

## PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y EL DERECHO ISLÁMICO\*

AZUL PEREDA\*\*

**Resumen:** Hay quienes sostienen que los principios generales del derecho –fuente del Derecho Internacional– son aquellos reconocidos en todos los sistemas jurídicos como tales, determinados por el método del derecho comparado. Sin embargo, algunos autores y la jurisprudencia misma han mostrado cómo en la práctica los jueces aplican el derecho que conocen y que la mayoría de los jueces de la Corte Internacional de Justicia tienen una formación en derecho occidental.

Esto ha causado que haya Estados, entre ellos los islámicos, que no se sientan representados por el Derecho Internacional. Hay, por un lado, una tendencia dentro de los Estados con una población mayoritaria musulmana a establecer constituciones islámicas y, por otro, una mayor apertura e interacción de estos Estados hacia la Comunidad Internacional. Estos actores se han manifestado contra la falta de legitimación del derecho internacional, lo cual es un problema porque los conflictos internacionales con y entre estos Estados deben resolverse conforme a derecho. Es por eso que es importante la conjunción del artículo 38. 1. c) con el artículo 9 del Estatuto que establece que debe haber una representatividad de las naciones en la composición de la Corte.

La hipótesis de este trabajo es que la Corte Internacional de Justicia no tiene en cuenta el derecho islámico al aplicar los principios generales del derecho y que esta situación tiene una correlación con la nacionalidad y formación de los jueces.

**Palabras clave:** derecho islámico — principios generales del derecho — corte internacional de justicia — representatividad del derecho islámico — fuentes del derecho internacional público

\* Recepción del original: 06/08/2020. Aceptación: 27/10/2020.

\*\* Estudiante de Abogacía (UBA).

**Abstract:** There are jurists that sustain that the general principles of law, sources of International Law, are those that are recognized in all legal systems, determined by the comparative law method. Nevertheless, some authors and jurisprudence have shown that in practice the judges apply the law that they know, and that most of the members of the International Court of Justice have an education in the occidental legal system.

This situation has caused some States, including Islamic States, not to feel represented by International Law. There is a tendency between States with a majoritarian Muslim population to establish Islamic Constitutions, but also to play a more important role in the international field and to settle international relations with non-Muslim States. These actors have manifested themselves against the lack of legitimation of International Law, which constitutes a problem because international conflicts among and with these States should be resolved according to the law. Consequently, it is really important the joint lecture of the article 38.1.c) and 9 of the Statute that establishes that the Court should be composed in a way that represents all nations, or at least the principal legal systems.

The project's hypothesis is that the International Court of Justice doesn't take into account Islamic Law when it applies general principles of law and this situation has a correlation with the nationality and education of the judges.

**Keywords:** islamic law — general principles of law — international court of justice — representivity of Islamic law — sources of international public law

## I. INTRODUCCIÓN

Los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas son, según el artículo 38.c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, fuente de Derecho Internacional. Gracias a su flexibilidad y generalidad, son de gran utilidad en un sistema jurídico con normas ambiguas y vastas lagunas de derecho. Estas cualidades traen consigo una dificultad para definir cuáles son aquellos principios generales que forman parte del sistema jurídico internacional.

Hay quienes sostienen que los principios generales del derecho son aquellos reconocidos en todos los sistemas jurídicos como tales determinados por el derecho comparado al encontrar repeticiones entre los principales

sistemas jurídicos. Sin embargo, hay autores y jurisprudencia<sup>1</sup> que han mostrado cómo en la práctica los jueces aplican el derecho que conocen y que la mayoría de los jueces de la Corte Internacional de Justicia tienen una formación en derecho occidental.

Este trabajo se enfoca en el derecho islámico, sistema jurídico que tiene como fuente principal el Corán y que rige tanto la vida pública de los individuos como la espiritual adoptada por numerosos Estados.<sup>2</sup> Y busca demostrar cómo este sistema jurídico podría aportar al Derecho Internacional debido a su complejidad y gran tradición.

El artículo 38.1.c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia hace referencia a las naciones civilizadas, es decir, los Estados independientes. Si bien los Estados europeos eran de los pocos que constituían ese pequeño grupo, a partir de finales del siglo XX se han independizado numerosos Estados insertándose en la comunidad internacional en un plano de igualdad. Basta solo observar el creciente número de miembros de Naciones Unidas para comprobar este fenómeno.

Una de las características principales del Derecho Internacional es su carácter horizontal y voluntarista.<sup>3</sup> Los principios generales del derecho tienen un proceso de creación a nivel nacional, y hay quienes aducen que la mayoría de los principios elegidos por los tribunales internacionales son muchas veces occidentales y con una mirada eurocéntrica secular debido a la formación de los magistrados.

Esto ha causado que haya Estados con creciente relevancia en el contexto internacional que no se sientan representados con el Derecho Internacional. Hay, por un lado, una tendencia dentro de los Estados Árabes a establecer constituciones islámicas,<sup>4</sup> y, por otro, una mayor apertura e interacción de estos Estados hacia la Comunidad Internacional.<sup>5</sup> Estos actores se han manifestado contra la falta de legitimación del Derecho

1. KHALIQ, "The International Court of Justice and...", pp. 98-108; ROBERTS, *Is International Law International?*; "Petroleum Development Ltd. v. The Ruler of Abu Dhabi", 1951; CIJ, "North Sea Continental Shelf", párr. 83-86; CIJ, "North Sea Continental Shelf", Op. Dis. Ammoun; CIJ, "Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)", Op. Dis. Weeramantry.

2. LOMBARDI, "Designing Islamic constitutions: Past trends and...", p. 620.

3. BUIS, "El derecho internacional público: concepto, características...", p. 13.

4. LOMBARDI, "Designing Islamic constitutions: Past trends and...", p. 620.

5. KHADDURI, "Islam and the modern law of nations", p. 358.

Internacional, lo que podría dificultar la resolución de conflictos internacionales conforme a derecho. Es por eso que es importante la conjunción del artículo 38.1.c) con el artículo 9 del Estatuto que establece que debe haber una representatividad de las naciones.<sup>6</sup>

La hipótesis de este trabajo es que la Corte Internacional de Justicia no utiliza el derecho islámico al aplicar los Principios Generales del Derecho, lo cual tiene una correlación con la nacionalidad y formación de los jueces y produce que una fuente del derecho internacional no sea tan representativa.

## II. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

### II.A. Qué son y para qué sirven

Los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas son consagrados como fuentes formales del Derecho Internacional en el artículo 38.1.c del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

“Artículo 38 I. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”<sup>7</sup>

El juez Ammoun sostiene que en caso de que no hubiera tratado o costumbre suficientes para resolver el caso o para realizar una interpretación, los principios generales del derecho vienen a llenar las lagunas.<sup>8</sup> Cançado Trindade por su parte sostiene que los principios se encuentran en un nivel superior que las normas positivas de derecho internacional ya que son los

6. KHALIQ, “The International Court of Justice and its Use of Islam: Between a Rock and a Hard Place?”, p.102.

7. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 24/10/1945.

8. CIJ, “North Sea Continental Shelf”, párr. 32.

principios los que guían la aplicación de esas normas obligatorias.<sup>9</sup> Además, agrega que constituyen los pilares del sistema legal internacional.<sup>10</sup>

La doctrina muchas veces dota a los principios generales del derecho con un valor universal.<sup>11</sup> A diferencia de las otras fuentes, los principios no son creados en el ámbito internacional sino en el nacional. Constituyen abstracciones generales que, a diferencia de las normas, no presentan un gran nivel de detalle. Es esta flexibilidad la que permite a los jueces resolver en casos de *non liquet* o en aquellos que presentan ambigüedades en la interpretación.<sup>12</sup>

Los caracteres de abstracción y generalidad tienen beneficios, pero también producen dificultades para determinar cuáles son los principios generales referidos en el artículo 38.1.c). Jalet sostiene que declararlos objetivamente contradice su carácter general, es decir, su elemento más importante, que les permite adaptarse para poder dar una respuesta a cada controversia.<sup>13</sup>

Sin el recurso de los principios generales muchas de las decisiones no podrían tomarse. Por ejemplo, en el Caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte, donde no había ni un tratado internacional ni una costumbre aplicable. Gracias a los principios generales del derecho, la Corte resolvió conforme al principio general de equidad.<sup>14</sup> Si bien este precepto es real para todo el derecho, es más relevante en el caso del Derecho Internacional por no tener una reglamentación exhaustiva en todas las materias, es decir, para prevenir el *non liquet* y para sustituir las lagunas de derecho propias del Derecho Internacional.<sup>15</sup> Puede ser utilizado, a su

9. CIJ, "Pulp Mills", párr. 39.

10. CIJ, "Pulp Mills", párr. 45.

11. JAHEL, "Les principes généraux du droit dans", p. 107.

12. JALET, "The quest for the general principles of law recognized by civilized nations a study", p. 1062.

13. JALET, "The quest for the general principles of law recognized by civilized nations a study", p. 1083.

14. CIJ, "North Sea Continental Shelf", párrs. 83-86.

15. JALET, "The quest for the general principles of law recognized by civilized nations a study", p. 1056.

vez, para zanjar cuestiones interpretativas<sup>16</sup> de conformidad con el artículo 31 de la Convención de Viena de 1969.<sup>17</sup>

Jahel sostiene que se podría estar tentado a pensar que los principios generales del derecho son los mismos en todos los sistemas jurídicos y que estos sirven de instrumento de armonización. Además, los califica como instrumentos de moralización del derecho.<sup>18</sup>

La segunda parte del artículo 38.1.c) se refiere a las naciones civilizadas. Esta caracterización ha quedado en el tiempo ya que alude a aquellos Estados independientes que, si bien no eran la mayoría en 1945, momento de la adopción del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, hoy sí lo son. Por lo tanto, se debe comprobar cuáles son aquellos principios comunes a los Estados independientes o, haciendo una lectura conjunta entre el artículo 38 y el 9, cuáles serían aquellos principios comunes a los principales sistemas jurídicos.<sup>19</sup> El juez Fouad Ammoun sostiene que si bien ciertas naciones no formaron parte del concierto de Estados en donde se creó el Derecho Internacional hasta las primeras décadas del siglo XX, hoy si participan, contrariamente a lo establecido en el artículo 38. 1. c).<sup>20</sup>

Previo a la ola de independencias, el sistema jurídico predominante era el occidental, y se disputaba entre el *common law* y el derecho codificado francés. Hoy en día, no se puede dejar fuera al derecho chino, japonés, indio e islámico, sistemas propios de Estados que con el correr de los años no solo han devenido independientes, sino que también han adquirido un rol dentro de la comunidad internacional cada vez más relevante.

## II.B. Metodología para la determinación de los principios generales del derecho

Es esencial saber cómo se determinan los principios generales del derecho ya que, al no haber un soporte material que determine cuáles son, como los tratados o la costumbre, el método de selección influye en su identificación.

16. JALET, "The quest for the general principles of law recognized by civilized nations a study", p. 1063.

17. International Law Association, "Conference Report the Hague 2010", pp. 25-26.

18. JAHIEL, "Les principes généraux du droit dans", p. 106.

19. KHALIQ, "The International Court of Justice and...", p. 102.

20. CIJ, "North Sea Continental Shelf", párr. 34.

Para determinar aquellos principios que atraviesan y son comunes a todos los sistemas jurídicos, la metodología ideal es la del derecho comparado, que examina el derecho nacional de varios Estados para buscar principios del derecho comunes a todos los sistemas legales. Efectivamente, la aceptación universal no existe y es por eso que los comparativistas se conforman con un consenso de un gran número de Estados. Sin embargo, determinar cuándo hay un gran consenso o cuándo no lo hay, es una línea fina que no ha sido delimitada.<sup>21</sup>

A pesar de que no existen los principios generales de derecho con carácter universal, sí hay algunos que se encuentran en los principales sistemas jurídicos del mundo. Estos principios no son numerosos y deben ser aplicados con cautela. Podría suceder que un principio perteneciente tanto al sistema civil como al *common law* esté sujeto a distintas interpretaciones. Gutteridge ejemplifica que hasta el principio de *pacta sunt servanda* no puede ser calificado de universal porque muchos Estados interpretan de diferentes modos la doctrina *rebus sic stantibus* que tiene un efecto contrario con respecto al pacto anterior. Por lo tanto, por más que se realice un exhaustivo trabajo de derecho comparado, no se van a encontrar principios que sean universales o que sean interpretados de la misma manera en todos los rincones del mundo.<sup>22</sup>

Si bien los comparativistas pueden realizar trabajos académicos de suma importancia para la determinación de los principios, son los jueces quienes verifican en sus sentencias qué es derecho y qué no. Esta potestad, sostiene Jalet, les otorga facultades legislativas permitiéndoles crear Derecho Internacional.<sup>23</sup> Por su parte, la metodología que utilizan en la práctica no es siempre la de un estudio exhaustivo de los principales sistemas jurídicos, sino que muchas veces aplican el derecho que conocen.

Gutteridge argumenta que hay riesgos de que el juez aplique su propio derecho nacional sin hacer referencia a otros sistemas jurídicos, tal como sucedió en el arbitraje de Abu Dhabi. En este caso, el árbitro Lord Asquith aplicó el derecho inglés y hasta citó sentencias nacionales. La decisión final era razonable y estaba bien fundamentada pero no tuvo en cuenta los diferentes

21. JALET, "The quest for the general principles of law recognized by civilized nations a study", p. 1081.

22. GUTTERIDGE, "The Meaning and Scope of Article...", p. 127.

23. JALET, "The quest for the general principles of law recognized by civilized nations a study", p. 1061.

sistemas jurídicos. Gutteridge agrega sobre la dificultad de la decisión del derecho aplicable en caso de que haya una contradicción entre el derecho civil y el *common law*, que esa decisión se complejiza aún más si la contradicción es entre sistemas jurídicos occidentales y el derecho islámico.<sup>24</sup>

### III. LOS JURISTAS APLICAN EL DERECHO QUE CONOCEN

Anthea Roberts sostiene que los abogados internacionalistas se encuentran en la intersección de dos comunidades: la internacional y la nacional.<sup>25</sup> Hay quienes sostienen que el Derecho Internacional constituye una escuela universal indivisible. Roberts, por el contrario, afirma que en realidad es una escuela divisible cuyos miembros provienen de distintas regiones y, por lo general, forman comunidades separadas que a veces se superponen y algunos de estos enfoques han venido a dominar los conocimientos de lo internacional de una manera que aparenta ser neutral y universal.<sup>26</sup>

Khaliq argumenta que la Corte por lo general no hace referencia a ninguna religión (incluido el islam) debido a la historia del Derecho Internacional. Se sostiene por lo general que para que el Derecho Internacional sea válido universalmente, debe ser secular. Esta mirada secular del derecho se asimila a la visión occidental liberal que considera que la religión es nociva para el desarrollo progresivo del derecho.<sup>27</sup>

Si uno viaja por el mundo para estudiar, trabajar o asistir a conferencias, es difícil no observar que el Derecho Internacional es distinto en distintos lugares. Al mismo tiempo, los abogados internacionalistas muchas veces se resisten a hacer énfasis en enfoques nacionalistas o regionalistas porque estarían amenazando las aspiraciones universalistas del campo.<sup>28</sup>

Los juristas internacionales que conforman los tribunales internacionales o que litigan ante ellos, tienden a ser nacionales de Estados occidentales y muchos de ellos son en particular de Gran Bretaña, Estados Unidos y Francia.<sup>29</sup> El lenguaje constituye un filtro ya que la mayoría de

24. GUTTERIDGE, "The Meaning and Scope of Article...", p. 127.

25. ROBERTS, *Is International Law International?*, p. 6.

26. ROBERTS, *Is International Law International?*, p. 2.

27. KHALIQ, "The International Court of Justice and...", p. 106.

28. ROBERTS, *Is International Law International?*, p. 20.

29. ROBERTS, *Is International Law International?*, p. 9.

los tribunales trabajan en inglés y en francés.<sup>30</sup> La teoría de los académicos de la escuela del TWAIL (*Third World Approaches to International Law*) busca salir de esta visión eurocéntrica del Derecho Internacional y de abrirla para que se conozcan otras tradiciones legales.<sup>31</sup>

El movimiento que intentan generar estas escuelas para internacionalizar el Derecho Internacional con relación a los principios generales denuncia el pensamiento mayoritario eurocéntrico y propone una interacción entre las distintas tradiciones jurídicas. La denuncia es esencial para dar cuenta de que en realidad no hay un solo Derecho Internacional universal, sino que hay una superposición desde distintas perspectivas y tradiciones legales. Cuando solo se le da voz a una de ellas –la eurocéntrica– el Derecho Internacional pierde legitimación frente a los Estados que no se sienten representados. Esta tensión es gráfica en la aplicación de los principios generales del derecho por parte de los jueces, ya que al momento de aplicarlos claramente será sesgado y no va a haber una multiculturalidad en la elección de aquellos principios que se encuentran en la mayoría de los sistemas jurídicos.

#### IV. LA IMPORTANCIA DE LA DIVERSIDAD Y REPRESENTACIÓN DE LOS DISTINTOS SISTEMAS JURÍDICOS Y SU VINCULACIÓN CON EL DERECHO ISLÁMICO

Por lo recientemente expuesto, el artículo 38.1.c del Estatuto de la CIJ no puede ser leído sin tener en consideración el artículo 9 que requiere que el cuerpo de juristas que conforman la Corte tenga una representación de las principales civilizaciones y los sistemas legales diferentes.

Artículo 9: En toda elección, los electores tendrán en cuenta no sólo que las personas que hayan de elegirse reúnan individualmente las condiciones requeridas, sino también que en el conjunto estén representadas las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo.<sup>32</sup>

30. ROBERTS, *Is International Law International?*, p. 9.

31. BIANCHI, *International Law Theories*, p. 224.

32. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 24/10/1945.

Los redactores creían que la diversidad de la Corte era necesaria para asegurar la representación de los distintos sistemas jurídicos legales.<sup>33</sup> Eso es importante porque como cada juez aplica el sistema legal que conoce y el Derecho Internacional es en realidad segmentado y transnacional, se le da una voz en un coro multicultural a cada tradición con esta disposición enriqueciéndose.

El islam constituye precisamente una de las principales formas de civilización y, a su vez, el derecho islámico es una de los principales sistemas jurídicos en el mundo. No sería adecuado argumentar que el Derecho Internacional Público sea de naturaleza secular, es más apropiado caracterizarlo como neutral. Esta neutralidad ayudó a que el derecho sea universal y a que las distintas religiones, incluyendo al islam y al cristianismo, coexistan.<sup>34</sup>

La mayoría de los Estados musulmanes que hoy son independientes, fueron colonias y no pudieron ejercer un rol en la creación del Derecho Internacional. Esto ha cambiado a partir de la segunda mitad del siglo XX y dichos Estados han adoptado una participación más activa para moldear el Derecho Internacional.<sup>35</sup> La voluntad de participar por parte de los Estados Islámicos en las Organizaciones Internacionales y la cooperación con potencias occidentales para la resolución de los conflictos de manera pacífica es un fenómeno significativo dado que sus leyes tradicionales son radicalmente diferentes a aquellas de los Estados occidentales y a los principios implícitos de las Naciones Unidas.<sup>36</sup>

Es aquí donde los Estados Islámicos juegan un rol cada vez mayor a nivel global, tanto económico como político. También, luego de la primavera árabe hacia el interior de estos países, se enraíza su cultura con la religión como centro que penetra todos los ámbitos de la sociedad, incluyendo su sistema jurídico. Westbrook afirma que el islam observa al Derecho Internacional Público como una entidad extranjera y, como consecuencia, se ha puesto como objetivo la articulación de un Derecho Internacional islámico propio.<sup>37</sup> Esta reacción es un reflejo de la transnacionalidad del Derecho Internacional y de la histórica influencia cultural occidental desde su concepción *westphaliana*.

33. LOMBARDI, "Islamic Law in the Jurisprudence of," p. 89.

34. MUNIR, "Islamic International Law (Siyar): An Introduction", p. 24.

35. MUNIR, "Islamic International Law (Siyar): An Introduction", p. 25.

36. KHADDURI, "Islam and the modern law of nations", p. 358.

37. WESTBROOK, "Islamic international law and public international...", p. 859.

La inclusión de los jueces de distintas regiones no es, por sí misma, una garantía de que los principales sistemas jurídicos –tal como el islámico– se encuentren representados. Pero es una buena medida para dar una voz a las distintas culturas y legitimar universalmente las decisiones de la Corte que, si bien son interpartes, sus sentencias tienen un efecto más extenso.<sup>38</sup>

Sin embargo, tal como sostiene Anthea Roberts, el origen de los jueces no asegura que sean especialistas de ese sistema legal. Muchos fueron formados en universidades occidentales, con libros con visión occidental y, por lo tanto, la fundamentación en sus sentencias no siempre otorga una perspectiva de otra cultura.<sup>39</sup>

Además, los Estados musulmanes no han siempre sido sujetos al Estado de derecho y los gobiernos en algunos casos han sido dominados por elites que no compartían la cultura de la mayoría de sus ciudadanos. De hecho, muchas veces fueron amenazados por las elites. No sorprendería si un Estado musulmán nomina jueces sin compromiso alguno con el derecho islámico.<sup>40</sup>

#### **IV.A. Los principios generales del derecho islámico**

El derecho islámico, a diferencia de los sistemas occidentales, tiene una fuente divina: el Corán. El islam regula tanto la vida como los pensamientos del creyente y, como expresión de la voluntad divina, la ley islámica es considerada perfecta, eterna y justa, con aplicación universal.<sup>41</sup>

El Corán contiene más de 6.000 versículos de los cuales entre 80 y 800 tienen carácter legal. La *Sunna* es una fuente complementaria al Corán que busca descifrar la voluntad divina.<sup>42</sup> La *Sharia* constituye un código de conducta en el que se incluyen, además de las normas relativas al culto, aquello que se encuentra permitido y aquello que está prohibido en las relaciones del musulmán con otras personas, incluyendo aspectos sociales,

38. LOMBARDI, "Islamic Law in the Jurisprudence of...", p. 90.

39. ROBERTS, *Is International Law International*, pp. 275-276.

40. LOMBARDI, "Islamic Law in the Jurisprudence of...", p. 89.

41. KHADDURI, "Islam and the modern law of nations", pp. 358-359.

42. BADAR, "Islamic law (shari'a) and the jurisdiction of the international criminal court", p. 416.

económicos, políticos, etc.<sup>43</sup> El *Itjihad* es el razonamiento para determinar una materia legal, lo cual da por resultado el *fiqh*, es decir, el conocimiento y la aplicación de las prescripciones de la *Sharia* en situaciones reales o hipotéticas.<sup>44</sup>

Los juristas musulmanes descubrieron en el siglo X cómo extraer los principios de manera inductiva de las normas ya establecidas en el derecho clásico. Y, a diferencia de los sistemas occidentales, el sistema islámico los ha categorizado y sistematizado.<sup>45</sup> Estas normas generales serían útiles para adaptar las disposiciones inmutables de la *Sharia* y el Corán a los conflictos actuales.<sup>46</sup> Una de las grandes funciones de los principios islámicos es la de describir los objetivos de este sistema legal<sup>47</sup> además de moralizarlo, en un sistema donde el derecho, la ética y la religión se encuentran íntimamente relacionados.<sup>48</sup>

Hay cinco máximas principales: los asuntos se determinan de acuerdo con las intenciones; la certeza no está anulada por la duda; la dificultad genera facilidad; el daño debe ser eliminado; y la costumbre es una base para el juicio.<sup>49</sup> Estas máximas a su vez tienen otras submáximas que las complementan.<sup>50</sup> Esto muestra lo rico que es el derecho islámico además de ser complejo su estudio. Pero, si encontramos principios que coinciden en todos los sistemas jurídicos, el derecho islámico sirve para poder complementarlos y establecer cuál es el sentido.

Una de las principales diferencias con los principios occidentales son aquellos relacionados con los derechos humanos y libertades fundamentales, en particular, el principio de laicismo, de no discriminación y de igualdad de la mujer.<sup>51</sup> Otro principio que separa al derecho islámico del derecho occidental es aquel que postula que toda cláusula contractual contraria a las prescripciones de la *Sharia* son nulas, por lo que un exequátur

43. PALLARES BOSA, "El Derecho Internacional desde la Perspectiva del Islam (I)", p. 103.

44. BADAR, "Islamic law (shari'a) and the jurisdiction of the international criminal court", p. 416.

45. MOHAMMED, "The Islamic Legal Maxims".

46. JAHEL, "Les principes généraux du droit dans...", p. 106.

47. BADAR, "Islamic law (shari'a) and the jurisdiction of the international criminal court", p. 420.

48. JAHEL, "Les principes généraux du droit dans...", p. 122.

49. BUERHAN & ABDULLAH, "The Legal Maxims of Islamic...", p. 140.

50. BUERHAN & ABDULLAH, "The Legal Maxims of Islamic Law...", pp. 142-144.

51. JAHEL, "Les principes généraux du droit dans...", p. 107.

sería rechazado a una sentencia judicial o arbitral que consagrara una cláusula tal.<sup>52</sup>

Pero por otro lado los principios islámicos podrían tanto complementar el Derecho Internacional como a su vez ser coincidentes, por lo que su solo estudio daría mayor legitimidad a las sentencias que apliquen los principios del artículo 38.1.c) del Estatuto de la CIJ. Se procederá a describir algunos ejemplos.

Badar sostiene que muchos principios generales del derecho islámico coinciden con los occidentales y hasta podrían ser complementarios, especialmente en materia penal.<sup>53</sup> Por un lado, el principio de legalidad y de irretroactividad, de *mens rea*, en el derecho islámico no solamente coincide con el derecho occidental si no que hasta lo amplía y lo menciona en varias partes del Corán.<sup>54</sup>

Westbrook sostiene que el islam podría hacer aportes al Derecho Internacional Público. Por ejemplo, el Islam considera al individuo como sujeto de Derecho Internacional, ya que al ser Dios el soberano, la posición jurídica de los individuos no es menos importante que la de los Estados.<sup>55</sup> Esta ampliación de sujetos en el campo del Derecho Internacional Público se ha postulado, por ejemplo, en materia de derechos humanos,<sup>56</sup> debido al creciente impacto que puede tener un particular en este mundo globalizado y el derecho islámico podría ayudar a consolidar esta posición,<sup>57</sup> de conformidad con el juez Weeramantry que sostiene que cuando la CIJ realiza un desarrollo progresivo del derecho debe ser justificado por los derechos municipales.<sup>58</sup>

La Asociación de Derecho Internacional sostiene que el islam podría aportar en lo relacionado al desarrollo progresivo del derecho ambiental, por el principio religioso de que los hombres son parte de la tierra que Allah les dio y ellos deben cuidarla. Con respecto a la equidad intergeneracional,

52. JAHTEL, "Les principes généraux du droit dans...", p. 113.

53. BADAR, "Islamic law (shari'a) and the jurisdiction of the international criminal court", p. 432.

54. BADAR, "Islamic law (shari'a) and the jurisdiction of the international criminal court", pp. 423-424.

55. WESTBROOK, "Islamic international law and public international...", p. 861.

56. RUGGIE, "Informe del Representante Especial del Secretario...".

57. WESTBROOK, "Islamic international law and public international...", p. 862.

58. CIJ, "Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)", p. 108.

el islam con su perspectiva moral y religiosa promueve el consumo de lo necesario, pero prohíbe todo lo que dañe a los seres vivos, el bienestar social o las relaciones humanas, tal como la destrucción innecesaria del medio ambiente.<sup>59</sup>

Un principio regente del derecho islámico es el de equidad, que se encuentra en la mayoría de los sistemas jurídicos. Según el juez Ammoun, la tradición de este principio en el sistema islámico podría servir para complementar la equidad en caso de *non liquet*, además de legitimar las sentencias de la CIJ.<sup>60</sup>

La complejidad del sistema legal musulmán puede inhibir su estudio. Esta complejidad se debe a su gran tradición, que ha producido grandes aportes en el desarrollo de los principios generales del derecho, los cuales podrían ser aprovechados por los jueces de la Corte Internacional al fundamentar sus sentencias.<sup>61</sup>

#### **IV.B. Las decisiones de la Corte Internacional de Justicia que incluyen los principios generales del derecho islámico**

La Corte en sus sentencias ha invocado al derecho islámico en contadas ocasiones: dice Lombardi que solo en poco más del 10 % de los casos algún juez encontró al derecho islámico relevante de alguna manera para resolver la controversia.<sup>62</sup> La mayoría de las veces estas menciones fueron hechas por jueces que provenían de Estados con tradición jurídica islámica o de jueces que tenían antecedentes en investigación sobre el derecho musulmán.

Si bien la nacionalidad puede asegurar la representatividad, tal como lo sostiene Roberts no es una garantía de que vayan a aportar una mirada multicultural porque muchos son formados en escuelas occidentales, con los mismos libros de textos y demás. El jurista egipcio Ibrahim Shahata sostuvo en 1965 que los jueces postulados por los Estados no occidentales eran más conservadores en sus sentencias que aquellos propuestos por los Estados occidentales.<sup>63</sup>

59. ILA, "Conference Report the Hague 2010", p. 22.

60. CIJ, "North Sea Continental Shelf", párr. 38.

61. BADAR, "Islamic law (shari'a) and the jurisdiction of the international criminal court.", p. 432.

62. LOMBARDI, "Islamic Law in the Jurisprudence of...", p. 94.

63. LOMBARDI, "Islamic Law in the Jurisprudence of...", p. 96.

La primera referencia la hace el juez Ammoun en su opinión disidente del Caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte de 1969. Si bien él estaba de acuerdo con el resultado de la sentencia de la Corte, sugirió que debería haber hecho alguna referencia al derecho islámico con respecto al principio de equidad ya que hubiera reforzado la opinión y le hubiera dado más legitimidad.<sup>64</sup> Él caracteriza al principio de equidad como igualdad, que se encuentra en el Corán mismo y en la *Sharia*, permitiendo a los jueces resolver de acuerdo con este principio. Es interesante cómo el juez describe el principio de equidad en el sistema islámico de manera mucho más extensa que en otros sistemas jurídicos, refleja que los jueces aplican el derecho que conocen.<sup>65</sup>

En cuanto a la Opinión Consultiva del Caso relativo al Sahara Occidental, el análisis de la Corte acepta que los modelos del Estado incluyan figuras basadas en la religión, pero no se expande más sobre el tema.<sup>66</sup> En su opinión disidente, el juez Ammoun se extendió más sobre la relevancia de los lazos religiosos, particularmente los islámicos, como una base para la determinación legal de las comunidades. Pero su discusión está más basada en ejemplos históricos que en el Derecho Internacional contemporáneo.<sup>67</sup>

En el Caso relativo al Personal Diplomático y Consular de los Estados Unidos en Teherán de 1980, la misma Corte hizo mención al derecho islámico. La Corte sostuvo que el principio de inviolabilidad de los diplomáticos y de las misiones diplomáticas tiene legitimidad en la mayoría de los sistemas jurídicos y, en particular, en el sistema islámico, que ha aportado en gran medida a su evolución.<sup>68</sup> El juez Tarazi en su opinión disidente agregó que la sentencia de la Corte no debería ser rechazada por Irán ya que sus acciones eran contrarias a la *Sharia*, que obliga a los Estados a respetar los derechos de los diplomáticos.<sup>69</sup>

Khaliq analiza que la alusión, por parte de la Corte, al derecho islámico es estratégica para que la sentencia tuviera una mayor legitimidad ya

64. LOMBARDI, "Islamic Law in the Jurisprudence of...", p. 94.

65. CIJ, "Western Sahara Advisory Opinion", pp. 98-101.

66. KHALIQ, "The International Court of Justice and...", p. 104.

67. CIJ, "North Sea Continental Shelf", párr. 38.

68. CIJ, "United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran", párr. 86.

69. LOMBARDI, "Islamic Law in the Jurisprudence of...", p. 102.

que legalmente no tenía la necesidad de acudir al derecho islámico.<sup>70</sup> La revolución islámica de Irán era reciente y, sin embargo, el Estado incumplía claramente con las obligaciones dispuestas tanto por el propio derecho islámico como por el derecho islámico internacional, además del Derecho Internacional Público, las cuales eran todas coincidentes.<sup>71</sup>

En el Caso de la Plataforma Continental del Mar Egeo, el juez Tarazi argumentó que el artículo (1)(a) de la Convención de Viena de 1969, que considera tratado a un acuerdo internacional sin importar su designación, ya había sido establecido como un principio del derecho islámico, que sostiene que uno debe considerar la intención de las partes y no el significado literal de las palabras en los contratos.<sup>72</sup>

Luego de que el juez Tarazi dejara la Corte en 1980, la CIJ estuvo durante más de diez años sin citar principios del derecho islámico. El juez Weeramantry –quien integró la CIJ desde 1991 al 2000– había escrito un libro sobre la jurisprudencia islámica en 1991 y por lo tanto tenía no solo una formación en derecho islámico sino un interés. En este libro había intentado aumentar la conciencia sobre la sofisticación de la tradición legal islámica y sobre las formas en que esta podría enriquecer al Derecho Internacional.<sup>73</sup>

En el Caso de Delimitación Marítima entre Groenlandia y Jan Mayen, el juez Weeramantry criticó a la Corte por haber desarrollado el principio de equidad sin incluir a sistemas jurídicos no europeos.<sup>74</sup> Agregó –en línea con el juez Ammoun– que al menos se debería acudir al derecho islámico en los casos de equidad ya que aumentaría la legitimidad y por lo tanto la autoridad del Derecho Internacional. Además, Weeramantry afirmó que el derecho islámico proveía apoyo a los principios morales universales e independientes que deberían ayudar a moldear todas las cuestiones del Derecho Internacional.<sup>75</sup>

El juez Weeramantry alegó en el Caso del Proyecto Gabčikovo-Nagymaros que cuando se están tratando áreas del Derecho Internacional en desarrollo, la Corte debe tener en cuenta los principios generales del

70. KHALIQ, "The International Court of Justice and...", p. 103.

71. KHALIQ, "The International Court of Justice and...", p. 105.

72. ILA, "Conference Report the Hague 2010", p. 24.

73. LOMBARDI, "Islamic Law in the Jurisprudence of...", p. 104.

74. CIJ, "Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen", párr. 238.

75. CIJ, "Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen", párr. 243.

derecho del artículo 38.1.c). En ese sentido, sostiene que el derecho islámico tiene un deber de administración y custodia de la tierra para las generaciones futuras como principio divino que se relaciona con el derecho ambiental moderno y en desarrollo.<sup>76</sup>

Lo recientemente expuesto muestra la clara relación entre formación, proveniencia de los jueces y la elección de los principios generales del derecho a aplicar. Por un lado, los jueces con formación en derecho islámico fueron quienes se extendieron en este mismo sistema jurídico al resolver, por lo general en opiniones disidentes y criticando a la Corte por la falta de representación en la aplicación de los principios generales. Además, cuando la Corte aplicó el derecho islámico lo hizo de manera tangencial sin mucha profundidad y hasta por razones políticas y no legales.

## V. CONCLUSIÓN

La visión única del Derecho Internacional no existe y por lo general su contenido se condice con los valores occidentales. Los sistemas de derecho locales, regionales y el contexto de formación de los juristas aporta diferencias valiosas y complementarias para la resolución de controversias.

Los principios generales del derecho que aplican los jueces son los propios o los más familiares a ellos y para morigerar esta situación –tal como sostiene Anthea Roberts– el derecho comparado tiene una labor importante para determinarlos, ya que se esclarecen las similitudes y los aportes que cada sistema jurídico puede hacer.

El derecho islámico, gracias a su complejidad y tradición, posee un gran desarrollo de cada principio y por lo tanto tiene mucho que aportar al Derecho Internacional. Su inclusión permitiría la apertura del Derecho Internacional y su legitimación hacia los países cuyo sistema legal no es occidental, particularmente el islámico.

Pude corroborar mi hipótesis parcialmente puesto que las sentencias de la Corte demuestran que los jueces que tenían una formación en derecho islámico fueron quienes aplicaron principios generales del derecho propios de este sistema. Por lo tanto, es importante hacer una lectura en conjunto entre el artículo 38.1.c) y el 9 del Estatuto de la Corte Internacional de

76. CIJ, "Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)", p. 108.

Justicia. Esto dota al cuerpo de la Corte de una mayor representatividad y por consiguiente a las sentencias de la Corte de una mayor legitimidad. Asimismo, esto se torna relevante en un mundo cada vez más multipolar, donde los países musulmanes tienen una mayor relevancia en el campo internacional.

Si no se hace un trabajo de apertura del Derecho Internacional, los Estados con sistemas legales islámicos seguirán manifestando su falta de legitimación. Teniendo en cuenta la creciente interacción cultural propia de la globalización es cada vez más relevante poder resolverse conforme a derecho los conflictos sobrevinientes. La polarización entre el occidente secular y los valores islámicos viene incrementándose. Por un lado, occidente reduce al islam al fanatismo y los musulmanes, por el otro, califican los valores occidentales como imperialistas.

Es fundamental lograr puntos de encuentro y consenso para que el Derecho Internacional logre su fin último que es el de la solución pacífica de las controversias y la seguridad internacional.

## BIBLIOGRAFÍA

- BADAR, Mohamed E., "Islamic law (shari'a) and the jurisdiction of the international criminal court", en *Leiden Journal of International Law*, 2011, Vol. 24 (2), pp. 411-434.
- BIANCHI, Andrea, *International Law Theories*, Oxford University Press, 2016, Oxford.
- BUERHAN, Saiti & ABDULLAH, Adam, "The Legal Maxims of Islamic Law (Excluding Five Leading Legal Maxims) and Their Application in Islamic Finance", en *JKAU: Islamic Economy*, 2016, Vol. 29, pp. 139-151.
- BUIS, Emiliano, "El derecho internacional público: concepto, características y evolución histórica", en GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina (coord.), *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Errepar, 2015, Buenos Aires, pp. 1-21.
- Corte Internacional de Justicia, "North Sea Continental Shelf", 20/02/1969.
- , "Pulp Mills", 20-04-2010.
- , "Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)", 25/09/1997.
- , "Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen", 14/06/1993.
- , "North Sea Continental Shelf", 20/02/1969.

- , "United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran", 24/05/1980.
- DUPRET, Badouin, *La charia aujourd'hui: Usages de la référence au droit islamique*, La Découverte, 2012, París.
- Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 24/10/1945, San Francisco.
- GUTTERIDGE, Harold C., "The Meaning and Scope of Article 38 (1) (c) of the Statute of the International Court of Justice", en *Transactions of the Grotius Society*, 1952, Vol. 38, pp. 125-134.
- International Law Association, "Conference Report The Hague 2010" en *Islamic Law & International Law Committee*, 2010. URL <https://www.ila-hq.org/index.php/committees>
- JAHEL, Selim, "Les principes généraux du droit dans les systèmes arabo-musulmans au regard de la technique juridique contemporaine", en *Revue internationale de droit comparé*, 2003, Vol. 55, n.º 1, pp. 105-122.
- JALET, Frances T., "The quest for the general principles of law recognized by civilized nations a study", en *UCLA Law Review*, 1963, Vol. 10 (5), pp. 1041-1086.
- KHADDURI, Majid, "Islam and the modern law of nations", en *American Journal of International Law*, 1956, Vol. 50 (2), pp. 358-372.
- KHALIQ, Urfan, "The International Court of Justice and its Use of Islam: Between a Rock and a Hard Place?", en *Oxford Journal of Law and Religion*, 2013, Vol 2, n.º 1, pp. 98-108.
- LOMBARDI, Clark B., "Islamic Law in the Jurisprudence of the International Court of Justice: An Analysis" en *Chicago Journal of International Law*, 2007, Vol. 8, n.º 1, pp. 85-118.
- , "Designing Islamic constitutions: Past trends and options for a democratic future", en *International Journal of Constitutional Law*, 2013, Vol. 11, p. 620.
- MOHAMMED, Khaleel, "The Islamic Law Maxims", en *Islamic Research Institute*, 2005, Vol. 44, n.º 2, pp. 191-207, URL <http://www.jstor.org/stable/20838961> Consultado 27/01/2021.
- MUNIR, Muhammad, "Islamic International Law (Siyar): An Introduction", en *Hamdard Islamicus*, 2012, Vol. XXXX, n.º 4, pp. 37-60.
- PALLARES BOSA, Jorge, "El Derecho Internacional desde la Perspectiva del Islam (I)", en *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 2011, pp. 94-104.
- ROBERTS, Anthea, *Is International Law International?*, Oxford University Press, 2017, Oxford.

- RUGGIE, John, "Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas", *Consejo de Derechos Humanos*, 2011, 17º período de sesiones.
- WESTBROOK, David A., "Islamic international law and public international law: Separate expressions of world order", en *Virginia Journal of International Law*, 1993, Vol. 33, n.º 4, pp. 819-898.