

¿ES POSIBLE QUE EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL SE FUNDE EN PRINCIPIOS FILÓSOFICOS?

“Los países libres son aquellos en los que son respetados los derechos del hombre y donde las leyes por consiguiente, son justas”

Robespierre

María Elena MANSILLA Y MEJÍA*

SUMARIO: I. Consideraciones previas. II. ¿Qué son y cuando surgen los principios generales del derecho? III. ¿Cuáles son los principios generales del derecho? IV. ¿Qué funciones tienen los principios generales del derecho y quien las realiza? V. Triple naturaleza de los principios generales del derecho. 1. Atemporalidad e historicidad de los principios generales del derecho. 2. Tecnicidad de los principios generales del derecho. VI. ¿Qué son los principios jurídicos y cuando se manifiestan? 1. Como se transforman los principios jurídicos en reglas? VII. Arbitraje comercial internacional. 1. Convenciones celebradas sobre arbitraje comercial internacional. VIII. Principios ontológicos o lógico-jurídicos. IX. Ley Modelo de UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional. 1. Aplicación de los principios lógico-jurídicos y los principios jurídicos en la Ley Modelo de UNCITRAL. X. Conclusiones.

RESUMEN. Esta ponencia está dirigida a demostrar la aplicación de los principios jurídicos en el arbitraje comercial internacional, para lo cual se parte de los principios generales del derecho, fundados en los principios ontológicos aplicados al derecho como principios lógico-jurídicos. Los principios generales del derecho se fundan en un principio axiológico que se positiviza al crearse la norma jurídica, misma que concretamente contiene los principios jurídicos que deben regir el arbitraje comercial internacional.

PALABRAS CLAVE. PRINCIPIOS GENERALES, PRINCIPIOS JURÍDICOS, LÓGICO-JURÍDICOS, ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL, UNCITRAL

ABSTRACT. The Legal Principles in the International Commercial Arbitration. The purpose of this paper is demonstrate how to apply the Legal Principles in the International Commercial Arbitration. To fulfill this goal, the paper has to depart from de General Principles of law based in the ontological principles apply to the law as legal-logic principles.

The general principles of law are based in an axiological principles that becomes part of the legal positivism when the legal norm is created. Such legal norm specifically, conteins the legal principles that should dictate the international commercial arbitration

KEY WORDS: GENERAL PRINCIPLES, LEGAL PRINCIPLES LEGAL-LOGIC PRINCIPLES, INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, UNCITRAL.

*Doctora en Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México y Miembro de Número de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado.

¿ES POSIBLE QUE EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL SE FUNDE EN PRINCIPIOS FILÓSOFICOS?

I. Consideraciones previas

Carlos Luis de Secondat Barón de la Brede ¹ en su obra sostuvo que todo se regía por leyes, la naturaleza, las personas, los bienes, las instituciones y el derecho. De acuerdo con esta idea, los principios generales son las leyes del derecho, y los principios jurídicos son las leyes que rigen las distintas manifestaciones del derecho.

Dentro del lenguaje jurídico suele hacerse referencia a los principios generales del derecho, a los principios jurídicos, a las reglas del derecho y a las normas, lo que hace necesario distinguir cada uno de estos enunciados a fin de ubicarlos en el nivel correspondiente con el objeto de evitar confusiones ya que es evidente que no significan lo mismo.

Es de general conocimiento, que todo tema de estudio tiene un antecedente y un consecuente, por lo tanto, estudiar los principios generales del derecho conduce a plantear ciertos puntos como su origen, significado, su transformación en principios jurídicos y su implementación en el arbitraje comercial internacional.

Realizar lo anterior exige seguir un procedimiento lógico-jurídico que deje totalmente en claro que toda norma, sin importar el área a que corresponda, está o debe estar inspirada en los principios generales del derecho.

El derecho, como producto de la necesidad de orden y armonía, para lograr una convivencia lógica, pacífica y racional, en su manifestación normativa, debe estar inspirado en principios axiológicos y asegurar positivamente su cumplimiento, aún por la vía coactiva, en beneficio de que en la sociedad imperen el orden y la justicia. Es así que el arbitraje comercial internacional, conduce a preguntarse ¿sí como institución creada por el derecho, se rige por principios generales del derecho, derivados en principios jurídicos al ser objetivados en normas jurídicas?

En este orden de ideas será necesario dividir este trabajo en dos partes, la filosófica y la jurídica y partir de interrogantes fundamentales tales como:

¿Qué son y cuando surgen los principios generales del derecho?

¿Cuáles son los principios generales del derecho?

¿Qué funciones tienen y quienes las realizan?

¿Cuál es la naturaleza de los principios generales del derecho?

¹ Vid. Montesquieu, *Del Espíritu de las Leyes*, México 3ª Edición, Editorial Porrúa, S.A. 1977, p. 3.

¿Qué son y cuando se manifiestan los principios jurídicos?

¿Cómo se transforman los principios jurídicos en reglas?

¿Qué principios jurídicos convertidos en reglas de conducta se aplican en el arbitraje comercial internacional?

II. ¿Qué son y cuando surgen los principios generales del derecho?

Aristóteles ² en su *Metafísica* sostiene “El principio es la parte esencial y primera de donde proviene una cosa”

Legaz y Lacambra³ expone, que “El derecho vive primero en la conciencia del hombre como pensamiento o idea de justicia y como sentimiento de injusticia, contra la que se reacciona, cuando este pensamiento y este sentimiento cristalizan en un sistema de creencias colectivas, ha nacido un sistema de derecho: la socialización es el proceso de engendramiento, emanación y nacimiento del derecho, en el que los “arquetipos” se tornan tipos reales y por eso son principios de los que el derecho extrae su origen”

Sí se une lo expuesto se puede sostener que el derecho tiene como parte primera y esencial los principios a los que Legaz y Lacambra denomina arquetipos. De esta concepción, dos son las doctrinas que se han avocado al estudio de los principios generales del derecho: el iusnaturalismo y el iuspositivismo.

Dado que esta ponencia tiene como finalidad el aspecto filosófico y el jurídico, se expondrá brevemente, el contenido de cada doctrina con la base de que en términos generales la teoría del derecho natural invoca la concepción aristotélico-tomista y la positivista se basa en el derecho positivo lógico-racional.

Iusnaturalismo.- García Máynez⁴ sostiene “...que los diversos juristas que han estudiado los principios bajo la teoría del derecho natural le atribuyen a los principios el carácter de pautas normativas, de patrones o directrices acerca de lo que debe ser”

En apoyo de lo anterior, García Máynez invoca a Del Vechio⁵, quien a su vez expone “...que los principios generales del derecho son un conjunto de exigencias de índole axiológica que sirven de inspiración y base a las prescripciones de los ordenamientos positivos”

Mucius Scaevola ⁶ argumenta que:

² Cf. Aristóteles, *Metafísica*, octava edición, Editorial Porrúa S.A., Colección Sepan Cuantos No. 120, México 1980. p. 75

³ Cf. Legaz y Lacambra, Op.Cit. por Azua Reyes, Sergio, “Los principios generales del derecho”, S.N.E. Editorial Porrúa, S.A., México, 2015. p. 7

⁴ Cf. E. García Máynez, *Introducción al Estudio del Derecho*, vigésimo sexta edición, Editorial Porrúa S.A. México, Op.Cit. p. 282.

⁵ Cf. G. Del Vechio, Op.Cit. por E. García Máynez, Op.Cit. p. 281

⁶ Vid. Scaevola Mucios, Op.Cit. por M. Morales Hernández, Editorial Porrúa S.A. pp. 78 y 79.

“... los principios generales del derecho, siendo emanación del derecho racional, encierran siempre una verdad fundamental, una afirmación incontrovertible y consiguientemente universal, esto es permanente, invariable, sin relación alguna a época o pueblo, puesto que la verdad es única, y no cambia nunca”

De lo expuesto sólo puede concluirse que el derecho natural es el fundamento que legitima las normas jurídicas, esto es, toda norma jurídica debe basarse en el derecho natural cuyo fundamento axiológico son, los principios generales del derecho.

Iuspositivismo.- Los positivistas por el contrario se alejan de la abstracción de los valores contenidos en los principios generales del derecho, y sostienen que el derecho positivo es de origen histórico-social lo que dio lugar a un sistema de normas jurídicas públicamente reconocidas, efectivamente aplicadas y observadas para lo que tienen como apoyo un procedimiento, una fuerza y un imperio que, en caso necesario obliga a su cumplimiento coactivamente.

En suma, sostiene Manuel Morales Hernández⁷; el positivismo consiste en un conjunto de normas jurídicas en vigor, derecho viviente eminentemente variable, modificable ante las necesidades sociales manifestándose en normas, leyes, códigos y reglamentos.

En este orden de ideas, el derecho positivo se compone de preceptos concretos, por lo que su diferencia con el derecho natural no se funda en premisas metafísicas, por el contrario, parte de los criterios racionales que rigen las relaciones sociales y sus costumbres.

Ante estas dos posturas cabe considerar que iusnaturalismo y iuspositivismo, lejos de ser contrarias, en realidad son posturas que se complementan ya que el derecho se manifiesta en normas, verdades indiscutibles, normas que deben tener imperio y fuerza coactiva y a la vez deben estar fundadas en principios axiológicos, de lo contrario sólo serían una forma de dominación ejercida arbitrariamente.

III.- ¿Cuáles son los principios generales del derecho?

Doctrinalmente se considera que los principios generales del derecho, bajo la concepción axiológica, son los seis siguientes:

- Libertad
- Justicia
- Equidad
- Seguridad
- Certeza y;
- Orden público

⁷ Vid. M. Morales Hernández, *Principios Generales del Derecho*, pp. 84 y 85.

Estos principios, son los fundamentos de la legislación positiva, no se encuentran inscritos en ninguna ley, pero son los presupuestos lógicos necesarios para la existencia de las distintas normas legisladas.

En este orden de ideas es necesario determinar en qué consiste cada uno.

Libertad.- Este es un principio general del derecho que debe ser delimitado, la libertad absoluta debe ser inexistente, esta libertad sólo sería aceptable fuera de la sociedad. La libertad es un valor que aplicado al derecho requiere limitaciones que permitan el orden y la convivencia armónica de la sociedad, de ahí que la libertad es jurídica lo que denota estar regulada por el derecho con el fin de mantener un equilibrio entre la libertad natural y la libertad ordenada y armónica.

La libertad jurídica se manifiesta en un hacer y en un omitir conductas reguladas por la norma. La libertad natural se manifestara en la decisión que el sujeto tome de hacer o no hacer, en ambos casos habrá consecuencias jurídicas o antijurídicas.

Justicia.- Referirse a este valor considerado un principio general del derecho conduce ineludiblemente a Justiniano y al estagirita.

En tal sentido el jurista romano sostuvo:

“La justicia es la constante y firme voluntad de dar siempre a cada uno lo que es suyo”⁸

De concepto tan general previamente Aristóteles⁹ legó al mundo jurídico tres clases de justicia: conmutativa, distributiva y retributiva. Esta última no es mencionada por Aristóteles, sin embargo puede considerarse que se deduce como el efecto de las dos anteriores.

La justicia conmutativa se presenta en las relaciones privadas en las que ante un conflicto de intereses cada parte de la relación recibe el mismo beneficio o el mismo perjuicio, es un conflicto entre dos personas que se resuelve mediante un acuerdo.

La justicia distributiva se presenta en las relaciones en las que debe determinarse la atribución de cargas o de recompensas, con fundamento en el principio de igualdad.

La categoría de justicia se enuncia al decir que debe tratarse a los iguales como iguales y a los desiguales como tales.

Lo anterior significa que los desiguales como segunda categoría son tratados como desiguales en un grado de igualdad, pero como desiguales en relación con la primera categoría de igualdad, quienes serán tratados en forma igual dentro de su categoría de igualdad, y desiguales en relación con la categoría de desigualdad.

⁸ Cf. *Instituciones de Justiniano*, Edición Bilingüe, S.N.E., Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina. p. 27

⁹ Vid. Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, octava edición, editorial Porrúa, S.A., capítulo IV.

La justicia retributiva, se manifiesta como el efecto de la conducta cumplida o violatoria de la norma jurídica. Por lo que sí se actúa conforme al deber ser de la norma, el efecto retributivo puede consistir en la obtención de un beneficio y aún de un reconocimiento o premio. Por el contrario, si se viola la norma, la retribución será sin duda una sanción de muy variada naturaleza.

Como una conclusión a este punto puede sostenerse que la justicia como un principio general del derecho, está íntimamente unida al principio de igualdad.

Igualdad.- La igualdad como principio general del derecho, tiene una doble manifestación la igualdad absoluta que debe existir entre todos los seres humanos por el simple hecho de ser personas, y la igualdad jurídica en la que es la ley la que determina su reconocimiento y sus distintas categorías. Es en la igualdad jurídica en la que se aplica la teoría aristotélica de la justicia conmutativa, distributiva y retributiva.

Equidad.- Este principio debería animar toda norma jurídica, sin embargo no es así, y no es así por la propia naturaleza de la norma jurídica que es general y abstracta, lo que significa que contempla supuestos genéricos que al aplicarse deben ser corregidos o adecuados al caso particular función que corresponde al juzgador.

En tal sentido, se considera que la equidad consiste en adecuar la ley general al problema concreto. Este es el trabajo más difícil del juzgador, ya que ha de interpretar la norma y aplicarla de acuerdo con las situaciones específicas de las partes de una controversia. Esta labor, de dar un trato equitativo a los litigantes, es conocida como la individualización de la norma al caso concreto, se evita así la injusticia de aplicar la norma siempre bajo el criterio de generalidad.

La equidad como principio general del derecho, permite aclarar, interpretar y en un caso extremo integrar el derecho a fin de llenar un vacío legal y cumplir con el principio general de hacer justicia en el conflicto concreto.

Certeza.- Este principio, dice Azua ¹⁰ “...consiste en el conocimiento que nos proporciona la ley, para determinar nuestros derechos y saber en consecuencia, el límite de nuestra posibilidad de actuar jurídicamente, esto, con independencia de los órganos coactivos del Estado, para hacer respetar nuestro derecho”

“La certeza es una situación objetiva, cuándo quien tiene un conflicto de naturaleza jurídica se encuentra con que:

- Tiene un derecho reconocido u otorgado por la ley
- Que es un derecho claro y objetivo
- Que ese derecho se funda en hechos regulados objetivamente
- Que tal derecho tiene un mínimo de vigencia

¹⁰ Cf. T.S., Azua Reyes, *Principios Generales del Derecho*, Op. Cit. pp. 151 y 153.

La certeza jurídica consiste en un estado subjetivo del gobernado cuando conoce sus posibilidades de actuar, sus limitaciones en la conducta y las consecuencias que el derecho establece, tanto en el caso de actuar dentro de ese ámbito, como en el de traspasarlo.

Seguridad.- Es un principio que se funda en la vigencia del derecho; esto ocurre cuando el Estado creador del derecho, lo hace efectivo, le da eficacia. En otras palabras, aplica la norma que creó para la sociedad. La eficacia se basa en saber que se tiene la posibilidad de exigir la intervención de la fuerza pública, para dar cumplimiento a la norma, así la certeza consiste solo en saber que se tiene el derecho, que se convierte en realidad, ante la seguridad jurídica de su exigibilidad y cumplimiento.

La seguridad sólo se presenta cuando se infringe la norma, por lo tanto es un principio contingente, ya que la norma se puede violar o no.

En síntesis, la seguridad se funda en la eficacia del cumplimiento de la norma que de ser necesario se hará cumplir mediante la coacción.

Orden público.- Tal principio le da imperium a las normas, lo que conduce a distinguir las de las normas facultativas.

En realidad todas las normas son imperativas cuando se satisface la hipótesis, por lo tanto, todas se fundan en el principio de orden público.

El orden público es la imperatividad que tiene un principio general del derecho. Incluido en la norma jurídica, por lo que el derecho se debe cumplir a fin de mantener la tranquilidad y la armonía en la sociedad, de tal forma que el contravenir, violar o incumplir la norma rompe el equilibrio social, crea el desorden, desaparece la eficacia del derecho y la seguridad jurídica. Ante tal situación, es necesario que el Estado aplique la justicia retributiva, sancione al violador de la norma y restablezca el orden público mediante el cumplimiento del derecho.

IV. ¿Qué funciones tienen los principios generales del derecho y quien las realiza?

Es necesario aclarar que los principios generales de derecho, no se agotan al incluirse en la norma, su aplicación va más allá de su incorporación, esto ocurre a través de sus cuatro funciones: interpretativa, integrativa, directiva y limitativa. Su realización corresponde a diferentes autoridades.

Función interpretativa.- Esta es necesaria cuando la ley es oscura y la autoridad tiene que desentrañar el sentido de la norma, tal función la realiza el juzgador en cada caso concreto. La interpretación también es necesaria cuando en la solución de un litigio existen diversas posibilidades de solución, en tales casos, los principios dan luz al problema, determinan cual de las alternativas es la adecuada y complementan en su caso la insuficiencia de la ley.

Función integrativa.- Los principios generales del derecho cumplen esta función ante un litigio en que el juez carece de disposición aplicable y debe realizar verdaderos juicios de

valor basados en los principios generales del derecho, con el fin de crear la norma y al aplicarla evitar la impunidad.

La función integrativa es de gran importancia por su creatividad. El juez ante una laguna legal, debe técnicamente crear la norma, ya que su ausencia no justifica que el juez deje sin solución el litigio, de hacerlo propiciaría la justicia de propia mano y se rompería el orden social.

Aquí surgen dos preguntas:

¿Por qué el juez tiene que integrar una laguna legal cuando obviamente la creación de la ley corresponde al legislador?, una segunda pregunta es:

¿Por qué el legislador permitió una laguna legal si su función es crear las normas?

La respuesta es sencilla, el legislador no permite la laguna legal, lo que ocurre es que está incapacitado para legislar sobre un problema que aún no existe, por lo tanto sólo puede crear normas sobre problemas reales, su función es regulatoria, no adivinatoria, por lo que en ausencia de norma, el juez tendrá que integrar el precepto que de solución al problema existente.

Función directiva.- Corresponde al legislativo poner en práctica la función directiva de los principios generales del derecho el legislador. En consecuencia, ante un problema social el legislador tendrá que resolverlo mediante la creación de una norma, para lo que deberá recurrir a la naturaleza del bien a proteger, la cultura de la comunidad sus costumbres, sus requerimientos y necesidades sociales, económicas, políticas y educativas.

De esta función se ha sostenido que el derecho no se inventa, se descubre. Cabe considerar que el derecho, como respuesta a una necesidad social, ni se inventa ni se descubre, el derecho se crea.

El problema a resolver por el legislador se descubre y la solución se crea.

Se crea el derecho a través de normas, para dar solución a un problema de la sociedad, lo que implica conocer sus causas, considerar los valores a proteger, las posibles alternativas de solución y una vez satisfechos tales requisitos, calcular los efectos ya que de no prevenirlos, la norma podría resultar ineficaz y por lo tanto contraria a los principios generales del derecho.

Función limitativa.- ¿En qué consiste esta función? Los principios generales del derecho cuyo contenido es axiológico, no son de aplicación absoluta. En otras palabras, el legislador al crear la norma establece un derecho y correlativamente una obligación, situación que tiene límites para ambas partes.

El derecho que otorgue y la obligación que imponga una norma, debe tener un punto de partida y un punto de conclusión, debe otorgar seguridad jurídica. Esto significa que tanto el derecho como la obligación contenidos en la norma, estarán limitados por el propio principio general en cuanto a su ejercicio y duración. Esta función está en directa relación con el principio general de libertad, de equidad y de seguridad jurídica.

V. Triple naturaleza de los principios generales del derecho

Si se parte de la idea propuesta respecto a la complementación recíproca que hay entre el derecho natural y el positivo, se sostiene que los principios generales del derecho son: atemporales, históricos y técnicos.

1. Atemporalidad e historicidad de los principios generales del derecho

La atemporalidad es una situación que va unida a la historicidad ambas forman un binomio inseparable, sólo puede ser atemporal lo que perdura en el tiempo y en el espacio lo que se comprueba a través de la historia, es por lo tanto necesario hacer referencia a ciertos momentos históricos que corroboran la atemporalidad histórica de los principios generales del derecho en sus dos manifestaciones doctrinarias, la iusnaturalista y la iuspositivista.

Los principios generales del derecho son muy antiguos, se sostiene que es el Digesto donde se inician aún cuando no con tal denominación, por lo que Geny¹¹ da una clara interpretación del Derecho Romano al sostener que en la antigüedad "...cuando el derecho no estaba escrito, brotaba del sentimiento popular, se percibía como una especie de intuición que se comprobaba por la tradición. Su interpretación obedecía a los principios del sentido común, o de la lógica elemental, como aquellos de los jurisconsultos romanos, y de ellos han surgido numerosos adagios o refranes que aún hoy se repiten. El jurista debía seguir la costumbre, tenía que contribuir a la interpretación, buscaba precedentes en las autoridades anteriores"

Como un antecedente del estudio de los principios generales del derecho, el Digesto¹² preceptuaba:

"Será pues muy conveniente que los estudiantes comiencen a estudiar este título, porque el método didascálico exige que se haga primero el conocimiento de los principios generales del derecho, del mismo modo que el conocimiento del género debe preceder a de las especies"

La Edad Media, dominada por el cristianismo invocó el derecho natural a través del intérprete de Aristóteles, Santo Tomás de Aquino, quien en la obra: "Comentario a las Sentencias"¹³, invoca los Principios Universales del Derecho.

Grocio propone una serie de reglas inspiradas en la justicia y acorde con ellas sostiene el deber de:

¹¹ Cf. F. Gény, Cit. por Azúa Reyes, Sergio T. "Los principios Métodos de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo", Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, Vol. XC, Segunda Edición. Editorial Reus, Madrid 1975. p. 20

¹² Cf. El Digesto, cit. por Morales Hernández, Manuel. "Principios Generales del Derecho". Cit. p. 3

¹³ Cf. S.T. Azúa Reyes, *Los principios generales del derecho*, Op. Cit. p. 3

- Abstenerse de lo que pertenece a otro
- Conformarse con los pactos
- Cumplir las promesas hechas
- Indemnizar por cualquier daño
- Infligir castigo a quien lo merece

Hobbes por su parte como contractualista sostiene:

- Que se debe considerar a todo hombre como igual al otro
- Que al celebrar contratos se debe atener a lo pactado
- De no escarnecer a otro
- Considerar a todo hombre como igual

Estos autores invocan también el iusnaturalismo y el positivismo¹⁴ al sostener que:

“El derecho vive primariamente en la conciencia del hombre como pensamiento o idea de justicia y como sentimiento de injusticia, contra la que reacciona”

En apoyo de esto Grocio añade:

“Los principios generales del derecho equivalen a las normas del derecho natural, esto es, son normas que no han encontrado formalización ni sanción estatal, pero que poseen innegable vigencia, validez y obligatoriedad, por formar parte de un sistema superior grabado por Dios en el corazón de todos los hombres..”

Es evidente en estos autores la presencia de la escuela del derecho natural cuyo postulado radica en que “...la persona tiene derechos innatos y la justicia debe supervisar la legitimidad de esos intereses bajo bases claras y bien establecidas que garanticen un régimen de seguridad a los particulares”

Frente a la escuela del derecho natural la escuela opuesta, la positivista representada por Julius Moor¹⁵, en 1935 sostuvo que:

“El positivismo jurídico es una concepción con arreglo a la cual el Derecho es producido, en un proceso histórico, por el poder gobernante en la sociedad. En esta concepción es derecho sólo aquello que ha mandado el poder gobernante y todo lo que este mande es derecho por virtud del hecho mismo que lo manda”

Resulta evidente, de lo expuesto, que para el positivismo los principios generales del derecho se encuentran únicamente en la norma jurídica creada por el gobernante.

Nótese que estas dos tendencias, si bien se enuncian en forma aparentemente contradictoria la realidad es que se complementan.

¹⁴ Cf. Legaz y Lacambra. Cit. por Azúa Reyes Sergio, T., Op. Cit. pp. 62 y 63

¹⁵ Cf. Moor Julius, Cit. por, E. Bodenheimer, “Teoría del Derecho”, Novena Reimpresión, Fondo de Cultura Económica, Colección Popular, México 1986, p. 307.

Es en este punto, en el que la tendencia iusnaturalista y la positivista se unen para dar una idea completa de lo que son los principios generales del derecho, al efecto Azua sostiene¹⁶ “...que al ser el derecho positivo una derivación del natural, las reglas de este constituyen los llamados principios generales del derecho, sin embargo para que sean tenidos como tales, no es suficiente que existan en el natural, sino que para entrar en el positivo se requiere un trámite para su positivización, el que puede darse en la ley, en la jurisprudencia, en la administración o en algún grupo social o de la comunidad”

En el mismo sentido se expresa el maestro Preciado Hernández quien sostiene:

“A la luz de esta doctrina¹⁷ sobre la esencia del derecho natural y sus relaciones con el derecho positivo, resulta evidente que por principios generales debemos entender básicamente, los principios más generales de ética social, derecho natural o axiología jurídica, descubiertos por la razón y fundados en la naturaleza espiritual, libre y sociable del ser humano, los cuales constituyen, estructuras fundamentales de toda construcción jurídica posible e histórica”

Sobre esta eclecticidad de los principios generales del derecho, Azua llana y simplemente añade:

“La legislación está integrada por una serie de preceptos que tienen el carácter de principios generales del orden jurídico, y por otro grupo de normas que no tienen el carácter de principios, sino simplemente son el resultado de la combinación de aquellos”

Como última referencia a la postura ecléctica sobre los principios generales del derecho, García Máynez¹⁸ dice:

“Cuando se afirma que los principios generales son los del derecho natural, quiere decirse que, a falta de disposición formalmente válida, debe el juzgador formular un principio dotado de validez intrínseca, a fin de resolver la cuestión concreta sometida a su conocimiento. Queda excluida por tanto, la posibilidad legal de que falle de acuerdo con sus opiniones personales”

Sólo a manera de conclusión sobre la atemporalidad e historicidad de los principios generales del derecho, procede insistir en que la concepción iusnaturalista, se objetiviza al aplicar la postura positivista, lográndose así una complementación entre los principios éticos, y la creación de una norma que legítimamente, se aplicará, de ser necesario mediante la facultad coactiva del Estado.¹⁹

2. Tecnicidad de los principios generales del derecho

¹⁶ Vid. S.T. Azúa Reyes, *Los Principios Generales del Derecho*, Op. Cit. p. 85.

¹⁷ *Ibidem.*, p 87.

¹⁸ Cf. E. García Máynez, *Introducción al Estudio del Derecho*, Op. Cit. p. 371.

¹⁹ Vid. *Ídem*.

Este nivel de los principios generales del derecho es totalmente práctico, les da utilidad, pretende su eficacia y para lograrlo los incluye en la norma jurídica.

Los principios generales del derecho, considerados como una técnica se manifiestan en principios jurídicos, como resultado del proceso que debe realizarse para su aplicación efectiva mediante la creación de una norma.

En este punto se unen los principios como valores y como principios técnicos que a su vez son incorporados a la norma mediante la técnica legislativa o mediante la función integradora que realiza el juez.

VI. ¿Qué son los principios jurídicos y cuando se manifiestan?

Los principios generales del derecho al plasmarse en las disposiciones de una ley o de una Convención y en el caso que nos ocupa, en una Convención sobre Arbitraje Comercial Internacional, se transforman en principios jurídicos propios de tal materia y al considerarse por las partes en un acuerdo de arbitraje o aplicarse por el tribunal arbitral adquieren, la naturaleza de reglas que deben ser cumplidas por los litigantes.

1. ¿Cómo se transforman los principios jurídicos en reglas?

Los principios jurídicos se transforman en reglas, en el momento en que al surgir una controversia, las normas se aplican concretamente a las partes en conflicto, para dar solución al problema.

VII. Arbitraje Comercial Internacional

Entrar al estudio del arbitraje comercial internacional y a los principios jurídicos que lo rigen, conduce a la recapitulación y síntesis de lo expuesto.

En tal sentido puede sostenerse que los principios jurídicos que animan el arbitraje comercial internacional se fundan en los seis principios generales del derecho los que, al cambiar de nivel, derivan en principios jurídicos plasmados en la norma, para transformarse en reglas, cuando en el último nivel se aplican tales normas a los sujetos implicados en un arbitraje internacional.

El arbitraje es una forma de impartir justicia a la que se le ha denominado la privatización de la justicia. Tal privatización tiene un origen muy antiguo, y aun se sostiene que fue anterior a la creación del juez como impartidor de justicia.

Actualmente es un medio alternativo de solución de controversias cuyas ventajas radican en ser realizado por especialistas en la materia, abreviar tiempo ya que los árbitros se dedican exclusivamente a resolver tal controversia, y basarse en el compromiso de las partes de cumplir el laudo, debido a que libremente eligieron someterse a la decisión arbitral.

1. Convenciones celebradas sobre Arbitraje Comercial Internacional

En el comercio internacional, se han celebrado varias convenciones en materia de arbitraje, en el ámbito regional está la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, a nivel mundial está la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 y la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de UNCITRAL.

Es importante destacar que, en realidad sólo existen dos documentos reguladores del arbitraje como medios de impartir justicia, estos son la Convención Interamericana, y la Ley Modelo de UNCITRAL.

Complemento de los dos documentos mencionados, son los relativos al Reconocimiento y Ejecución de Sentencias de la Convención de New York de 1958, y la Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Extranjeros. Estas convenciones, sí bien son absolutamente necesarias, porque sin ellas el arbitraje internacional sería ineficaz; no se refieren al arbitraje como una vía de solución de controversias, ya que su normatividad está dirigida a las reglas de eficacia extraterritorial y no al arbitraje.

Debido a que la Ley Modelo de UNCITRAL es un documento de mayor proyección mundial, y a que por su propia naturaleza puede alcanzar el rango de derecho uniforme, será con base en ella, y a manera de ejemplo como se verá la aplicación de los principios jurídicos en el arbitraje comercial internacional.

Para llevar a efecto lo señalado y con base en que los principios generales del derecho se transforman en principios jurídicos mediante la técnica legislativa o integrativa, su aplicación hace necesario acudir a los principios ontológicos o lógicos-jurídicos, presupuestos indispensables en la creación de normas jurídicas..

VIII. Principios ontológicos o lógico-jurídicos

Los principios generales del derecho para ser incorporados a las normas y transformarse en principios jurídicos exigibles, deben ajustarse a los principios lógicos que Aristóteles trato en su *Metafísica* y que García Máynez²⁰ denomina principios ontológicos o lógico-jurídicos mismos que limita a los cuatro siguientes:

Principio de identidad: “Todo objeto de conocimiento jurídico es idéntico a sí mismo” lo que aplicado al derecho significa que:

“La norma que permite lo que no está jurídicamente prohibido o prohíbe lo que no está jurídicamente permitido es necesariamente válida”

Principio de no contradicción: “Ninguna conducta puede hallarse al propio tiempo, jurídicamente prohibida y jurídicamente permitida”. Lo que significa que:

“Dos normas de derecho contradictorias entre sí no pueden ambas ser válidas”

²⁰Vid. E. García Máynez, *Introducción a la Lógica Jurídica*, Séptima Edición, Editorial Colofón S.A., México 2000, pp. 168-169.

Tercero excluido: “La conducta jurídicamente regulada sólo puede hallarse prohibida o permitida”.

Principio de razón suficiente: “Todo objeto de conocimiento jurídico debe tener un fundamento.

Estos principios son parte de la técnica creadora de las normas, por lo que deben aplicarse por el legislador en las disposiciones legales, por la Comisión redactora de un Convenio en su celebración y en las resoluciones que emitan tanto el juez como los árbitros.

El segundo paso es la incorporación de los principios generales del derecho, de contenido axiológico, en una norma, que es la que positiviza y objetiviza los principios generales del derecho y los transforma en principios jurídicos. Este contenido axiológico se aplica a través de los principios de libertad, justicia, equidad, seguridad, certeza y orden público.

IX. Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional

La ley fue creada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, por sus siglas UNCITRAL o CNDUMI.

El objeto de las leyes modelo es crear un lenguaje técnico y neutro, con el fin de que los Estados tengan una terminología común con la que se redacten disposiciones generales lo que permitirá ser aceptadas por un buen número de Estados, y facilitará la transformación de una Ley Modelo en derecho uniforme.

Esta es la razón por la que la Ley Modelo de UNCITRAL se tomará como ejemplo de la aplicación de los principios jurídicos en el arbitraje comercial internacional.

La Ley Modelo es muy amplia, comprende 36 artículos, en los que se ha desarrollado una verdadera técnica jurídica para armonizar los cuatro principios ontológicos, de identidad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente que deben estar implícitamente en todo cuerpo normativo, con los seis principios generales de derecho, de libertad, justicia, equidad, seguridad, certeza y orden público.

Esta técnica armonizadora fundamentalmente es realizada por el órgano legislativo, y subsidiariamente por el juez o por la magistratura que tenga a su cargo la interpretación del derecho.

1. Aplicación de los principios lógico-jurídicos y los principios jurídicos en la Ley Modelo de UNCITRAL.

Principios de identidad y libertad.- El principio lógico-jurídico de identidad y el principio axiológico de libertad se encuentran claramente expresados en el: Art. 7 párrafo I de la Ley Modelo, que dispone:

“El acuerdo de arbitraje es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente”

Nótese que al permitir resolver una controversia mediante el arbitraje y determinar su forma, el dispositivo al no prohibir una conducta aplica el principio de identidad a la vez que aplica el principio axiológico de libertad, al reconocer a las partes el derecho de comprometerse a celebrar el arbitraje mediante un contrato o una cláusula compromisoria.

Principios de no contradicción, de justicia y de equidad.- La Ley Modelo presenta un ejemplo de la aplicación del principio de contradicción y de justicia al disponer en el art. 9º.

“No será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares provisionales, ni que el tribunal conceda esas medidas”

Nótese que la norma cumple con el principio lógico-jurídico de no contradicción, al disponer que no son incompatibles el acuerdo de arbitraje y la solicitud de una de las partes de tomar medidas provisionales.

En cuanto al principio general de justicia, este se aplica al permitirse las medidas provisionales, en esta norma también se encuentra el principio de equidad, éste se objetiva en el momento en que se determinan concretamente las medidas provisionales que deban proceder, ya que para ordenarlas deberán tomarse en cuenta todas las circunstancias de las partes y del objeto del arbitraje.

Principios de no contradicción, de libertad e igualdad.- La aplicación del principio lógico-jurídico de no contradicción y los principios generales del derecho, de libertad e igualdad se encuentran ejemplificados en el Art. 10 de la Ley Modelo que dispone:

“1.- Las partes podrán determinar libremente el número de árbitros, y

2.- A falta de tal acuerdo los árbitros serán tres:

Nótese que a fin de evitar que las partes realicen una contradicción en el nombramiento de los árbitros, la ley les da la libertad de nombrarlos y subsidiariamente, dispone que serán tres.

Principio de tercero excluido.- Respecto a este principio el artículo 3º relativo a la recepción de comunicaciones escritas, en el párrafo “2” dispone una prohibición absoluta al determinar que:

“2.- Las disposiciones de este artículo no se aplican a las comunicaciones habidas en un procedimiento ante un tribunal”

Principios de razón suficiente, orden público y seguridad jurídica.- El principio lógico-jurídico de razón suficiente y el principio general de orden público, se encuentra en el artículo 36 de la Ley Modelo que dispone:

“1.- Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado:

- a) A instancia de la parte contra la cual se invoca, cuando esta parte pruebe, ante el tribunal competente del país en que se pide el reconocimiento o la ejecución
 - i) Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el art. 7º estaba afectada por alguna incapacidad o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo o
 - ii) Que las partes contra la cual se invoca el laudo no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquiera otra razón, hacer valer sus derechos”

Nótese como el principio lógico-jurídico de razón suficiente está claramente demostrado al justificarse y fundamentarse plenamente en el art. 7º, que no se reconocerá, ni ejecutará un laudo, cuando una de las partes sea incapaz, no fue notificada de la designación de árbitros o de las actuaciones arbitrales.

Paralelamente se aplica el principio de orden público respecto a la capacidad de las partes y el cumplimiento de la garantía de audiencia, se le exige a la autoridad.

En este dispositivo también se objetiviza el principio general del derecho, de seguridad jurídica ya que la Ley Modelo garantiza, esto es da la seguridad de que se respetaran las garantías de audiencia y legalidad.

Respecto a la equidad y la certeza como principios generales del derecho, éstos se encuentran, en los principios jurídicos del arbitraje comercial internacional, en el art. 18, que dispone el:

“Trato equitativo de las partes: bajo este rubro, la convención aplica el principio de igualdad al sostener que deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos”

Para dar fin a este trabajo, es conveniente recordar, que tradicionalmente se han atribuido al arbitraje comercial internacional únicamente los principios jurídicos de igualdad de las partes, de buena fe y de autonomía de la voluntad, de acuerdo con lo expuesto, es evidente que tales principios se fundan, respectivamente, en los principios generales del derecho de igualdad, justicia y libertad.

De esta forma la respuesta a la pregunta inicial es positiva ya que el arbitraje comercial internacional, como obra legislativa conjunta de los Estados sí tiene como fundamento axiológicos, los principios filosóficos que le dan legitimidad.

Dra. María Elena Mansilla y Mejía
Abril 2019

X. Conclusiones

1.- Los principios generales del derecho son valores axiológicos abstractos que se positivizan cuando son incorporados a una norma creada por el legislador, integrada por un juez o interpretada por la jurisprudencia y se convierten en reglas cuando se aplican a un caso concreto.

2.- Los principios generales del derecho, los principios jurídicos y las reglas son lo mismo, lo único que cambia es el nivel en que se encuentran.

3.- La Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional armoniza en su normatividad, los principios lógico-jurídicos y los principios generales del derecho, con lo que da lugar a los principios jurídicos que rigen el arbitraje comercial internacional.

4.- En el arbitraje comercial internacional, las partes ejercen el principio de libertad, los árbitros aplican los principios de justicia y equidad, el juez, en su caso, aplica el principio de seguridad y el legislador en su función creadora del derecho incorpora en las normas los principios de certeza, seguridad y orden público siempre con base en los principios lógico-jurídicos.

Bibliografía

Aristóteles, *Metafísica*, octava edición, Editorial Porrúa, S.A. México 1980.

Azúa Reyes, S.T.: *Los Principios Generales del Derecho*, 1ª Edición, Editorial Porrúa, S.A.

Bodenheimer, E., *Teoría del Derecho*, novena reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México 1986.

García Máynez, E., *Introducción a la Lógica*, séptima edición, Editorial Colofón, S.A.

García Máynez, E., *Filosofía del Derecho*, S.N.E., Editorial Porrúa, S.A., México 1974.

García Máynez, E., *Introducción al Estudio del Derecho*, vigésimo sexta edición, Editorial Porrúa, S.A. México 1977.

Justiniano, *Instituciones de Justiniano*, Edición Bilingüe, S.N.E. Editorial Holiastas S.R.L., Buenos Aires, República de Argentina 1976.

Morales Hernández, M., *Principios Generales del Derecho*, primera edición 2009, Editorial Porrúa S.A., México 2009.

Montesquieu, *Del Espíritu de las Leyes*, tercera edición, Editorial Porrúa S.A., México 1977.