

Libertad de Contratación, Orden Público y sus repercusiones en el marco de la Arbitrabilidad

Julio César Betancourt

Centre for Construction Law and Dispute Resolution
King's College London

*Abstract**

El principio de la libertad de contratación permite que los particulares decidan con quién contratar, cuál será el objeto del contrato, cómo será regulada esa relación contractual e, incluso, cómo serán solucionadas o resueltas las diferencias que pudieran llegar a surgir entre las partes contratantes. El arbitraje, por ejemplo, ha ganado una marcada aceptación como medio de solución de conflictos, pero existen ciertas materias que, por razones de orden público, no pueden ser resueltas mediante arbitraje. Dentro de la Unión Europea, la inarbitrabilidad de un conflicto está regulada de acuerdo con las leyes de cada uno de los Estados Miembros. En consecuencia, conflictos que no son arbitrables con arreglo a lo que establecen las leyes de un Estado Miembro podrían o podrían no ser arbitrables a tenor de lo que disponen las leyes de otro Estado Miembro, cuestión que termina siendo contraria al concepto de unificación y armonización del Derecho Contractual Europeo, y en particular, a la idea de un orden público europeo que le permita a los ciudadanos someter sus conflictos por ante un árbitro. Esta investigación aporta una breve y sin embargo completa explicación de la noción de orden público al ser relacionada con el principio de la libertad de contratación y el derecho que tienen los ciudadanos europeos a solucionar sus conflictos mediante arbitraje.

The principle of freedom of contract allows parties to decide who to contract with, what type of contract will best meet their interests, on what terms to contract, and also, how to settle or resolve the conflicts arising out of or in connection with the contract. Arbitration, for instance, has gained widespread acceptance as a means of settling disputes, but as a matter of fact there are certain matters that, for public policy reasons, are not capable of settlement by arbitration. Within the European Union, the non-arbitrability of conflicts is governed by the laws of every Member State. As a result, conflicts that are not arbitrable under the laws of one Member State may or may not be arbitrable in accordance with the laws of another Member State, which is contrary to the ongoing concept of unification and harmonisation of European contract law, and in particular, to the idea of a single European Public Policy that allows citizens to submit their conflicts to arbitration. This paper provides a succinct yet complete analysis of the notion of public policy in relation to the principle of freedom of contract and the European citizens' right to settle their conflicts in arbitration.

Title: Freedom of Contract, Public Policy and their repercussions on the framework of Arbitrability

Palabras clave: Principio de la libertad de contratación, orden público, arbitrabilidad

Keywords: Principle of freedom of contract, public policy, arbitrability

* La investigación que condujo a la elaboración del presente artículo se llevó a cabo bajo el auspicio de la Fundación General de la Universidad de Salamanca y del Chartered Institute of Arbitrators. Esta versión, sin embargo, es producto de una segunda revisión, pero sobre todo de las acertadas recomendaciones de los dos evaluadores anónimos de la revista InDret y de la magnífica colaboración de Elina Zlatanska.

Sumario

1. Introducción
2. El concepto de orden público como parte del sistema del Derecho Civil
 - 2.1. Antecedentes de su codificación: Francia, Italia y España.
 - 2.2. Orden público y buenas costumbres
 - 2.3. Las “normas de orden público” como herramientas jurídicas intangibles
 - 2.4. Orden público, legalidad y legitimidad
 - 2.5. La noción de orden público como categoría: normativa *vs* conceptual
3. La inarbitrabilidad de las materias que interesan al orden público
 - 3.1. Orden público interno, orden público internacional y orden público comunitario
 - 3.2. El concepto de orden público en el Código Civil Europeo
 - 3.3. Las dificultades de la europeización del concepto de “arbitrabilidad”
4. Conclusión
5. Bibliografía

1. Introducción

El *Principio de la Libertad de Contratación*, en sentido amplio, permite que los particulares decidan con quién contratar, cuál será el objeto del contrato, cómo será regulada esa relación contractual¹ e, incluso, cómo serán *solucionadas* o *resueltas* las diferencias que pudieran llegar a surgir entre las partes contratantes.² Esa posibilidad de elegir el cómo *solucionar* o *resolver*³ esas diferencias, al ser vista como una mera manifestación de dicho principio,⁴ se halla delimitada, entre otras cosas, en función del concepto de *orden público*,⁵ un concepto de vieja data que, por lo general, impone ciertos límites frente a la libertad de contratación y que, en este caso, no hace más que restringir el derecho que tienen dos o más sujetos a ver satisfecho un determinado interés mediante la utilización de un mecanismo no jurisdiccional,⁶ pero sobre todo con la ayuda de un tercero imparcial. Tradicionalmente, la intervención de terceros imparciales en la composición pacífica de conflictos intersubjetivos se verifica a partir del ejercicio de una “función jurisdiccional”⁷ o a través de la ejecución de una “función no jurisdiccional”.⁸ En el segundo de los supuestos, es posible que dicha función sea ejercida, por ejemplo, a partir de la celebración de lo que podría recibir el nombre de un *contrato de servicios de decisión* o de un *contrato de servicios de facilitación*.⁹

¹ PLANIOL *et al.* (1930, p. 19), LANDO *et al.* (2000, p. 99), HOWELLS *et al.* (2005, pp. 2-3).

² CREMADES SANZ-PASTOR (1984, p. 25).

³ MARKS *et al.* (2012, p. 19). Modernamente se hace una distinción entre los vocablos *solucionar* y *resolver* un conflicto. En aquellos casos en los cuales las partes están obligadas a aceptar una determinada decisión, como forma de terminación del conflicto, es posible afirmar que se ha “solucionado” el conflicto. Mientras que cuando la terminación del conflicto surge a partir de una decisión que fue tomada por ambas partes, o que de una u otra forma comporta un ideal de satisfacción recíproca, se puede decir entonces que se ha “resuelto” el conflicto. Confrontar HILL (1982, p. 19), BURTON citado por TILLET (1991, p. 9).

⁴ MERINO MERCHÁN *et al.* (2006, p. 83).

⁵ GONZÁLEZ PÉREZ (1971, p. 33), CARBONNIER (1992), MARTÍN-RETORTILLO (1975, p. 22).

⁶ Pues, cuando se trata de componer conflictos, puede afirmarse que el proceso continúa siendo la herramienta más conocida por los particulares y, por lo tanto, la más utilizada como forma de solución de conflictos. Confrontar MULCAHY (2008, p. 222). Es importante recordar que la satisfacción de intereses, mediante el ejercicio de la función jurisdiccional, no es más que una actividad de sustitución, pues, en principio, el ordenamiento jurídico permite que las partes, hagan uso de mecanismos distintos a los jurisdiccionales para solucionar o, según el caso, para resolver sus conflictos. Véase CORDÓN MORENO (2010, pp. 15-17).

⁷ Recuérdese que la función jurisdiccional o jurisdicción se refiere a una facultad constitucional que sólo puede ser ejercida por el Estado por medios de sus juzgados y tribunales y, dicha potestad, cuando se trata de *solucionar* conflictos, está estrechamente vinculada con las tareas de “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”, véase MONTERO AROCA *et al.* (2007, pp. 37-38), DE LA OLIVA SANTOS *et al.* (1999, pp. 23-25), Díez-PICAZO GIMÉNEZ *et al.* (1999, pp. 153 y ss.), ALMAGRO NOSETE *et al.* (1989, pp. 47-49), ORTELLS RAMOS (1999, p. 19).

⁸ Se ha dicho que “el espacio jurídico contiene sectores en los que las partes pueden moverse con libertad” y, por lo tanto, es perfectamente posible obtener una solución o, según el caso, la resolución de un conflicto sin necesidad de acudir por ante los órganos jurisdiccionales, véase RAMOS MÉNDEZ (2010, p. 42).

⁹ Nótese que en los *contratos de servicios de decisión* el tercero se obliga a solucionar un conflicto a partir del proferimiento de un fallo (obligación de resultado), mientras que en los *contratos de servicios de facilitación* el tercero se obliga a coadyuvar a las partes a tomar una decisión que sea producto de una iniciativa conjunta (obligación de medio). Confrontar CROOK (2010, pp. 1-2).

Dentro de los *contratos de servicios de decisión*, el *arbitraje*,¹⁰ en particular, adquiere una forma “muy semejante” a la jurisdiccional,¹¹ no solamente por cuestiones relacionadas con la forma en la cual se desenvuelve un procedimiento arbitral,¹² sino, también, porque la tarea silogística que desempeña un juez al dictar una decisión judicial es posiblemente idéntica a la que realiza un árbitro al momento de proferir un laudo. Podría decirse, pues, que las similitudes que existen entre el ejercicio de la función jurisdiccional —y las garantías que le rodean— y la ejecución de la función arbitral, terminarían entonces por convertir al arbitraje en el *contrato de servicios de decisión* que actualmente goza de mayor aceptación, particularmente, en el ámbito internacional¹³ y, muestra de ello, es la mera ratificación de la [Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras \(1958\)](#) (en adelante, Convención de Nueva York), un instrumento que ha sido ratificado por parte de más de un centenar de países, incluyendo, dicho sea de paso, a los 27 Estados Miembros de la Unión Europea, y que ha servido, entre otras cosas, para *legitimar* al arbitraje como un mecanismo contractual “no jurisdiccional”¹⁴ de *solución* de conflictos. Ahora, si bien es cierto que la Convención de Nueva York ha servido, hasta cierto punto, para minimizar el área de las fronteras entre lo arbitrable y lo no arbitrable, también es verdad que la “arbitrabilidad” de los conflictos, hoy por hoy, no está regulada en un instrumento único, sino, como se verá más adelante, esparcida a lo largo de cada uno de los ordenamientos jurídicos en los cuales se regula el ejercicio del derecho a solucionar conflictos mediante arbitraje. En este sentido, la “in-arbitrabilidad” de un conflicto supone una restricción del derecho a libertad de contratación que —para algunos— se justifica por razones de *orden público*,¹⁵ un concepto jurídico que, a la luz del derecho comunitario, debería ser interpretado y aplicado de manera uniforme por parte de los Estados Miembros¹⁶ y que, en su estado actual, autoriza a que en cada uno de ellos se hagan

¹⁰ El arbitraje ha sido definido como “una institución jurídica por la que una persona, objetiva e imparcial, nombrada por las partes mediando convenio, resuelve (SIC) en base a una potestad específica el conflicto intersubjetivo de intereses jurídicos, en caso de ser la materia susceptible de libre disposición por las personas afectadas...”, en MONTERO AROCA *et al.* (1989, p. 726), MONTERO AROCA *et al.* (2000, p. 876). Acerca de la naturaleza contractual del arbitraje, véase CARNELUTTI (1973, p. 117).

¹¹ Confrontar FOUCHARD *et al.* (1996, p. 14). Aunque, para un reducido sector, el arbitraje puede perfectamente ser considerado como una “actividad jurisdiccional privada con fundamento en la autonomía de la voluntad”, véase, por ejemplo, LLUÍS ANGELATS (1997, pp. 20-23).

¹² Véase GOLDBERG *et al.* (2007, p. 213).

¹³ RAMOS MÉNDEZ (2005, p. 48).

¹⁴ Es oportuno señalar que la idea de utilizar mecanismos no jurisdiccionales —a gran escala— como herramientas para la solución o resolución de conflictos fue dada, inicialmente, en los Estados Unidos por el Profesor Frank E. A. SANDER. Véase SANDER (2010, pp. 1-29). En la Unión Europea, también se ha venido hablando de la necesidad de hacer uso de medios alternativos de resolución de conflictos en general, e incluso, se promueve su desarrollo abiertamente. Véase MARTÍN DIZ (2006, pp. 71-96), GONZÁLEZ CANO (2007, pp. 138-141), CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA (2006, pp. 388-391). En cuanto al tema de la *legitimidad* del arbitraje, véase MORGAN (1987, p. 1069).

¹⁵ Confrontar TIBOR *et al.* (1999, p. 219), LEW *et al.* (2003, p. 188), TWEEDDALE *et al.* (2005, pp. 110-111).

¹⁶ Véase la Sentencia del Tribunal de Justicia del 1 de febrero de 1972 (asunto 49/71, numeral 6) en el caso de *Hagen OGH vs Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*. Consúltese también la [Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Derecho contractual europeo más coherente, Plan de Acción \[COM \(2003\) 68 final, de 12.2.2003\]](#) pp. 19, 20 y 30.

distinciones potencialmente disímiles entre lo arbitrable y lo no arbitrable.

En general, la noción de orden público ha sido considerada como “una de las [cuestiones] más difíciles, sino la más, dentro de todas las construcciones teóricas del Derecho”.¹⁷ El orden público, concretamente, como presupuesto determinante de la arbitrabilidad de un conflicto, ha sido examinado por algunos autores únicamente a partir del estudio de casos¹⁸ sin parar mientes en cuáles son sus antecedentes y, mucho menos, cuál es su relación con algunos otros conceptos afines. Por esta razón, es entonces por lo que, en las páginas siguientes, se hace un examen de la noción de orden público, de su fenomenología, y de sus repercusiones en el marco de la arbitrabilidad. En el segundo de sus apartados se elabora un análisis de su significado y de varios otros conceptos que se hallan directamente relacionados con esta noción. Para cumplir con esta labor, el autor presenta un discurso sumario que parte de las observaciones provenientes de un importante sector de la doctrina. En el tercer apartado, se hace un estudio de la inarbitrabilidad de aquellas materias que “interesan al orden público”. Seguidamente, se examina su tipología, el escenario de su eventual codificación y, muy brevemente, el tema de las potenciales dificultades relacionadas con la europeización del concepto de *arbitrabilidad* y, finalmente, en el cuarto de sus apartados, el autor presenta sus conclusiones.

2. El concepto de orden público como parte del sistema del Derecho Civil

El Derecho Civil –como sistema– se halla integrado por una importante constelación de normas,¹⁹ conceptos,²⁰ definiciones,²¹ principios,²² e instituciones²³ que forman parte de su

¹⁷ SAVIGNY, citado por GONZALO QUIROGA (2003, pp. 52-53).

¹⁸ KIRRY (1996), McLAUGHLIN (1996), LEW *et al.* (2003, p. 721). TWEEDDALE *et al.* (2007, p. 113), MISTELIS *et al.* (2009), MORENO RODRÍGUEZ (2007, pp. 64-105).

¹⁹ Es importante destacar que se trata, concretamente, de normas jurídicas positivas de carácter general o particular, véase KELSEN (1991, pp. 1-8).

²⁰ Especial atención merece el tema de los conceptos y el de su importancia dentro del Derecho Civil, particularmente, desde una perspectiva funcional, cuestión que ha sido explicada –rigurosamente– a partir de varias corrientes: (1) idealismo, (2) realismo, (3) conceptualismo y (4) nominalismo. Al desarrollar este punto, se ha dicho, entre otras cosas, que en cualquier sistema jurídico existen cuatro niveles conceptuales variables que oscilan –de mayor a menor grado– en cuanto a su contenido de abstracción y, en cada uno de estos niveles, se ubican varios conceptos que desempeñan una función importante dentro de aquel, en VON DER PFORDTEN (2009, pp. 17-33).

²¹ Conjuntamente con el tema de los conceptos, interesa también abordar, aunque sea brevemente, el área de las definiciones, pues ellas sirven, de una u otra manera, para “determinar la comprensión y caracterización de un concepto” y, al hacerlo, terminan por dar una idea –clara o no– de cuál es su significado, véase BIELSA (1961, p. 267). El problema relacionado con la definición de instituciones jurídicas en general, particularmente, en el campo del Derecho Civil, ya había sido registrado en el Digesto bajo el apotegma: *Omnis definitio in jure civili periculosa est*, CORPUS JURIS CIVILIS (MDCC, p. 1037).

²² La noción de principio ha sido entendida como una especie de estándar jurídico que funciona como una herramienta interpretativa de las normas. En este sentido, los principios no son más que entidades teóricas jurídicamente aceptadas que justifican la existencia de las normas, confrontar DWORKIN (2004, pp. 22-30) ALEXANDER *et al.* (2001, pp. 157-169).

compleja matriz. Si bien es cierto que muchos de los elementos de dicha constelación pueden ser catalogados como *figuras jurídicamente perfectas*, también es verdad que algunos de ellos se apartan, significativamente, de aquel encomiable ideal de perfección. Los conceptos y las definiciones, en particular, pueden ser colocados dentro de una categoría dogmático-defectiva, de allí que ambos terminen siendo catalogados como *figuras jurídicamente imperfectas*, figuras que corren el riesgo de ser observadas de manera multiforme y que se construyen a partir del ejercicio de una labor esencialmente individualista.²⁴

En general, el estudio de los *conceptos* y de las *definiciones* como herramientas jurídicas complementarias pertenecientes a una misma categoría, pero sin duda, distintas, tiene un carácter eminentemente asistencial.²⁵ Tanto los conceptos como las definiciones deberían servir para facilitar la tarea de interpretar la norma jurídica. No obstante, hay conceptos que, lejos de asistir al intérprete, despiertan un cierto apetito de vacilación. Esto es, precisamente, lo que ocurre con los denominados *conceptos jurídicos indeterminados*,²⁶ pues son conceptos carentes de precisión técnico-lingüística y, por ello, es posible que terminen siendo aprehendidos y posteriormente definidos con un marcado nivel de ambigüedad.

En este sentido, el concepto de “orden público” se ubica dentro del plano de los niveles conceptuales de mayor abstracción y, por lo tanto, su significado podría variar, en mayor o menor medida, no solamente en función de la definición que se le dé, sino también al momento de la eventual utilización de la misma. Así pues, el orden público, en el contexto del Derecho Civil, se identifica entonces como un *concepto* jurídico indeterminado que, en muchos casos, forma parte de las *normas* en las cuales se regula el derecho a la libre contratación y que, dentro de la *institución* del contrato, se justifica a partir de la existencia del denominado *principio* de la autonomía de la voluntad.

2.1. Antecedentes de su codificación: Francia, Italia y España

En el sistema continental, la noción de *orden público*, vista como una limitación al principio de la libertad contractual, fue introducida hace más de doscientos años y tiene su origen en lo que resultó siendo el quinto de los proyectos del Código Civil Francés: el Código Civil de 1804.²⁷ El

²³ Las instituciones pueden ser entendidas como toda una serie de figuras jurídicas que desempeñan una tarea específica y que, por cuestiones de funcionalidad, han sido reconocidas, adoptadas e implementadas como parte de un determinado sistema. Confrontar RUITER (2001, pp. 71-73). La importancia de las instituciones jurídicas, como parte del Derecho Civil, fue reconocida hace casi un siglo por CAPITANT (1921, p. 5).

²⁴ Por esta razón, no es sorprendente que, a veces, haya una cierta falta de precisión dentro del contenido de algunos conceptos y, en consecuencia, de ciertas definiciones, confrontar HOHFELD (1968, p. 32).

²⁵ Se trata, pues, de traducir ciertas ideas por medio de la utilización de un cierto número de palabras que faciliten su percepción, confrontar GÉNY, citado por COLIN *et al.* (1922, p. 5).

²⁶ La noción de *conceptos jurídicos indeterminados* en el Derecho Español, por ejemplo, ha sido brillantemente explicada en un discurso sumario presentado por ORTEGA GUTIÉRREZ (2009, pp. 17-24).

²⁷ HUSSERL (1938, p. 38).

Código Civil Francés de 1804 –también conocido como el Código de Napoleón²⁸– tenía, originalmente, 2281 artículos.²⁹ Este Código, lógicamente, no fue producto de una tarea de improvisación, sino de 102 sesiones de trabajo.³⁰ El sexto de sus artículos se refería, entre otras cosas, a la noción de *ordre public* (orden público) de la manera siguiente “[o]n ne peut déroger par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs”³¹ (no se podrán derogar, por *convenios particulares*,³² las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres).³³

Para algunos, la utilización de un término tan impreciso como el de “orden público” podría parecer, a simple vista, desconcertante,³⁴ pues, el Código Civil Francés surge a partir de una minuciosa labor desempeñada por una comisión de cuatro distinguidos juristas, incluyendo TRONCHET, BIGOT DE PRÉAMENEU, MALEVILLE Y PORTALIS, quien, dicho sea de paso, se sirvió –mayormente– del trabajo que había sido desempeñado por parte de DOMAT Y POTHIER.³⁵ Sin embargo, es posible que la idea de incorporar este concepto haya sido importada de un país vecino, Inglaterra, en donde la Corte del Rey ya venía haciendo uso del concepto de *public policy* (orden público) como presupuesto para la declaratoria de nulidad de un contrato.³⁶

Lo cierto es que, a pesar de esa flagrante indeterminación de la idea plasmada en el artículo 6 del

²⁸ A propósito de la elaboración del Código Civil Francés de 1804 y de sus redactores, véase BOUINEAU *et al.* (2004, pp. 45 y ss.).

²⁹ AMOS (1928, p. 226).

³⁰ APPLE *et al.* (1995, p. 15).

³¹ ASSEMBLÉE NATIONALE (1804) “Code civil des Français: édition originale et seule officielle” (www.assemblee-nationale.fr).

³² Aunque el artículo 6 del Código Civil Francés fue incluido en el título relacionado con el tema de la publicación, de los efectos y de la aplicación de las *leyes en general*, puede afirmarse con acierto que el legislador se refería a los *contratos en particular*. Nótese que en este artículo se hizo uso de la expresión *conventions particulières* (convenios entre particulares) en lugar de *contrats* (contratos). Esto se debe a que, en aquel momento, la convención y el contrato se confundían. En efecto, el Código Civil Francés contenía a una especie de inelegante sinonimia entre los vocablos *contrats* (contratos) y *conventions* (convenios); razón por la cual se hablaba, por ejemplo, de condiciones para la validez de las “convenciones” (artículo 1108), de la “convención” contraída por error, violencia o dolo (artículo 1117), de una fuerza de ley de las “convenciones” legalmente formadas (artículo 1134), de la interpretación de las “convenciones” (artículo 1156 y siguientes), etc. Véase MAHER (1913, p. 10).

³³ El Código Civil Francés, luego de más de dos siglos, ha sufrido toda una serie de cambios; sin embargo, el sexto de sus artículos permanece intacto. Véase LEGIFRANCE. *Les codes en vigueur: Code Civil*. “Titre préliminaire: De la publication, des effets et de l'application des lois en général” (www.legifrance.gouv.fr).

³⁴ Aunque también sería válido concluir que la inclusión de dicho concepto no es en modo alguno cuestionable, pues, posiblemente, la intención del legislador era incorporar un concepto omnicomprensivo, pero sobre todo que gozara de permanencia en el tiempo.

³⁵ KÖTZ *et al.* (1997, p. 3).

³⁶ Confrontar WILSON (1770, p. 230). Años después, problemas relacionados con la utilización del vocablo *public policy* (orden público) y su aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales ingleses quedaron resaltados por el juez BURROUGH en el caso de *Richardson vs Mellish* (1824) 2 Bing, p. 252.

Código Civil Francés, la noción de orden público, como una limitación al principio de la libertad contractual, se introdujo también, aunque con algunos matices, claro está, en algunos otros Códigos. Verbigracia, el artículo 12 de las “Disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi in generale” que preceden el Código Civil Italiano de 1865, el cual disponía que “Non ostante le disposizioni degli articoli precedenti, in nessun caso le leggi, gli atti e le sentenze di un paese straniero, e le private disposizioni e convenzioni potranno derogare alle leggi proibitive del regno che concernano le persone, i beni o gli atti, nè alle leggi riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico ed il buon costume”³⁷ (Sin perjuicio de lo que dispone el artículo precedente y, en ningún caso, las leyes, los actos y las sentencias de un país extranjero, y las disposiciones o convenciones privadas podrán derogar a las leyes prohibitivas del reino concernientes a las personas, los bienes o los actos, ni a las leyes que resguardan, en cualquier modo, el orden público y las buenas costumbres) y, luego, probablemente con un mayor grado de sofisticación, en el artículo 1255 del Código Civil Español de 1889,³⁸ en el cual, se hacía alusión a la noción de orden público –como una auténtica limitación al denominado principio de la libertad contractual– en los siguientes términos “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, á (sic) la moral ni al orden público”.

2.2. Orden público y buenas costumbres

Anteriormente se indicó que el artículo 6 del Código Civil Francés de 1804, al referirse a las limitaciones que le son aplicables al principio de la libertad de contratación “le principe de la liberté des conventions”, hizo alusión, entre otras cosas, a la existencia de “leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres” (lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs).³⁹ Se dijo además que el artículo 12 de las “Disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi in generale” que preceden el Código Civil Italiano de 1865 se refería a las “leyes que resguardan, en cualquier modo, el orden público y las buenas costumbres” (leggi riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico ed il buon costume). Se habrá

³⁷ CODICE CIVILE DEL REGNO D'ITALIA (1865, p. xxxix).

³⁸ Y también en el artículo 11, en el cual se reprodujo, parcialmente, el artículo 12 de las “Disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi in generale” que preceden el Código Civil Italiano de 1865. Véase Ministerio de Gracia y Justicia. “Real decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil” (<http://www.boe.es>). En la actualidad, el artículo 6.2 del [Código Civil Español](#) establece que “[l]a exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros”. Esta norma pareciera tener su origen en el artículo 4 del [Código Civil de 1889](#), cuyo tenor se transcribe a continuación: “Art. 4. Son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley, salvo los casos en que la misma Ley ordene su validez. Los derechos concedidos por las Leyes son renunciables, a no ser esta renuncia contra el interés o el orden público, o en perjuicio de tercero”. Por otra parte, el artículo 1255 dispone que “[l]os contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”.

³⁹ Las expresiones “orden público” y “buenas costumbres” han sido calificadas, por algunos, como principios gemelos destinados a controlar, fundamentalmente, la validez de los actos que sean contrarios a la política de un Estado, cuestión que puede tener lugar incluso en aquellos casos en los que no existe vulneración de precepto normativo alguno. Confrontar DE CRUZ (1999, p. 261).

notado también que el Código Civil Español de 1889, en su artículo 1255, se refería sólo a pactos, cláusulas y condiciones que no fueren contrarios *a las leyes, a la moral, ni al orden público*, sin mencionar el supuesto de las “buenas costumbres”.⁴⁰

El significado de las expresiones “orden público” y “buenas costumbres”, y de cuestiones relacionadas con su complementariedad, ya había sido objeto de discusión, desde muy temprano, por parte de los juristas franceses. En el Derecho Civil Francés se llevó a cabo la incorporación de ambas unidades léxicas como parte de un mismo grupo semántico, cuestión que, finalmente, culmina por darle entrada a las expresiones: “normas de orden público”⁴¹ y “actos contrarios a las buenas costumbres”. En Francia, hablar de actos contrarios a las buenas costumbres era lo mismo que hablar de actos contrarios a la moral. En cambio, se decía que la expresión “normas de orden público” no era tan clara como aquélla, y al intentar darle un significado a esta expresión, se explicaba que tales “normas” podían ser vistas, por una parte, como *normas destinadas a garantizar el buen funcionamiento del Estado* y, por la otra, como *normas de protección, normas indisponibles, normas que interesan al interés general* y que, por lo tanto, terminan siendo intangibles.⁴²

De un modo similar, hay quienes le atribuyen a las nociones de *orden público* un carácter normativo y a la de *buenas costumbres* un carácter extra-normativo⁴³ y, al hacerlo, se advierte que las “normas de orden público” son, simplemente, aquellas que no pueden ser derogadas por convenio alguno, mientras que el concepto de “buenas costumbres” implica el cumplimiento de ciertos preceptos de carácter moral,⁴⁴ es decir, preceptos que son tolerados y que, de ninguna manera, infringen las normas jurídicas de una determinada comunidad, y que al ser incorporados al ordenamiento jurídico positivo se convierten en normas de orden público. Por otra parte, la doctrina italiana, al analizar el porqué de la distinción entre ambas nociones, y al justificar la validez de la distinción entre ellas, llegó a una conclusión muy parecida al señalar que la expresión “buenas costumbres” no tenía carácter normativo alguno, sino más bien un carácter estrictamente ético social, pero sobre todo muy amplio. Caso distinto ocurría con la expresión

⁴⁰ Aunque, como se verá más adelante, dicha “omisión” podría tener un origen histórico, pues, tanto en Francia como en Italia, las “buenas costumbres” fueron equiparadas con “la moral”. Situación similar ocurrió en Alemania, en donde se afirmaba que “[e]l negocio es inmoral cuando significa *realización o estímulo de lo prohibido por las buenas costumbres u obstaculización de lo mandado por la moral*” (las notas al pie de página han sido omitidas), en ENNECERUS (1950, p. 309). Nótese que el Código Civil Francés (1804), el Código Civil Italiano (1865) y el Código Civil Español (1889) fueron promulgados en el mismo siglo. Esto responde al movimiento de codificación que tuvo lugar en el siglo XIX. Confrontar GLYN (1999, p. 2).

⁴¹ Pareciera que lo correcto sería hablar de “actos contrarios al orden público” en lugar seguir utilizando la expresión “normas de orden público”, pues es evidente que todas las normas jurídicas “afecta[n] en cierto modo al orden público”. Confrontar PLANIOL *et al.* (1928b, p. 310).

⁴² COLIN *et al.* (1923, pp. 62-64).

⁴³ MADURO LUYANDO (1989, pp. 434-437).

⁴⁴ Ahora, “si bien es verdad que la moral y el derecho tienen una base común, porque ambas expresan una exigencia de orden deontológico ... también es cierto que cada una de dichas categorías posee su estructura lógica, con caracteres peculiares; que impiden el éxito de tentativas de *mútua [sic] compenetración o absorción recíproca*, sea en el sentido de una *legalización de la moral* como de una *moralización del derecho*”, en DEL VECCHIO (1925, p. 28).

“orden público”, pues esta sí tenía un carácter estrictamente jurídico, de allí que podía ser reducida, directa o indirectamente, a una norma concreta.⁴⁵ Finalmente, hay quienes señalan que, en realidad, los intentos que se han hecho para tratar de diferenciar a estas nociones son del todo estériles, pues no existe un estándar capaz de fijar una línea divisoria entre las nociones de *orden público* y *buenas costumbres*.⁴⁶

2.3. Las “normas de orden público” como herramientas jurídicas intangibles

Dentro del sistema continental, se ha hecho uso frecuente de la locución “orden público” como equivalente de las expresiones *ius publicum* o *ius cogens*.⁴⁷ Los juristas franceses, en particular, posiblemente al intentar sistematizar la noción “normas de orden público”, marcaron una interesante distinción entre normas supletorias “*lois supplétives*” y normas imperativas “*lois impératives*”. Las primeras, estaban destinadas a llenar el vacío que habían dejado las partes contratantes y podían perfectamente no ser aplicadas si las partes así lo deseaban, mientras que las segundas estaban vinculadas con la idea del interés general y, por esta razón, debían ser incondicionalmente aplicadas.⁴⁸ A propósito de la noción de orden público y del análisis relacionado con el tema de las normas imperativas, la doctrina española se ha pronunciado en la forma siguiente:

... Se ha querido poner en conexión el orden público con las leyes imperativas, identificándose leyes que tienen por objeto el orden público con leyes imperativas. Esta tesis permitiría deslindar con facilidad el concepto pero [lo cierto es que incluso] a falta de normas legales expresamente imperativas, las materias relativas al orden público quedan sustraídas a la disponibilidad de los particulares.⁴⁹

Una opinión parecida a esta última fue dada por la doctrina italiana, la cual sostuvo que un negocio contrario al orden público es aquel que vulnera el “*interés general* (aunque no se trate de normas concretas)”,⁵⁰ sino simplemente de “normas implícitas”,⁵¹ normas que, necesariamente,

⁴⁵ MESSINEO, citado por BADIALI (1963, p. 88).

⁴⁶ Confrontar LLOYD (1953, p. 27). Nótese que en el Derecho Español, pareciera que la doctrina desarrolló el tema del *orden público* y las *buenas costumbres* a partir de lo que había sido expuesto por parte de la doctrina Francesa. Confrontar CÁNOVAS, citado por DORAL (1967, p. 65 y ss.).

⁴⁷ Es importante mencionar que la locución *ius cogens* o ley coercitiva es comúnmente contrapuesta con la de *ius dispositivum*, es decir, ese derecho que actúa como un mecanismo regulatorio de una situación jurídica a falta de convenio entre las partes. En este sentido, se afirma que las partes podrían contratar fuera del marco regulatorio del *ius dispositivum*, pero no fuera de la esfera regulatoria del *ius cogens*. Ver JOLOWICZ (1957, p. 51).

⁴⁸ BARRY (1992, pp. 32-34).

⁴⁹ DíEZ-PICAZO (1991, p. 432).

⁵⁰ MESSINEO (1954, p. 480). Es conveniente hacer un pequeño paréntesis para indicar que, en materia contractual, la doctrina francesa, al desarrollar el tema de la ilicitud de la causa, señala que la causa es ilícita no “solamente cuando choca con un texto legislativo [sino también] cuando va contra el interés público, e *independientemente de toda condena pronunciada expresamente por el legislador*”, (las cursivas han sido añadidas) en JOSSERAND (1950, p. 98).

⁵¹ El problema de reconocer la existencia de “normas de orden público” que no hayan sido expresamente reconocidas, particularmente, dentro del sistema de derecho continental, es que todas las normas jurídicas deben ser creadas a partir de un acto en el cual se le dé nacimiento a esas normas, pero ese acto no debe ser producto de

deben ser observadas y que, por lo tanto, son inderogables. De modo que, en este sentido, las nociones de orden público e interés general se conjugan para revestir a las mal llamadas “normas de orden público” con un manto de inderogabilidad contractual.⁵²

Pero es importante tener claro que esas normas no tienen por objeto “reducir de modo innecesario la libertad en la contratación”,⁵³ pues, a falta de indicación expresa, cuando sea necesario determinar si se está o no en presencia de una norma de orden público, es menester indagar, de manera exhaustiva, si tales “normas” están destinadas a salvaguardar el interés de la mayoría en un determinado momento histórico. Esto quiere decir que las normas de orden público se hallan sujetas a un proceso continuo de transformación que podría llegar a fortalecer o a suprimir su propio carácter y, consecuentemente, su intangibilidad, pero, por encima de todo, su legitimidad.⁵⁴

2.4. Orden público, legalidad y legitimidad

La noción de *orden público* y la decisión de proteger el interés de la mayoría se encuentran estrechamente enlazadas con las nociones de *legalidad* y *legitimidad*. Se cree que el vínculo existente entre las nociones de legalidad y legitimidad de las instituciones jurídicas es, posiblemente, uno de los temas más importantes en el área del Derecho,⁵⁵ sin embargo, lo cierto es que ambos conceptos han sido relativamente desatendidos por parte del jurista.⁵⁶ Pues bien, comoquiera que el concepto de orden público tiene mucho que ver con estas nociones, es importante hacer mención, aunque sea brevemente, al planteamiento de la legalidad y de la legitimidad del orden público.

La expresión legalidad, en sentido amplio, se refiere a todas aquellas acciones u omisiones que se hallan permitidas o prohibidas por la ley. De modo que la legalidad o la ilegalidad de un acto serán determinadas, simplemente, con arreglo a las normas jurídicas que permitan o que prohíban determinadas conductas.⁵⁷ Por otra parte, la noción de legitimidad, al ser vista desde el

una labor intelectual, sino de una labor volitiva, véase KELSEN, citado por VINX (2007, p. 40). Lo más parecido a la existencia de obligaciones “implícitas” es el supuesto al cual se refiere el artículo 1258 del Código Civil Español, pero esta norma nada tiene que ver con la noción de orden público.

⁵² El planteamiento de la “inderogabilidad” de las normas de orden público se forma a partir de la máxima *privatorum conventio juri publico non derogat*. Los juristas franceses, al preguntarse: qué era una disposición de orden público, concluyeron que se trataba de una disposición contenida en cualquiera de las leyes de Derecho Público o en las leyes de Derecho Privado que interesan al orden público, véase PLANIOL *et al.* (1928a, pp.113-114).

⁵³ DORAL (1967, p. 91).

⁵⁴ FRANÇOIS (1996, pp. 3-12).

⁵⁵ Hay quienes explican que esto se debe a que “lo legal debería ser legítimo” y “lo legítimo debería ser legal”, en POPOVSKI *et al.* (2008, p. 3).

⁵⁶ STILLMAN (1974, p. 33).

⁵⁷ BETANCOURT (2010, p. 170).

punto de vista normativo, tiene que ver con un ideal de aceptación de las normas por gran parte de la totalidad de sus destinatarios. Esto quiere decir que las normas jurídicas serán consideradas como legítimas o ilegítimas –únicamente– si ellas son aceptadas o no, en su mayoría, por parte del grupo social en el cual estas normas vendrán a ser aplicadas.⁵⁸

En este orden de ideas, se observa entonces que la legalidad de las “normas de orden público” sería producto de la positivización o de la normación de las mismas, mientras que su legitimidad sólo podría ser determinada a partir de un ejercicio intelectual por el cual se reflexiona, en un momento determinado, con respecto a su validez, a su aprobación, e incluso, sobre la justificación de su existencia, y más importante aún, acerca de si la decisión de proteger el interés de la mayoría, en un caso concreto, se halla supeditada, ineludiblemente, a la aplicación de tales normas.

2.5. La noción de orden público como categoría: normativa vs conceptual

Cuando se trata de categorizar al orden público “*ordre public*” como parte de una constelación meramente sistemática, es necesario hacer un deslinde entre aquello que ha recibido el nombre de “norma de orden público” –como categoría intelectual abstracta de carácter inderogable– y la noción de “orden público” –como categoría conceptual perteneciente a los denominados conceptos jurídicos indeterminados–.⁵⁹

Si se coincide con quienes afirman que la noción de orden público tiene un carácter normativo y, por lo tanto, si se reconoce la existencia de verdaderas “normas de orden público”, todo parece indicar que la vulneración de cualquiera de ellas es igual, o al menos muy parecida, a un acto contrario a la ley, específicamente, a la de un acto contrario a las normas imperativas o prohibitivas,⁶⁰ caso en el cual sería difícil, por un lado, justificar la necesidad de dicha noción y, por el otro, establecer una distinción real entre las normas de orden público, las normas imperativas y las normas prohibitivas.

Por el contrario, quienes se adhieren a la idea de reconocer que la noción de orden público tiene un carácter conceptual y, en consecuencia, que el orden público –como concepto– está destinado a desempeñar una función regulatoria de naturaleza previsoría con el objeto de regular situaciones impredecibles dentro del sistema jurídico contractual contemporáneo, podrían

⁵⁸ A propósito de las nociones de legalidad y legitimidad, véase, en general, VINX (2007, pp. 1-230), MARSH (2001, pp. 1-203), DYZENHAUS (1997, pp. 1-283).

⁵⁹ La noción de orden público “public policy”, como herramienta jurídica conceptual, pareciera tener su origen, como antes se indicó, en el Derecho Inglés. Si bien es cierto que las expresiones “orden público y public policy” guardan ciertas similitudes, es decir, en el contexto del derecho continental y del derecho anglosajón, también es verdad que dichas nociones no son del todo idénticas. Véase KNIGHT (1922, pp. 207-219), deBELLEVILLE KATZENBACH (1956, pp. 1087-1157).

⁶⁰ En efecto, el artículo 6.3 del Código Civil Español, por ejemplo, dispone que “[l]os actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.”.

afirmar entonces que un acto contrario al orden público no es un acto por el cual se transgrede una norma jurídica, sino “un acto nulo de nulidad de orden público”.⁶¹

En este sentido, un acto nulo de nulidad de orden público, podría ser definido como un acto que no ha sido expresamente regulado pero que es, a todas luces, un acto injusto,⁶² un acto contrario al interés general, motivo por el cual su ejecución no gozaría de aceptación por parte de la mayoría⁶³ y, por esta razón, se le considera nulo,⁶⁴ una situación que, obviamente, se encuentra estrictamente vinculada con el problema de la legitimidad⁶⁵ del acto y no con el problema de su legalidad.⁶⁶

3. La inarbitrabilidad de las materias que interesan al orden público

Las distinciones entre lo arbitrable y lo no arbitrable parecieran tener su origen en el Derecho Romano, específicamente, a partir del siglo II antes de Cristo, en donde; también, por razones de *orden público*, se fijaron algunos límites, aunque no muchos, frente al ejercicio del derecho del ciudadano romano a solucionar sus conflictos mediante arbitraje.⁶⁷ En general, la noción de “orden público”, como presupuesto necesario para la validez del contrato de servicios de arbitraje, termina por “asegurar” que la solución de ciertos conflictos se verifique en ejercicio de la función jurisdiccional y no de otra forma. En este sentido, el orden público, igualmente, puede ser entendido como un elemento *abstracto* o como un elemento *concreto*. En el primero de los casos, no se hace alusión a supuestos específicos, sino a temas muy amplios, y se termina entonces señalando, por ejemplo, que no podrán ser válidamente sometidas al arbitraje aquellas *materias* que “interesan al orden público”.⁶⁸ Ante tal situación, y comoquiera que dichas materias,

⁶¹ MAZEAUD *et al.* (1962, p. 638).

⁶² Es importante tomar en consideración que toda “teoría de la justicia solo resulta aplicable cuando tiene suficientemente en cuenta los intereses y necesidades, así como la tradición y cultura de todos los implicados” o, en su defecto, de la mayoría de ellos, cuestión que se encuentra íntimamente relacionada con el tema de la legitimidad. Confrontar ALEXY (2005, pp. 59-60).

⁶³ Nótese que la justicia, como valor supremo, se identifica con la idea de proteger “intereses socialmente reconocidos por la mayoría como dignos de ser protegidos”, en KELSEN (1982, p. 38).

⁶⁴ En cuanto al tema de si se trata de una nulidad que se produce *ipso iure* o si es necesario que exista un pronunciamiento por parte de un órgano jurisdiccional, véase DE CASTRO Y BRAVO *et al.* (1955, pp. 600-601).

⁶⁵ Obsérvese que el artículo 24.1 de la Constitución Española se refiere al “derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses *legítimos*” (las cursivas han sido añadidas). En cuanto al concepto de “interés legítimo”, véase ORTIZ-ORTIZ (2004, pp. 433-437).

⁶⁶ En efecto, “el jurista no puede resolver ningún problema sirviéndose *sólo* del Derecho positivo, esto es, sin recurrir a juicios de valor, a juicios sobre lo justo y lo injusto que, por tanto, trascienden el Derecho positivo”, en ATIENZA RODRÍGUEZ (1993, p. x).

⁶⁷ ROEBUCK (2004, pp. 104-113).

⁶⁸ E incluso se hace mención a materias que no pueden ser objeto de transacción o en que las partes no puedan disponer libremente de sus derechos. CALVO CARAVACA (1989, pp. 81-82). En el último de los casos, hay quienes se

por excelencia, no son susceptibles de una “definición precisa e invariable”,⁶⁹ es evidente pues que la tarea de dilucidar si un conflicto es o no es arbitrable podría verse rodeada de cortapisas conceptuales.⁷⁰ Por esta razón, es entonces por lo que, en el segundo de los casos, se ha ido un poco más allá, y se ha creado un listado de cuáles son esas materias que no pueden ser conocidas por parte de un árbitro,⁷¹ verbigracia, aquellas cuestiones relacionadas con la situación jurídica de la persona, la nacionalidad, la adopción, la incapacidad e interdicción, el domicilio y la vecindad civil, la representación y defensa del ausente, la patria potestad, la paternidad, la filiación, los alimentos, las cuestiones que rigen sobre el matrimonio, la tutela, la emancipación, etc.⁷²

En la Unión Europea, el tema de la inarbitrabilidad de ciertas materias continúa siendo regulado en instrumentos distintos.⁷³ En algunos casos, como una cuestión de derecho sustantivo, pero predominantemente como una cuestión de derecho procesal. La inexistencia de tales instrumentos, sin embargo, nada obsta para que, en algunos casos, la parte que pretenda impugnar la validez de la cláusula compromisoria o del compromiso arbitral invoque la inarbitrabilidad de la materia por razones de orden público, pues, de nuevo, la noción de orden

refieren a la existencia de una “indisponibilidad por razones de orden público”, véase CHILLÓN MEDINA *et al.* (1991, pp. 188-189). En sentido similar, véase MUÑOZ SABATÉ (1995, pp. 198-201).

⁶⁹ Confrontar PAULSSON (2008, p. 615).

⁷⁰ Es oportuno mencionar que, hoy en día, particularmente, en materia de arbitraje comercial internacional, el concepto de “orden público” se interpreta de manera muy restringida, véase BERGER (1993, pp. 670-678), PARK (2006, p. 15), VAN DEN BERG (1981, pp. 359-368), BORN (2010, p. 137), VAN DEN BERG (2001, pp. 156-160).

⁷¹ Pero es posible afirmar que su “alistamiento” es producto de una política legislativa de concreción que tiene por objeto especificar cuáles son los supuestos en los que, por razones de *orden público*, se prohíbe que se haga uso del arbitraje como forma de solución del conflicto. Confrontar PATCHETT (1984, p. 306), REDFERN *et al.* (2004, p. 23), COE (1997, p. 153), SUTTON *et al.* (1997, p. 53).

⁷² Véase CHILLÓN MEDINA *et al.* (1978, pp. 138-139). No obstante, es importante destacar que “las modernas leyes nacionales de arbitraje pone[n] de manifiesto una constante ampliación del ámbito de materias susceptibles de ser sometidas a arbitraje”, en ESPLUGUES-MOTA (2007, pp. 192-193). Véase también CREMADES SANZ-PASTOR (2011, p. 663).

⁷³ Por ejemplo, en Austria (en el artículo 582.1 del Código de Procedimiento Civil), en Bélgica (en el artículo 1676 del Código Judicial), en Bulgaria (en el artículo 19.1 del Código de Procedimiento Civil conjuntamente con el artículo 1.2 de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional), en Chipre (en el Capítulo 4, artículo 3, de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional), en la República Checa (en la sección 99 del Código de Procedimiento Civil y la sección 2 de la Ley de Arbitraje), en Dinamarca (en la sección 6 de la Ley de Arbitraje), en Estonia (en el artículo 781 del Código de Procedimiento Civil), en Finlandia (en la sección 2 de la Ley de Arbitraje), en Francia (en el artículo 2060 del Código Civil), en Alemania (en la sección 1030 del Código de Procedimiento Civil), en Grecia (en el artículo 867 del Código de Procedimiento Civil), en Hungría (en la sección 4 de la Ley de Arbitraje), en Irlanda (en el artículo 30 de la Ley de Arbitraje), en Italia (en el artículo 806 del Código de Procedimiento Civil), en Letonia (en la sección 487 de la Ley de Procedimiento Civil), en Lituania (en el artículo 11 de la Ley de Arbitraje Comercial), en Luxemburgo (en los artículos 1224 y 1225 del Código de Procedimiento Civil), en Malta (en los artículos 15.5 y 15.6 de la Ley de Arbitraje), en los Países Bajos (en el artículo 1020.3 del Código de Procedimiento Civil), en Polonia (en el artículo 1157 del Código de Procedimiento Civil), en Portugal (en el artículo 1 de la Ley de Arbitraje Voluntario), en Rumanía (en los artículos 340 y 341 del Código de Procedimiento Civil), en Eslovaquia (en la sección 1.1.2 de la Ley de Arbitraje), en Eslovenia (en el artículo 1053 del Código de Obligaciones y en el artículo 460 del Código de Procedimiento Civil), en España (en el artículo 2.1 de la Ley de Arbitraje), en Suecia (en la sección 1 de la Ley de Arbitraje), en el Reino Unido (en la sección 1.b de la Ley de Arbitraje).

público, por antonomasia, no es más que un elemento condicionante frente a la libertad de contratación. Asimismo, se observa que, aunque la existencia de tales instrumentos es, sin duda, muy útil para conocer si un conflicto es o no es arbitrable, lo cierto es que la identificación de las materias que interesan al orden público no siempre se verifica con arreglo a las normas que, a simple vista, regulan el tema de la inarbitrabilidad del conflicto,⁷⁴ pues, la noción de orden público podría llegar a ser analizada, por citar algunos ejemplos, a partir de (1) la ley del lugar en el cual se ha celebrado el contrato de arbitraje, (2) la ley del lugar del arbitraje, o en algunos casos, de acuerdo con lo que disponga (3) la ley que haya sido expresamente elegida por los sujetos del conflicto.⁷⁵

En cualquier caso, es posible afirmar que:

... la no arbitrabilidad por razones de orden público debe ser analizada con suma cautela, ya que el orden público es un concepto jurídico indeterminado que no sufre alteración alguna por el hecho de que [el conflicto se solucione por medio del] arbitraje y de haber una perturbación será la misma que pueda existir [si el conflicto es solucionado por parte de un órgano jurisdiccional].⁷⁶

En efecto, si un tercero, en ejercicio de la función arbitral, conduce un procedimiento con arreglo a un instrumento regulatorio en el que han sido previstas toda una serie de garantías mínimas de procedimiento, en el que se aplican las normas que al conflicto le son inherentes⁷⁷ y en el que se dicta un laudo que se identifica plenamente con lo que establecen dichas normas, o dicho de otro modo, si se dicta un laudo que “tiene la forma” de la sentencia que habría dictado el juez al que, por razones de competencia, le correspondía conocer de ese asunto, es difícil, sino absurdo, concluir que la mera solución de dicho conflicto mediante la utilización del arbitraje terminaría siendo contraria al orden público.

Por lo tanto, se cree entonces que, en la Unión Europea, tendría sentido repensar acerca de cuáles son esos casos que –inexorablemente– requieren la intervención de un órgano jurisdiccional⁷⁸ para poder luego determinar con un sofisticado nivel de concreción, preferiblemente, a través de un listado,⁷⁹ cuáles son esas áreas en las que valdría la pena promover –a una mayor escala– que se haga uso del arbitraje. En otras palabras, lo ideal sería, pues, que se haga un esfuerzo destinado a delimitar, a través de un instrumento único de naturaleza reglamentaria, las

⁷⁴ Confrontar KIRRY (1996, p. 373).

⁷⁵ Confrontar LEW citado por BLESSING (1999, p. 168). Y para algunos, la solución podría ser distinta dependiendo de si el asunto es determinado por parte de un órgano jurisdiccional o por parte de un tribunal arbitral. Véase HANOTIAU (1998, p. 152).

⁷⁶ FERNÁNDEZ ROZAS (2008, p. 872).

⁷⁷ De modo que, dentro de este supuesto, se excluyen los casos en los que el laudo ha sido dictado de acuerdo con los conceptos de *amiable composition* o *ex aequo et bono*. Véase LEW *et al.* (2003, pp. 470-474).

⁷⁸ Confrontar SANDER (1976, pp. 111-134), DELVOLVÉ *et al.* (2009, p. 45).

⁷⁹ En sentido contrario, véase BÖCKSTIEGEL (1987, p. 189).

fronteras entre lo arbitrable y lo no arbitrable para garantizar, en igualdad de circunstancias, que en cada uno de los Estados Miembros se permita la utilización del arbitraje por igual y como uno de los principales métodos alternativos de *solución* de conflictos intersubjetivos, pero sobre todo que la arbitrabilidad de un conflicto, en cualquiera de los Estados Miembros, será comprobada de acuerdo con una herramienta normativa única.

3.1. Orden público interno, orden público internacional y orden público comunitario

En materia de arbitraje, la distinción entre un orden público interno y un orden público internacional⁸⁰ ha sido aceptada por parte de un gran sector de la doctrina.⁸¹ El *orden público interno* está relacionado, grosso modo, con la protección de intereses domésticos, mientras que el *orden público internacional* tiene que ver con la tutela de intereses protegidos por el Derecho Internacional Privado.⁸² Para algunos, el problema de la inarbitrabilidad de un conflicto debería ser resuelto de acuerdo con la noción de orden público interno,⁸³ pues, a decir verdad, cada Estado tiene la libertad de fijar sus propios límites entre lo arbitrable y lo no arbitrable. No obstante, hay quienes sugieren que dicha cuestión debería ser determinada a partir del concepto de orden público internacional.⁸⁴

Recientemente, la Unión Europea ha venido haciendo uso de la noción de *orden público comunitario*,⁸⁵ un concepto que, a decir verdad, termina siendo tan indeterminado como los anteriores, y que surge como un instrumento conceptual destinado a proteger los valores y los principios fundamentales de la Unión y del Derecho Comunitario, y con el cual se pretende, esencialmente, garantizar el bien común de los Estados Miembros sin menoscabar el orden público interno de cada uno de ellos.⁸⁶

Pues bien, comoquiera que la noción de orden público ha recibido acogida dentro del Derecho Comunitario –aunque con sus propios matices– todo parece indicar que, en la actualidad, las vicisitudes relacionadas con el problema de las distinciones entre lo arbitrable y lo no arbitrable,

⁸⁰ En general, se cree que la introducción de una distinción entre las nociones de “orden público interno” y “orden público internacional” tuvo lugar dentro del Derecho Internacional Privado a finales del siglo XIX. La doctrina italiana, al explicar qué significan estas nociones, señala que el orden público interno giraba en función de la inderogabilidad de ciertas normas, mientras que el orden público internacional se refería a toda una serie de “principios fundamentales ... que *no siempre* y necesariamente deben considerarse inderogables”. Véase CHARLES BROCHER citado por GONZALO QUIROGA (2003, p. 66), MESSINEO (1956, p. 475).

⁸¹ Confrontar GARCÍA DE ENTERRÍA (1989-1990, pp. 396-398), FORDE (1980, pp. 259-273), DOLINGER (1982, pp. 167-193).

⁸² AUDIT (1984, p. 144). Véase también BROWNLIE (2008, p. 512).

⁸³ BANTEKAS (2008, p. 193).

⁸⁴ FORTIER (2005, pp. 274-275).

⁸⁵ A propósito de la noción de orden público comunitario, concretamente, en materia de arbitraje, véase LIEBSCHER (2000, pp. 73-88), y en materia de Derecho Internacional Privado, véase MEIDANIS (2005, pp. 95-110).

⁸⁶ RODRÍGUEZ (1993-1994, pp. 43-85).

conjuntamente con las complejidades concernientes con el tema de cuál es la legislación aplicable,⁸⁷ podrían posiblemente verse resueltas a partir de una definición consensuada del concepto de “orden público comunitario”⁸⁸ que, de una u otra forma, sirva para tomar una decisión multilateral con respecto al tema de cuáles son esos casos en los que tendría sentido promover, e incluso, incentivar, el uso del arbitraje dentro de los Estados Miembros y, *a posteriori*, del potencial desarrollo de un procedimiento sumario de consulta ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que, en caso de duda, sea este quien decida si la solución de un determinado conflicto mediante arbitraje podría terminar por empecer o no al orden público comunitario.

3.2. El concepto de orden público en el Código Civil Europeo

En las últimas décadas, el Derecho Civil Comunitario ha dado pasos agigantados. La idea de unificar, o si se quiere, de armonizar el Derecho Civil dentro de los Estados Miembros sigue siendo un asunto controversial, pero son muchos los signos de su robustecimiento.⁸⁹ El Parlamento Europeo, en un par de ocasiones, ha exhortado la creación de un Código Civil Europeo;⁹⁰ sin embargo, la Comisión ha sido muy clara al señalar que, tal iniciativa, no forma parte de su agenda.⁹¹ Ahora, “[e]n la descripción de la morfología de un hipotético Código, [son muchos quienes coinciden en que su contenido debería ser capaz de] alumbrar ‘principios’ básicos, en el sentido de disposiciones conceptuales, dotadas de cierto grado de abstracción, que permitan resolver conflictos sin descender a la descripción de todos los problemas”.⁹² De manera que la promulgación de un futuro Código Civil Europeo podría entonces llegar a estimular la europeización del concepto de *orden público* como una de esas disposiciones conceptuales abstractas, o quizá, la introducción de un “nuevo” concepto de *orden público contractual comunitario* que, por cuestiones de primacía,⁹³ sería de gran utilidad al momento de resolver el problema de una eventual contradicción entre dos o más Estados Miembros con respecto al tema de cuáles son aquellas materias que “interesan al orden público”. En definitiva, la concepción de un Código Civil Europeo podría servir, entre otras cosas, para dirimir las limitaciones relacionadas con la carencia de un principio de reconocimiento mutuo en materia de orden público⁹⁴ y, a la postre, para garantizar que haya uniformidad al momento de establecer cuáles son los conflictos que pueden ser *solucionados* sin necesidad de hacer uso de los órganos

⁸⁷ Véase, por ejemplo, LEHMANN (2004, pp. 756-761).

⁸⁸ Aunque, para algunos, la noción de orden público, por su naturaleza, no podría llegar a ser definida con claridad. Confrontar SEELIG (2009, p. 118).

⁸⁹ HONDIUS (1998, pp. 3-19), O’CALLAGHAN MUÑOZ (2008, pp. 130-132).

⁹⁰ ZIMMERMANN (1998, p. 26).

⁹¹ TWIGG-FLESNER (2010, p. 14).

⁹² CÁMARA LAPUENTE (2003, p. 78).

⁹³ DÍAZ-AMBRONA BARDAJI *et al.* (2010, p. 45).

⁹⁴ COLLINS (2008, pp. 7-10).

jurisdiccionales.

3.3. Las dificultades de la europeización del concepto de “arbitrabilidad”

En la Unión Europea, la unificación de criterios con respecto al tema de la arbitrabilidad o de la inarbitrabilidad de las materias que *interesan al orden público* es más difícil de lo que parece. Para algunos, la supresión del concepto de orden público es un asunto que no sería echado de menos, no obstante, de buena tinta se ha dicho que “su mantenimiento resulta lógico desde la perspectiva de los ordenamientos jurídicos [comunitarios]”.⁹⁵ Por otro lado, si bien es cierto que, en materia de arbitraje, la noción de orden público siempre ha sido –y, de hecho, continúa siendo– un área sumamente controversial,⁹⁶ también es cierto que, en la práctica, el ámbito de aquellas materias que, por razones de orden público, no pueden ser solucionadas mediante arbitraje se ha reducido considerablemente.⁹⁷

Las limitaciones a la libertad de contratación –vis a vis el tema de la inarbitrabilidad de ciertas materias– son necesarias para garantizar que la solución de algunos conflictos se verifique por parte del Estado, en ejercicio de su función jurisdiccional, o incluso administrativa,⁹⁸ pero sobre todo con arreglo a lo que dispone el ordenamiento jurídico y no a ultranza de aquel. De manera que, en los Estados Miembros, los instrumentos jurídicos en los que se regula el supuesto de cuáles son los casos en los que, por razones de orden público, se prohíbe la utilización del arbitraje, deberían ser reexaminados para evitar que, dentro de la Unión Europea, reclamaciones de una misma naturaleza se conduzcan de manera desigual.⁹⁹ Mientras tanto, lo más seguro es que las discusiones y los debates relacionados con el tema del orden público y la inarbitrabilidad de ciertos conflictos continúen¹⁰⁰ y que, eventualmente, los Estados Miembros lleguen a un acuerdo con respecto a cuáles son esos casos que pueden ser solucionados mediante arbitraje.

⁹⁵ FRANK SORAUF, citado por HELD (1970, p. 9), GÓMEZ JENE (2000, p. 180).

⁹⁶ Confrontar LALIVE (1987, p. 258).

⁹⁷ Véase nota al pie de página número 31, en ARFAZADEH (2002, p. 53).

⁹⁸ Confrontar ARFAZADEH (2001, p. 78).

⁹⁹ Confrontar STEMPER (1990, p. 350).

¹⁰⁰ BUCHANAN (1988, p. 531). No sin razón se ha dicho que “[t]odas las ramas del saber [...] ofrecen ejemplos de cuestiones debatidas durante siglos, y a pesar de ello no resueltas todavía”, en DEL VECCHIO (1979, p. 41).

4. Conclusión

Es evidente, pues, que el alcance de la noción de orden público “revela para su fijación todas las dificultades propias de los conceptos jurídicos indeterminados”.¹⁰¹ La indeterminación de dicha noción, en algunos casos, trasciende sobre la predictibilidad de aquello que podría llegar a ser considerado como “contrario al orden público”,¹⁰² cuestión que no solamente genera incertidumbre, sino que además pareciera soslayar el valor funcional de la seguridad jurídica.¹⁰³ Empero, es importante tener claro que la “seguridad jurídica” no significa “que forzosamente hayan de ser reconocidos de antemano todos los detalles de regulación y todas las soluciones [jurídicas posibles] en aquellos casos que puedan plantearse”,¹⁰⁴ sino que exista un sistema que “asegure la juridicidad” de los actos¹⁰⁵ para garantizar que se haga justicia,¹⁰⁶ una tarea que le ha sido encomendada, fundamentalmente, a los órganos jurisdiccionales – comúnmente etiquetados como los órganos de “administración de justicia”¹⁰⁷ – pero que perfectamente pudiera llegar a tener lugar mediante la utilización del arbitraje.¹⁰⁸ En todo caso, hay que tomar en cuenta que la noción de orden público no es un concepto científico, sino, antes bien, un concepto histórico, es decir, un concepto que “se caracteriza por su íntima conexión con cada momento de la Historia [y que se halla] sometido a [una] constante evolución”.¹⁰⁹

¹⁰¹ SIERRA GIL DE LA CUESTA (2000, p. 499).

¹⁰² Nótese que el artículo 15:101 de los Principios del Derecho Contractual Europeo “European Commission (2006), Principles of European Contract Law (PECL)” establece que “[a] contract is of no effect to the extent that it is contrary to principles recognised as fundamental in the laws of the Member States of the European Union” (un contrato no surtirá efecto cuando sea contrario a los principios reconocidos como fundamentales en las leyes de los Estados Miembros de la Unión Europea), y en el comentario oficial de dicho artículo se indica que uno de sus objetivos es, precisamente, eliminar algunos de los términos más confusos, entre ellos, los de *orden público* y *buenas costumbres*. Véase PECL, confrontar INFANTE RUIZ *et al.* (2009, p. 34).

¹⁰³ Quizá tenga sentido aplicar algo similar al principio de la universalización “*the universalizability principle*”, de tal manera que los actos que sean considerados como contrarios al orden público por razones de tiempo, modo y lugar deberán siempre ser declarados como tales, salvo que se demuestre que las circunstancias son distintas. Confrontar FLATHMAN (1966, p. 111).

¹⁰⁴ RECASÉNS SICHES (1973, p. 277).

¹⁰⁵ De modo que al momento de determinar la juridicidad de los actos – de cara al concepto de orden público – la función de quien se pronuncia con respecto a su mantenimiento no es más que comprobar si ese acto gozaría o no de legitimidad.

¹⁰⁶ Pues es muy difícil “liberar el concepto del derecho de la idea de justicia”, en KELSEN (1983, p. 6).

¹⁰⁷ No obstante, lo cierto es que, en la mayoría de los casos, los órganos jurisdiccionales no hacen más que garantizar la realización de una “justicia normativa”, una cuestión que aparentemente se determina con arreglo a un silogismo, pero cuya proposición final se encuentra invariablemente afectada por razones de “justicia procesal”. Confrontar BELL (1994, pp. 127-129).

¹⁰⁸ En efecto, los llamados *medios alternativos de resolución de conflictos* son, también, “verdaderos medios de justicia, tan eficaces como [el proceso mismo]”, en LONGO (2004, p. 105), y para algunos el producto final del arbitraje es hacer justicia en lugar de, simplemente, solucionar conflictos. ROGERS, citada por GIBSON (2009, p. 1234).

¹⁰⁹ Díez-PICAZO (1959, pp. 9-10).

El concepto de orden público, desde cualquier punto de vista, es “esencialmente contingente [en tanto que su significado debe ser determinado] en función de las concepciones que en cada momento tenga la comunidad sobre los intereses generales que merecen una protección especial”,¹¹⁰ y es evidente que la iniciativa legislativa comunitaria de garantizar el desarrollo de medios alternativos de solución de conflictos¹¹¹ difícilmente podría llegar a materializarse frente a la existencia de cortapisas conceptuales que no gozan de contemporaneidad y que de no ser revisadas con detenimiento podrían terminar por trastocar la idea de mejorar el acceso a la justicia a través de una mejor, pero sobre todo, más eficiente utilización del arbitraje dentro de cada uno de los Estados Miembros.

¹¹⁰ GONZÁLEZ PÉREZ, citado por MEDIANO RUBIO (1975, p. 200).

¹¹¹ Véase el artículo 81.2.(g) de las [Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea](#).

5. Bibliografía

Homayonn ARFAZADEH (2001), "Arbitrability under the New York Convention: the *Lex Fori* Revisited", *Arbitration International*, Vol. 17º, núm. 1, pp. 73-88.

--- (2002), "In the shadow of the unruly horse: International Arbitration and Public Policy Exception", *American Review of International Arbitration*, Vol. 13º, pp. 43-64.

Larry ALEXANDER *et al.* (2001), *The Rule of Rules: morality, rules and the dilemmas of law*, Duke University Press, London.

Robert ALEXY (2005), *La Institucionalización de la Justicia*, Comares, Granada.

José ALMAGRO NOSETE *et al.* (1989), *Derecho Procesal: Parte General*, T. I, Vol. 1º, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

Maurice AMOS (1928), "The Code Napoleón and the Modern World", *Journal of Comparative Legislation and International Law*, Vol. 10º, núm. 4, pp. 222-236.

James APPLE *et al.* (1995), *A Primer on the Civil-Law System*, Federal Judicial Center, Washington.

Manuel ATIENZA RODRÍGUEZ (1993), *Tras la Justicia: Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Ariel, Barcelona.

Bernard AUDIT (1984), "A National Codification of International Commercial Arbitration: The French Decree of May 12, 1981", en Thomas E. CARBONNEAU (Ed.), *Resolving Transnational Disputes through International Arbitration*, University Press of Virginia, Charlottesville, pp. 1-301.

Giorgio BADIALI (1963), *Ordine Pubblico e Diritto Straniero*, Giuffrè, Milán.

Ilias BANTEKAS (2008), "The Foundations of Arbitrability in International Commercial Arbitration", *Australian Year Book of International Law*, Vol. 27º, pp. 193-223.

John BELL (1994), "Justice and the law", en Klaus R. SCHERER (Ed.), *Justice: interdisciplinary perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 1-302.

Klaus Peter BERGER (1993), *International Economic Arbitration*, Deventer, Boston.

Julio César BETANCOURT (2010), "Legitimacy of the imposition of costs sanctions against parties who are reluctant to mediate", en *3rd Mediation Symposium: Creating confidence in mediators*, London.

Rafael BIELSA (1961), *Los Conceptos Jurídicos y su Terminología*, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires.

Marc BLESSING (1999), "The law applicable to the arbitration clause", en Albert Jan VAN DEN BERG (Ed.), *Improving the Efficiency of Arbitration and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, Vol. 9°, pp. 168-189.

Karl-Heinz BÖCKSTIEGEL (1987), "Public Policy and Arbitrability", en Pieter SANDERS (Ed.), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, Vol. 3°, pp. 177-204.

Gary BORN (2010), *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing*, Kluwer Law International, The Netherlands.

Jacques BOUINEAU *et al.* (2004), *200 ans de Code Civil*, ADPF, Paris.

Ian BROWNLIE (2008), *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, New York.

Mark BUCHANAN (1988), "Public policy and international commercial arbitration", *American Business Law Journal*, Vol. 26°, pp. 511-531.

Alfonso-Luis CALVO CARAVACA *et al.* (1989), *El Arbitraje Comercial Internacional*, Tecnos, Madrid.

Sergio CÁMARA LAPUENTE (2003), "Un Derecho Privado o un Código Civil para Europa: Planteamiento, Nudo y (Esquivo) Desenlace", en Sergio CÁMARA LAPUENTE (Coord.), *Derecho Privado Europeo*, Colex, Madrid, pp. 47-106.

Manuel CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA (2006), "Alternativas no Jurisdiccionales a la Resolución de Conflictos", en *Cuadernos de Derecho Judicial: Justicia: Poder y Servicio Público*, núm. 18, pp. 377-423.

Henri CAPITANT (1921), *Introduction à l'étude du droit civil: notions générales*, Pedone, Paris.

Jean CARBONNIER (1992), *Droit Civil: Les Obligations*, 16^a ed., PUF, Paris, pp. 1-678.

Francesco CARNELUTTI (1973), *Instituciones del Proceso Civil*, traducción de la 5^a edición italiana por Santiago SENTÍS MELENDO, Vol. 1°, EJEA, Buenos Aires.

José María CHILLÓN MEDINA *et al.* (1978), *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*, 1^a ed., Civitas, Madrid.

--- (1991), *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*, 2^a ed., Civitas, Madrid.

Jack COE (1997), *International Commercial Arbitration: American Principles and Practice*, Transnational Publishers, New York.

Ambroise COLIN *et al.* (1923), *Cours élémentaire de droit civil français*, Lafolye frères et Cie, Paris.

--- (1922), *Curso Elemental de Derecho Civil*, Reus, Madrid.

Hugh COLLINS (2008), *The European Civil Code: The Way Forward*, Cambridge University Press, Cambridge.

Faustino CORDÓN MORENO (2010), *Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones polémicas*, Civitas, Madrid.

CORPUS JURIS CIVILIS I (MDCC), *Digestorum*, Lib. L, Tít. XVII, núm. 201, Amsterdam, Amsterdam University Press.

Bernardo M. CREMADES SANZ-PASTOR (1984), *Arbitraje Comercial Internacional*, Banco Exterior de España, Madrid.

Bernardo M. CREMADES SANZ-PASTOR (2011), "Consolidación de la Autonomía de la Voluntad en España: El Convenio Arbitral", en Carlos Alberto SOTO COAGUILA (Dir.), *Tratado de Derecho Arbitral. El Convenio Arbitral*, T. I, 1ª ed., Ibañez, Bogotá, pp. 659-676.

Jason CROOK (2010), *What is Alternative Dispute Resolution (ADR)?*, en Julio César BETANCOURT (Ed.), BPR Publishers, London.

Federico DE CASTRO Y BRAVO *et al.* (1955), *Derecho Civil de España*, Thomson Civitas, Madrid.

Peter DE CRUZ (1999), *Comparative Law in a Changing World*, 2ª ed., Cavendish Publishing, London.

Andrés DE LA OLIVA SANTOS (1999), "La jurisdicción, el Derecho Procesal y los Órganos Jurisdiccionales", en Andrés DE LA OLIVA SANTOS *et al.* (Dir.), *Derecho Procesal: Introducción*, CERA, Madrid.

Giorgio DEL VECCHIO (1979), *Los Principios generales del Derecho*, trad. por Juan OSSORIO MORALES, Bosch, Barcelona.

--- (1925), *La Justicia*, trad. por Luis RODRÍGUEZ-CAMUÑAS *et al.*, Góngora, Madrid.

Jean-Louis DELVOLVÉ *et al.* (2009), *French Arbitration Law and Practice: A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration*, 2ª ed., Kluwer Law International, The Netherlands.

María Dolores DÍAZ-AMBRONA BARDAJI *et al.* (2010), *Derecho Civil de la Unión Europea*, 4ª ed., Colex, Madrid.

Ignacio DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ *et al.* (1999), "Principios Constitucionales relativos a la Potestad Jurisdiccional", en *Derecho Procesal: Introducción*, CERA, Madrid.

Luis DíEZ-PICAZO (1959), *El Sentido Histórico del Derecho Civil*, Reus, Madrid.

--- (1991), *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid.

Jacob DOLINGER (1982), "World Public Policy: Real International Public Policy in the Conflict of Laws", *Texas International Law Journal*, Vol. 17º, pp. 167-193.

José DORAL (1967), *La noción de orden público en el Derecho Civil Español*, EUN, Pamplona.

Ronald DWORKIN (2004), *Taking Rights Seriously*, Duckworth, Norfolk.

David DYZENHAUS (1997), *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen, and Hermann Heller*, Clarendon Press, Oxford.

Ludwig ENNECCERUS (1950), *Tratado de Derecho Civil: Parte General*, Bosch, Barcelona.

Carlos ESPLUGUES-MOTA (2007), "Sobre algunos desarrollos recientes del Arbitraje Comercial Internacional en Europa", en Silvia BARONA VILAR (Coord.), *Arbitraje y Justicia en el siglo XXI*, Aranzadi, Pamplona, pp. 177-211.

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS (2008), *Tratado del Arbitraje Comercial en América Latina*, Iustel, Madrid.

Richard FLATHMAN (1966), *The Public Interest: an essay concerning the normative discourse of politics*, Wiley, New York.

Michael FORDE (1980), "The 'Ordre Public' Exception and Adjudicative Jurisdiction Conventions", en *The International Comparative Law Quarterly*, Vol. 29º, pp. 259-273.

Yves FORTIER (2005), "Arbitrability of Disputes", en Gerald AKSEN *et al.* (Eds.), *Global reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution*, ICC, Paris, pp. 269-284.

Philippe FOUCHARD *et al.* (1996), *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, Paris.

Terré FRANÇOIS (1996), *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, en Thierry REVET (Coord.), Dalloz, Paris.

Javier GARCÍA DE ENTERRÍA (1989-1990), "The Role of Public Policy in International Commercial Arbitration", *Law & Policy in International Business*, Vol. 21º, pp. 389-422.

Christopher GIBSON (2009), "Arbitration, Civilization and Public policy: Seeking counterpoise between arbitral autonomy and the public policy defense in view of foreign mandatory public

law", *Penn State Law Review*, Vol. 113º, núm. 4, pp. 1228-1265.

Thomas GLYN (1999), *An Historical Introduction to Modern Civil Law*, Ashgate, Aldershot.

Stephen GOLDBERG *et al.* (2007), *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, and other processes*, 5ª ed., Wolters Kluwer Law, New York.

Miguel GÓMEZ JENE (2000), *El Arbitraje Comercial Internacional en la Unión Europea: La Eficacia del Laudo Arbitral*, Colex, Madrid.

Jesús GONZÁLEZ PÉREZ (1971), *Comentarios a la Ley de Orden Público*, Abella, Madrid.

María Isabel GONZÁLEZ CANO (2007), "Los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos", en Helena SOLETO MUÑOZ (Coords.), *Mediación y Solución de Conflictos: Habilidades para una Necesidad Emergente*, Tecnos, Madrid, pp. 131-143.

Marta GONZALO QUIROGA (2003), *Orden Público y Arbitraje Internacional en el Marco de la Globalización Comercial*, Dykinson, Madrid.

--- (2004), "La quiebra del principio de prohibición de revisión del laudo a través del orden público", en Adriana DREYZIN DE KLOR *et al.* (Dirs.), *DeCita 02.2004: derecho del comercio internacional, temas y actualidades*, Zavalía, Buenos Aires.

Bernard HANOTIAU (1999), "The Law Applicable to Arbitrability", en Albert Jan VAN DEN BERG (Ed.), *Improving the Efficiency of Arbitration and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, Vol. 9º, Kluwer Law International, Paris, pp. 146-168.

Virginia HELD (1970), *The Public Interest and Individual Interest*, Basic Books, New York.

Barbara HILL (1982), "An Analysis of Conflict Resolution Techniques: From Problem-Solving Workshops to Theory", *The Journal of Conflict Resolution*, Vol. 26º, núm. 1, pp. 109-138.

Wesley Newcomb HOHFELD (1968), *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, trad. por Genaro R. CARRIÓ, CEAL, Buenos Aires.

Ewoud HONDIUS (1998), "Towards a European Civil Code", en A. S. HARTKAMP *et al.* (Dirs.), *Towards a European Civil Code*, 2ª ed., Kluwer Law International, The Netherlands.

Geraint HOWELLS *et al.* (2005), *Information rights and obligations: a challenge for party autonomy and transactional fairness*, Ashgate, Aldershot.

Gerhart HUSSERL (1938), "Public Policy and Ordre Public", *Virginia Law Review*, Vol. 25º, núm. 1, pp. 37-67.

Francisco J. INFANTE RUIZ *et al.* (2009), "Los contratos ilegales en el derecho privado europeo", *InDret* 3/2009 (www.indret.com), pp. 1-58.

Herbert Felix JOLOWICZ (1957), *Roman Foundations of Modern Law*, Clarendon Press, Oxford.

Louis JOSSERAND (1950), *Derecho Civil*, trad. por Santiago CUNCHILLOS Y MANTEROLA, T. II, Vol. 1º, EJEA-Bosch y Cía, Buenos Aires.

Nicholas DE BELLEVILLE KATZENBACH (1956), "Conflicts on an Unruly Horse: Reciprocal Claims and Tolerances in Interstate and International Law", *Yale Law Journal*, Vol. 65º, pp. 1087-1158.

Nicholas KELSEN (1982), *¿Qué es Justicia?*, trad. por Albert CALSAMIGLIA, 1ª ed., Ariel, Barcelona.

--- (1983), *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. por Eduardo GARCÍA MAYNEZ, 2ª ed., DGP, México.

--- (1991), *General Theory of Norms*, trad. por Michael HARTNEY, Clarendon, Oxford.

Antoine KIRRY (1996), "Arbitrability: Current Trends in Europe", *Arbitration International*, Vol. 12º, núm. 4, pp. 373-390.

W. S. M. KNIGHT (1922), "Public Policy in English Law", *Law Quarterly Review*, Vol. 38, pp. 207-219.

Hein KÖTZ *et al.* (1997), *European Contract Law*, trad. por Tony WEIR, Vol. 1º, Clarendon Press, New York.

Pierre LALIVE (1987), "Transnational (or truly international) Public Policy and International Arbitration", en Pieter SANDERS (Ed.), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, Vol. 3º, Kluwer Law International, New York, pp. 257-320.

Ole LANDO (2000), *The principles of European contract law*, Kluwer Law International, The Hague.

Matthias LEHMANN (2004), "A plea for a transnational approach to arbitrability in arbitral practice", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 42º, núm. 3, pp. 753-776.

Julian D. M. LEW *et al.* (2003), *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Netherlands.

Christoph LIEBSCHER (2000), "European Public policy: A Black Box?", *Journal of International Arbitration*, Vol. 17º, núm. 3, pp. 73-88.

Dennis LLOYD (1953), *Public Policy: A comparative Study in English and French Law*, University of London, Athlone Press, London.

Caballol LLUÍS ANGELATS (1997), *El Tratamiento Procesal de la Excepción de Arbitraje*, Bosch, Barcelona.

Paolo LONGO (2004), *Arbitraje y Sistema Constitucional de Justicia*, Frónesis, Caracas.

Eloy MADURO LUYANDO (1989), *Curso de Obligaciones: Derecho Civil III*, UCAB, Caracas.

Ahmad MAHER (1913), *De l'autonomie de la volonté individuelle quant aux modifications des contrats*, Firmin, Montpellier.

Tony MARKS *et al.* (2012), "Rethinking Public Policy and Alternative Dispute Resolution: Negotiability, Mediability and Arbitrability", *Arbitration*, Vol. 78°, núm. 1.

James MARSH (2001), *Unjust legality: a critique of Habermas' philosophy of law*, Rowman & Littlefield, Oxford.

Fernando MARTÍN DIZ (2006), "Políticas de la Unión Europea en la Promoción de Soluciones Extrajudiciales para la Resolución de Conflictos", en María Silvia VELARDE ARAMAYON (Dir.), *Introducción al Derecho del Arbitraje y Mediación*, Ratio Legis, Salamanca.

Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO (1975), *La cláusula de orden público como límite impreciso y creciente al ejercicio de los derechos*, Civitas, Madrid.

Henri Léon Jean MAZEAUD *et al.* (1962), *Lecciones de Derecho Civil*, trad. por Luis ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Vol. 1°, EJEA, Buenos Aires.

Joseph MCLAUGHLIN (1996), "Arbitrability: Current Trends in the United States", *Arbitration International*, Vol. 12°, pp. 113-136.

Miguel MEDIANO RUBIO (1975), *La Defensa del Orden Público: Los instrumentos jurídicos*, Academia Faro, Madrid.

Haris P. MEIDANIS (2005), "Public policy and ordre public in the private international law of the EU: traditional positions and modern trends", *European Law Review*, pp. 95-110.

José Fernando MERINO MERCHÁN (2006), *Tratado de Derecho Arbitral*, Aranzadi, Navarra.

Francesco MESSINEO (1954), *Manual de Derecho Civil y Comercial*, trad. por Santiago SENTÍS MELENDO, T. II, EJEA, Buenos Aires.

--- (1956), *Manual de Derecho Civil y Comercial*, trad. por Santiago SENTÍS MELENDO, T. VII, EJEA, Buenos Aires.

Loukas A. MISTELIS *et al.* (2009), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, Kluwer Law International, The Netherlands.

Juan MONTERO AROCA *et al.* (1989), *Derecho Jurisdiccional: Proceso Civil*, 2ª ed., Bosch, Barcelona.

--- *et al.* (2000), *Derecho Jurisdiccional: Proceso Civil*, 10ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

--- *et al.* (2007), *Derecho Jurisdiccional: Parte General*, 15ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

José Antonio MORENO RODRÍGUEZ (2007), "Orden público y arbitraje: Algunos llamativos pronunciamientos recientes en Europa y el MERCOSUR", *Lima Arbitration*, núm. 2, pp. 63-104.

Edward MORGAN (1987), "Contract Theory and the sources of rights: an approach to the arbitrability question", *Southern California Law Review*, Vol. 60º, pp. 1059-1082.

Linda MULCAHY (2008), *Contract Law in Perspective*, 5ª ed., Routledge-Cavendish, London.

Lluís MUÑOZ SABATÉ (1995), "La Ley de Arbitraje: un campo sembrado de minas", en Ernesto PEDRAZ PENALVA (Dir.), *Cuadernos de derecho judicial: Arbitraje, mediación, conciliación*, núm. 27, pp. 193-211.

Nicholas BARRY (1992), *The French Law of Contract*, 2ª ed., Clarendon Press, Oxford.

Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ (2008), *Compendio de Derecho Civil: Parte General*, 6ª ed., T. I, Dijusa, Madrid.

David ORTEGA GUTIÉRREZ (2009), *Los Conceptos Jurídicos Indeterminados en la Jurisprudencia Constitucional Española*, Dykinson, Madrid.

Manuel ORTELLS RAMOS (1999), *Introducción al Derecho Procesal*, Comares, Granada.

Rafael ORTIZ-ORTIZ (2004), *Teoría general de la acción procesal en la tutela de los intereses legítimos*, Frónesis, Caracas.

William PARK (2006), *Arbitration of International Business Disputes: Studies in Law and Practice*, Oxford University Press, Oxford.

Keith PATCHETT (1984), *Recognition of commercial judgments and awards in the Commonwealth*, Butterworths, London.

Jan PAULSSON (2008), "El orden público como criterio para negar el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales", en Guido S. TAWIL *et al.* (Eds.), *Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 609-616.

Dietmar VON DER PFORDTEN (2009), *Concepts in Law*, en Jaap C. HAGE *et al.* (Eds.), Springer, Dordrecht.

Marcel PLANIOL *et al.* (1928a), *Traité élémentaire de droit civil*, 12ª ed., Pichon, Paris.

--- (1928b), *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés: Las Obligaciones*, trad. por Mario DÍAZ CRUZ, T. VI, Cultural, Habana.

--- (1930), *Traité pratique de droit civil français*, 11ª ed., T. VI, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris.

Vesselin POPOVSKI *et al.* (2008), "Legality and Legitimacy in International Order", en *United Nations University: Policy Brief*, núm. 5º, pp. 1-7.

Francisco RAMOS MÉNDEZ (2005), *El Sistema Procesal Español*, 7ª ed., Atelier, Barcelona.

--- (2010), *El Sistema Procesal Español*, 8ª ed., Atelier, Barcelona.

Luis RECASÉNS SICHES (1973), *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, Porrúa, México.

Alan REDFERN *et al.* (2004), *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4ª ed., Sweet & Maxwell, London.

Derek ROEBUCK *et al.* (2004), *Roman Arbitration*, The Arbitration Press, Oxford.

Elena RODRÍGUEZ PINEAU (1993-1994), "European Union International Ordre Public", *Spanish Yearbook of International Law*, Vol. 3º, AEPDI, Malaga, pp. 43-88.

Dick Willem Peter RUITER (2001), *Legal Institutions*, Springer, Dordrecht.

Frank E. A. SANDER (1976), *Varieties of Dispute Processing*, Federal Rules Decisions: Addresses Delivered at the National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice.

--- (2010), *Varieties of Dispute Processing: versión en español*, trad. por Julio César BETANCOURT, CIA, London.

Marie Louise SEELIG (2009), "The notion of transnational public policy and its impact on jurisdiction, arbitrability and admissibility", *Belgrade Law Review*, núm. 3, pp. 116-134.

Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA (2000), *Comentario del Código Civil*, T. VI, Bosch, Barcelona.

Jeffrey W. STEMPEL (1990), "Pitfalls of Public Policy: The Case of Arbitration Agreement", *St Mary's Law Journal*, Vol. 22, pp. 261-354.

Peter STILLMAN (1974), "The concept of legitimacy", *Polity*, Vol. 7º, núm. 1, Autumn, pp. 32-56.

David St. John SUTTON *et al.* (1997), *Russell on Arbitration*, Sweet & Maxwell, London.

Varady TIBOR *et al.* (1999), *International Commercial Arbitration: A transnational perspective*, Thomson, St Paul.

Gregory TILLET (1991), *Resolving Conflict: A Practical Approach*, Sidney University Press, Sidney.

Andrew TWEEDDALE *et al.* (2005), *Arbitration of Commercial Disputes: International and English Law and Practice*, 1ª ed., Oxford University Press, Oxford.

Andrew TWEEDDALE *et al.* (2007), *Arbitration of Commercial Disputes: International and English Law and Practice*, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford.

Christian TWIGG-FLESNER (2010), "Introduction: key features of European Union private law", en Christian TWIGG-FLESNER (Ed.), *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 1-19.

Albert Jan VAN DEN BERG (1981), *The New York Arbitration Convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation*, 1ª ed., Kluwer Law International, The Hague.

--- (2001), *International arbitration and national courts: the never ending story*, Kluwer Law International, The Hague.

Lars VINX (2007), *Hans Kelsen's pure theory of law: legality and legitimacy*, Oxford University Press, Oxford.

Reinhard ZIMMERMANN (1998), "Roman Law and European Legal Unity", en A. S. HARTKAMP *et al.* (Dirs.), *Towards a European Civil Code*, 2ª ed., Kluwer Law International, The Hague, pp. 21-39.