma de conflicto y logran expulsar a todo derecho extranjero, aplicando la *lex fori*.

La distribución de los Estados en el mundo no ha cambiado tanto desde aquellos años en que se concertó al multilateralismo como regla, en los años posteriores a la II guerra mundial. Pero sí ha cambiado el rol de los Estados en el comercio internacional. Cada vez más los Estados Soberanos intervienen en los intercambios transnacionales. Esto genera una proliferación excesiva de normas imperativas, que los Estados desean se hagan respetar, en cualquier caso. Lo que existe, entonces, es una proliferación de leyes de policía; no un aumento de “órdenes públicos”. Es más, el enorme aluvión de Derechos Humanos y del *jus cogens* y su intervención imperativa en el plano internacional solamente han empujado a la coincidencia de los distintos “órdenes públicos” de diferentes Estados. Cada vez más aumenta la producción de leyes de policía y se sigue pensando que el problema se encuentra en los diferentes órdenes públicos domésticos, cuando en verdad, el Derecho Internacional, en su afán de uniformidad y en la generación de reglas materiales solamente han acercado a los distintos “órdenes públicos”. Ciertamente, las costumbres, principios y usos sociales han sido y serán determinadas por causas circunstanciales fuera del control del Derecho Internacional Privado, pero la fuerza unificadora en materia de comercio internacional y de Derechos Humanos es innegable (ejemplos de ello en Latinoamérica es la actuación uniforme de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pese a los distintos “órdenes públicos” que pudiesen existir en Latinoamérica).

Para encontrar un verdadero “orden público latinoamericano” se debe primero identificar la naturaleza de este *orden público*, estudiar cuál es su rol en el plano internacional y cómo se integra al Derecho Internacional Privado.

---

\* Abogado (Universidad Nacional de Asunción, Paraguay, 2013). Máster en Derecho Internacional Privado (Universidad de París II, 2016). Máster en Derecho Empresario (Universidad Católica de Asunción, Paraguay, 2020).

Pero no basta con un escrutinio de doctrina sobre qué es el “orden público”. Se necesita ahondar en sus causas y sus efectos desde el punto de vista latinoamericano, y esto significa hacerlo bajo concepciones reales y no abstractas.

**Abstract**

*The ordre public's function is to protect the fundamental principles of the forum and for that purpose it intervenes in the conflict of laws pushing away any decision based on a foreign law that may hurt those principles. This seems a very straightforward rationale.*

*However, the moment the ordre public and the lois de police are used interchangeably the problems start. With the world becoming increasingly inter-dependent, international commerce has reached a number of economic transactions that was not even imagined decades ago, and multilateralism seems to be the rule in the international scenario. Even so, there still exists a multiplicity of imperative rules that may interfere in the regular procedure of the conflict rules and therefore manage to exclude foreign laws, applying the lex fori.*

*The global distribution of the States has not significantly changed since those years in which multilateralism was set as the default rule following WWII. What has changed significantly though, is the States position in global commerce; States increasingly intervene in the transnational trade landscape. This derives in an overproduction of imperative rules, which the States wish to override any other rule. Consequently, there is a proliferation of mandatory rules (in the sense of lois de police) more than a proliferation of different “ordres publiques”. The enormous intervention of the Human Rights and jus cogens as mandatory provisions with the imperative overriding application has only contributed to the uniformity of the different existing “ordres publiques”.*

*Nonetheless, the legislative production of imperative rules is in increase and some still consider that the problem lies in the different domestic “ordres publiques” when, in fact, International Law pursuing its goal of uniformity and creation of substantive rules has only put these “ordres publiques” closer. Even though social customs, values and principles has been and will be determined by circumstances out of the control of Private International Law it is undeniable its unifying force in particular in international trade and in Human Rights (a Latin-American example is the Inter-American Court of Human Rights despite the presence of different domestic “ordres publiques” throughout Latin-America).*

*In consequence, in order to find a truly “Latin-American ordre public”, first it must be identified the very nature of the “ordre public”, the role it plays in the international field and the way it takes part in Private International Law.*

*A research based on the doctrine of “ordre public” is not enough though. It must be assessed the causes and effects of such ordre public from the Latin-American point of view, i.e., real notions and not just abstract arguments.*

**Palabras clave**

Orden público. Ley de policía. Conflicto de leyes. Latinoamérica.

**Keywords**

*Ordre public. Lois de police. Conflict of laws. Latin-America.*

### Sumario

Introducción. I. Nociones acerca del orden público A. La naturaleza del orden público. B. La integración del orden público en el Derecho Internacional Privado. 1. La ubicación del orden público en el Derecho Internacional Privado. 2. ¿Para qué sirve el orden público? C. El orden público interno y el orden público internacional. Conclusiones.

### Introducción

El orden público es probablemente una de las instituciones más controversiales en el Derecho Internacional Privado. Ya en los primeros años del siglo XX, Thomas H. Healey expresaba que, de todas las materias concernientes al Derecho Internacional Privado, el orden público es la que posee mayor incertidumbre<sup>1</sup>. Tal vez la polémica alrededor del orden público está catalizada por su extrema vaguedad y su fluidez constante.

Dichas variables constituyen un obstáculo para el normal reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, tanto judiciales como arbitrales. En consecuencia, la noción que se tenga del orden público es de vital importancia pues afecta de forma transversal al Derecho Internacional Privado, causando efectos en el arbitraje comercial internacional y hasta perturbando la contratación internacional.

El concepto abstracto que se tiene del orden público hace difícil su categorización y casi etérea a su definición. Es que el orden público siempre ha sido una institución social cuyo reflejo se puede observar en las normas jurídicas. Pero eso no cambia la raigambre social del orden público. Ese detalle social es fundamental y sirve principalmente para separarlo de la ley de Policía.

En otras palabras, es el Estado el que dicta una ley de policía, o el que dicta una ley y le da la categoría de “ley de policía”. La sociedad no interviene en ese proceso. Las condiciones sociales, temporales ni geográficas tampoco juegan rol alguno en la creación de una ley de policía.

Sin embargo, es la sociedad de un Estado la que determina qué entra o no entra en la categoría de “orden público”. El orden público es determinado por la sociedad, que constantemente cambia. Y con ella cambian los usos y costumbres de las personas. Esas mutaciones responden al paso del tiempo (elemento

---

<sup>1</sup> Healy, Thomas H., *Théorie générale de l'ordre public*, en: *Recueil des cours, Académie de Droit International de la Haye*, 1925, Tomo 9, p. 429.

temporal), a la ubicación geográfica (elemento territorial) y a más detalladas circunstancias de una sociedad en un momento determinado.

Es decir, lo que a la sociedad argentina le parece tan importante como para categorizarlo como “de orden público” tal vez no sea tan importante para la sociedad de Arabia Saudita entonces no forme parte del “orden público saudí”, como lo es la monogamia. Por lo tanto, en Argentina no se puede contraer nupcias con varias mujeres al mismo tiempo, pero en Arabia Saudita sí. Asimismo, existen costumbres y usos sociales tan fundamentales para la sociedad saudí que forman parte de su orden público mientras que en la sociedad argentina no ocupa un lugar tan importante y no forma parte de su orden público, como lo es el estatus extremadamente conservador y a veces anacrónico de la mujer, lo cual se refleja en cubrir a la mujer en su vestimenta (principalmente cuando está expuesta al público), prohibirle conducir, prohibirle obtener pasaportes, entre otros<sup>2</sup>. Es decir, el orden público depende en gran medida de las costumbres sociales condicionadas por una determinada geografía. La ubicación, las sociedades vecinas, el clima, la religión, todo esto forma parte de este elemento “territorial”.

De igual manera, aquellos usos sociales, prácticas y actividades que iban “en contra del orden público” hace 50 años hoy ya son normales y “lo común”. Antes, divorciarse estaba prohibido; hoy, es lo normal. Antes, establecer nuevas relaciones afectivas después del matrimonio (había separación de cuerpos, pero no existía el divorcio vincular en la mayoría de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos) estaba mal visto e iba “en contra del orden público”; hoy, es legalmente posible contraer nuevas nupcias posteriormente al primer casamiento en todos los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, reunidas las condiciones legales exigidas.

Se puede observar como una misma costumbre, práctica o uso social varía rotundamente en su importancia dentro de una sociedad con respecto al paso del tiempo y con respecto a las circunstancias geográficas de dicha sociedad. Como lo dijo Thomas H. Healy, la ley de ayer quizá no sea la ley de hoy; la ley de hoy quizá sea transformada totalmente desde mañana<sup>3</sup>, demostrando con ejemplos

---

<sup>2</sup> What women can and can't do in Saudi Arabia, *The Week*, 25 de agosto de 2021, en: <https://bit.ly/3EMFHiH>

<sup>3</sup> Healy, *Théorie générale de l'ordre public...*, ob. cit., p. 411.

fácticos acerca de la esclavitud<sup>4</sup>, la prohibición de matrimonio por motivos raciales<sup>5</sup>, etc., la veracidad de su afirmación.

Existen institutos en el Derecho Internacional que antes iban “en contra del orden público” pero que luego de haber pasado los filtros de territorialidad (si todos los Estados vecinos practican habitual y legalmente ese acto social) y de temporalidad (los cambios de costumbres sociológicas por efecto del transcurso del tiempo) han experimentado una vuelta de tuerca, como es el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo, reconocido hoy en varios Estados latinoamericanos como Argentina, Brasil, Costa Rica, Colombia, Ecuador y Uruguay<sup>6</sup>. Como el orden público varía en el tiempo y en el espacio, su petrificación a través de una norma jurídica es muy difícil, a diferencia de una ley de policía, cuya variación en el tiempo por efecto del tiempo o de las circunstancias geográficas, es menos volátil.

A sabiendas de que la petrificación del orden público es una tarea sumamente engorrosa, la doctrina jurídica del Derecho Internacional Privado se ha dedicado siempre a la fatigosa misión de esgrimir las nociones de lo que debe entenderse por orden público. Hay varias teorías acerca del Orden Público, unas más acertadas que otras. Lo único que debería importar es el adoptar un cierto pragmatismo a la hora de conceptualizar al orden público, para evitar “meterlo en la misma bolsa” que las leyes de policía, ya que, de ser exactamente la misma cosa, los instrumentos jurídicos internacionales no diferenciarían entre uno y otro, como lo hacen efectivamente.

Este pragmatismo apunta a identificar las causas y efectos del “orden público” de cada foro en el Derecho Internacional. También busca discernir el *momentum* en que el orden público actúa a nivel internacional. Todo esto forma parte de las nociones que se deben comprender acerca del orden público. Pero no resulta suficiente conocer las características del orden público (en tanto que figura compleja del Derecho Internacional Privado) a través de construcciones

---

<sup>4</sup> Que antes estaba permitida en algunos Estados, y hasta era bien vista, como un símbolo de estatus social, principalmente en Estados Unidos.

<sup>5</sup> Antes estaba prohibida la unión en matrimonio entre una mujer blanca y un hombre negro o entre un hombre blanco y una mujer negra. Dicho matrimonio era ilegal e iba “en contra del orden público” del Estado donde se lo prohibía, por ejemplo, el Estado de Virginia de Estados Unidos.

<sup>6</sup> Hammje, Petra, Mariage pour tous et droit international privé, en: *Revue critique de droit international privé*, 2014, No. 4, pp. 773-806.

doctrinarias. Es necesario “bajar todos esos conceptos a tierra” y observar la posición del orden público en los ordenamientos jurídicos de Latinoamérica.

## **I. Nociones acerca del orden público**

Para entender de manera integral al orden público es necesario deducir su naturaleza y sus caracteres, i.e., saber qué es (A). Algunas teorías de Derecho Internacional Privado se quedan en la primera tarea (i.e. saber qué es el orden público) y creen que ahondando en conceptos abstractos sobre el orden público están colaborando con la descripción de una importante y cambiante figura del Derecho Internacional Privado. Pero no es así.

Solamente entendiendo cómo se integra el orden público al Derecho Internacional Privado se puede construir una teoría con fines utilitarios (B).

Por último, no se puede dejar de lado la tan importante clasificación de orden público interno y orden público internacional, presente hasta en los instrumentos internacionales de Derecho Internacional Privado, en la jurisprudencia comparada y en algunas legislaciones domésticas (C).

### **A. La naturaleza del orden público**

Para entender el concepto de orden público basta con citar algunas concepciones “de manual”, es decir, es suficiente estudiar las nociones doctrinales del orden público de los autores renombrados de Derecho Internacional Privado. Sin embargo, el aprendizaje de memoria o el *copy-paste* de autores de Derecho Internacional no contribuye en nada a la delimitación jurídica del orden público. Lo importante es saber para qué sirve, es decir, su rol en el Derecho Internacional Privado.

Es indiscutible que el Derecho (como conjunto ordenado de normas jurídicas) existe como reflejo de la sociedad a la que se impone. Si dicha sociedad cambia, el Derecho también cambiará. En este sentido el orden público constituye la más fina línea entre la naturaleza social y naturaleza legal de las normas. Será fina, pero es una línea y debe ser respetada como tal.

Esta es una de las principales diferencias entre el “orden público” y una “ley de policía”. Las leyes de policía son normas jurídicas que si bien tienen una base “social” (básicamente todas las normas jurídicas tienen un cierto contenido

“social” que justifique su existencia<sup>7</sup>), no siempre tienen un fundamento “sociológico”, es decir, un cimiento colectivo que sea la razón directa y primera de la existencia de dicha norma. Como no tiene un fundamento sociológico preponderante y en ocasiones hasta no lo tiene en absoluto, la ley de policía posee una concepción más fija y estable. Y como la ley de policía responde a criterios más fijos y estables, interviene en un momento diferente en el conflicto de leyes.

En cambio, el orden público es un conjunto de principios<sup>8</sup>, valores y abstracciones<sup>9</sup> sociales, diseñados, delimitados y determinados por dicha sociedad únicamente (esto significa que lo que es de “orden público” en la sociedad argentina no lo es en la sociedad saudí y viceversa) y que se reflejan en las normas jurídicas, a través de creación legislativa (leyes) o pretoriana (jurisprudencia) por parte de los órganos oficiales de dicha sociedad. Por lo tanto, es entendible que el concepto de lo que es “de orden público” varíe en el tiempo y en el espacio, i.e. que el orden público responda a criterios variables. Y dado que responde a criterios variables, no interviene en el mismo momento ni con el mismo razonamiento de las leyes de policía.

De igual manera, hay numerosos autores que propugnan por una teoría *monista*, es decir, una teoría en donde la ley de policía y el orden público *son la misma cosa*.

Sin embargo, por definición, el orden público es diferente a una ley de policía, lo cual hace que su tratamiento jurídico sea diferente; es decir, “desde el vamos” que existe también una teoría dualista, a la cual se adhirieron la mayoría de los instrumentos internacionales de Derecho Internacional Privado.

Aunque ya Savigny sostenía que existían dos excepciones al resultado de la intervención de la norma de conflicto (la primera las *Gesetze von streng positiver, zwingender Natur* [normas de naturaleza estrictamente obligatoria] y la segunda *Rechtinstitute eines fremden Staates, deren Dasein in dem übrigen überhaupt nicht annerkannt ist* [normas extranjeras que consagran institutos jurídicos

<sup>7</sup> En palabras de Bucher « *au regard de la dimension sociale incontestable du droit de l'Etat moderne...* ». Cf. Bucher, Andreas, L'ordre public et le but social des lois en droit international privé, en: *Recueil des cours, Académie de Droit International de la Haye*, 1993, Tomo 239, p. 20.

<sup>8</sup> Ver Cordero-Moss, Giuditta, Limitations on Party Autonomy in international commercial arbitration, *Recueil des cours, Académie de Droit International de la Haye*, 2015, Tomo 372, 2015, pp. 169; Fresnedo de Aguirre, Cecilia, Public Policy: Common Principles in the American States, en: *Recueil des cours, Académie de Droit International de la Haye*, 2016, Tomo 379, p. 93.

<sup>9</sup> La doctrina francesa habla de “concepciones fundamentales” del foro, entre otros términos de fluidez indiscutible. Ver: Audit, Bernard y Louis d'Avout, *Droit international privé*, Paris, Economica, 2013, 7<sup>o</sup> ed., p. 328.

desconocidos por el Foro]), la confusión jurídica acerca de las leyes de policía y el orden público existió durante mucho tiempo en el Derecho Internacional Privado<sup>10</sup>. Esta confusión pasó por Mancini (que la mezcló aún más) y llegó hasta Pillet (quien, siendo bastante *personalista*<sup>11</sup>, llevó esta confusión de nivel doctrinal a un nivel judicial). Pero finalmente Bartin empezó a discernir el razonamiento a priori de las leyes de policía del razonamiento a posteriori del orden público, distinguiendo ambos institutos como diferentes<sup>12</sup>. A Bartin lo siguieron autores de la talla de Maury, Lagarde y Batiffol.

Si bien ambos institutos (las leyes de policía y el orden público) constituyen una barrera al reconocimiento del derecho extranjero y son un obstáculo importante para el reconocimiento de decisiones jurídicas extranjeras en el foro, su sola condición de evasores del derecho aplicable no los hace *ipso facto* idénticos: sí, son mecanismos para evadir al derecho extranjero, pero responden a causas diferentes y pertenecen a razonamientos diferentes.

El orden público responde a causas netamente sociológicas y es determinado variablemente por la sociedad (que está siempre en constante cambio y evolución) mientras que las leyes de policía responden al poder de *imperium* del Estado. Por este motivo, el orden público posee un razonamiento *a posteriori* para su intervención en el conflicto de leyes, mientras las leyes de policía tienen un razonamiento *a priori*.

La concepción monista del orden público y las leyes de policía conduce a la inclusión de ciertas disposiciones en el Derecho Internacional Privado como normas “de orden público”, debido a su “imperatividad” en derecho interno.

Empero, esta concepción monista sería un tanto errada: pues, mientras que las normas concernientes al estado de las personas o las relaciones de familia son “imperativas” en derecho interno, el estatuto personal depende, en cambio, de la ley del domicilio (o de la nacionalidad), lo cual, necesariamente implica una

---

<sup>10</sup> Nord, Nicolas, *Ordre Public et Lois de Police en Droit International Privé*. Tesis para el Doctorado en Derecho. Universidad Strasbourg III. Junio, 2003, p. 4. Traducción libre del autor.

<sup>11</sup> La tesis personalista propugnaba que la tarea del orden público era la de salvaguardar la soberanía territorial (ej. Código Civil italiano, art. 6) y lo hacía a través de dos maneras: i) el efecto positivo y el efecto negativo del orden público. El efecto positivo imponía la aplicación de las leyes del derecho público, las leyes de policía y las normas sobre responsabilidad civil. El efecto negativo consistía en aquello que después se conoció como “la excepción de orden público” (concepción actual del orden público). Cf. Audit, Bernard, *Le droit international privé en quête d’universalité*, Cours général, en: *Recueil des cours, Académie de Droit International de la Haye*, 2001, pp. 201, 202.

<sup>12</sup> Nord, *Ordre Public et Lois de Police...*, ob. cit., pp. 5-7.



suerte de reenvío, i.e., la aplicación de una u otra norma extranjera en virtud del Derecho Internacional Privado.

En otras palabras, si las relaciones de familia o la capacidad e incapacidad de hecho son cuestiones “imperativas o de orden público” en el derecho interno de un Estado latinoamericano, esto no significa que sean ni “imperativas” ni de “orden público” en Derecho Internacional Privado latinoamericano.

La diferenciación que hacen los textos de Derecho Internacional Privado, reservando un lugar para las leyes de policía (y un efecto determinado) y otro lugar para las leyes de orden público (con otro efecto determinado), es perfectamente observable y debe servir como parámetro para comprender que efectivamente ambos institutos (las leyes de policía y las leyes de orden público) no son la misma cosa y no tienen el mismo tratamiento jurídico.

El orden público se caracteriza por su flexibilidad<sup>13</sup> (el eje del Derecho Internacional Privado no es simplemente aplicar de manera sistémica el derecho del foro; la flexibilidad del orden público se consagra con el “efecto atenuado del orden público”); mientras que las leyes de policía se caracterizan por su rigidez en la manera de aplicación (si el Estado del foro considera a una norma determinada como crucial y de aplicación inmediata, cuya aplicación está ligada a intereses estatales y públicos, no desearía ser “flexible” en la intervención de dicha norma imperativa).

Antes de esbozar definiciones del orden público, es necesario resaltar un dato que muchas veces pasa por alto: la traducción del término español “orden público” al francés es *ordre public*. Este último es el término favorito de los instrumentos internacionales, independientemente su idioma. Sin embargo, la traducción al inglés es *public policy*. La traducción directa de *public policy* es política pública, lo cual no es lo mismo que orden público. En resumen, el único encargado de delimitar las políticas públicas es el Estado, mientras que el “orden público” responde más a la sociedad y sus usos, costumbres y valores. La traducción al italiano es *ordine pubblico*. En cambio, la ley de policía tiene otras traducciones: *lois de police* (en francés), *mandatory rules* (en inglés) y *disposizioni imperative* (en italiano).

<sup>13</sup> Esta flexibilidad propia del orden público diferencia la intensidad del orden público del foro frente a una situación *a crearse* en el foro de una situación *ya creada* en el extranjero.

Las traducciones reflejan las concepciones que tiene cada sistema legal sobre el orden público. Como dijo precisamente Bucher:

Un análisis al Derecho Internacional Privado Comparado demuestra que el orden público categorizado como “*public policy*” es de menor importancia en los sistemas de derecho angloamericano<sup>14</sup>.

Si las diferencias entre leyes de policía y orden público aún no estaban claras, las tajantes diferencias en las traducciones de distintos idiomas proveen una fuente más para apoyar a la tesis *dualista*, como se desprende de la terminología utilizada hace un buen tiempo por los instrumentos internacionales como lo es el Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales<sup>15</sup>.

Loukas Mistelis sostuvo que<sup>16</sup>:

Al parecer existe una única definición universalmente aceptada del orden público. Y esta refleja claramente los estándares económicos, legales, morales, políticos, religiosos y sociales de cada Estado. Naturalmente, el orden público difiere según las características y la estructura del Estado o comunidad del cual se trate<sup>17</sup>.

Bernard Audit y Louis d’Avout expresaron que el orden público es un mecanismo de exclusión del derecho extranjero normalmente aplicable a una situación internacional que ocurre dentro del conflicto de leyes en una etapa última y necesaria del razonamiento conflictual cuando el contenido de la ley extranjera perturba al orden jurídico del foro. El orden público es así una noción pragmática, cuyo fin es la salvaguarda de la armonía del ordenamiento del foro que está siendo amenazado por la aplicación de un derecho extranjero muy alejado de las costumbres o valores locales<sup>18</sup>.

Por su parte, Bucher relata que debido a las soluciones del derecho extranjero que son intolerables por el foro, existe una “vía de exclusión” en casi todos los sistemas de Derecho Internacional Privado para proteger el “orden público”

---

<sup>14</sup> Bucher, *L’ordre public et le but social des lois...*, ob. cit., p. 22. Traducción libre del autor.

<sup>15</sup> Verificar las traducciones terminológicas en: <https://bit.ly/3MrNtB9>

<sup>16</sup> Mistelis, Loukas, Keeping the Unruly Horse in Control or Public Policy as a Bar to Enforcement of (Foreign) Arbitral Awards, International Law Association Conference, London, 2000, en: *International Law Forum*, 2000, pp. 248-253.

<sup>17</sup> Traducción libre del autor.

<sup>18</sup> Audit y d’Avout, *Droit international privé...*, ob. cit., p. 330.

del foro<sup>19</sup>, citando como ejemplo al art. 17 de la Ley sobre Derecho Internacional Privado de Suiza<sup>20</sup>.

Tanto desde el punto de vista *procesal* como del substantivo, se puede observar cómo los autores de fuente angloamericana confunden al orden público con las normas imperativas de un Estado (leyes de policía) mientras que autores procedentes del derecho civil (Francia, Suiza, Alemania, Italia) se preocupan por diferenciar a ambos institutos.

Por supuesto, estas concepciones monistas y dualistas se trasladaron a otras regiones fuera de Europa y Estados Unidos, como África y Latinoamérica. Un claro ejemplo se observa cuando Bucher, haciendo un análisis de las nociones y funcionalidades del orden público, dice que la noción de orden público es un concepto propio del Derecho Internacional Privado, pues tiene lugar en el conflicto de leyes, y no debe ser confundido, en ningún caso, con las expresiones similares de otras ramas del Derecho, en especial del Derecho interno<sup>21</sup>. En cambio, Cecilia Fresnedo de Aguirre sostiene que solamente el orden público<sup>22</sup> internacional puede excluir al derecho extranjero normalmente aplicable y que el orden público interno<sup>23</sup> no impide la aplicación de un derecho extranjero a una situación internacional, aunque las soluciones del derecho extranjero y del foro difieran<sup>24</sup>.

Por más de que al principio varias teorías de Derecho Internacional Privado juntaban a las leyes de policía y al orden público en la misma bolsa, lo cierto y concreto es que esa clasificación en orden público interno y orden público internacional vino después. Al principio solamente se conocía al orden público (a secas); y se lo conocía como una figura del Derecho Internacional Privado diseñada para la exclusión del derecho extranjero aplicable bajo el nombre de “excepción de orden público”<sup>25</sup>. No existía la figura de “excepción de orden público internacional”.

<sup>19</sup> Bucher, *L'ordre public et le but social* . . . , ob. cit., p. 22.

<sup>20</sup> « *L'application de dispositions du droit étranger est exclue si elle conduit à un résultat incompatible avec l'ordre public suisse* » [la aplicación de las disposiciones del derecho extranjero será excluida si las mismas conducen a un resultado incompatible con el orden público suizo].

<sup>21</sup> Bucher, *L'ordre public et le but social* . . . , ob. cit., p. 23.

<sup>22</sup> Se hace la salvedad de que la autora utilizó el término en inglés *international public policy*.

<sup>23</sup> Se hace la salvedad de que la autora utilizó el término en inglés *national public policy*.

<sup>24</sup> Fresnedo de Aguirre, *Public Policy: Common Principles in the American States* . . . , ob. cit., p. 99.

<sup>25</sup> Potentier, Sophie, *Les frontières de l'ordre public international en droit patrimonial de la famille*, Tesis de Doctorado en Derecho, Université Paris-Est, 2020, p. 14.

El problema de confusión comenzó, según relata Santiago Ramírez Reyes citando a la obra de Paul Lagarde, porque el “orden público” en Derecho Internacional Privado fue el origen de dos mecanismos (diferentes): i) la excepción de orden público internacional y ii) las leyes de policía<sup>26</sup>. En otras palabras, al principio se conocía una misma fuente (el orden público) que reunía a dos mecanismos distintos: el orden público *stricto sensu* y las leyes de policía.

El orden público *stricto sensu* velaba por la protección de los valores y costumbres del foro, excluyendo al derecho extranjero en situaciones internacionales que pudiesen vulnerar a dichos valores del foro, mientras que las leyes de policía se encargaban de la protección de los objetivos del Estado a través de un mecanismo de intervención inmediata (o *a priori*) en el conflicto de leyes<sup>27</sup>.

Un claro ejemplo de la confusión doctrinaria que mezcla a las dos nociones (orden público y leyes de policía) se encuentra en un curso de la Academia de la Haya de Derecho Internacional Privado dictado por F.A. Mann<sup>28</sup>, que, por cierto, es de procedencia inglesa (en alusión a la terminología detallada páginas arriba):

*There are two aspects of public law with which the private international lawyer may be confronted. On the one hand it is the relationship between the conflict of laws of the forum and the latter's own public law that will require attention. Thus the public law of the forum may have the effect of displacing the results to which the rules of private international law would ordinarily lead; such may be the case when the public law of the forum is treated as a head of ordre public. What, for instance, will be the attitude of a Dutch court if Dutch private international law prescribes the application of foreign law and this is found to be contrary to a rule of Dutch public law?*<sup>29</sup>

Lo que Mann apuntaba eran indiscutiblemente a leyes de policía. Su ejemplo se dirigía a normas jurídicas imperativas emanadas del Estado, no a principios o valores de una sociedad.

<sup>26</sup> Ramírez Reyes, Santiago, *L'affinement des mécanismes liés à l'ordre public dans le choix de la loi applicable aux contrats internationaux : regards franco-mexicain*, Tesis de Doctorado en Derecho, Université Paris I – Panthéon Sorbonne, 2019, p. 3.

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> Mann, F.A., Conflict of laws and public law, en: *Recueil des cours, Académie de Droit International de la Haye*, 1971, Tomo 132, p. 115.

<sup>29</sup> Traducción libre del autor: “Existen dos aspectos del derecho público con los cuales un jurista de Derecho Internacional Privado puede encontrarse. Por un lado, está la relación entre el conflicto de leyes del foro y su propio derecho público. El derecho público del foro puede modificar el resultado de las reglas de Derecho Internacional Privado; ese es el caso cuando el derecho público del foro es considerado como de *orden público*. ¿Cuál sería la actitud de un tribunal holandés si es que el Derecho Internacional Privado holandés designa la aplicación de un derecho extranjero el cual resulta ser contrario a una norma del derecho público holandés?”

Independientemente de este debate doctrinario, lo importante del orden público siempre fue y será su calidad de protector de ciertos valores, principios, usos y costumbres sociales del foro en tanto es un mecanismo de exclusión del derecho extranjero normalmente aplicable.

Prueba de ello es la tajante diferencia que hacía entre la *public policy* (a secas) y el orden público (a lo que denomina principios fundamentales/*ordre public*) la versión en inglés del Proyecto del *Consejo Económico y Social* (ECOSOC por sus siglas en inglés) de las Naciones Unidas del 28 de marzo de 1955, antecedente directo de la Convención de Nueva York de 1958, que disponía en su art. IV (h)<sup>30</sup>:

*Without prejudice to the provisions of Article III, recognition and enforcement of the award may only be refused if the competent authority in the country where recognition or enforcement is sought, is satisfied: ... h) that the recognition or enforcement of the award, or the subject matter thereof, would be clearly incompatible with public policy or with fundamental principles of the law (“ordre public”) of the country in which the award is sought to be relied upon [sic].*

La disyunción “or” es bien clara. Si *public policy* y *ordre public* fuesen la misma cosa, no se habría constado expresamente su diferencia, y menos en un borrador de convención internacional.

La diferencia de nomenclatura entre una y otra figura también se puede apreciar en la versión en español:

Sin perjuicio de las disposiciones del artículo III, no se podrá denegar el reconocimiento ni la ejecución de la sentencia arbitral, más que en los casos en que la autoridad competente de la cual se soliciten compruebe: ... h) que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia arbitral, o el objeto de ella, es claramente incompatible con el orden público o con los principios fundamentales del derecho público del país donde la sentencia es invocada [sic].

Si se observa con detenimiento, se puede apreciar como la versión en español equipara totalmente a la *public policy* con “los principios fundamentales del derecho público” y al *ordre public* con “orden público”. La versión en inglés reza claramente “... or with the fundamental principles of the law of the country in which the award is sought to be relied upon” sin distinguir entre principios de

<sup>30</sup> Draft Convention on the “Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards propuesto por el Comité de la ECOSOC “on the enforcement of international arbitral awards”, aprobado en fecha 28 de marzo de 1955 bajo el documento E/27C4, no disponible en la web oficial de UNCITRAL pero sí disponible en: <https://bit.ly/3vjeUrb>

derecho privado o de derecho público del foro. La versión en español se encargó de delimitar esta frase refiriéndose únicamente al derecho público (de ahí la proximidad a las leyes de policía) y no incluyendo al derecho privado.

Además de las diferencias notorias en la terminología (no debe haber tanta confusión sobre el tema; la cuestión es bastante simple: las leyes de policía [o normas imperativas] son distintas al orden público *stricto sensu* y así los han diferenciado los diversos textos europeos<sup>31</sup> e internacionales sobre la cuestión), hay un concepto que se ha escapado de los análisis del conflicto de leyes: el efecto unificador de la globalización y su impacto en el Derecho Internacional Privado.

Como lo expresa Opperti Badán, la invocación del “orden público” no es lo mismo en tiempos de globalización que lo que era en el pasado westfaliano en el que reinaba la soberanía como valor absoluto remarcando que las relaciones jurídicas dan sido estructuralmente modificadas en el marco de la globalización debido a la priorización de la transnacionalidad<sup>32</sup>.

Esta priorización de la transnacionalidad en el marco de la globalización no es otra cosa que el efecto uniformador que han generado los Derechos Humanos en las distintas sociedades de los Estados que componen la comunidad internacional. La exigencia de respeto a los derechos fundamentales ha moldeado y a veces hasta transformado a los “principios fundamentales”, delimitando los contornos del orden público como excepción dentro del conflicto de leyes.

El control que ha ejercido la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el uso de la “soberanía” de los Estados latinoamericanos en detrimento de derechos fundamentales ha sido crucial e innegable. Esta labor jurisdiccional contribuye a lo que en doctrina se conoce como el *Ius Constitutionale Commune* de América Latina (ICCAL). El rol de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha evolucionado de ser una institución escondida en un país centroamericano a uno de los puertos de la red latinoamericana del constitucionalismo transformador<sup>33</sup>. Dicha red interconecta a la Corte con los tribunales nacionales de los Estados latinoamericanos<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Ver el Convenio de Roma de 1980, el Reglamento Bruselas I y Bruselas I BIS.

<sup>32</sup> Opperti Badán, Didier, El Arbitraje Comercial Internacional en el Sistema Interamericano, en: *Arbitraje Comercial Internacional. Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros*, Washington, OEA, Departamento de Derecho Internacional, 2015, p. 40.

<sup>33</sup> A. von Bogdandy, M. Morales y E. Ferrer (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina*, México, Max Planck Institute, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017, p. 20.

<sup>34</sup> Góngora Mena, Manuel, Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión co-evolutiva de estándares sobre derechos de las víctimas, en:

El impacto de un ICCAL sobre los ordenamientos jurídicos latinoamericanos es evidente, pues uno de los objetivos de este ICCAL es un mejor desarrollo de los *principios fundamentales*, destacando la idea que el fortalecimiento interno de las instituciones que vigoricen la relevancia de los Derechos Humanos es uno de los cometidos de ICCAL para perseguir sus objetivos<sup>35</sup>.

La jurisprudencia uniforme en materia de Derechos Humanos en Latinoamérica ha penetrado el ámbito privado de las sociedades de cada Estado, y hasta delimitado los contornos del derecho público de dichos Estados en favor de los Derechos Humanos. Si es innegable que la interpretación uniforme que ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha penetrado la esfera privada y pública de una sociedad, es evidente que ha trastocado también a sus concepciones de “orden público”. La construcción de este Corpus Iuris Sudamericano apuntan no solamente a un estándar común de protección de Derechos Humanos, sino que también se realiza una labor de uniformidad de los distintos “órdenes públicos” particularmente ante las intervenciones del Estado<sup>36</sup>.

El efecto unificador de la globalización, de la mano de los Derechos Humanos y la gobernanza supranacional, ha contribuido a la merma de relevancia de la soberanía puramente westfaliana de los Estados en aras de un estándar mínimo de protección de derechos. Esto ha colaborado al acercamiento de los “distintos órdenes públicos” de los Estados latinoamericanos.

## **B. La integración del orden público en el Derecho Internacional Privado**

Abordar la forma en que se da la integración del orden público en el Derecho Internacional Privado es justamente la construcción teórica que puede arrojar resultados que tendrán valor en la práctica tribunalicia, ya sea judicial o arbitral.

Ahora bien, investigar el modo en que el orden público se integra a la teoría general de Derecho Internacional Privado consiste inexorablemente en reducir

---

A. von Bogdandy, M. Morales y E. Ferrer (eds.) *La Justicia Constitucional y su Internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Comune en América Latina?*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, Tomo II, p. 403.

<sup>35</sup> Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos para América Latina*, disponible en <https://bit.ly/3OyHmwR>

<sup>36</sup> Ver como ejemplo el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 24 de febrero de 2011 en el caso *Gelman vs. Uruguay*, especialmente ¶3, 29 y 30.

los conceptos abstractos, “bajar a tierra” toda la teoría sobre el tema y demostrar las singularidades exclusivas del orden público en la teoría general de Derecho Internacional Privado con miras a lograr una identificación de propiedades únicas del orden público con fines prácticos.

Para ello, se deberán responder a las siguientes preguntas: ¿adónde pertenece el orden público dentro de la teoría general del Derecho Internacional Privado? (1) ¿Y para qué sirve? (2).

### **1. La ubicación del orden público en la teoría general del Derecho Internacional Privado**

La dificultad de ubicar el lugar del orden público (o de la “excepción de orden público”) dentro de la teoría general de Derecho Internacional Privado aumentó con la concepción monista que encierra al orden público *stricto sensu* y a las leyes de policía dentro de la misma noción. Ciertamente, ambas figuras comparten a última ratio su condición de mecanismo de exclusión de un derecho extranjero, pero ambas figuras responden a causas diferentes que justifican dicha exclusión.

Así como explica Luca Radicati di Brozolo, a pesar de la confusión terminológica, las leyes de policía (en tanto que normas imperativas) y el orden público son mecanismos intrínsecamente diferentes. El expansionismo de las normas estatales en el comercio internacional y el aumento excesivo de la *lex fori* a partir de la segunda mitad del siglo XX se debió a la proliferación de las leyes de policía (i.e. a las normas de aplicación inmediata) porque dichas leyes imperativas que apuntan a proteger intereses y objetivos estatales pretenden ser aplicadas por el juez del foro a cualquier situación jurídica, incluidas las situaciones internacionales en donde un derecho extranjero resultaba aplicable<sup>37</sup>.

Termina sentenciando Radicati di Brozolo que el orden público posee únicamente un efecto negativo (en tanto que filtro a la aplicación del derecho extranjero) mientras que las leyes de policía tienen un efecto esencialmente positivo (la imposición de una política del foro)<sup>38</sup>.

En estos días es muy común que en el área de derecho patrimonial se dé una exclusión del derecho extranjero y una aplicación imperativa del derecho del

---

<sup>37</sup> Radicati di Brozolo, Luca, Arbitrage commercial international et lois de police, en: *Recueil des cours, Académie de Droit International de la Haye*, 2005, Tomo 315, p. 289.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 290.



foro, pero esto se da por el carácter imperativo de las normativas jurídicas de cada Estado (Latinoamérica acostumbra mucho a emitir legislaciones de orden patrimonial con carácter imperativo dentro del foro, como los controles de cambios, los mercados muy regulados, etc.) y no por el hecho que el contenido del derecho extranjero pueda o no lesionar a principios fundamentales del foro<sup>39</sup>. Lo que justifica en ese caso la exclusión del derecho extranjero y la aplicación de la *lex fori* es la cualidad imperativa de la ley del foro en materia económica o social. No se analiza a fondo el contenido de la decisión extranjera o del derecho extranjero que pudiese vulnerar a *principios fundamentales* del foro; simplemente se aplica de manera imperativa las leyes de orden económico o social que el Estado del foro considere estructurales. Es claramente un razonamiento *a priori*.

Entonces, habiendo desmembrado la conceptualización del orden público y de las leyes de policía como asuntos diferentes y con tratamiento jurídico diferente resta por identificar qué lugar le pertenece al orden público en la teoría general de Derecho Internacional Privado.

Es evidente que el orden público, entendido como un mecanismo de exclusión del derecho extranjero normalmente aplicable<sup>40</sup>, es un instituto que tiene lugar en el conflicto de leyes dentro de la teoría general de Derecho Internacional Privado. Esta noción que encasilla al orden público un rol relevante únicamente en el conflicto de leyes es compartida por la mayoría de los autores<sup>41</sup>, aunque también se sostiene que el orden público jugaría un papel en el *conflicto de jurisdicciones*<sup>42</sup>. Pero el orden público se preocupa siempre del contenido de la norma, o del contenido de la decisión, laudo o sentencia extranjeros, el cual compara con el ordenamiento del foro, y excluye cualquier elemento que podría lesionar a los principios del foro, substituyendo dicho contenido por la *lex fori*. Es una intervención de los valores y principios del foro (y a veces hasta de la ley del foro, como se verá más adelante) a través de la *lex fori* que viene a suplantar al derecho extranjero normalmente aplicable. Suena más a un conflicto de leyes que a uno de jurisdicciones, aunque esta última situación no se descarta.

<sup>39</sup> Audit y d'Avout, *Droit international privé*... ob. cit., p. 330.

<sup>40</sup> Fresnedo de Aguirre, *Public policy*... ob. cit., p. 93.

<sup>41</sup> Ver Audit y d'Avout, *Droit international privé*... ob. cit., p. 328; Ancel, Bertrand e Yves Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Paris, Dalloz, 2013, 5<sup>e</sup> ed., p. 241; Bucher, *L'ordre public et le but social des lois*... ob. cit., p. 22; Mann, *Conflicts of laws and public law*... ob. cit., p. 115; Healy, *Théorie générale de l'ordre public*... ob. cit., p. 443.

<sup>42</sup> Nord, *Ordre Public et Lois de Police*... ob. cit., p. 1.

El Derecho Internacional Privado estudia varias aristas dentro de las relaciones internacionales entre personas físicas o jurídicas, pero se plantea dos incógnitas fundamentales tan antiguas que se podría decir que son el basamento mismo del Derecho Internacional Privado: el conflicto de leyes y el conflicto de jurisdicciones.

Por una parte, la expresión conflicto de leyes consiste en una situación jurídica de nivel internacional en la que participa uno o más elementos extranjeros (i.e., no es una relación puramente local). Tal vez las partes intervinientes son de Estados diferentes. Tal vez la ejecución de la obligación contractual asumida deba cumplirse en un Estado diferente al de uno de los contratantes. Tal vez las partes intervinientes proceden del mismo Estado, pero concluyen un acto jurídico en otro Estado diferente, y luego pretenden que dicho acto concluido en el extranjero produzca efectos en el Estado del foro. Sea cual fuese la situación, se requiere de una solución.

El *quid* de la cuestión está en determinar qué ley tiene “mejor derecho” para resolver esa situación internacional; cuál es la ley designada por la norma de conflicto del foro. Temas como el renvío, la calificación de una situación jurídica determinada, el factor de conexión con el foro, las normas de conflicto, las normas auto-limitadas (*spatially-conditioned*), el estatuto personal, el estatuto real, el fraude a la ley y el orden público y los antiguos principios como la *lex rei sitae*, la *lex loci delicti*, la *lex loci executionis*, la *lex fori regit processum* y la *lex locus regit actum* pertenecen al *conflicto de leyes*.

Pero nuevamente, las barreras diferenciales entre el derecho civil y el *common law* dificultan la concepción uniforme del orden público, pues cada familia tiene concepciones sutilmente distintas sobre el Derecho Internacional Privado. Como lo expone Healy de forma clara y concisa, citando a Pillet y Niboyet<sup>43</sup>:

En la jurisprudencia angloamericana el término “Derecho Internacional Privado” casi no se utiliza; se adopta más el término “*Conflict of Laws*” (conflicto de leyes), lo cual puede parecer extraño para cualquiera que esté familiarizado con la doctrina europea que considera al conflicto de leyes solamente como una parte del Derecho Internacional Privado<sup>44</sup>.

Lo anterior podría explicarse porque los autores angloamericanos conceden al término conflicto de leyes un mayor alcance y amplitud que sus pares

<sup>43</sup> Healy, *Théorie générale de l'ordre public...*, ob. cit., p. 417.

<sup>44</sup> Traducción libre del autor.

Europeos<sup>45</sup>. A esto se agrega que para los autores angloamericanos el “Derecho Internacional” (*International Law*) significa “Derecho Internacional Público”<sup>46</sup> (igual, hay autores como Nussbaum que sostienen que la *public policy* tuvo evolución primero en la jurisprudencia anglosajona y que recién luego aparecería en el derecho civil continental y que una de las causas de esta diferencia se debe a que la capacidad, el estado civil, la capacidad para heredar y otros derechos del fuero “personal” son determinados por el domicilio de las partes, mientras que en derecho civil continental esto lo determina la ley de la nacionalidad<sup>47</sup>).

Sea cual fuere la denominación que el *common law* o cualquier otra familia de derecho le dé al Derecho Internacional Privado, lo cierto y concreto es que el derecho latinoamericano es de tradición romanista<sup>48</sup> y que los países que forman a Latinoamérica poseen sistemas legales sumamente codificados<sup>49</sup>, tanto en derecho privado como en derecho público.

De hecho, muchos Estados latinoamericanos han imitado directamente al derecho francés<sup>50</sup>, italiano<sup>51</sup> o español<sup>52</sup>, adoptando códigos civiles y a veces en forma separada, códigos de comercio. La influencia europea romanista también se dio de parte del derecho alemán<sup>53</sup> (principalmente en el derecho penal), del derecho suizo y del derecho austríaco. El *common law* sin duda ejerció y

<sup>45</sup> Lo cual se confirma con literatura actual acerca del Derecho Internacional Privado inglés, ver por ejemplo Ahmed, Mukarrum, *The nature and enforcement of choice of court agreements. A comparative study*, Oxford, Hart, Bloomsbury, 2017.

<sup>46</sup> Healy, Théorie générale de l'ordre public..., ob. cit., p. 417.

<sup>47</sup> Nussbaum, Arthur, Public Policy and the Political Crisis in the Conflict of Laws, en: *Yale Law Journal*, 1940, Vol. 49, No. 6, p. 1029.

<sup>48</sup> Como enseña Mosset de Espanés, “Cuando las naciones americanas se independizan de la Corona de España, conservan durante mucho tiempo en vigencia el Derecho español, o por lo menos lo hacen hasta que se logra la consolidación política de los Gobiernos patrios”. Cf. Mosset de Espanés, Luis, Derecho civil español y americano, en: *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba, Argentina)*, 1973, año XXVII, p. 67.

<sup>49</sup> Cienfuegos, Carlos Soriano, Circulación de modelos y centralidad de códigos civiles en el derecho privado latinoamericano, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2013, Vol. 46, No 136, pp. 125-164.

<sup>50</sup> Ver Cortabarría, Jorge J., El *Code Napoléon* y sus comentaristas como fuentes del código civil argentino, en: *Revista del Centro de Estudios e Investigaciones de Historia del Derecho, Universidad del Salvador*, 2005, No. 1, pp. 1-14.

<sup>51</sup> Ver Lerner, Pablo, El código civil italiano de 1942 y las reformas al código civil argentino, en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2002, año XXXV, No. 103, pp. 167-196; Hinestrosa, Fernando, Nota sobre el derecho italiano de los contratos en el derecho colombiano, en: *Revista Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia*, 2015, No. 28, pp. 3-9.

<sup>52</sup> Ver González Hernández. Juan Carlos, *Influencia del derecho español en América*, Madrid, Editorial Mapfre, 1992; Sotomayor Garza, Jesús Gerardo, *La influencia del derecho español en México*, Discurso de ingreso en la Real Academia Europea de Doctores, Barcelona, 2017.

<sup>53</sup> Méndez España, Hermes Rafael, Los grandes jurisprudencias latinoamericanas, en: *Repositorio Institucional de la Universidad Iberoamericana de Puebla*, 2009, disponible en: <https://bit.ly/3EPUMjt>

actualmente ejerce una influencia innegable en el Derecho Internacional Privado. Pero no se debe perder de vista el hecho histórico de la constitución misma de los sistemas legales latinoamericanos: descienden, se estructuraron y evolucionaron con una *matriz* de derecho civil continental, no de *common law*. Y principalmente en lo que respecta al Derecho Internacional Privado.

Sin adentrarse mucho en esta disquisición y continuando con la manera en que el orden público se integra al Derecho Internacional Privado, resulta muy obvio que dicha integración ocurre dentro del conflicto de leyes. Un caso sería el de un matrimonio entre un hombre uruguayo con un hombre brasileño. La celebración del matrimonio tuvo lugar en Montevideo, durante unas vacaciones de la pareja. Posteriormente, la pareja pasa a mudarse a Buenos Aires, donde se reconoce su unión matrimonial. Pero luego, la pareja, por motivos de trabajo y tras una oferta laboral que no podían rechazar, se muda a Caracas, Venezuela. Y pretenden que ahí continúen surtiendo los efectos legales de tal unión matrimonial. Sin embargo, el orden público de Venezuela aún considera que el matrimonio se celebra únicamente entre un varón y una mujer, y por lo tanto las cortes venezolanas rechazan cualquier pretensión de reconocimiento de matrimonios entre personas del mismo sexo con base en el orden público. La ley de celebración del acto fue la ley uruguaya, que reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo. La ley nacional de cada uno de los consortes (o la ley del domicilio si se quiere) era la ley uruguaya y brasileña correspondientemente, ambas reconocen al matrimonio entre personas del mismo sexo. Luego, al mudarse la pareja a Buenos Aires, se pretende el reconocimiento legal de la unión matrimonial, lo cual es concedido por las cortes de Buenos Aires, en aplicación de la normativa argentina (la ley argentina también reconoce legalmente a los matrimonios entre personas del mismo sexo). Hasta ese momento, intervinieron 3 leyes diferentes sobre el mismo acto, el matrimonio entre un uruguayo y un brasileño y las 3 leyes aplicables reconocían la legalidad de los matrimonios entre personas del mismo sexo. Pero después, cuando la pareja se muda a Caracas, interviene el orden público venezolano en un claro conflicto de leyes, para evitar que se produzcan efectos legales de un matrimonio de personas del mismo sexo en suelo venezolano (Venezuela no reconoce la legalidad de las uniones matrimoniales entre personas del mismo sexo).

Evidentemente, toda noción bajo el manto de orden público es volátil y cambia con efecto del tiempo, sea argentina, brasileña, venezolana o uruguaya,

al igual que los ejemplos de la esclavitud y del matrimonio interracial que se vio páginas arriba. El conflicto de leyes constituye así una parte de la teoría general de Derecho Internacional Privado

Los Estados latinoamericanos no han logrado concluir un instrumento internacional sobre el conflicto de leyes de forma general aparte de los célebres Tratados de Lima, de La Habana y de Montevideo, todos realizados entre la última parte del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX<sup>54</sup>. La escasa ratificación de la Convención de México de 1994 es testigo de la falta de acuerdo sobre ley aplicable en materia apenas en la esfera contractual<sup>55</sup>; no es necesario ahondar en todas las áreas del Derecho latinoamericano en donde no hay acuerdo sobre la ley aplicable.

Por otra parte, se encuentra el conflicto de jurisdicciones, que comprende las reglas de competencia internacional y las normas de procedimiento aplicadas por los tribunales cuando son llamados a conocer un litigio con elementos de internacionalidad o cuando son llamado a reconocer y ejecutar una decisión extranjera.

Los doctrinarios categorizan como conflicto de jurisdicciones a aquellas situaciones relativas a un contencioso privado internacional delante de jurisdicciones nacionales o supranacionales.

Al igual que en el conflicto de leyes, las reglas destinadas a regir los litigios internacionales fueron en principio formuladas de forma unilateral por cada Estado. Pero ello resultó en numerosos casos de litispendencia internacional y en múltiples procedimientos concurrentes en varios Estados diferentes, generándose una peligrosa cuantía de sentencias contradictorias.

Para prevenir tales situaciones los Estados han concluido varios instrumentos internacionales para regir el problema de la competencia internacional (principalmente en materia civil y comercial), como son los diversos instrumentos internacionales de cooperación judicial concluidos en la región latinoamericana, tanto por la Comunidad Andina<sup>56</sup> como por el MERCOSUR<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> Revoredo de Mur, Delia, La autonomía de la voluntad y ley aplicable al contrato internacional en Latinoamérica, en: *Themis*, 1994, No. 30, pp. 231-241.

<sup>55</sup> Solamente 2 Estados (México y Venezuela) han ratificado dicha Convención.

<sup>56</sup> Ver: Comité Ejecutivo Andino del Plan de Lucha contra la Corrupción. *La cooperación judicial en la persecución de delitos y la recuperación de activos en la comunidad andina de naciones*, Lima, 2010, disponible en: <https://bit.ly/3rP9jXu>

<sup>57</sup> Sin duda uno de los más avanzados cuerpos jurídicos en materia regional de Latinoamérica sobre la competencia judicial es el Protocolo de Buenos Aires de 1994 sobre jurisdicción internacional en materia contractual.

El conflicto de jurisdicciones lidia con sus propios problemas, a saber, la litispendencia internacional<sup>58</sup>, la concurrencia de procedimientos internacionales conexos, la *res judicata* en el plano internacional, entre otros.

En resumen, el conflicto de jurisdicciones se preocupa por establecer cuál es el foro competente para estudiar a un litigio internacional, al que aplicará llegado el momento, la ley que estime aplicable (sea la *Lex fori* o ley extranjera) según lo deducido por un análisis de conflicto de leyes. El conflicto de jurisdicciones y el conflicto de leyes son dos asuntos que, si bien a veces van en paralelo, no son la misma cosa.

El orden público, siendo un mecanismo de exclusión de la ley extranjera normalmente aplicable, es una figura que cumple su rol esencial en el conflicto de leyes.

## 2. ¿Para qué sirve el orden público?

El 99% de la doctrina jurídica de Derecho Internacional Privado sin importar su procedencia se ha enfocado únicamente en la “naturaleza” del orden público. Ríos y ríos de tinta se han dedicado a la diferencia del orden público con las leyes de policía<sup>59</sup>, al efecto atenuado del orden público<sup>60</sup> y más globalmente a los límites de la autonomía de la voluntad en el plano internacional<sup>61</sup>.

Sin embargo, la colosal tarea de lo anterior deja poco o nulo espacio para un esfuerzo intelectual que importa tanto como la forma en lo que respecta al orden público en el Derecho Internacional Privado: su *raison d'être*, su funcionalidad, las bases mismas que justifican su intervención en el conflicto de leyes.

Muchos autores han ligado a la funcionalidad del orden público con la soberanía de un Estado (del foro)<sup>62</sup>. Esto explicaría la mayor “elasticidad” de las intervenciones del orden público del foro ante una decisión de arbitraje internacional<sup>63</sup>, pues las jurisdicciones domésticas extranjeras son percibidas por el foro

<sup>58</sup> Ver el comentario a la sentencia de la Corte de Casación francesa del 26 noviembre 1974 en Ancel y Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé...*, ob. cit., pp. 505 ss.

<sup>59</sup> Ver la maravillosa exposición que se realiza en Nord, *Ordre Public et Lois de Police...*, ob. cit.; asimismo, consultar en Bucher, *L'ordre public et le but social des lois...*, ob. cit.

<sup>60</sup> Ancel y Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé...*, ob. cit., p. 240, comentario a la sentencia *Rivière* (Casación francesa, 17 de abril de 1953).

<sup>61</sup> Cordero-Moss, *Limitations on party autonomy in international commercial arbitration...*, ob. cit., pp. 169-190.

<sup>62</sup> Ver Bucher, *L'ordre public et le but social des lois...*, ob. cit., p. 45.

<sup>63</sup> Radicati di Brozolo, *Arbitrage commercial international et lois de police*, ob. cit., p. 288.

como la expresión directa de la soberanía extranjera, y dejar que esa “expresión de la soberanía extranjera” penetre al orden jurídico del foro con soluciones legales que le pudiesen resultar inaceptables (ya sea porque lesiona principios y valores sociales fundamentales, porque emanan de una jurisdicción extranjera cuya competencia internacional estaba en duda, porque posiblemente vulnera el consentimiento de las partes intervinientes en esa relación jurídica internacional, etc.) podría ocasionar una fricción más acentuada que con el arbitraje comercial internacional, pues es sabido que los árbitros no están atados a ningún foro judicial<sup>64</sup>.

Sin embargo, una mera justificación de la intervención del orden público por cuestiones de soberanía resulta insuficiente y engañosa.

Insuficiente porque como se observó más arriba, el orden público es una figura cambiante y reactiva a los efectos circunstanciales (ubicación geográfica, clima, postura política de los Estados vecinos, etc.) y temporales entonces no puede ser el defensor de la soberanía por el simple hecho de que lo que hoy es “de orden público”, probablemente en cuestión de años ya no lo será más. Admitir que la soberanía corre la misma suerte, es decir, que la soberanía “hoy es y mañana no sabemos” es simplemente tomar como algo cambiante algo tan fijo y relevante como la soberanía estatal.

Es también una afirmación engañosa, pues, como también se observó más arriba, son las leyes de policía las encargadas por velar por el cumplimiento de las normas jurídicas estructuralmente fundamentales de un Estado. Por lo tanto, corresponde “en mejor derecho” a las leyes de policía velar por la soberanía estatal, pues la vulneración de una disposición considerada estructuralmente fundamental por el Estado del foro podría comprometer su soberanía.

No está demás resaltar que mientras que el orden público es volátil y reactivo a los cambios sociales, las leyes de policía son más fijas y predecibles. Creer que corresponde al orden público velar por los intereses soberanos del Estado del foro sería simplemente confundir nuevamente al orden público con las leyes de policía.

No hay que olvidar que en el Derecho latinoamericano y en la práctica de sus tribunales, es de primordial jerarquía el principio de legalidad. Este principio de derecho público es muy relevante en Latinoamérica y fue en principio una herencia del derecho administrativo europeo, que luego se trasladó al derecho

<sup>64</sup> Loquin, Éric, *L'arbitrage du commerce international*, Paris, Lextenso, 2015, p. 12.

público en general, abarcando desde el derecho constitucional<sup>65</sup> hasta el derecho penal<sup>66</sup>. Pero no tiene un equivalente en el *common law*. Tal vez se lo pueda equiparar al *rule of law*, pero son igual muy distintos.

La máxima del principio de legalidad resume con precisión su postulado “*todo lo que no está expresamente permitido, está prohibido*”, que es lo opuesto al principio de licitud del derecho privado<sup>67</sup>, gobierna toda la actuación del agente estatal, el que se encuentra en una posición opuesta a las personas del derecho privado. La autoridad no puede limitarse a examinar si el acto no le está prohibido, sino que debe asegurarse que el mismo esté positivamente autorizado<sup>68</sup>.

El Juez es un agente del Estado del foro, y, por ende, todo su actuar está supeditado al principio de legalidad, incluida la actividad jurisdiccional de reconocer una solución legal brindada por derecho extranjero que pudiese lastimar o vulnerar consideraciones, valores o principios “de orden público” del foro. Tal vez a través de la transversalidad del principio de legalidad en el Derecho de los Estados latinoamericanos se pueda encontrar una explicación que justifique la exclusión del derecho extranjero normalmente aplicable por el Juez del foro en virtud a razones “de orden público”.

Así las cosas, un Juez está constreñido a excluir cualquier solución legal brindada por un derecho extranjero, por más de que considere a dicha solución extranjera como correcta o apropiada, pues no está “expresamente facultado” para reconocer soluciones jurídicas que no coincidan con el ordenamiento del foro.

En términos prácticos, un Juez venezolano (en donde aún no se admitió la legalidad de los matrimonios entre personas del mismo sexo) no podría reconocer o ejecutar legalmente una decisión extranjera que implique el matrimonio entre dos personas del mismo sexo, aún en el caso de que todos los otros Estados de Latinoamérica entera ya lo reconozcan.

---

<sup>65</sup> El principio de legalidad tiene rango constitucional en varios Estados latinoamericanos, como es el caso de la constitución de Paraguay de 1992 en su art. 257.

<sup>66</sup> El principio de legalidad también está presente en la mayoría de los Derechos latinoamericanos, como es el caso del art. 1 del código penal paraguayo.

<sup>67</sup> Lacasa, Pedro, *Infraestructura municipal: personería jurídica, contratos de construcción y arbitraje*, Buenos Aires, IJ Editores, 2021, p. 38.

<sup>68</sup> Cf. Villagra Maffiodo, Salvador, *Principios de Derecho Administrativo*, Asunción, Servilibro, 2011, IV edición, p. 27.



Igual suerte correrá el Juez paraguayo que se enfrente a una petición de reconocimiento de matrimonio entre dos personas del mismo sexo concluido en otro Estado (Argentina, por ejemplo). El Juez paraguayo seguramente rechazará la pretensión bajo el argumento del “orden público” paraguayo, ya que, en virtud del principio de legalidad, el Juez puede realizar solamente lo que le esté *expresamente* permitido. Y eso no lo está de forma *expresa*.

Puesto de otra manera: tanto el Juez venezolano como el Juez paraguayo están motivados para rechazar cualquier pretensión que esté basada en una solución apoyada en derecho extranjero que consagre una figura jurídica desconocida o prohibida en el foro (es más, basta que la solución jurídica no esté *expresamente* permitida en el ordenamiento del foro).

En derecho paraguayo, por ejemplo, el art. 4 de la ley 1/1992 “De reforma parcial del código civil” reza que “el matrimonio es la unión voluntariamente concertada entre un varón y una mujer legalmente aptos para ello”. A *contrario sensu*, toda unión entre personas del mismo sexo (solamente hay dos posibilidades: hombre + hombre o mujer + mujer) no es un matrimonio legal a ojos de la ley paraguaya.

Entonces el Juez paraguayo, que actúa bajo el principio de legalidad de que “todo lo que no está expresamente permitido, está prohibido”, evidentemente mostrará una reticencia natural al estar frente a una decisión extranjera proveniente del derecho extranjero a la cual no está expresamente autorizado de reconocer. En otras palabras, el Juez paraguayo está expresamente autorizado a reconocer la unión entre un varón y una mujer como matrimonio, no más y no menos. Por tanto, no está expresamente autorizado a reconocer otros tipos de uniones matrimoniales, aunque provengan de Estados vecinos, aunque la sociedad paraguaya acepte este tipo de uniones matrimoniales, aunque el propio Juez sea proclive a las uniones de hecho entre personas del mismo sexo. Simplemente no podrá porque la ley no le autoriza. El principio de legalidad viene a ser un contralor del orden público.

Este rasgo particular de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos terminaría siendo un peligro para la administración de justicia. Cuando el principio de legalidad se convierte en el contralor del orden público, el orden público ya no pasa a ser un conjunto de principios fundamentales de la sociedad del foro; pasa a ser meramente lo que el Juez dice que es, o lo que la ley dice que es.

Las sociedades evolucionan a través del tiempo y sus concepciones de lo que está mal y está bien también varían a través del tiempo. O sea, es el colectivo social lo que se refleja en las leyes jurídicas, no al revés. Pero cuando una ley impone por la fuerza qué es o qué no es de “orden público”, la situación se vuelve más delicada, y a veces hasta peligrosa.

Un ejemplo de esto se encuentra nuevamente en el derecho paraguayo, en el art. 2 de la ley 1/1992 “De reforma parcial del código civil” que reza:

la unidad de la familia, el bienestar y protección de los hijos menores y la igualdad de los cónyuges son principios fundamentales para la aplicación e interpretación de la presente ley. Dichos principios son de orden público y no podrán ser modificados por convenciones particulares, excepto cuando la ley lo autorice expresamente.

En estas líneas, la ley le dice a toda la sociedad paraguaya que la “unidad de la familia” (entendida únicamente como un matrimonio legal a los ojos del art. 4 de dicha ley + hijos) es un principio fundamental de orden público y que cualquier convención en contrario no tendrá validez, salvo si la ley emite una autorización expresa, aparte de que no tiene en cuenta la evolución de los objetivos de las normas de conflicto a decir de Bucher<sup>69</sup>.

Poco importa lo que la sociedad paraguaya realmente sienta o piense en un determinado momento; poco importa el valor que le otorgue la sociedad paraguaya a las uniones matrimoniales entre personas del mismo sexo; se ha decretado con fuerza de ley lo que es “la familia” y lo que no lo es, al más puro estilo de *dura lex, sed lex*.

En ese caso el Juez no reflejará en su decisión judicial los principios fundamentales o valores de la sociedad paraguaya de un momento determinado. Solamente reflejará lo dispuesto por la ley. El orden público, siendo preso del principio de legalidad, se transforma así en una ley, no en un principio fundamental.

El Derecho es uno solo. Hay un solo derecho paraguayo. No hay más que un derecho colombiano. El derecho de un Estado, como expresión jurídica de su soberanía, es uno solo. No puede haber más de un derecho.

Solamente hay variedad en las áreas de este derecho: derecho comercial, derecho internacional, derecho constitucional, derecho notarial, etc. Es necesaria una mejor coordinación con las áreas jurídicas distintas al Derecho Internacional

---

<sup>69</sup> Bucher, L'ordre public et le but social des lois... ob. cit, p. 78.

Privado para una mejor propuesta legal de parte de los Estados. Las leyes están destinadas a gobernar la sociedad del Estado del cual emanan. La sociedad de ese Estado es la destinataria primaria de esa actividad legislativa.

En lo que concierne al orden público, es necesaria una coordinación satisfactoria entre el Derecho Internacional Privado y el Derecho Administrativo (o si se quiere, Derecho Público) para evitar dolores de cabeza legales como el que se acaba de observar.

Pese a ello, se destaca que ninguna sociedad de un Estado es igual a la de otro. Eso es categórico. El Derecho de un Estado es el reflejo de la sociedad a la que se impone; todas las normas jurídicas tienen una base social (y esa base social es única). Ergo, ningún derecho doméstico es igual (Latinoamérica no es la excepción).

Como la sociedad puede cambiar constantemente en base a las circunstancias que le rodean (clima, ubicación geográfica, rol que juega en el comercio internacional, posturas políticas de los Estados vecinos, su pertenencia a organizaciones regionales, etc.), también cambia su Derecho.

El orden público sirve para proteger los valores y principios (aunque cambiantes y fluidos) de una sociedad determinada en un momento histórico determinado, y se erige en el conflicto de leyes como un mecanismo *a posteriori*<sup>70</sup> que puede excluir al derecho extranjero cuando la solución brindada por este puede lesionar a dichos valores y principios.

El orden público es el último cartucho con el que cuenta el Juez del foro para hacer respetar y prevalecer los valores y principios fundamentales del foro frente a una solución que podría vulnerar dichos principios fundamentales. Por esta razón, su rol preponderante se encuentra en el conflicto de leyes. En otras palabras, al orden público no le preocupa tanto quién adjudica el litigio internacional (o sea de dónde emanó la decisión), lo que en realidad le preocupa es el contenido de esa decisión y su correspondencia con los *principios fundamentales* del foro.

---

<sup>70</sup> Bucher explica que “la cláusula de orden público supone un ejercicio de comparación entre la solución brindada por el derecho extranjero con los principios esenciales del ordenamiento jurídico del foro. Ver Bucher, *L'ordre public et le but social des lois...*, ob. cit. p. 47. No se puede llegar a ese estadio comparativo a través de un razonamiento *a priori* (como con las leyes de policía). Para llegar a ese análisis de “necesidad de intervención” del orden público es necesario dejar al derecho extranjero normalmente aplicable proveer la solución según sus reglas, y solamente si dicha solución lesiona principios fundamentales del foro, ahí entra a intervenir el orden público (razonamiento *a posteriori*).

### C. El orden público interno y el orden público internacional

Finalmente es momento de exponer la clasificación tradicional del orden público: orden público interno y orden público internacional. El orden público, si bien pertenece al Derecho Internacional Privado, es una figura de larga data que apareció en el derecho romano como una prohibición de derogar a través de convenciones particulares al derecho público:

*Nullum pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos columnus videre subsecutum, qui contrahun Lege contrahere prohibente; Pacta quoe contra leges consitutionesque vel contra bonos mores fiunt nulam vim habere indubiati iuris est.*

Las bases modernas para la figura del orden público en el Derecho Internacional derivan de Savigny y de Story. Pero ninguno de ellos utilizó de forma directa el término “orden público”; en su lugar, exponían el mecanismo para excluir al derecho extranjero aplicable cuando su contenido podría vulnerar principios fundamentales del foro<sup>71</sup>.

Aun así, el principio del “orden público” ha sido incorporado en los códigos civiles de los Estados europeos y se han trasladado a los códigos civiles de Latinoamérica. En cuanto al derecho internacional convencional, el orden público estuvo presente en los tratados internacionales concluidos durante la segunda mitad del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX como el Tratado de Lima<sup>72</sup>, en los Tratados de Montevideo (1889 y 1940) y en el Código de Bustamante.

El Código de Bustamante fue pionero en Latinoamérica en la clasificación del orden público, pues ya en su art. 3 diferenciaba entre orden público interno e internacional.

Esta clasificación nació en un principio para evitar que nociones puramente domésticas interfirieran en una relación jurídica internacional. Permitir a un Juez que rechace la ejecución de una decisión extranjera o permitir a un Juez anular una decisión con elementos de internacionalidad, solamente porque la solución dada por dicha decisión puede resultar diferente a la solución brindada por la ley del foro sería permitir a un Juez ir en contra de los postulados del Derecho Internacional Privado. Este entendimiento es unánime en el arbitraje comercial

<sup>71</sup> Dolinger, Jacob, World Public Policy: Real International Public Policy in the Conflict of Laws, en: *Texas International Law Journal*, 1982, Vol. 17, No. 2, pp. 167-194.

<sup>72</sup> Art. 54.

internacional<sup>73</sup> y se asevera que tal interpretación iría en contra de la Convención de Nueva York de 1958 y de la Ley Modelo de la CNUDMI<sup>74</sup>, aunque (como en todas las cosas que rodean al orden público) hay autores de peso en contra de este argumento<sup>75</sup>.

Destaca Didier Opperti, para dar un ejemplo latinoamericano, que la confusión entre orden público interno e internacional que el Uruguay es de la interpretación que las excepciones aludidas al “orden público” (a secas) en temas como el arbitraje internacional y las cartas rogatorias, se refiere al orden público internacional, posición discutida por otros doctrinarios de derecho internacional privado y de arbitraje internacional<sup>76</sup>.

Por más que se quiera argumentar la existencia de un “orden público internacional”, las bases existenciales del “orden público” son la defensa y protección doméstica de los principios fundamentales del foro ante una norma extranjera. Por supuesto, esta concepción muy territorialista ha derivado en abusos de parte de los tribunales domésticos del foro para evadir así las reglas aplicables según las normas del Derecho Internacional Privado<sup>77</sup>. Con la explosión del multilateralismo y del comercio internacional después de la II guerra mundial se quería evitar que las nociones puramente provinciales de una comunidad específica pudieran alterar las convenciones realizadas en el plano internacional. Algunos autores incluso se pronunciaron en contra de las concepciones “parroquiales” del orden público como Goldman<sup>78</sup> y Maury<sup>79</sup>.

<sup>73</sup> Como relata James Fry “una idea persiste en la literatura sobre arbitraje internacional en que la excepción de orden público en el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales debe basarse en un verdadero orden público internacional y no en las nociones domésticas del foro acerca del orden público”. Fry, James D., *Désordre public international under the New York Convention: With a Truly International Public Policy*, en: *Chinese Journal of International Law*, 2009, Vol. 8, No. 1, p. 82-83.

<sup>74</sup> Cordero-Moss, *Limitations on party autonomy in international commercial arbitration*, ob. cit., p. 170.

<sup>75</sup> Gary Born por ejemplo sostiene que “although there is debate concerning the topic, there can be little doubt that the public policy which may be invoked to resist recognition of an award under Article V (2) of the New York Convention and Article 36 (1) (b) of the UNCITRAL Model Law is national public policy. This is explicit in the text of Article V (2) (b), which refers to the public policy ‘of that country’”. Born, Gary, *International Commercial Arbitration*, Kluwer International, 2021, 3<sup>rd</sup> ed., p. 4.007.

<sup>76</sup> Opperti, *El Arbitraje Comercial Internacional en el Sistema Interamericano...*, op. cit., pp. 30, 33.

<sup>77</sup> Dolinger, *World Public Policy: Real International Public Policy in the Conflict of Laws*, ob. cit., p. 169.

<sup>78</sup> Goldman, B., *La protection internationale des droits de l’homme et l’ordre public international dans le fonctionnement de la règle de conflit des lois*, en: *International Institut International des Droits de l’Homme, Fondation René Cassin*, 1969, pp. 450-451.

<sup>79</sup> Maury, Jacques, *L’éviction de la loi normalement compétente : l’ordre public international et la fraude à la loi*, en: *Cuadernos de la Cátedra « Dr James Brown »*, 1952, p. 140.

Por tanto, el orden público internacional posee un alcance mucho más restringido que el interno. Se vincula al orden público internacional con los principios subyacentes en los Derechos Humanos y también con el *jus cogens* (aunque la expansión de los Derechos Humanos en el plano internacional y su mezcla con la noción del *jus cogens* también ha contribuido a la penetración del derecho interno del foro por parte de “normas internacionalmente imperativas”, lo cual parecería más una internacionalización de leyes de policía que una concepción de orden público internacional. La intervención de las normas internacionales concernientes a los Derechos Humanos o al *jus cogens* tienden a una apreciación *a priori* antes que a un razonamiento comparativo *a posteriori*, principalmente si las mismas emanan de instrumentos internacionales).

Esto explica como en el arbitraje internacional la revisión que se realiza sobre un laudo proveniente de un lugar extranjero o proveniente de un arbitraje internacional versa sobre las nociones de orden público internacional (del foro) y no en las concepciones del orden público interno (del foro)<sup>80</sup>.

De igual manera, no se ha podido definir de forma precisa a lo que debe entenderse en todos los foros como “orden público internacional”. No obstante, se ha coincidido según lo relata el *Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards* de la ILA<sup>81</sup> que el orden público internacional es aquel principio que protege al foro de violaciones a las nociones básicas de moralidad y de justicia<sup>82</sup>, lo cual refuerza el argumento de que i) el orden público se basa en principios, mismo sea el orden público “internacional”, ii) los principios de moralidad son altamente volátiles considerando las circunstancias geográficas y temporales, por ende, ni siquiera el orden público internacional puede alcanzar ser un estándar fijo.

Sea cual fuere el debate por las definiciones de orden público interno e internacional (ríos y ríos de tinta han sido dedicados a este tópico), lo innegable es que ambos “órdenes públicos” emanan de la misma persona, i.e., el foro. Lo cual ha restado legitimidad en la concepción de un “orden público internacional”, pues, siempre emanará del foro, por tanto (y es la crítica existente) la idea flotante

<sup>80</sup> Gaillard, Emmanuel y John Savage (eds), *Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, p. 887.

<sup>81</sup> International Law Association.

<sup>82</sup> International Law Association, *Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards*, 2000, p. 4.

de un “orden público internacional” es una simple reducción de conceptos intervinientes, pues siempre la que intervendrá será la ley del foro, pero esta vez con un filtro que reduce los casos de intervención. Un ejemplo es el art. 46 (b) de la ley de arbitraje y mediación de Paraguay (ley No. 1879/2002), que utilizando ambas nociones en el mismo articulado, reza “Solo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera sea el Estado en que se haya dictado, cuando... b) el juez compruebe que, según la legislación paraguaya, el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público internacional o del Estado paraguayo”.

### Conclusiones

Muchas conclusiones se pueden deducir acerca del rol del orden público en el Derecho Internacional Privado y su coordinación o complementariedad con las leyes de policía y el efecto de concepciones “nacionales” en litigios de un orden jurídico “transnacional”<sup>83</sup>.

Sin embargo, hay muchas utilizaciones de los términos “orden público internacional” y “orden público (interno)” en las leyes nacionales de arbitraje, en los códigos civiles, en leyes extra-código, etc., de los Estados latinoamericanos.

Estas disposiciones concernientes al “orden público” no solamente adolecen muchas veces de poca coordinación con las otras aristas del derecho de un Estado (como el derecho administrativo, los Derechos Humanos, etc.) sino que muchas veces resultan en soluciones que son distintas a las soluciones de Estados vecinos con los cuales se comparte muchos de los principios fundamentales de la sociedad, la historia y el idioma.

Estas concepciones irreconciliables se acentúan aún más en litigios donde interviene una parte estadounidense o europea.

Mucho se ha debatido y estudiado sobre la existencia de un verdadero orden público latinoamericano. Pero parece más importante, en vez de intentar encontrar al orden público latinoamericano, primero entender<sup>84</sup> al orden público *en* Latinoamérica, esto es, comprender la aplicación de este instituto por parte de cada Estado de Latinoamérica.

---

<sup>83</sup> Ver al respecto Gaillard, Emmanuel, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

<sup>84</sup> Al menos de forma general.