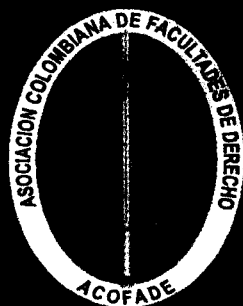


# Tendencias Actuales del Derecho Privado

Una mirada desde  
la investigación

Compiladora  
Jinyola Blanco Rodríguez



ASOCIACIÓN COLOMBIANA  
DE FACULTADES DE DERECHO

UAN

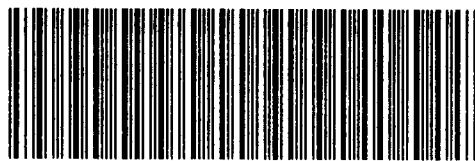
20

*Todos los derechos reservados. Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier procedimiento (ya sea gráfico, electrónico, óptico, químico, mecánico, fotocopias, etc.) y el almacenamiento o transmisión de sus contenidos en soportes magnéticos, sonoros, visuales o de cualquier otro tipo, sin permiso expreso del editor o de sus autores.*

*Primera Edición, Octubre de 2011*

*200 Ejemplares*

*ISBN: 978-958-8687-13-1*



978-958-8687-13-1

*EDITADO POR:*

- Asociación Colombiana de Facultades de Derecho  
ACOFADE*
- Universidad Antonio Nariño  
Facultad de Derecho*

*Compilación de Documentos  
**Jinyola Blanco Rodríguez***

*Diseño e Impresión  
Javier Muñoz D.  
jamudu@gmail.com*

*BOGOTÁ, D.C. - COLOMBIA*

# Índice

Prólogo .....	5
Reflexión y Crítica Sobre el Fenómeno..... Corporal en la Legislación Colombiana <b>Vanina Moadie Ortega</b>	9
La Teoría del Daño en los Procesos ..... de Investigación de la Paternidad, Ante la Negación Injustificada del Padre <b>William Donado García</b>	27
La Unión Marital de Hecho en las ..... Relaciones Homosexuales: La Evolución del Entendimiento del Poder Judicial en Brasil y Colombia <b>Juliana Augusta Medeiros de Barros</b>	47
El Divorcio en la Legislación Colombiana ..... <b>Jinyola Blanco Rodríguez</b>	79
Consumo y Contratos Transnacionales ..... En el Derecho Brasileño: Desafíos y Perspectivas <b>Raphael Carvalho de Vasconcelos</b>	99
Los Contratos de Consumo en el..... Derecho Colombiano y en el Derecho Comparado <b>Juan Carlos Villalba Cuéllar</b>	129
Notas Sobre el Contrato de..... Compraventa en el Libro II del Proyecto de Pavía <b>Gabriel García Cantero</b>	175
Incoterms y Riesgos en el Marco de los..... Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías <b>Rafaela Sayas Contreras</b>	183

Análisis Económico del Derecho Comparado .....	195
<b>Javier F. Franco Mongua</b>	
Transformaciones del Ejercicio de .....	213
la Autonomía Privada en el Contexto de la Globalización Económica	
<b>Sandra Eliana Cataño Berrío</b>	
Unificación de los Aspectos Básicos .....	237
en Derecho de Autor en América Latina	
<b>Juan David Perico Rodríguez</b>	
Due Process en el Arbitraje Internacional .....	249
<b>Francesco Zappalá</b>	
Límites a la Autonomía de la Voluntad del .....	263
Empresario Contratista Colaborador de la Administración Pública	
<b>Angélica María Reyes Sánchez</b>	
La Protección del Consumidor de Bienes .....	281
y Servicios: Análisis Prospectivo de las Condiciones Generales de Contratación y los Contratos de Adhesión en Colombia	
<b>Lía Catalina López Márquez - Viviana de Jesús Martel</b>	
Responsabilidad Social Empresarial y .....	303
Derecho de la Competencia	
<b>María Nelly Martínez Ardila</b>	
Autorregulación del Mercado de Valores: .....	317
Profundización del Mercado o Relativización del Control Estatal	
<b>Omar Alfonso Ochoa Maldonado</b>	
Racionalidad de las Reglas de .....	329
Interpretación Contractual	
<b>Wilson Yesid Suárez Manrique</b>	

# Due Process en el Arbitraje Internacional

Francesco Zappalá<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Consultor jurídico externo y abogado litigante egresado de la Universidad de San Buenaventura, Cali Colombia. Profesor del Departamento de Ciencia Jurídica y Política de la Pontificia Universidad Javeriana Colombia en derecho privado y en la Especialización en Derecho Comercial. Ha sido docente de la Universidad de San Buenaventura y de la Universidad Libre en Cali, Colombia. Profesor Invitado de la Facultad de Derecho de la *Universidade Pontificia Catolica* Belo Horizonte, Brasil, en asignaturas de derecho comparado. Profesor Invitado del *Master of Business Administration* de la *Universidade Novos Horizontes* de Belo Horizonte, Brasil. Profesor Visitante de la Maestría en *Diritto Privato Europeo* de la *Università degli Studi La Sapienza* Roma, Italia. Ha sido designado por el Ministerio de Educación Nacional Par Académico de programas universitarios. Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, Colombia. Magister en *Diritto Privato Europeo* de la *Università degli Studi La Sapienza* Roma, Italia; tesis *cum lode*, título: *Arbitrato di Consumo*. Doctorando tercer año en *Diritto dell'Economia e dell'Impresa* del Colegio Doctoral en Derecho Comercial de la *Università degli Studi La Sapienza* Roma, Italia; tesis sobre arbitraje comercial internacional.

## RESUMEN

Aunque existe vínculo con los denominados *errores in procedendo*, el *due process* tiene esencia y disciplina distinta. No solamente representa violación del *due process* la ausencia de comunicación de la apertura del procedimiento arbitral internacional, sino también la imposibilidad de ejercer y hacer valer la propia defensa en juicio, como vicio del contradictorio para efectos de rechazo del *enforcement*. El *due process* es una categoría autónoma, desvinculada de cualquier ordenamiento jurídico estatal, lo que lleva a deducir que cualquier violación del debido proceso en sede de arbitraje internacional debe hacerse con referencia a *international rule* de carácter *self executing*, contrario a lo que acontece con los *errores in procedendo*, que necesitan referencia y remisión a normativa estatal, el *due process* no necesita remisión o calificación estatal, por cuanto viene considerado con una naturaleza jurídica dogmática y casi absoluta.

Es desproporcionado que los jueces en el lugar de ejecución del laudo internacional dispongan sobre la valoración del *due process* de un arbitraje internacional con la *lex fori executionis*, visto que seguramente el arbitraje internacional no tuvo asiento en el lugar de ejecución. Por tanto, la *lex arbitri* no coincide con la *lex fori executionis* y tampoco el arbitraje internacional tuvo como norma procesal convenida la ley del lugar de ejecución, es decir, la *lex fori executionis* no fue objeto de *fórum shopping*. Por consiguiente, valorar si existió violación al *due process* en un arbitraje internacional teniendo como parámetro de medición la *lex fori executionis* es desafortunado.

### PALABRAS CLAVE

Arbitraje Internacional, *Due Process*, *Lex Arbitri*, *Enforcement*, *Exequatur*.

## Due Process en el Arbitraje Internacional

### 1. Due Process en los instrumentos internacionales

La jurisprudencia arbitral internacional y la jurisprudencia interna en materia de control jurisdiccional del arbitraje han fijado como causal autónoma de denegación del *exequatur* la violación del *due process*. Aunque existe vínculo con los denominados *errores in procedendo*, el *due process* tiene esencia y disciplina distinta.

La Convención de Ginebra de 1927 prevé, en el artículo II, numeral 1, literal b, la negación del *exequátur* en caso de que “*the party against whom it is sought to use the award was not given notice of the arbitration proceedings in sufficient time to enable him to present his case; or that, being under a legal incapacity, he was not properly represented*”, es decir, en caso de que la parte contra la cual la sentencia ha sido invocada, en tiempo útil, no ha tenido conocimiento del procedimiento arbitral para hacer valer sus medios de defensa o de acción. La norma parecería limitarse a sancionar únicamente la falta de *propter notice* del procedimiento arbitral, sin examinar la violación del contradictorio. No obstante, la jurisprudencia y la doctrina han entendido, en sentido amplio, el artículo en cuestión, comprendiendo las serias transgresiones a la noción de *due process*<sup>1</sup>.

Más explícita es la Convención de *New York* de 1958 que, en el artículo V, numeral 1, literal b, anuncia como *ground of refusal* la hipótesis de “*the party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present his case*”. En sustancia, en la Convención de *New York* de 1958 se acoge la interpretación de la homóloga norma ginebrina, como lo demuestran las discusiones del proyecto ECOSOC, que consideraba posible la denegación del *exequátur* cuando “*the party against whom the award is invoked was not given propter notice... in sufficient time to enable him to present his case*”.

Es, por tanto, evidente que no solamente representa violación del *due process* la ausencia de comunicación de la apertura del procedimiento arbitral internacional, sino también la imposibilidad de ejercer y hacer valer la propia defensa en juicio, como vicio del contradictorio para efectos de rechazo del *enforcement*<sup>2</sup>. En síntesis, podría afirmarse que la norma “*essentially sanctions the application of the forum State's standards of due process*” en cada y en cualquier fase del procedimiento.

En la misma directriz, la Convención de Panamá de 1975, que no se expresa en términos de *propter notice*, sino “*that the party against which the arbitral decision has been made was not duly notified of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proce-*

1 GREMINGER, *Die Genfer Abkommen von 1923 und 1927 über die Internationale Private Schiedsgerichtsbarkeit*, Winterthur, 1957, págg. 69 y ss.

2 SANDERS, *The New York convention in international commercial arbitration*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye*, The Hauge, 1960, pagg. 293 - 315.

*due to be followed, or was unable, for any other reason, to present his defense*". En idéntico sentido que la Convención de New York y la Ley Modelo.

## 2. Origen del Due Process

Se considera que la violación del debido proceso en el arbitraje internacional es un asunto esencialmente *question of fact*, sin ser necesario el análisis *questionis iuris* para efectos de verificar si el derecho de defensa ha sido vulnerado<sup>1</sup>. Pero antes de entrar en esta valoración es indispensable verificar y entender la fuente con la que debe ser conducida la valoración de la violación del *due process*.

Algunos autores, de quienes se condivide la posición, sostienen que el *due process* es una categoría autónoma, desvinculada de cualquier ordenamiento jurídico estatal, lo que lleva a deducir que cualquier violación del debido proceso en sede de arbitraje internacional debe hacerse con referencia a *international rule* de carácter *self executing*. Esta opinión es fundamentada en la interpretación de la normatividad derivada de las convenciones internacionales, en las cuales, contrario a lo que acontece con los *errores in procedendo*, que necesitan referencia y remisión a normativa estatal, el *due process* es sancionado *sic et simpliciter* por infracciones al contradictorio, sin remisión o calificación estatal. Esta tesis podría denominarse transnacional.

Otros autores sostienen la tesis mayoritaria, que podría llamarse nacional o nacionalista, según la cual la normatividad correspondiente al concepto de *due process*, reportada en las convenciones internacionales de arbitraje internacional ya mencionadas, se limita a otorgar relevancia a la tutela del contradictorio, sin aclarar el significado del mismo, cuya calificación y concreción se obtendría mediante remisión a un *corpus iuris* definido, *lex arbitri* o *lex fori executionis*.

En la práctica, según esta línea interpretativa de las convenciones internacionales en materia, consagran el debido proceso, pero la verificación de su violación y el entendimiento de su sustancia debe desarrollarse con base en reglas de procedimiento estatales, es decir, la *lex arbitri*, para efectos del juicio de impugnación del laudo arbitral internacional en la sede del arbitraje y, si es para

1 LÓPEZ DE GONZALO, *Note sul riconoscimento e sull'esecuzione di lodi arbitrali inglesi in Italia secondo la Convenzione di New York del 1958*, in *Diritto Marittimo*, 1983, pag 775.



efectos de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral internacional, la remisión será a la *lex fori executionis*.

Existe una clara diferencia entre debido proceso interno y debido proceso internacional, aunque puedan existir legislaciones nacionales que, además de tipificarlos, situación extraña para el caso de la normativización de *due process* internacional en la legislación interna, las pueden asimilar. Sería una excepción muy rara.

La diferencia más evidente entre debido proceso nacional y *due process* internacional, consiste en que el primero, congénito a la normativa jurisdiccional, es aplicable dentro de los confines de cada Estado y varía dependiendo del país. En cambio, el debido proceso internacional debe ser, por definición, uniforme planetariamente y su aplicación debe ser homogénea en cualquier país.

Por tanto, no es posible que la fuente del *due process* internacional sea de carácter estatal, porque ninguna legislación nacional puede arrogarse el poder de establecer un concepto de índole, validez, eficacia y aplicación más allá de sus fronteras. Lo apenas anotado es la evidencia de lo falible de la tesis nacionalista.

La tesis contraria, que obedece a la realidad jurídica transnacional, tiene el inconveniente de carecer de certeza respecto al concepto endilgado, por la sencilla razón de que no existe un concepto de *due process* en ninguna convención de naturaleza mundial y es la doctrina la encargada de uniformar el concepto aludido.

Por último, considerando que es demostrada la diferencia de concepto, censura y calificación de *due process* en países distintos, se resalta que la anulación de un laudo internacional en la sede no puede tener efectos en el *enforcement*, cuando se ataca el laudo internacional por violación del *due process*, porque el parámetro de debido proceso en la sede puede ser distinto que en el *fori executionis*.

### 3. Relación entre *due process* y errores in procedendo

La consideración de autonomía del principio del justo proceso como *ground for refusal* tiene el efecto de garantizarle un valor indiferente en relación con la normatividad estatal y con cualquier convenio procesal. Independientemente de que las reglas de procedimiento aplicables al arbitraje internacional sean de origen estatal o contractual, el *due process* debe estar siempre tutelado. El motivo es obvio: en ausencia de *due process* no existe contradictorio, es decir, no existe la categoría jurídica de proceso.

La *lex arbitri* tiene el mérito de ser el punto cardinal del principio de debido proceso, por englobar, al menos en los países civilizados, siempre e inexorablemente un concepto más o menos rígido de *due process*.

El *due process* es, por tanto, una categoría ineludible en el arbitraje internacional que no es susceptible de derogación contractual.

La anterior manifestación estriba en la diferencia de género que existe entre *due process* y los *errores in procedendo*, cuyas causas podrían ser objeto de modificación contractual y además necesitan fuentes más o menos explícitas en el acuerdo procesal o en la legislación objeto de *fórum shopping*, distinción que se evidencia en el hecho de que los convenios internacionales y la Ley Modelo caracterizan, al menos de forma genérica, los *ground of refusal* provenientes de *errores in procedendo*, a diferencia de lo que acontece con el *due process* que viene considerado con una naturaleza jurídica dogmática y casi absoluta.

Del análisis de los convenios internacionales surge la sensación de que los operadores jurídicos del arbitraje internacional tienen en su bagaje jurídico claro e innato el concepto de *due process*, lo que es una ilusión ingenua y desorientada, porque es evidente que la significación de *due process* que la mayor parte de los juristas tiene es la del debido proceso estatal y no aquella que debería ser, es decir, la internacional. Además, porque la significación de internacional del *due process* o aun no existe en realidad o se encuentra en fase de construcción epistemológica o, peor aún, cada sistema jurídico considera su propio concepto de debido proceso como internacional. Es decir, como categoría que debe ser impuesta a los demás.

La anterior reflexión es demostrada por las divergentes, y en algunos casos opuestas, decisiones judiciales en distintos países, incluso con el mismo microsistema jurídico, que versan sobre el concepto de *due process*, supuestamente internacional.

En armonía con la diferenciación que existe entre *errores in procedendo* y *due process*, el análisis de este último se convierte en complejo a la luz de las fuertes conexiones con el concepto de *public policy*.

#### **4. Due process y enforcement**

El principio del *due process* es ciertamente un supervalor fundamental en todos los ordenamientos estatales por ser un elemento

esencial sobre el que se fundamentan todos los instrumentos de resolución de controversias<sup>1</sup>.

Algunos Estados reconocen el debido proceso en sus constituciones o como principio fundamental, difiriendo su control y efectiva actuación a la discrecionalidad del juez o adoptando una regulación procesal específica en relación con la verificación de su eventual violación. Esta última configuración es el típico *modus operandi* de los legisladores de los países del *civil law*<sup>2</sup>.

La tesis según la cual la violación del *due process* comporta violación del orden público para efectos de oposición al *enforcement*, está soportada por la praxis. Es frecuente que el perdedor en un laudo arbitral internacional intente demostrar la contravención de sus derechos bajo la óptica del orden público, para argumentar mayormente la denegación del *exequátur*<sup>3</sup> por violación del *due process*.

Por su parte, los jueces desarrollan consideraciones correspondientes a la dimensión procesal del justo proceso en términos de implicaciones al orden público, concluyendo que la violación del derecho de defensa debe ser evaluado con la medida de la *lex fori executionis*.

Pero en un análisis juicioso de los instrumentos internacionales se descubre que en realidad no existe remisión a la *lex fori executionis* para efectos del control del *due process* del arbitraje internacional que tuvo lugar en otro Estado y seguramente con un derecho adjetivo aplicable, que seguramente no es el *lex fori executionis*.

Es desproporcionado que los jueces en el lugar de ejecución del laudo internacional dispongan sobre la valoración del *due process* de un arbitraje internacional con la *lex fori executionis*, visto que seguramente el arbitraje internacional no tuvo asiento en el lugar de ejecución. Por tanto, la *lex arbitri* no coincide con la *lex fori executionis* y tampoco el arbitraje internacional tuvo como norma procesal convenida la ley del lugar de ejecución, es decir, la *lex fori executionis* no fue objeto de *fórum shopping*. Por consiguiente, valorar si existió violación al *due process* en un arbitraje interna-

<sup>1</sup> COMOGLIO, *Il 'giusto processo' civile nella dimensione comparatistica*, in *rivista di Diritto Processuale*, 2002, pag. 702.

<sup>2</sup> DI PIETRO, D., *Enforcement International Arbitration Awards - The New York Convention of 1958*, Cameron, London, 2001.

<sup>3</sup> VAN DEN BERG, *The New York arbitration convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation*, The Hauge, 1981, pag 300.

cional teniendo como parámetro de medición la *lex fori executionis* es desafortunado.

Ahora bien, es permisible considerar que debe existir una norma de verificación y control del *due process* del arbitraje internacional, que será o la *lex arbitri*, es decir, los jueces en el *exequátur* deberán apreciar cualquier violación del *due process* con la *lex arbitri*, o, en caso de haberse pactado, con la norma procesal convenida, pero esta última situación es muy inverosímil, porque la praxis enseña que las partes no acuerdan la regulación del *due process* y, si la acordaran, el convenio podría ser censurado.

Probablemente los jueces de la ejecución acuden a su propia *lex fori executionis* por las repercusiones que la noción de *due process* genera en la *public policy* del lugar de ejecución.

El *due process*, por su carga iuspublicista, confluye en la noción de orden público, resultando que una violación del orden público puede generar en el *enforcement*, no solamente *errores in procedendo*, sino infracción a la *public policy* del ordenamiento de la *lex fori executionis*<sup>1</sup>.

La negación del *enforcement* por violación del *due process* puede fundamentarse en dos *grounds of refusal*. A saber, por violación del orden público del *fórum executionis* examinable de oficio y por *errores in procedendo* válido solo a solicitud de parte.

Lo anterior es confirmado por la jurisprudencia alemana, particularmente por la Corte de Apelaciones de Hamburgo, que manifiesta que: "*the violation of due process in the arbitral proceeding alleged by the defendant is not only a ground of refusal of enforcement pursuant to article V(1) b Convention; it is also a violation of public policy which, pursuant to article V(2) b Convention, must be examined ex officio*"<sup>2</sup>.

Por tanto, en relación con *ground of refusal*, del artículo V, numeral 2, literal b, de la Convención de *New York*, el ordenamiento jurídico del *fórum executionis* asume relevancia en cuanto exista una dimensión transnacional del orden público en la violación del *due process*. La *lex fori executionis* se convierte en trascendente en los casos en que la violación del *due process* compromete la *public policy* del lugar de ejecución.

1 ATTERITANO, A, *L'enforcement delle sentenze arbitrali del commercio internazionale*, Giuffrè Editore, Milan, 2009, pag 221.

2 Hanseatisches Oberlandesgericht, Hamburg, 12 de marzo de 1998, sin indicación de las partes.

La referencia a la *lex fori executionis* es permisible justamente y exclusivamente cuando el valor que el principio del debido proceso internacional ha asumido en los ordenamientos estatales viene a afectar la *public policy* del Estado receptor.

La jurisprudencia alemana ha evaluado el tema de la violación al *due process* en doble perspectiva: como vicio procesal en armonía con el artículo V, numeral 1, literal b, de la Convención de *New York*, y como violación de la *public policy*, en interpretación del artículo V, numeral 2, literal b, de la misma Convención<sup>1</sup>. Se concluye que solo cuando se afecta la *public policy*, se califica el *due process* con la *lex fori executionis*.

Es palmario que en caso de oposición del *enforcement* por violación del *due process*, vale decir, en relación con los numerales 1 y 2 del artículo V, ambos en su literal b, de la Convención de *New York*, el juez debería verificar la regularidad del procedimiento a la luz de la *lex arbitri* y de la noción de *public policy*.

La intención de los *conditores* de la Convención de *New York*, en consideración a la mención escueta que se hace de la violación del *due process*, opuesta a la precisión de los *errores in procedendo*, fue evitar que de cualquier contravención a las reglas de procedimiento derivara un *ground of refusal*, idóneo para bloquear el *enforcement*, ya que solo es posible este efecto por una seria trasgresión del *due process*, según su concepción transnacional, cuando afecta la validez del juicio contradictorio.

Estas conclusiones parecen ser corroboradas por el *trend* jurisprudencial, en vista del porcentaje casi nulo de las declaraciones de negación de *exequatur* por razones de *due process*. Es notable que la jurisprudencia estatal, partiendo desde la óptica nacional, llegue a las mismas conclusiones de la doctrina transnacional, que parte desde la óptica internacionalista<sup>2</sup>.

## 5. Violación del contradictorio

La primera violación del contradictorio concierne a la notificación del convenido. Los trámites de notificación son detalladamente especificados en los ordenamientos nacionales con variada multiplicidad de reglas.

1 Hanseatisches Oberlandesgericht, Bremen, 30 de septiembre de 1999, sin indicación de las partes.

2 VAN DEN BERG, *The New York arbitration convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation*, The Hague, 1981, pag 298.

La notificación en los procedimientos de arbitrajes internacionales viene concebida con más elasticidad, de conformidad con las características del arbitraje internacional, sin que signifique que no se prevean reglas, por cuanto su ausencia o violación es motivo de anulación del laudo arbitral internacional.

El *exequátur* es susceptible de rechazo, no si la notificación fue efectuada en armonía con la *lex arbitri*, sino cuando ha sido inadecuada en relación con su finalidad natural. Es decir, comunicar al convenido la existencia de un procedimiento arbitral y debe apreciarse la regularidad y la oportunidad de la noticia del impulso arbitral.

Con excepción de la Convención de Panamá, todos los instrumentos internacionales hacen referencia a la *propter notice* y no al estricto procedimiento de notificación establecido en la *lex arbitri*.

Una larga cantidad de casos también ratifican la diferencia entre la noción de notificación y de noticia de impulso de arbitraje internacional en los asuntos *Sesostris SAE* contra Árabe de Transportes Navales S.A.; *Bobbie Brooks Inc. SAE.* contra *Lanoficio Walter Banci S.a.s.*, *Audi-NSU Auto Union A.G.* contra *Overseas Motors* y *G.W.L. Kestern & Co. BV* contra *Société Commerciale Raoul-Duval et Cie.*, que son mencionados a modo de ejemplo de la pacífica consideración de que las irregularidades procesales no son relevantes por sí mismas, sino que es indispensable que incidan esencialmente en la efectividad de una noticia adecuada del impulso del procedimiento, que impida el ejercicio del derecho de defensa, con la consecuencia de que solo las serias violaciones del *due process* pueden influir negativamente en el *enforcement*.

Se concluye que la falta de respeto de las reglas de procedimiento no determina automáticamente la violación del *due process*, con la consecuente denegación del *exequátur*. Así como el pleno respeto de las reglas de procedimiento puede indicar trasgresión al *due process*, como se evidencia en el singular caso decidido por un juez alemán que ha negado el *exequátur* de un laudo internacional por flagrante inobservancia del *due process*, adoptado en Moscú, en donde el *Процессуального кодекса* ruso considera válida la notificación efectuada al último domicilio aunque desde tiempo no corresponda al real lugar de domicilio, sin la participación del convenido, por haberse efectuado la noticia del impulso del arbitraje

internacional en el último lugar de domicilio, sin intentar la efectiva y real comunicación del impulso del procedimiento<sup>1</sup>. En el mismo sentido interpretativo, la Corte di Appello di Napoli, en su fallo nugatorio de *exequátur*, consideró violado el *due process*, aunque el tribunal arbitral de Viena había cumplido cabalmente el tiempo de 30 días para la notificación de la parte convocada italiana, con el argumento de que esta última se encontraba en un área objeto de un furioso terremoto, *ergo* imposibilitada por fuerza mayor para asistir al arbitraje internacional en Austria<sup>2</sup>

La observancia del *due process* es un tema de relevancia en todas las fases del procedimiento arbitral, y su violación no se configura por el hecho de que una particular disposición procesal haya sido infringida, sino que es necesario que se verifique una imposibilidad de defensa.

En palabras del séptimo y del primer distrito judicial norteamericano, cuando "*a party was not given the opportunity to be heard at the meaningful time and in a meaningful manner... It's clear that the arbitrator must provide a fundamental fair hearing... the one that meets the minimal requirements of fairness adequate notice, a hearing on the evidence and impartial decision of arbitrator*"<sup>3</sup>. "*Nevertheless, parties that have chosen to remedy their disputes through arbitration rather than to litigation should not expect the same procedure they would find in the judicial arena*"<sup>4</sup>. El contradictorio es concebido de manera más flexible en el procedimiento arbitral.

El respeto del contradictorio impone, durante el procedimiento arbitral internacional, la facultad de ejercer los derechos de defensa en mérito a la solicitud, decreto, práctica y argumentación de los medios probatorios. Es interesante el análisis del caso ejemplar *Plitek contra Hebei*<sup>5</sup>, en el que una parte lamenta y la Alta Corte de Hong Kong acoge la profanación del *due process* por la imposibilidad de alegar verbalmente en una audiencia de inspección probatoria por falta de comunicación sobre la práctica de ella.

<sup>1</sup> Oberlandesgericht, Bayer, 16 de marzo de 2000, sin indicación de las partes.

<sup>2</sup> Tribunale d'Appello di Napoli, 18 de mayo de 1982, *Baver & Grobmann OHN contra Fratelli Cerrone Alfredo e Raffaele*.

<sup>3</sup> Seventh Circuit USA, 1997, *Generica Ltd. contra Pharmaceuticals Basic Inc.*

<sup>4</sup> First Circuit USA, 1985, *Hoteles Condado Beach contra Uninio de Tronquistas Local*.

<sup>5</sup> High Court Hong Kong, 16 de enero de 1998, *Politek contra Hebei*.

En el mismo sentido, el politizado caso *Iran Aircraft Industries and Iran Helicopter Support and Renewall Co. contra Avco Corp*<sup>1</sup>, en el que, por modificación repentina de las reglas procesales previamente fijadas, se decreta la inobservancia del *due process*.

## 6. Deducciones

Constituye un límite infranqueable para la voluntad contractual el principio del *due process*, como categoría internacional y no estatal, y su trasgresión es motivo autónomo de oposición de *enforcement*, según emerge diáfananamente en los instrumentos internacionales.

Las razones son innegables. No puede existir proceso sin el básico supervalor procesal de contradicción. Por tanto, las partes pueden realizar acuerdos ilimitados, pero ligados al respeto de la dimensión procesal del arbitraje internacional.

Es posible afirmar que el derecho internacional ha intentado garantizar, con una amplia gama de mecanismos e instrumentos, la tutela a la autonomía contractual y, en especial, la libertad de convenio adjetivo, limitándola solamente por intereses de naturaleza iuspublicista, en estrecho vínculo con la *public policy*.

La sumisión al principio del *due process* es el único factor de frontera a la voluntad privada en el plano internacional, en donde los extremos constitucionales no operan, además porque el *due process* plurimencionado no debe ser considerado como es concebido en los ordenamientos internos, en particular no puede ser entendido según el ordenamiento del Estado sede del arbitraje internacional ni según el ordenamiento del Estado de *enforcement*, sino a nivel transnacional, como principio sin anclaje nacionalista.

La vanidad constitucionalista y el prejuicio incompetente de visión provincial han abonado espacio para el rechazo del arbitraje internacional en países con subdesarrollo jurídico y consecuentemente económico, que afortunadamente representan la minoría planetaria, pero son una expresión profusa en Latinoamérica, que coincide con manifestaciones de arqueología política.

---

1 Second Circuit, 1993, *Iran Aircraft Industries and Iran Helicopter Support and Renewall Co. contra Avco Corp.*



El *trend* jurisprudencial y doctrinario a favor del arbitraje internacional, que considera el *due process* sin sujeción al ordenamiento del Estado sede del arbitraje internacional ni al ordenamiento del Estado de *enforcement*, está confirmado por las rarísimas ocasiones en donde la violación del *due process* es el *ground of refusal* que el juez atiende para la denegación del *exequátur*.

No es menos trascendental afirmar que el supervalor del *due process* está concebido por la Convención Europea de Derecho del Hombre en su artículo sexto<sup>1</sup>, con una dimensión transnacional y en armonía con las tradiciones jurídicas comunes a los Estados.

## BIBLIOGRAFÍA

GREMINGER, *Die Genfer Abkommen von 1923 und 1927 über die Internationale Private Schiedsgerichtsbarkeit*, Winterthur, 1957, págg. 69 y ss.

SANDERS, *The New York convention in international commercial arbitration*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye*, The Hauge, 1960, pagg. 293 - 315.

LÓPEZ DE GONZALO, *Note sul riconoscimento e sull'esecuzione di lodi arbitrali inglesi in Italia secondo la Convenzione di New York del 1958*, in *Diritto Marittimo*, 1983, pag 775.

COMOGLIO, *Il 'giusto processo' civile nella dimensione comparatistica*, in *rivista di Diritto Processuale*, 2002, pag. 702.

DI PIETRO, D., *Enforcement International Arbitration Awards - The New York Convention of 1958*, Cameron, London, 2001.

VAN DEN BERG, *The New York arbitration convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation*, The Hauge, 1981, pag 300.

ATTERITANO, A, *L'enforcement delle sentenze arbitrali del commercio internazionale*, Giuffré Editore, Milan, 2009, pag 221.

Hanseatisches Oberlandesgericht, Hamburg, 12 de marzo de 1998, sin indicación de las partes.

Hanseatisches Oberlandesgericht, Bremen, 30 de septiembre de 1999, sin indicación de las partes.

VAN DEN BERG, *The New York arbitration convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation*, The Hauge, 1981, pag 298.

<sup>1</sup> <http://www.studiperlapace.it/documentazione/europconv.html>

Oberlandesgericht, Bayer, 16 de marzo de 2000, sin indicación de las partes.

Tribunale d'Appello di Napoli, 18 de mayo de 1982, *Baver & Grobmann OHN* contra *Fratelli Cerrone Alfredo e Raffaele*.

Seventh Circuit USA, 1997, *Generica Ltd.* contra *Pharmaceuticals Basic Inc.*

First Circuit USA, 1985, *Hoteles Condado Beach* contra *Uninio de Tronquistas Local*.

High Court Hong Kong, 16 de enero de 1998, *Politek* contra *Hebei*.

Second Circuit, 1993, *Iran Aircraft Industries and Iran Helicopter Support and Renewall Co.* contra *Avco Corp.*

<http://www.studiperlapace.it/documentazione/europconv.html>