

El orden público y su rol en el Derecho internacional privado

Rubén Darío Valdivieso Ruíz*

AMDIPC, 2024, No. 6, pp. 353-369.

Una ciencia sin parte general es como una persona sin cabeza.

Werner Goldschmidt¹

Resumen

El objetivo de este trabajo es analizar el rol del orden público en el Derecho Internacional Privado. Para esto, hablaremos de sus orígenes, evolución teórica y los efectos de su funcionamiento. Sin embargo, no buscamos un análisis extenso de esta compleja institución, sino más bien un desarrollo sencillo que abarque la mayor cantidad de puntos posibles sobre la misma, de forma tal que se aclaren algunos puntos controversiales de esta. Así, en este ensayo hablaremos del origen del orden público, sus presupuestos de existencia y de funcionamiento, así como hacer precisiones terminológicas y una sencilla delimitación del contenido y alcance de la misma. Por último, trataremos el rol del orden público en el Derecho internacional Privado venezolano y la forma como este opera en nuestro sistema.

Abstract

The purpose of this writing is to analyze the role of Public Policy (often called Public Order) in Conflicts of Law. With that in mind, we will discuss its origins, theoretical evolution, and the effects of its operation. However, we are not seeking an extensive analysis of this complex legal institution, but rather a simple explanation that covers as many points as possible about it, in order to clarify some of its controversial topics. Thus, in this essay, we will discuss the origin of public order, its prerequisites for existence and operation. Additionally, we will provide some terminological clarifications and a simple delineation of its content and scope. Finally, we will address the role of public order in Venezuelan Conflicts of Law and how it operates within our system.

Palabras Clave

Derecho internacional privado. Instituciones generales. Orden público. Arbitraje. Contratación internacional. Arbitrabilidad. Reconocimiento.

Key Words

Private International Law. General institutions. Public policy. Arbitration. International contracts. Arbitrability. Recognition.

Sumario

Introducción. I. Generalidades. A. Origen (Mancini *versus* Savigny). B. Diferencia entre orden público interno e internacional. C. La cuestión terminológica. D. Presupuestos, límites y momentos de funcionamiento del orden público. E. Efectos del funcionamiento del orden público. F. Soluciones doctrinarias al funcionamiento del orden público. G. Conclusión. II. El orden público en el Derecho internacional privado venezolano. Conclusiones.

□ Abogado egresado de la UCV. Tesista de la Maestría de Derecho Internacional Privado y Comparado. Asociado en el despacho de abogados Rodner, Martínez & Asociados. <https://acortar.link/KfWXfa>

¹ Goldschmidt, Werner, *Derecho internacional privado. Derecho de la tolerancia*, Buenos Aires, Ediciones Depalma. 7ª ed., 1990.

Introducción

Hemos querido iniciar con una frase de uno de los grandes maestros del Derecho Internacional Privado (DIPr) en Latinoamérica. En efecto, una ciencia sin parte general, es como una persona sin cabeza, es esta parte general lo que dota de autonomía a una disciplina y la distingue de otra. En nuestro caso, ya se ha acordado que el DIPr es una rama autónoma del Derecho y que esto se debe, en parte, a las instituciones generales. Una de estas instituciones es el orden público.

El orden público como institución del DIPr cumple un rol fundamental, ya que permite el funcionamiento del sistema conflictual, el control del resultado del mismo y el reconocimiento de las decisiones extranjeras.

Según la concepción que adoptemos sobre el orden público sus efectos serán más o menos perceptibles en la práctica. Sin embargo, y a pesar de esto, la doctrina aún se encuentra dividida sobre la “existencia” o no del mismo, o para ser precisos, sobre el carácter internacional de este.

Otro de los problemas que surgen en la práctica al hablar del orden público y su rol dentro del DIPr venezolano, viene por la forma en que funciona esta institución al momento del reconocimiento de decisiones judiciales o de laudos arbitrales extranjeros.

Estos y algunos otros problemas son los que buscamos tratar en este brevísimo trabajo sobre una de las instituciones más complejas de la parte general del DIPr.

I. Generalidades

A. Origen (*Mancini versus Savigny*)

Lo primero que debemos destacar en este aparte es el desarrollo histórico de lo que llamamos orden público, es decir, su origen, los presupuestos de existencia y las concepciones doctrinarias del mismo; como segundo punto, hablaremos de la diferenciación entre el orden público en el ámbito interno y el orden público internacional, orden público en el DIPr u orden público trasnacional; seguidamente, debemos definir la terminología para evitar confusiones, sin que estas precisiones terminológicas tengan la intención de seguir una determinada posición doctrinal; y, por último, como corolario de este aparte, hablaremos de la noción, de lo que debemos entender por orden público o a qué nos referimos cuando usamos esta expresión.

Como primer punto creemos necesario hacer un breve repaso por los orígenes de la institución, los presupuestos de existencia de la misma y los planteamientos doctrinarios de esta

en la obra de Savigny y de Mancini, quienes, como veremos más adelante, tienen concepciones totalmente opuestas de la misma. Según la concepción doctrinaria que tomemos, el orden público tendrá una mayor o menor influencia en la práctica y, además, será diferente el momento en que el mismo funcione.

El orden público, según algunos doctrinarios, tiene su origen en las primeras escuelas estatutarias², y en la distinción que estas hacían entre los estatutos “odiosos” y los estatutos “favorables”. Los estatutos odiosos eran aquellos a los que por su naturaleza se les negaban efectos extraterritoriales, mientras que, por el contrario, los estatutos favorables eran aquellos a los que se les concedía tal efecto³. Por su parte, otro sector de la doctrina⁴, señala que esta institución nace de las ideas de Savigny. Por nuestra parte, estimamos que el orden público debe su planteamiento original a Savigny de acuerdo con lo señalado con el propio Goldschmidt⁵ y otros autores⁶.

Por su parte, Goldschmidt⁷, señala que deben darse dos presupuestos para la existencia del orden público, el primero es la existencia de una diversidad ideológica dentro de las naciones que aplican su Derecho mutuamente; y, el segundo es la existencia de una obligación jurídica de aplicar el Derecho de los otros Estados.

Enlazado con este segundo presupuesto, Savigny plantea que los estados tienen una obligación jurídica de aplicar el Derecho de los demás estados miembros de la comunidad jurídica internacional⁸, sin embargo, cuando, en cumplimiento de esta obligación, el resultado de la aplicación del Derecho Extranjero es contrario a las normas rigurosamente imperativas del foro, el estado puede abstenerse de aplicarlo⁹. Ahora bien, conviene hacer una mayor precisión en este punto, para luego ver el contraste de las dos posiciones doctrinarias (entre Savigny y Mancini). De acuerdo con lo expuesto por Wolff¹⁰, Savigny determinó que estas normas imperativas pertenecen a dos categorías: las que se dictan en provecho de ciertas personas y las que se dictan en provecho de la sociedad, es decir, con interés público. Estos dos

² Maekelt, Tatiana de, *Teoría general del Derecho internacional privado*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Centro de Investigaciones Jurídicas, 2ª ed. actualizada y ampliada, 2ª reimp., 2014, p. 356.

³ Mijaja de la Muela, Adolfo, Las normas materiales de Derecho internacional privado, en: *Revista Española de Derecho Internacional*, 1963, Vol. 16, No. 3, p. 429.

⁴ Goldschmidt, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 147.

⁵ Goldschmidt, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 19.

⁶ Parra-Aranguren, Gonzalo, *Curso general de Derecho internacional privado. Problemas selectos y otros estudios*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 3ª ed. revisada, 2000, pp. 123 ss.

⁷ Parra-Aranguren, *Curso General...*, ob. cit., pp. 147 ss.

⁸ Parra-Aranguren, *Curso General...*, ob. cit., p. 123.

⁹ Parra-Aranguren, *Curso General...*, ob. cit., p. 123.

¹⁰ Wolff, Martin, *Derecho internacional privado* (Trad. A. Marín López), Barcelona, Bosch, 1958, pp. 162 ss.

grupos de normas fueron más adelante denominadas como leyes de orden público interno, las primeras, y leyes de orden público internacional, las segundas¹¹.

Para Kegel¹², el fundamento de las normas del segundo grupo que estableció Savigny, es la protección de ciertos intereses. Estos intereses pueden ser morales, políticos o económicos. Estas normas, por tanto, protegen intereses fundamentales del Estado contra los cuales choca el resultado de la aplicación del Derecho extranjero. Sin embargo, es importante resaltar que el orden público, como institución, reviste un carácter excepcional a pesar del rol fundamental que se le asigna en virtud de esta fundamentación¹³. Este carácter se desprende la función misma que se le ha asignado a la institución.

Por otra parte, Mancini, según diversas fuentes¹⁴, plantea una concepción opuesta de la institución que comentamos. El rol o función que le asigna Mancini y sus seguidores¹⁵ al orden público no es de carácter excepcional pues, de acuerdo a su ideario político¹⁶, el orden público debe cumplir una función correctiva frente a la aplicación excesiva de Derecho extranjero. De allí que las normas que excluyen la aplicación del Derecho extranjero, son concreciones, o más bien deducciones, de los principios del DIPr¹⁷. Maekelt, al comentar las ideas de Mancini señala que esta doctrina nace dentro de las corrientes territorialistas que otorgan importancia excesiva a la ley del foro, al punto de confundir el orden público con el Derecho Público del foro, por lo que resultan opuestas a la corriente universalista de Savigny¹⁸. De esto se desprende una segunda característica diferenciadora entre las ideas de Mancini y de Savigny, para el primero, el orden público funciona de forma debido a la función correctiva que se le ha otorgado a esta institución general¹⁹. Mientras que para Savigny, como dijimos *supra*, el orden público opera con posterioridad.

En resumen, existe diferencias entre estas dos ideas o planteamientos: primero, el carácter excepcional según Savigny se opone al carácter regular de Mancini; segundo, el carácter apriorístico de Mancini se opone a lo enunciado por Savigny, quien estima que, dado

¹¹ Wolff, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 163.

¹² Kegel, Gerhard, *Derecho internacional privado* (Trad. M. Betancourt Rey), Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1982, p. 314.

¹³ Wolff, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 163; Parra-Aranguren, *Curso general...*, ob. cit., p. 124; Maekelt, *Teoría general...*, ob. cit., p. 357, etc.

¹⁴ Wolff, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 163; Parra-Aranguren, *Curso general...*, ob. cit., p. 124; Maekelt, *Teoría general...*, ob. cit., p. 357.

¹⁵ En el sistema de DIPr venezolano, como veremos más adelante, se encuentra el Código Bustamante como ejemplo viviente de la concreción de esta posición doctrinaria.

¹⁶ Esto como consecuencia de que Mancini basaba su sistema en la nacionalidad. Maekelt, *Teoría general...*, ob. cit., p. 356.

¹⁷ Wolff, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 163.

¹⁸ Maekelt, *Teoría general...*, ob. cit., p. 356.

¹⁹ Maekelt, *Teoría general...*, ob. cit., p. 356.

su carácter excepcional, su funcionamiento es con posterioridad²⁰; tercero, estas dos visiones se diferencian en el funcionamiento del sistema conflictual pues en el sistema de Mancini no hay cabida para el funcionamiento del mismo, mientras que en el sistema de Savigny, es necesario que funcione el sistema conflictual²¹.

B. Diferencia entre orden público interno e internacional

Teniendo claras las principales diferencias entre estas dos visiones, creemos conveniente diferenciar entre orden público interno y orden público internacional. Como primer punto, es necesario señalar que orden público y derecho público no son expresiones sinónimas; de la misma forma en que norma imperativa no es igual a orden público²². Para autores como Parra-Aranguren esta confusión viene dada por la no diferenciación entre los diversos métodos que usa el legislador nacional para establecer el contenido del orden público²³. Para esto, el legislador se vale principalmente de dos herramientas: las normas de aplicación inmediata, o necesaria, y el orden público. Entendido el segundo como la excepción de aplicación del Derecho extranjero por la incompatibilidad del resultado de la misma, es decir, la llamada cláusula de reserva²⁴, común a todos los ordenamientos jurídicos²⁵.

La norma de aplicación inmediata reviste un carácter apriorístico que no permite el funcionamiento del sistema conflictual²⁶. Esto es lo que se ha denominado intervención positiva del orden público²⁷. Por su parte, el orden público es un conjunto de principios que permiten la actuación del sistema conflictual, pero que a su vez controla el resultado de este funcionamiento cuando el resultado es considerado contrario a los principios fundamentales del sistema en general²⁸.

Cuando nos referimos a orden público interno estamos hablando de un conjunto de principios o normas que forman el núcleo de un determinado ordenamiento jurídico²⁹, el cual

²⁰ Parra-Aranguren, *Curso general...*, ob. cit., p. 124.p. 124.

²¹ Parra-Aranguren, *Curso general...*, ob. cit.,

²² Tal como señala Maekelt, al referimos al carácter territorialista de la doctrina de Mancini.

²³ Parra-Aranguren, *Curso general...*, ob. cit., p. 124.

²⁴ Maekelt, *Teoría general...*, ob. cit., p. 356.

²⁵ Kegel, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 85.

²⁶ Parra-Aranguren, *Curso general...*, ob. cit., p. 124; Maekelt, *Teoría general...*, ob. cit., p. 356.

²⁷ Parra-Aranguren, *Curso general...*, ob. cit., p. 124.

²⁸ Madrid Martínez, Claudia, Instituciones generales de Derecho internacional privado: más allá del problema conflictual, en: *Estudios de Derecho Internacional Privado. Homenaje a Tatiana Maekelt: Contribución de sus alumnos*, Caracas, Escritorio Escovar León; Universidad Católica Andrés Bello, 2012, pp. 209 y 125.

²⁹ Caivano, Roque J., Arbitrabilidad y orden público, en: *Revista Foro Jurídico. Revista de Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú*, 2013, No. 12, p. 66; Guerra Iñiguez, Daniel, *Derecho internacional privado*, Caracas, Kelran Editores, 8º ed., 1999, p. 160; Madrid Martínez, Claudia, El rol del orden público en el arbitraje comercial internacional, en: *Revista de la Facultad*

tiene diversas funciones, y es el legislador nacional quien determina el alcance y contenido de ese núcleo.

Dentro de este orden público interno encontramos, entonces, lo que se ha denominado orden público de dirección y orden público de protección. El orden público de dirección es una serie de principios esenciales, ya sean estos jurídicos, sociales o económicos, que protegen el interés general de forma directa³⁰. Por su parte, el orden público de protección está conformado por principios cuya función principal es la protección de los que el ordenamiento considera débiles y por lo tanto actúan como agentes igualadores de las partes en relaciones jurídicas³¹; de esto se desprende que cumplen su función de protección del interés general de forma indirecta. De lo antes señalado se puede concluir que es el denominado orden público de dirección el que influye en el Derecho Internacional Privado, pues si la aplicación de un Derecho extranjero contradice los principios que lo forman, se estaría vulnerando el núcleo del ordenamiento jurídico del juez, por lo que se activaría la cláusula de reserva como correctivo de esta potencial lesión, cumpliendo, o ejerciendo así, el rol destinado a esta institución.

En virtud de lo dicho el párrafo anterior, creemos necesario que la aplicación de cláusula de reserva debe hacerse teniendo en cuenta los criterios planteados por Jayme³²: primero, determinación del sentido y propósito del Derecho extranjero; segundo, la fuerza de la imposición de la respectiva norma en su propio ordenamiento; tercero, estudio del Derecho comparado para tratar de diferenciar los principios comunes de aquellos que no lo son; cuarto, análisis de la relevancia del Derecho propio y su protección por el orden público; y, quinto, determinación de la vinculación interior y de los efectos nocivos de la aplicación. La correcta aplicación de este método permite una adecuada fundamentación a la operación de la cláusula de reserva³³.

Por último, en este breve repaso doctrinal para tratar de diferenciar entre el orden público interno y el orden público internacional, creemos necesario señalar lo que establece Maekelt³⁴, la diferencia radica sencillamente en el ámbito de actuación de cada uno de ellos. Es decir, el orden público interno se aplica a quienes actúan dentro de un mismo ordenamiento

de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 2006, No. 126, p. 86; Feldstein de Cárdenas, Sara Lidia, El conflicto de civilizaciones: Una nueva mirada a Internet, en: Revista de Derecho. Tribunal Supremo de Justicia, 2008, No. 26, p. 18.

³⁰ Caivano, Arbitrabilidad..., ob. cit., p. 66.

³¹ Caivano, Arbitrabilidad..., ob. cit., p. 66.

³² Maekelt, *Teoría general...*, ob. cit., p. 358. Para una mejor comprensión ver: Jayme, Erik, *Métodos para la concretización del orden público en el Derecho internacional privado* Trad. E. Hernández-Bretón, en: *Revista de Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1991, No. 82, pp. 215 ss.*

³³ Jayme, *Métodos para la concretización...*, ob. cit., p. 253.

³⁴ Jayme, *Métodos para la concretización...*, ob. cit., p. 256.

jurídico, con lo que se busca proteger ciertos principios considerados esenciales por el legislador nacional de la derogatoria que podrían hacer de estos las partes mediante su autonomía de la voluntad. Mientras que el orden público internacional funciona en los supuestos relacionados con ordenamientos jurídicos extranjeros, con lo que se busca controlar las posibles vulneraciones a estos principios como resultado de la aplicación del Derecho extranjero.

De lo planteado en las líneas anteriores podemos, entonces, inferir cuándo estamos en presencia del orden público interno y cuándo estamos en presencia del orden público en el Derecho Internacional Privado.

C. La cuestión terminológica

Antes de examinar los presupuestos de procedencia o de funcionamiento de la cláusula de reserva, creemos necesario referirnos a la cuestión terminológica. Dependiendo de la posición que se tome frente a la existencia o no de un orden público internacional, entendido este como una serie o conjunto de principios universales o comunes a los diversos ordenamientos jurídicos, cambiará la denominación que se le dé a esta institución.

En la doctrina alemana, como hemos señalado antes, se le denomina “cláusula de reserva” y funciona como una cláusula general, pudiendo establecerse cláusulas específicas con la misma función³⁵. En el sistema anglosajón a esta institución se le ha denominado como *public policy*³⁶, y su concepto se basa en la soberanía estatal³⁷. La expresión “orden público” se aplica, entonces, en el sistema continental³⁸, teniendo la función señalada en los párrafos anteriores.

Ahora bien, cuando hablamos de la cuestión terminológica no nos referimos a estas denominaciones que pueden ser consideradas sinónimas, sino que nos referimos al nombre que debe, o debería, recibir la institución. Si se considera que existe un verdadero orden público común a todos los sistemas podríamos hablar, entonces de orden público internacional³⁹. Por otra parte, se habla de orden público en el DIPr para resaltar el carácter interno de la misma solo

³⁵ Maekelt, *Teoría general...*, ob. cit., p. 356; Kegel, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 310.

³⁶ Ehrenzweig, Albert, *A treatise on the Conflict of Laws*, St. Paul, West Publishing Co., 1962, pp. 342 ss.; Maekelt, *Teoría general...*, ob. cit., p. 357; Parra-Aranguren, *Curso general...*, ob. cit., p. 124.

³⁷ Maekelt, *Teoría general...*, ob. cit., p. 357.

³⁸ Maekelt, *Teoría general...*, ob. cit., p. 357; Parra-Aranguren, *Curso general...*, ob. cit., p. 124.

³⁹ Maekelt, *Teoría general...*, ob. cit., p. 357.

que en estos supuestos se relaciona con otros ordenamientos jurídicos⁴⁰. Algunos juristas rechazan de plano la idea de la existencia de un orden público trasnacional⁴¹, mientras que otros autores, consideran que el orden público internacional es el conjunto de principios fundamentales comunes a las naciones civilizadas (como la prohibición de esclavitud, etc.)⁴².

Nosotros acogemos esta segunda postura por lo que estimamos que la expresión más adecuada para referirse a esta institución es la de “orden público en el DIPr”. Sin embargo, como hemos hecho hasta este punto, nos continuaremos refiriendo a la misma como orden público, no porque no estemos convencidos de la posición doctrinaria que adoptamos, sino porque consideramos que podría resultar confuso el cambio de denominación en las páginas siguientes.

D. Presupuestos, límites y momentos de funcionamiento del orden público

Habiendo aclarado la cuestión terminológica, procederemos al estudio de los presupuestos y requisitos que deben darse para que el orden público cumpla su función⁴³. El primero de estos presupuestos es el funcionamiento del sistema conflictual, pues de lo contrario, nos encontraríamos en la presencia de una norma de aplicación necesaria. El segundo presupuesto necesario para que entre en funcionamiento el orden público es que la norma de conflicto asigne la competencia a un Derecho extranjero, es decir que el derecho que resulte competente como consecuencia del funcionamiento del sistema conflictual sea un derecho diferente del derecho del foro. El tercer presupuesto, es necesario, que la aplicación de este derecho competente, en el caso concreto, produzca un resultado lesivo a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del foro. Esta lesión al orden público debe ser manifiestamente incompatible con el orden público del foro⁴⁴, con el propósito de que el juez ante una duda razonable no ponga en funcionamiento la cláusula de reserva indiscriminadamente. Sin embargo, el orden público, debido a su carácter excepcional no funciona, o no debería, funcionar en todos los casos, por lo que la aplicación se encuentra limitada.

⁴⁰ Maekelt, *Teoría general...*, ob. cit., p. 361. Esta afirmación es matizada en las líneas siguientes, donde la autora señala que ciertos principios, como los Derechos Humanos, podrían conformar un verdadero orden público internacional, sin embargo, reconoce que difícilmente se llegará a un acuerdo sobre este particular.

⁴¹ Feldstein de Cárdenas, *El conflicto...*, ob. cit.; Madrid Martínez, *Instituciones generales...*, ob. cit., p. 209.

⁴² Caivano, *Arbitrabilidad...*, ob. cit.

⁴³ Madrid Martínez, *Instituciones generales...*, ob. cit., pp. 210-211; Parra-Aranguren, *Curso general...*, ob. cit., p. 127.

⁴⁴ Madrid Martínez, *Instituciones generales...*, ob. cit., pp. 210-211.

Los límites a la exclusión del Derecho extranjero, según Wolff⁴⁵, son dos, el primero, relacionado con la norma del Derecho extranjero aplicable al caso concreto, en este supuesto, debe tenerse claro que el que una norma del Derecho extranjero sea contraria al orden público del Derecho del foro, no implica que el resultado de su aplicación lo sea. El segundo límite está relacionado con la solución aplicada en el caso de que sea procedente la aplicación de la cláusula de reserva (aunque como veremos más adelante, esta no es una posición unitaria en la doctrina), en este supuesto, se debe recurrir a las normas del Derecho extranjero que no sean incompatibles con el orden público antes que al Derecho del foro.

Luego de haber hablado de los presupuestos de funcionamientos o las condiciones *sine qua non* de funcionamiento, y los límites al funcionamiento del orden público, creemos necesario hablar sobre cuál es el momento en que el orden público se manifiesta, es decir el momento en el cual el orden público funciona. Sobre este particular debemos señalar que el orden público tiene básicamente dos momentos de funcionamiento. El primer momento de funcionamiento es, según Kegel⁴⁶, al momento de la sentencia, pues en este momento es cuando el juez debe analizar la compatibilidad del resultado de la aplicación del Derecho extranjero con sus principios esenciales. El segundo momento de aparición del orden público es en el reconocimiento de las sentencias o laudos arbitrales emitidos por autoridades extranjeras⁴⁷.

E. Efectos del funcionamiento del orden público

Los efectos del funcionamiento del orden público pueden ser de dos tipos, positivo y negativo. El efecto positivo del orden público sería cuando este permite lo que otros ordenamientos jurídicos prohíben⁴⁸, mientras que el efecto negativo sería cuando el funcionamiento del orden público prohíbe lo que otros ordenamientos jurídicos permiten⁴⁹. Sin embargo, el principal efecto que se produce al funcionar el orden público es la evicción del Derecho extranjero aplicable al caso concreto.

El último efecto del que hablaremos, no es un efecto propiamente dicho del funcionamiento de la excepción de orden público, sino que es lo que la doctrina ha denominado el “efecto reflejo del orden público”⁵⁰. Si asumimos que el Derecho extranjero es Derecho

⁴⁵ Wolff, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 176.

⁴⁶ Kegel, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 317.

⁴⁷ Wolff, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 253.

⁴⁸ Maekelt, *Teoría general...*, ob. cit., p. 360.

⁴⁹ Maekelt, *Teoría general...*, ob. cit., p. 360.

⁵⁰ Madrid Martínez, *Instituciones generales...*, ob. cit., p. 213.

extranjero y que debe ser aplicado como tal por el juez del foro, el juez del foro no debe ignorar la fórmula de orden público del Derecho extranjero. Este efecto se produce cuando la norma de conflicto del sistema de DIPr del foro señala como competente el Derecho de un tercer estado, el cual, a su vez, declara competente para resolver la controversia al Derecho de otro estado, diferente del Derecho del foro.

F. Soluciones doctrinarias al funcionamiento del orden público

En este punto hablaremos de las soluciones que ofrece la doctrina cuando, por el funcionamiento de la cláusula de reserva se produce la evicción del Derecho extranjero que la norma de conflicto ha indicado como competente para resolver el caso concreto. Como hemos visto antes una de las posibles soluciones (aportada por Wolff) es la aplicación de una norma del mismo derecho declarado competente que regule un caso similar o que cumpla la función de norma general de la norma que produce el resultado contrario al orden público del foro⁵¹.

Otra solución posible, es la aplicación del Derecho del foro. Esta solución relacionada cuando se asume que la aplicación del Derecho del foro es la regla y la aplicación del Derecho extranjero es la excepción⁵². Por lo que, si la excepción no es aplicable, debe aplicarse la regla general.

Una última solución posible es la aplicación de un Derecho subsidiario, con la consecuencia de la dificultad que supondría para el juez del foro determinar cuál de los demás derechos relacionados con el caso concreto sea el que se debe aplicar en la resolución de la controversia⁵³.

G. Conclusión

Por último, luego de haber analizado la institución, podemos dar ya, y a modo de conclusión, una noción de la misma, así como los caracteres de esta. De esto se desprende que el orden público es entonces una institución general del DIPr, que funciona como una excepción a la aplicación del Derecho extranjero que la norma de conflicto del foro ha declarado competente, produciendo por tanto una evicción del Derecho extranjero, en principio, competente.

⁵¹ En este caso, se entiende que la norma general del Derecho extranjero resulta competente para resolver el caso concreto si la norma que produce el resultado que lesiona el orden público del foro es una norma especial con relación a la norma general.

⁵² Por ejemplo, si adoptamos la tesis de Mancini, esta sería la solución. Madrid Martínez, *Instituciones generales...*, ob. cit., pp. 216-217.

⁵³ Madrid Martínez, *Instituciones generales...*, ob. cit., pp. 216-217.

II. El orden público en el Derecho internacional privado

En este segundo aparte, abordaremos la regulación del orden público dentro del sistema venezolano de DIPr, para esto, haremos mención a diversos instrumentos jurídicos como la Ley de Derecho Internacional Privado (LDIPr)⁵⁴, el Código de Procedimiento Civil (CPC)⁵⁵, la Ley de Arbitraje Comercial (LAC)⁵⁶, las convenciones de Nueva York (CNY)⁵⁷, Panamá (CIAP)⁵⁸ y Montevideo (CM)⁵⁹, entre otros.

Como hemos dicho antes, en nuestro sistema de DIPr la institución del orden público se encuentra regulada en diversos instrumentos jurídicos, siendo en el Código Bustamante (CB) en el cuál aparece esta con mayor frecuencia. El Código Bustamante es una muestra de la recepción práctica de las ideas de Mancini en Latinoamérica⁶⁰. En este instrumento jurídico el orden público aparece mediante normas generales y mediante normas especiales, por lo general, con la fórmula “salvo Derecho local contrario”. En la Convención Interamericana sobre Normas Generales del Derecho Internacional Privado (CINGDIP), también se consagra esta figura⁶¹, así como en la mayoría de los instrumentos internacionales relativos al reconocimiento de laudos y sentencias extranjeras⁶², aunque no solo limitada a esta parte “procesal” del sistema del sistema de DIPr venezolano, sino que también se ha consagrado esta institución en instrumentos con fines sustantivos, más que procesales⁶³.

En el CB, la importancia del orden público se hace notar desde los primeros artículos, pero es el artículo 3 el que deja en claro qué debe entenderse por orden público:

⁵⁴ Publicada en la Gaceta Oficial No. 36.511, 6 de agosto de 1998.

⁵⁵ Publicada en Gaceta Oficial No. 4.209 Extraordinario, 18 de septiembre de 1990.

⁵⁶ Publicada en Gaceta Oficial No. 36.430, 7 de abril de 1998.

⁵⁷ Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, celebrada en Panamá el 30 de enero de 1975. Ley aprobatoria publicada en Gaceta Oficial No. 33.170, 22 de febrero de 1985. Ratificada el 16 de mayo de 1985.

⁵⁸ Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, celebrada en Nueva York el 10 de junio de 1958. Ley aprobatoria fue publicada en Gaceta Oficial No. 4.832 Extraordinario, 29 de diciembre de 1994.

⁵⁹ Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencia y Laudos Extranjeros, celebrada en Montevideo el 8 de mayo de 1979. Ley aprobatoria fue publicada en la Gaceta Oficial No. 33.144, 15 de enero de 1985. Ratificada el 28 de febrero de 1985.

⁶⁰ Madrid Martínez, Instituciones generales..., ob. cit., p. 214.

⁶¹ Artículo 5 (CINGDIP). La ley declarada aplicable por una Convención de Derecho Internacional Privado podrá no ser aplicada en el territorio del Estado Parte que la considerare manifiestamente contraria a los principios de su orden público.

⁶² Artículo 2.h de la Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros (Convención de Montevideo); artículo 5.2.b de la Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional (Convención de Panamá); artículo V.2.b de la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Convención de Nueva York).

⁶³ Dentro de este grupo se encuentran las convenciones interamericanas sobre conflicto de leyes en materia de cheque, pagaré y facturas; la de conflicto de leyes en materia de letras de cambio, la de Derecho aplicable a los contratos internacionales, etc.

Artículo 3. Para el ejercicio de los derechos civiles y para el goce de las garantías individuales idénticas, las leyes y reglas vigentes en cada Estado contratante se estiman divididas en las tres clases siguientes:

I. Las que se aplican a las personas en razón de su domicilio o de su nacionalidad y las siguen, aunque se trasladen a otro país, denominadas personales o de orden público interno.

II. Las que obligan por igual a cuantos residen en el territorio, sean o no nacionales, denominadas territoriales, locales o de orden público internacional.

III. Las que se aplican solamente mediante la expresión, la interpretación o la presunción de la voluntad de las partes o de alguna de ellas, denominadas voluntarias o de orden privado. (Resaltado nuestro).

De la norma transcrita vemos la confusión existente entre lo que se considera orden público internacional y norma imperativa del Derecho Público. También se evidencia de la misma el carácter territorialista de la institución.

Por otra parte, la LDIPr en su artículo 5 regula esta institución de forma totalmente diferente:

Artículo 5. Las situaciones jurídicas creadas de conformidad con un Derecho extranjero que se atribuya competencia de acuerdo con criterios internacionalmente admisibles producirán efectos en la República, a no ser que contradigan los objetivos de las normas venezolanas de conflicto, que el Derecho venezolano reclame competencia exclusiva en la materia respectiva, **o que sean manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden público venezolano.** (Resaltado nuestro).

De esta norma se evidencia el carácter atenuado de la institución que comentamos, pues como requisito adicional para el funcionamiento de la cláusula de reserva no basta que el resultado de la aplicación del Derecho extranjero sea contrario al orden público, sino que requiere, además, que este resultado se evidente, lo que supone un grado de exigencia mayor para el funcionamiento de la excepción.

Sin embargo, nuestra ley cuenta con una cláusula general (la *infra* transcrita) y cláusulas específicas⁶⁴

Artículo 8. Las disposiciones del derecho extranjero que deban ser aplicables de conformidad con esta Ley, sólo serán excluidas cuando su aplicación produzca resultados manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden público venezolano.

⁶⁴ Por ejemplo, el artículo 19 de LDIP.

Ahora bien, las normas transcritas son una pequeña muestra de cómo se regula, o más bien, de cómo se hace mención en diversos cuerpos normativos sustantivos a la institución objeto de nuestros comentarios. Sin embargo, como hemos dicho con anterioridad, el orden público se manifiesta en dos momentos, el primero de estos a la hora de determinar el Derecho aplicable -en el entendido de que es con el análisis del resultado de la aplicación del Derecho extranjero que sabremos si ese Derecho podrá o no ser usado en la resolución del caso concreto⁶⁵. Por otra parte, el orden público, se manifiesta, además, en un segundo momento, esta segunda “aparición” del orden público se da cuando se quiere dar ejecución a sentencias y laudos arbitrales emanados de autoridades extranjeras.

En las convenciones ratificadas por Venezuela sobre esta materia (reconocimiento), en la Ley de arbitraje comercial (LAC) y en la LDIP⁶⁶, existen normas que regulan expresamente los requisitos que deben cumplir la sentencia o el laudo que va a ser reconocido en Venezuela. Sin embargo, el problema en nuestro sistema se produce cuando se trata de una sentencia extranjera y la norma que resulta aplicable para establecer los requisitos del reconocimiento es la norma de la LDIP. Este problema viene dado por cuanto el artículo 53 de LDIP, no tiene dentro de sus numerales una mención a la posibilidad de rechazar el reconocimiento de la sentencia extranjera si esta contraviene los principios esenciales de nuestro ordenamiento jurídico.

Artículo 53. Las sentencias extranjeras tendrán efecto en Venezuela siempre que reúnan los siguientes requisitos:

1. Que hayan sido dictadas en materia civil o mercantil o, en general, en materia de relaciones jurídicas privadas;
2. Que tengan fuerza de cosa juzgada de acuerdo con la ley del Estado en el cual han sido pronunciadas;
3. Que no versen sobre derechos reales respecto a bienes inmuebles situados en la República o que no se haya arrebatado a Venezuela la jurisdicción exclusiva que le correspondiere para conocer del negocio;
4. Que los tribunales del Estado sentenciador tengan jurisdicción para conocer de la causa de acuerdo con los principios generales de jurisdicción consagrados en el Capítulo IX de esta Ley;

⁶⁵ Con esto lo que queremos decir es que el juez al momento de contrastar el resultado de la aplicación del Derecho extranjero con sus principios fundamentales sabrá si ese ordenamiento jurídico, señalado como competente por la norma de conflicto del foro, es el que en definitiva se aplicará. Esto es así porque si el resultado de la aplicación de la norma extranjera es contrario al orden público del foro se producirá la evicción del mismo y el juez debería poner en práctica una de las soluciones *supra* planteadas.

⁶⁶ Artículo 49 de la LAC y artículo 53 de la LDIP. En cuanto a las fuentes convencionales, ver *supra* nota 62.

5. Que el demandado haya sido debidamente citado, con tiempo suficiente para comparecer, y que se le hayan otorgado en general, las garantías procesales que aseguren una razonable posibilidad de defensa;

6. Que no sean incompatibles con sentencia anterior que tenga autoridad de cosa juzgada; y que no se encuentre pendiente, ante los tribunales venezolanos, un juicio sobre el mismo objeto y entre las mismas partes, iniciado antes que se hubiere dictado la sentencia extranjera.

Aunque en el numeral 4 de la norma arriba transcrita se hace mención al denominado orden público procesal, no hace mención a la excepción de orden público en el reconocimiento, de ahí que surja la interrogante sobre si el orden público podría actuar, en estos casos, con base en lo dispuesto en el artículo 5 de LDIPr. Desde nuestro punto de vista esto es posible, ya que, como quedó sentado en los primeros párrafos de este trabajo, hay ciertos principios que se consideran esenciales al ordenamiento jurídico y, por lo tanto, no admiten ser vulnerados.

Sin embargo, antes de concluir, creemos necesario señalar que el primer tratado en el que aparece la mención expresa al orden público, dentro de los tratados ratificados por Venezuela, es la Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias, la cual fue ratificada en el año 1991. Esta convención contempla lo siguiente:

Artículo 17. El Estado requerido podrá rehusar el cumplimiento de un exhorto o carta rogatoria cuando sea manifiestamente contrario al orden público.

Otras normas aplicables al momento del reconocimiento de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros son los artículos V de la Convención de Nueva York (sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras), 5 de la Convención de Panamá (sobre Arbitraje Comercial Internacional) y 2 de la Convención de Montevideo (sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros):

Artículo 5 de la CIAP y artículo V de la CNY⁶⁷:

1. Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a solicitud de la parte contra la cual es invocada, si ésta prueba ante la autoridad competente del Estado en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

a. Que las partes en el acuerdo (a que se refiere el artículo II) estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiere indicado a este respecto, en virtud de la ley del Estado (país) en que se haya dictado la sentencia; o

⁶⁷ A efectos prácticos, el texto de ambas normas es idéntico, por lo que hemos optado por transcribir entre paréntesis el texto del artículo V de la CNY que difiere del artículo 5 de CIAP.

b. Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no haya (ha) sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no haya (ha) podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o

c. Que la sentencia se refiera a una diferencia no prevista en el acuerdo de las partes de sometimiento al procedimiento arbitral (compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria); no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no hayan (han) sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o

d. Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se hayan (ha) ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se hayan (ha) ajustado a la ley del Estado donde se haya (ha) efectuado el arbitraje; o

e. Que la sentencia no sea aún obligatoria para las partes o haya (ha) sido anulada o suspendida por una autoridad competente del Estado (país) en que, o conforme a cuya ley, haya (ha) sido dictada esa sentencia.

2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del Estado (país) en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba:

a. Que, según la ley de este Estado (país), el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o

b. Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia sean contrarios al orden público del mismo Estado (país).

Artículo 2 (Convención de Montevideo):

Las sentencias, laudos arbitrales y resoluciones jurisdiccionales extranjeros a que se refiere el artículo 1, tendrán eficacia extraterritorial en los Estados Partes si reúnen las condiciones siguientes:

a. Que vengan revestidos de las formalidades externas necesarias para que sean considerados auténticos en el Estado de donde proceden;

b. Que la sentencia, laudo y resolución jurisdiccional y los documentos anexos que fueren necesarios según la presente Convención, estén debidamente traducidos al idioma oficial del Estado donde deban surtir efecto;

c. Que se presenten debidamente legalizados de acuerdo con la ley del Estado en donde deban surtir efecto;

d. Que el juez o tribunal sentenciador tenga competencia en la esfera internacional para conocer y juzgar del asunto de acuerdo con la ley del Estado donde deban surtir efecto;

e. Que el demandado haya sido notificado o emplazado en debida forma legal de modo sustancialmente equivalente a la aceptada por la ley del Estado donde la sentencia, laudo y resolución jurisdiccional deban surtir efecto;

- f. Que se haya asegurado la defensa de las partes;
- g. Que tengan el carácter de ejecutoriados o, en su caso, fuerza de cosa juzgada en el Estado en que fueron dictados;

h. Que no contraríen manifiestamente los principios y las leyes de orden público del Estado en que se pida el reconocimiento o la ejecución. (Destacados nuestros en las normas transcritas)

De las normas antes transcritas se evidencia la regulación similar dada en las diversas fuentes convencionales a la institución del orden público en materia de reconocimiento de sentencias y laudos arbitrales extranjeros en Venezuela. Es importante resaltar que estas normas le dan la potestad al juez de denegar o no la fuerza ejecutoria de las sentencias y laudos extranjeros cuando sean contrarios a los principios esenciales de su ordenamiento jurídico.

En cuanto a los laudos arbitrales, estos están exentos del procedimiento de *exequatur* *ex* artículo 48 de la Ley de Arbitraje Comercial⁶⁸; y su ejecución solo podrá denegarse si se incurre en algunas de las causales señaladas en el artículo 49 de esa misma ley⁶⁹. En el literal “P” del artículo *in comento*, se prevé el no reconocimiento de por ser la materia inarbitrable o contraria al Orden público.

Esta es, pues la regulación de la institución del Orden público, tanto como excepción a la aplicación del Derecho extranjero, como excepción al reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras.

⁶⁸ Art. 48. El laudo arbitral, cualquiera que sea el país en el que haya sido dictado, será reconocido por los tribunales ordinarios como vinculante e inapelable, y tras la presentación de una petición por escrito al Tribunal de Primera Instancia competente será ejecutado forzosamente por éste sin requerir *exequatur*, según las normas que establece el Código de Procedimiento Civil para la ejecución forzosa de las sentencias.

La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá acompañar a su solicitud una copia del laudo certificada por el tribunal arbitral, con traducción al idioma castellano si fuere necesario.

⁶⁹ Art. 49. El reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país que lo haya dictado sólo se podrá denegar:

- a) Cuando la parte contra la cual se invoca demuestre que una de las partes estaba afectada por alguna incapacidad al momento de celebrarse el acuerdo de arbitraje;
- b) Cuando la parte contra la cual se invoca el laudo no hubiere sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales que así lo ameriten, o no ha podido por cualquier razón hacer valer sus derechos;
- c) Cuando la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ha ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje;
- d) Cuando el laudo se refiera a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje, o contiene decisiones que exceden del acuerdo mismo;
- e) Cuando la parte contra la cual se invoca el laudo demuestre que el mismo no es aún vinculante para las partes o ha sido anulado o suspendido con anterioridad, por una autoridad competente de acuerdo a lo convenido por las partes para el proceso arbitral;
- f) Cuando el tribunal ante el cual se plantea el reconocimiento o la ejecución del laudo compruebe que, según la ley, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o que la materia sobre la cual versa es contraria al orden público;
- g) Que el acuerdo de arbitraje no sea válido en virtud de la Ley a la cual las partes lo han sometido.

Conclusiones

1. Dependiendo de la posición doctrinaria que se acoja el orden público ejercerá su función de excluir la aplicación del Derecho extranjero como regla o como excepción.

2. El orden público como institución general del DIPr cumple un rol importante pues permite a los estados no aplicar el Derecho de otro estado si esta aplicación produce un resultado lesivo a sus principios fundamentales.

3. Uno de los problemas más difíciles de resolver en relación con el DIPr es la determinación de aquellos principios que deben considerarse esenciales y que por tanto no admiten ser lesionados por el resultado de la aplicación de un Derecho extranjero.

4. El orden público tiene dos momentos de actuación. El primero de estos es al momento de seleccionar la ley aplicable (entendido este, como señala Kegel, el momento en el que el juez debe dictar sentencia) pues el momento en el que el juez debe contrastar la compatibilidad del resultado de la aplicación del Derecho extranjero con los principios de orden público del foro. El segundo momento de actuación es durante el reconocimiento de los laudos y sentencias extranjeras cuando se debe analizar la compatibilidad del acto a reconocer con los principios fundamentales del foro.

5. Esta institución está reglamentada en diversos instrumentos jurídicos de nuestro sistema de DIPr. Sin embargo, puede causar ciertos problemas su aplicación cuando resulte competente el artículo 53 de la LDIPr para determinar los requisitos que debe cumplir una sentencia o laudo extranjero para ser reconocida.