Conclusiones

Siguiendo la estructura habitual de la TCD, nuestro análisis sobre la *validez* ha comenzado con una aproximación lingüística al término, desde la cual la *validez* se presenta como un concepto cargado de connotaciones morales cuyo contenido y alcance han generado discrepancias irreconciliables entre las distintas corrientes doctrinales. A pesar de la extensa literatura jurídica sobre el tema, la discusión en torno a la *validez* sigue siendo de gran actualidad y relevancia.

El hecho de que la *validez* tenga una marcada carga moral no implica que deba ser excluida como un término jurídicamente válido. En realidad, el uso de términos con carga moral es frecuente en el derecho, ya sea esta carga positiva o negativa, dado que las constantes interacciones entre lo jurídico y lo moral se reflejan, inevitablemente, en sus expresiones lingüísticas. Así, no resulta sorprendente que el término *validez*, estrechamente vinculado con la moralidad del derecho y del ordenamiento jurídico, posea una connotación positiva sin que esto vaya en detrimento de su carácter jurídico.

Las dificultades más relevantes surgen cuando el término *validez* se aplica a los actos jurídicos, pues en este caso nos enfrentamos a un dilema: optar por un uso jurídicamente inconsistente del término o por uno técnicamente correcto, pero de difícil comprensión. Esta ambigüedad no solo genera confusión entre los ciudadanos, sino también entre los propios operadores jurídicos. Por esta razón, proponemos evitar el uso del término *validez* al referirnos a los actos jurídicos y, en su lugar, sugerimos emplear el término *juridicidad* para describir aquellos actos con relevancia jurídica y la expresión *acto lícito* para aquellos actos permitidos o, al menos, no prohibidos por el ordenamiento jurídico. Aunque esta propuesta podría parecer poco práctica debido al uso extendido del término *válido* tanto en el lenguaje jurídico común como en textos normativos, incluidos los del

https://dx.doi.org/10.5209/ejur.002.16
La teoría comunicacional de la validez y su aplicación a las interacciones entre la sharía *y el derecho español.* Natalia Jiménez Arroyo. © Ediciones Complutense, 2026.

Código Civil, no deberíamos conformarnos con una terminología teóricamente inconsistente, lo que nos lleva a considerar que lo adecuado sería evitar el uso del término validez en referencia a los actos.

En este trabajo, esta inconsistencia terminológica no ha representado un obstáculo, ya que nuestro análisis ha dejado los actos y se ha centrado en las normas, los ordenamientos, los sistemas doctrinales, los sistemas propiamente dichos y los ámbitos jurídicos a los que pertenecen. Al abordar la *validez* en relación a estos elementos hemos seguido la propuesta comunicacional de la *validez* desde dos aproximaciones complementarias: la formal y la material.

La aproximación formal analiza los aspectos estructurales y procedimentales que garantizan que una norma sea válida dentro de un sistema jurídico específico. Por otro lado, la material aborda los contenidos y los valores que sustentan la norma y que le otorgan legitimidad dentro del sistema jurídico. Es la integración de ambas lo que permite ofrecer una visión coherente y completa de la validez jurídica. De esta manera, nuestro análisis, además de respetar los principios teóricos de la TCD, contribuye a aclarar y delimitar el uso adecuado de un término central en el discurso jurídico.

Desde la teoría formal, la validez de las normas radica en su juridicidad, que es entendida como su pertenencia a un ámbito jurídico. Esto supone una visión holística del derecho en la que la validez trasciende las normas individuales y pivota alrededor del ámbito jurídico en su conjunto, integrando tanto el sistema como el ordenamiento que lo fundamenta. La visión comunicacional, por tanto, supera el normativismo porque obliga a llevar la mirada hacia el ordenamiento como conjunto para desentrañar el concepto de validez jurídica, pero a su vez, supera las visiones ordinamentalistas porque en lugar de quedarse en los ordenamientos, lleva la noción de validez hacia los sistemas y, en última instancia, hacia los ámbitos jurídicos.

La propuesta de Robles para una validez formal se fundamenta en la visión ambital del derecho, rasgo central de la TCD que implica una concepción integral del derecho, entendiéndolo como un sistema completo en el que los elementos que lo conforman solamente adquieren sentido en relación con el conjunto. Desde esta perspectiva, la *validez* no reside en normas aisladas, sino en el ámbito en el que estas se integran (siempre en conexión con el ordenamiento y con el sistema jurídico que les dan sustento). Esto hace que la TCD pueda calificarse como una teoría de los ámbitos jurídicos, pero al ser hermenéutico-analítica, a su *ambitalismo* le suma el análisis detallado de sus elementos individuales, lo que permite una comprensión más completa y matizada de la validez formal. Esta integración garantiza que la teoría no solo

capte la complejidad inherente al fenómeno jurídico, sino que también respete la interdependencia de sus elementos constitutivos.

La segunda premisa que sustenta la teoría formal de la validez es la tesis nominalista, que consiste en sostener que el derecho es un *nomen* cuya manifestación concreta se da en los diferentes ordenamientos jurídicos. Este planteamiento conduce inevitablemente al pluralismo jurídico, lo que aleja la propuesta de Robles tanto del monismo iusnaturalista como del monismo kelseniano.

El pluralismo jurídico comunicacional guarda similitudes con la propuesta de Santi Romano, pero también busca superar algunos problemas inherentes a esta última. Según Robles, Romano tiende a identificar un número excesivo de ordenamientos jurídicos y no establece una separación clara entre lo jurídico y lo social. Para evitar estas dificultades, la TCD introduce dos herramientas racionalizadoras: el lenguaje de los juristas y el principio de perspectiva propia y de relatividad.

Estas herramientas racionalizadoras permiten delimitar cuándo estamos realmente ante un ordenamiento jurídico pues, aunque la propuesta comunicacional exige que se cumplan unos requisitos mínimos para que estemos ante un ordenamiento jurídico, no se conforma con ello, sino que a los mismos deben sumarse las herramientas racionalizadoras. Así, los elementos de base necesarios para que pueda valorarse la existencia de un ordenamiento jurídico son la decisión, la norma y la institución. Estos tres elementos suponen, a su vez la existencia indispensable de un cuarto elemento, la autoridad, que debe de gozar de determinadas características, pues no puede ser meramente simbólica ni consistir en una mera formalidad, sino que debe tener un contenido organizacional efectivo, con una distribución clara de poderes y competencias.

Una vez se cumplen estos requisitos fundamentales, las herramientas racionalizadoras de la TCD, el lenguaje de los juristas y el principio del perspectivismo propio, entran en juego para garantizar que las conclusiones teóricas sean útiles y aplicables a la resolución de problemas jurídicos reales.

Estas herramientas aseguran que el concepto de ordenamiento jurídico en la TCD conserve un vínculo sólido con la realidad jurídica, lo cual es esencial para que la teoría pueda servir como instrumento operativo en la práctica jurídica. Sin este arraigo en la realidad, cualquier desarrollo teórico corre el riesgo de perder relevancia y utilidad práctica.

Analizar la validez en clave comunicacional conlleva analizar la distinción y relación entre los conceptos de ordenamiento jurídico, sistema

doctrinal, sistema jurídico propiamente dicho y ámbito jurídico. La interacción constante que se da entre ellos es clave para entender el derecho desde una óptica comunicacional, dado que permite comprender su carácter constructivista y dinámico.

Según Robles, el ordenamiento jurídico se compone de textos concretos, producto de decisiones específicas como leyes, reglamentos o tratados internacionales. Sin embargo, esta realidad comunicacional primaria carece de coherencia y de organización por sí sola, ya que no contiene normas en sentido estricto, sino textos con vocación potencialmente normativa. Las normas solo se construyen efectivamente en el sistema jurídico, que opera como un proceso de organización y de dotación de sentido. El sistema, a su vez, tiene una doble vertiente: los sistemas doctrinales (DOCs) y el sistema jurídico propiamente dicho (SIS). Los DOCs representan las interpretaciones y propuestas de la dogmática jurídica, mientras que el SIS se constituye a partir de la adopción de estas propuestas por las autoridades competentes, principalmente los jueces, pero también otras autoridades jurídicas, como registradores, etc.

La distinción entre ordenamiento y sistema es fundamental, ya que refleja la aproximación constructivista del fenómeno jurídico que propone la TCD. El ordenamiento proporciona el material base, pero las normas adquieren contenido y límites definidos tras su interpretación y elaboración en el sistema. Esto se aleja de la visión positivista tradicional, que considera al ordenamiento como un conjunto organizado y coherente en sí mismo, para enfatizar que el derecho no está dado, sino que se construye mediante interpretación doctrinal y jurisprudencial.

La propuesta comunicacional también introduce el concepto de ámbito jurídico para expandir las fronteras del derecho más allá de lo que abarca el ordenamiento o el sistema. Este concepto incluye acciones y textos con relevancia jurídica que no se ajustan a las categorías tradicionales, como debates parlamentarios, enmiendas, demandas o escrituras públicas. No obstante, la relevancia jurídica de estas acciones depende siempre de su conexión con un ordenamiento jurídico vigente. El ámbito, aunque inseparable del ordenamiento, trasciende sus límites para abarcar la totalidad de los procesos comunicacionales y de las acciones con significación jurídica.

De esta manera, la pertenencia al ámbito, más que al ordenamiento o al sistema, es lo que determina la juridicidad de las normas y de otros elementos jurídicos. Este desarrollo conceptual es el resultado de la evolución de la TCD, que amplía y enriquece la propuesta inicial de teoría de la validez expuesta en el primer volumen de *Teoría del derecho. Fundamentos de*

teoría comunicacional del derecho. La noción de ámbito no solo completa esta teoría, sino que también refuerza el enfoque holístico y dinámico que la caracteriza.

Si la validez formal encuentra su fundamento en la juridicidad, la validez material lo hace en la teoría de la justicia, que se inscribe dentro de la teoría de las decisiones. Por ello, hemos recurrido a la teoría de las decisiones de Robles para comprender la base desde la cual debe construirse el contenido material de la validez jurídica.

En la TCD, el concepto de *decisión* ocupa un lugar central, configurándose como el pilar en el que se sustenta y desarrolla el aspecto dinámico del derecho. Este carácter dinámico refleja que el derecho no es estático ni inmutable, sino que está en constante transformación a través de decisiones que afectan su estructura y funcionamiento.

La toma de decisiones es un proceso continuo que atraviesa todas las esferas de la vida humana, tanto a nivel individual como colectivo. Cada acción cotidiana, desde las más simples hasta las más complejas, implica tomar decisiones. Sin embargo, no todas ellas tienen relevancia jurídica. Por ejemplo, decidir qué ropa ponerse o qué ruta tomar para ir al trabajo son actos que carecen de significación jurídica, mientras que aceptar una oferta de trabajo mediante un contrato o presentar una demanda judicial sí la tienen.

La diferencia clave entre una decisión con relevancia jurídica y una que no la tiene radica en su vinculación con el ordenamiento y el sistema jurídicos. Una decisión adquiere significado jurídico cuando genera, modifica o extingue derechos y obligaciones dentro de un marco normativo previamente establecido. En otras palabras, su relevancia jurídica depende de su capacidad para producir efectos dentro del ámbito jurídico.

De esta manera, las decisiones que sí tienen relevancia jurídica forman parte del ámbito jurídico, donde no solo adquieren sentido individualmente, sino también en relación con el ordenamiento y el sistema en el que se integran. Estas decisiones no son actos aislados, sino que se inscriben dentro de una estructura jurídica más amplia que les otorga validez y efectos concretos.

La relación entre acción y decisión es fundamental ya que, si todo en el derecho gira en torno a la acción, esta conexión se hace aún más evidente en su dimensión dinámica. La decisión es, en esencia, una acción, pero no cualquier acción: es una acción orientada a producir consecuencias jurídicas específicas. Además, esta acción decisoria no puede entenderse de forma aislada, sino como un acto que se relaciona con otros elementos jurídicos y con el desarrollo continuo del sistema normativo. Este vínculo refuerza la necesidad

de analizar la toma de decisiones desde una perspectiva integral y, al mismo tiempo, matizada, que permita captar su complejidad.

Ahora bien, para comprender plenamente la dinámica de la decisión jurídica, es necesario tomar en consideración, además de su estructura y sus efectos, las condiciones en las que se toman dichas decisiones. La acción decisoria no ocurre en un vacío teórico, sino que está condicionada por factores tanto externos como internos, los cuales pueden limitar la autenticidad de la libertad en el proceso de decisión. Los factores externos incluyen circunstancias como el contexto político, económico o social en el que surge la necesidad de decidir, mientras que los factores internos pueden abarcar elementos subjetivos como la incertidumbre, la presión psicológica o los intereses personales.

Aunque, en principio, suele haber diversas alternativas disponibles al momento de tomar una decisión, no todas serán igualmente satisfactorias ni viables desde un punto de vista práctico o jurídico. Es más, elementos como las amenazas, los temores o el contexto específico en el que se toma una decisión pueden influir de manera significativa en la capacidad de decidir con plena libertad.

En definitiva, la decisión jurídica no puede entenderse únicamente como un acto racional y plenamente autónomo, sino como una acción que surge dentro de un marco de restricciones, presiones y posibilidades concretas. Esta complejidad no disminuye su relevancia, sino que, por el contrario, subraya la importancia de considerar tanto los factores estructurales como los contextuales al analizar el proceso decisorio en el ámbito jurídico.

A pesar de que la teoría de las decisiones ha sido más estudiada en disciplinas como la economía o las matemáticas, su relevancia en el ámbito jurídico es innegable. Desde una perspectiva hermenéutica y constructivista, constituye la vertiente más dinámica del derecho, evidenciando que la acción está presente desde la génesis misma del fenómeno jurídico. Cada constitución, ley, reglamento o sentencia, como creación jurídica que son, nacen de una decisión. Por ello, la expresión recurrente de la TCD, «el derecho se crea a golpe de decisión», cobra pleno sentido.

La teoría de las decisiones ha sido objeto de interés en disciplinas como la sociología y la economía del derecho, que abordan diferentes aspectos de la dinámica jurídica. En este contexto, es importante separar claramente los conceptos de *efectividad*, *eficacia* y *eficiencia* de la *validez jurídica*, ya que, aunque puedan relacionarse en ciertos aspectos con el derecho, tienen significados y funciones distintas que no deben confundirse.

La *efectividad* y la *eficacia* son conceptos propios de la sociología del derecho. La *efectividad* analiza hasta qué punto una norma jurídica se cumple realmente en la práctica, mientras que la *eficacia* examina si la norma alcanza los objetivos que pretende lograr. Por su parte, la *eficiencia* es un concepto propio de la economía del derecho y se centra en la optimización de recursos para alcanzar los fines jurídicos de la manera más rentable y con el menor coste posible.

Aunque estos tres conceptos están relacionados con el derecho y pueden contribuir a un análisis más amplio de su funcionamiento práctico, no forman parte del contenido teórico del concepto de *validez jurídica*. La *validez* es un término propio de la teoría del derecho y no puede ser definido ni llenado de contenido mediante nociones como *eficacia*, *efectividad* o *eficiencia*, ya que pertenecen a disciplinas distintas con objetivos analíticos diferentes.

En definitiva, aunque la *validez jurídica*, la *eficacia*, la *efectividad* y la *eficiencia* pueden interactuar y arrojar perspectivas complementarias sobre el fenómeno jurídico, no deben confundirse ni mezclarse en un mismo plano teórico. Cada uno pertenece a un campo disciplinario específico y debe ser utilizado dentro de los límites de su marco conceptual.

En cuanto a la *efectividad*, su vínculo con el cumplimiento conecta directamente con las normas *deónticas* o imperativas, que establecen obligaciones, prohibiciones o permisos. Sin embargo, estas representan solo una pequeña parte de los sistemas jurídicos actuales. Robles propone un esquema para medir la *efectividad* basado en las normas *deónticas*, pero reconoce que dicho esquema puede adaptarse a otros tipos normativos. Para ello, siguiendo las tesis de Antoine Jeammeaud, entendemos que es conveniente ampliar el concepto de *cumplimiento* y considerar también el uso y la movilización de las normas por parte tanto de los ciudadanos como de los órganos estatales.

Esta mirada amplia permite analizar la *efectividad* en sistemas jurídicos complejos y dinámicos, donde las normas no solo se cumplen o incumplen, sino que también son interpretadas, aplicadas y adaptadas a contextos particulares. De esta manera, la *efectividad* no queda limitada a una medición estática del cumplimiento formal, sino que abarca una dimensión más dinámica y flexible, adecuada para captar la complejidad de los sistemas jurídicos contemporáneos.

El análisis de los aspectos materiales de la validez nos lleva a una necesaria puesta en relación del derecho con otros órdenes normativos. Esta dimensión de la validez ha sido históricamente el eje de las aproximaciones iusnaturalistas, que sostienen que el derecho debe ajustarse a una moral o

religión específica para considerarse válido. En esta línea, hemos examinado los distintos órdenes normativos no jurídicos (moral, religión y usos sociales), así como su interacción con el derecho.

Cuando se analizan las relaciones entre el derecho y otros órdenes normativos desde la TCD, se constata que aquellas varían en función de cada sociedad y de cada ordenamiento jurídico, oscilando desde delimitaciones claras hasta confusiones totales entre moral, religión, usos sociales y derecho.

La coexistencia de múltiples órdenes normativos permite que las acciones de los individuos sean evaluadas desde perspectivas diferentes, lo que a menudo genera resultados contradictorios. Por ejemplo, un acto puede ser conforme al derecho, pero contrario a la moral o a los usos sociales. Estas tensiones y contradicciones son especialmente frecuentes en sociedades heterogéneas, donde los valores y principios de los distintos órdenes normativos tienden a divergir con mayor intensidad.

La manera en que un sistema jurídico aborda estos conflictos depende en gran medida de su diseño normativo. Algunos sistemas optan por soluciones más flexibles, que permiten un mayor margen de conciliación entre los diferentes órdenes normativos, mientras que otros adoptan posturas más rígidas o impositivas, que priorizan la primacía del derecho sobre los demás órdenes.

Asimismo, la predisposición cultural de una sociedad influye significativamente en la magnitud y el tipo de divergencias que pueden surgir. Las sociedades de corte más individualista (como muchas sociedades occidentales) tienden a enfatizar la moral individual y la autonomía personal, mientras que las sociedades más comunitaristas (como las hindúes) suelen otorgar un mayor peso a la moral colectiva y a los valores compartidos por el grupo.

En última instancia, estas diferencias culturales afectan, además de a la forma en que los conflictos entre órdenes normativos son percibidos, a las respuestas que los sistemas jurídicos adoptan para gestionarlos, ya sea buscando armonizar estas tensiones o imponiendo una jerarquía normativa clara.

Dentro de los sistemas normativos, la TCD distingue entre morales autónomas y morales heterónomas. Morales autónomas serían la moral individual, la moral religiosa y la moral filosófica, mientras que las morales heterónomas son la moral social y la moral del derecho. Las primeras se basan en la autoconvicción y se autoimponen, mientras que las segundas son externas al individuo. Esta distinción fundamenta el alejamiento de la TCD tanto del iusnaturalismo, que fusiona derecho y moral, como del positivismo, que los considera totalmente independientes. Así, aunque Robles distingue entre moral y derecho de manera clara, reconoce la interacción constante entre ambos

órdenes, subrayando que la moral influye en el derecho y viceversa, lo que genera una dinámica de retroalimentación constante.

Desde la aproximación comunicacional, la relación entre derecho y moral alcanza su máxima expresión en la propuesta para teoría de la justicia, que se inscribe dentro de la teoría de las decisiones y que contrasta con la visión aséptica del positivismo, que considera irrelevante el contenido moral del derecho. La conexión entre justicia y decisiones resalta el posicionamiento contextual y perspectivista de Robles, que vincula los ideales de justicia a las particularidades temporales, geográficas y culturales de cada sociedad.

Uno de los ejemplos más ilustrativos del conflicto entre derecho y moral lo encontramos en los juicios de Núremberg, donde los principios iusnaturalistas sirvieron como justificación para violar la legalidad vigente en favor de una moralidad superior. Este precedente, aunque extraordinario en su contexto, ha servido para legitimar argumentos difusos y cuestionables en situaciones más triviales, lo que pone de manifiesto la necesidad de una teoría de la justicia que supere estas inconsistencias. La TCD, con su postura pragmática y racional, busca rescatar la justicia de la nebulosa conceptual del iusnaturalismo y ofrecer herramientas coherentes para abordar los dilemas con componentes tanto jurídicos como éticos.

La propuesta concreta de Robles consiste en distinguir entre justicia ambital y justicia extra-ambital. La justicia ambital, propiamente jurídica, se refiere a los valores ético-morales concretos de un ámbito jurídico específico, mientras que la justicia extraambital opera en un plano ideal y abstracto, desde la ética del derecho. Además, surge un subtipo que conecta ambas dimensiones, relacionado con las propuestas *lege ferenda* de la doctrina jurídica.

Si bien para Robles ambas dimensiones de justicia son complementarias y coexisten en el ámbito jurídico, sostenemos a partir de nuestro análisis que la justicia extra-ambital pertenece al campo de la ética y, por consiguiente, no debería incluirse dentro de la TCD, que se presenta como una *teoría de los ámbitos jurídicos*. Sin embargo, la noción de justicia ambital, con su énfasis en la contextualización y en los valores ético-morales particulares de cada sociedad, sí resulta un aporte esencial para la validación de los sistemas jurídicos en términos comunicacionales. Así, aunque el derecho se construye sobre valores específicos de cada sociedad, no se puede aceptar cualquier moral arbitraria, pues la validez del derecho exige una conformidad con principios éticos fundamentales, lo que refleja la relación dinámica y contextual que constantemente se produce entre derecho, moral y justicia.

En la segunda parte de este trabajo hemos empezado por analizar la consideración de la *sharía* como ordenamiento jurídico desde la TCD y sus características desde la teoría del derecho. A partir de nuestro análisis entendemos que desde la TCD la *sharía* puede y debe ser considerada un ordenamiento jurídico, pues goza de los requisitos básicos: decisión, norma e institución, que se encuentran insertos en sus textos de base: el Corán y la *sunnah*.

Asimismo, sigue erigiéndose como ordenamiento jurídico cuando se la pone en relación con las dos herramientas racionalidazadoras que la TCD establece para evitar caer en el pluralismo jurídico irracional de propuestas como las de Santi Romano. Estas dos herramientas, el hecho de ser considerada como ordenamiento jurídico atendiendo al lenguaje de los juristas y tener una perspectiva propia, sitúan a la *sharía* en la categoría de ordenamiento jurídico, a pesar de no emanar de un poder estatal.

Existe, no obstante, un elemento crítico en la *sharía* que puede generar dudas sobre su naturaleza como ordenamiento jurídico: la aparente falta de una autoridad centralizada y de una estructura organizativa efectiva, lo cual constituye, además, una de las características distintivas del islam (al menos del islam suní).

Esta particularidad no implica que la *sharía* carezca del elemento de autoridad necesario para ser considerada un ordenamiento jurídico, sino más bien, como señala Roca (2011), que esta autoridad se encuentra externalizada, ya que el derecho islámico se apoya en las estructuras de las autoridades seculares para articular su dimensión organizativa, permitiendo así su aplicación y observancia efectiva.

Por tanto, no estamos ante una ausencia de autoridad, sino ante una particularidad en el modo en que aquella se determina y se despliega, pues la estructura no reside dentro del propio sistema normativo islámico, sino que depende de instancias externas que se prestan a ella para materializar su implementación.

Entonces, podemos afirmar que la *sharía* es un ordenamiento jurídico, pero siguiendo la clasificación de tipos de ordenamientos que hace Robles, no es un ordenamiento autónomo, sino que es dependiente, porque para su aplicación concreta necesita apoyarse en las estructuras del poder civil y político. Es decir, necesita de un sistema jurídico estatal del que servirse para desplegar sus efectos. Esto crea unas particularidades en el modo en que el derecho islámico se relaciona o puede relacionarse con los ordenamientos jurídicos europeos en general y con el español en particular, puesto que no va a poder establecerse una relación interordinamental directa. En lugar de eso, su apli-

cación deberá hacerse de manera indirecta a través del derecho internacional privado, mediante la aplicación (en los casos en que concurran elementos de extranjería) de las normas de los Estados en los que rige la *sharía*.

En otro orden de interacciones, a partir de su consideración de orden normativo religioso, podrán establecerse relaciones de tipo interordinal entre el derecho español y el islam. Esta vía permitirá que la *sharía* penetre en el sistema jurídico español a través del ejercicio del derecho a la libertad religiosa que se desarrolla a partir del modelo que funda el artículo 16.3 CE.

Tal como hemos tenido ocasión de ver en un viaje a través de la historia desde el fallecimiento del Profeta Muhammad y a través del califato omeya y del califato abasida, el derecho islámico clásico es un ejemplo en el que puede observarse la distinción ordenamiento/sistema de manera manifiesta. Partiendo del Corán como texto jurídico fundador del islam, fueron haciéndose aportaciones doctrinales a través de diferentes escuelas que delimitaban y completaban las normas que aquel contenía y, a través de la novedosa aportación de ash-Shafi, en una muestra de la clara retroalimentación constante en espiral que se da entre ordenamiento y sistema, se reconfigura el ordenamiento jurídico islámico, que mantiene al Corán en su cima, pero pasa a incorporar también la *sunnah*. Además, la propuesta de ash-Shafi ofrece también metodologías de interpretación, como el consenso y la analogía, que implican la asunción de la existencia de una vertiente constructivista y hermenéutica del derecho, en línea con los postulados comunicacionales.

Aparte de ash-Shafi y de sus seguidores, que en la actualidad perviven como la escuela shafí, se dieron en el islam suní desarrollos por parte de otras escuelas doctrinales, como la malikí, la hanafí o la hanbalita que, aunque inspiradas por las bases propuestas por ash-Shafi, perfilan y aplican métodos interpretativos diversos. Esto trae como consecuencia que, si bien el ordenamiento jurídico es común a todo el islam suní, mediante los métodos de interpretación disímiles se llegue a normas jurídicas cuyo contenido exacto y delimitación precisa son distintos. Se llega a una situación, pues, en la que hay tantas *sharías* como escuelas, o lo que es lo mismo, tantos sistemas jurídicos islámicos como escuelas, ya que las diferencias en las aproximaciones metodológicas de las escuelas se traducen también en diferencias sobre el fondo que son aplicadas en consecuencia por parte de los jueces y operadores jurídicos que siguen una u otra escuela.

A menudo se afirma que las diferencias entre escuelas son poco significativas en comparación con los acuerdos en lo esencial, pues todas las escuelas tienen la misma estructura fundamental y las mismas instituciones. Estas si-

militudes no pueden sorprender, puesto que todas las escuelas parten de un mismo ordenamiento jurídico, de una misma totalidad textual de base, pero hay que tomar en cuenta que las escuelas difieren tanto en su metodología interpretativa como en su perspectiva jurídica, y que estas diferencias terminan por generar una realidad compleja. Esta realidad compleja consiste en que cuando hablamos de *sharía* como ordenamiento debemos hacerlo en singular, porque hay un único conjunto de textos jurídicos de referencia, el Corán y la *sunnah*. Todas las escuelas parten de esos textos y todas sus propuestas son el reflejo de una determinada visión de esos textos.

Sin embargo, si nos referimos a la *sharía* como sistema jurídico, debemos hacerlo en plural, porque tal como se expresa a través de las escuelas, la *sharía* no es un bloque homogéneo, sino que hay una pluralidad de formas en las que el ordenamiento jurídico islámico se transforma en sistema. Dado que el derecho islámico es un derecho doctrinal, esta pluralidad de sistemas doctrinales (DOCs) termina por convertirse en una pluralidad de sistemas en sentido estricto (SIS).

Esta diversidad de sistemas jurídicos puede suponer una fuente potencial de conflictos que pueden surgir entre ellos pues, aunque desde un plano teórico la pluralidad de sistemas sea perfectamente posible, en un plano práctico no será extraño que cada sistema pretenda imponerse a los demás, con las consiguientes tensiones que esto puede ocasionar. Tomando en cuenta que el derecho está al servicio de las personas y de las sociedades, hay que valorar si la existencia de una pluralidad de sistemas derivados de un único ordenamiento resta eficacia a las soluciones que puedan ofrecerse para resolver los conflictos que surgen en la sociedad.

En el caso concreto del islam suní, durante la época clásica, la existencia de una pluralidad de sistemas jurídicos generó controversias en algunos momentos, pero desde hace siglos se entiende mayoritariamente como una oportunidad para la flexibilidad. El ordenamiento jurídico islámico no puede modificarse, ya que es de origen divino, y por ello inmutable. En este contexto, la coexistencia de varios sistemas ofrece un marco dúctil, que permite que los fieles puedan encontrar cobijo en la escuela que mejor se adapte a su manera de entender el camino hacia Dios, la adecuación con la propia moral y la traslación de ambos al modo en que se gestionan las relaciones de alteridad.

En síntesis, la *sharía* nos sirve para ilustrar la distinción entre ordenamiento y sistema, pero también ejemplifica cómo la diversidad de sistemas no se da exclusivamente en el plano teórico-intelectual, sino que se materializa en la práctica cuando varias interpretaciones basadas en el mismo ordenamiento

jurídico (es decir, basadas en la misma totalidad textual), se aplican y coexisten como versiones mejoradas y coherentes del mismo.

En lo que respecta a las relaciones intersistémicas entre la *sharía* y el derecho español, hay que tomar en cuenta que la TCD parte de una concepción pluralista del derecho; es decir, se pliega a la realidad de que existen en la sociedad actual (y han existido en las sociedades precedentes) una multiplicidad de ordenamientos jurídicos.

Los ordenamientos jurídicos y sus respectivos sistemas jurídicos existentes se relacionan entre ellos. Como consecuencia de esto y puesto que los ordenamientos jurídicos y los sistemas jurídicos son totalidades textuales, las relaciones que se producen entre ellos son relaciones intertextuales. Así, la frase comunicacional que reza: «el derecho se manifiesta como texto» podría, en realidad, ser más completa si se añadiera el aspecto relacional: «el derecho se manifiesta y se relaciona como texto». En el caso de las relaciones entre distintos sistemas jurídicos estaremos ante relaciones intersistémicas y, puesto que cada sistema tiene una perspectiva propia, cada sistema jurídico decidirá qué tipo de relaciones tiene con otros sistemas, así como el modo en que lleva a cabo estas relaciones.

En el caso del sistema jurídico español y de la *sharía*, tomando en cuenta que esta última es un ordenamiento jurídico no autónomo que se manifiesta a través de los poderes civiles y políticos de los Estados, las relaciones se producirán por vía indirecta, a través del derecho internacional privado, cuando las normas de colisión españolas remitan a las normas de un Estado que haya incorporado la *sharía* a su ordenamiento jurídico.

Por lo tanto, la aplicación de la *sharía* en el derecho español a partir de las relaciones intersistémicas es indirecta y limitada. Indirecta porque se produce a través del derecho de los Estados, y limitada porque solamente podrá operar cuando se den determinados elementos de extranjería en una relación jurídica concreta.

Hay numerosos países que tienen la *sharía* incorporada en su ordenamiento jurídico de un modo u otro. En el Reino de Arabia Saudí, por ejemplo, la *sharía* es su constitución y se aplica a todos los ámbitos que esta regula. En Marruecos la *sharía* inspira el código de familia marroquí de derecho positivo, la Mudawana aprobada en 2004, que, manteniendo las instituciones y el espíritu de la *sharía*, se materializa en un código de derecho positivo aprobado por vía parlamentaria. Sirvan estos ejemplos para ilustrar que las vías en que los Estados recogen en la actualidad la *sharía* son múltiples y variadas. En cada uno de los países en que la *sharía* está, de un modo u otro, presente

en su ordenamiento jurídico, esta será interpretada en función de una u otra escuela y, además, interactuará de un modo u otro con las distintas normas del país y con sus estructuras políticas. Así, la realidad es que para analizar el alcance de las interacciones que la *sharía* puede establecer con el derecho español por vía del derecho internacional privado, habrá que estar a cada situación concreta y a cada caso específico. Esto obedece a que la ley islámica no tiene el mismo rango jerárquico, el mismo ámbito de aplicación ni la misma interpretación final en todos los Estados en los que se aplica, sino que, lejos de ello, se constatan divergencias significativas.

A efectos prácticos concretos, puede afirmarse que la aplicación de la *sharía* en el derecho español a través de esta vía indirecta queda en la actualidad circunscrita a cuestiones de derecho de familia, de derecho de contratos y otras ramas afines, como el derecho financiero. Como ejemplo de esta aplicación práctica efectiva, hemos explorado la recepción del matrimonio islámico en el derecho español, poniendo el foco de manera particular en uno de los aspectos más controvertidos a ojos del derecho occidental: la poligamia.

El matrimonio es una institución que permite una visión esclarecedora sobre el modo en que se producen las relaciones intersistémicas de la ley islámica con el derecho español, que consisten en una recepción amplia que solo puede verse limitada por la excepción de orden público internacional. Esta excepción de orden público, en el caso de las instituciones de derecho islámico en general, y también así ocurre en el caso del matrimonio islámico en concreto, suele aflorar en situaciones en que nuestro ordenamiento entiende que hay vulneración del principio de igualdad.

Es en la posición que el principio de igualdad ocupa en el derecho islámico que se produce una de las fricciones fundamentales con nuestro ordenamiento. En el derecho islámico rige el principio de equidad, pues los derechos de cada uno de los cónyuges no son idénticos, sino que están en concordancia con las obligaciones que cada uno tiene atribuidas: como consecuencia de que las responsabilidades de cada cónyuge son distintas, los derechos que les van aparejados también lo son.

Estas diferencias en los derechos atribuidos entran en conflicto con la manera en que el principio de igualdad se define y se interpreta dentro del sistema jurídico español. La magnitud de esta divergencia es tal que, en ciertas instituciones, la jurisprudencia de los tribunales españoles las considera insalvables y contrarias a los parámetros actuales de justicia vigentes en nuestro ámbito jurídico, especialmente en relación con dos aspectos concretos del matrimonio islámico: el repudio y la poligamia.

Por eso no se reconocen los efectos nucleares de estas dos posibles instituciones del matrimonio islámico, aunque sí se prevé que se reconozcan efectos periféricos de las mismas por dos razones principales. La primera de las razones es que la excepción de orden público debe de operar de manera, como su nombre indica, excepcional. Dicho de otro modo, cuando sea posible aceptar en nuestro sistema (sin que estén por ello violándose los derechos de ningún ciudadano) algunos efectos periféricos, lo legítimo es hacerlo. La segunda de las razones es que, en ocasiones, el no reconocimiento de los efectos periféricos de la poligamia o del repudio puede poner en situación de vulnerabilidad a la esposa o a los hijos y, en tales casos, se estaría llegando a una finalidad contraria a la que el propio orden público pretende llegar en estos casos, que es, entre otras, la protección de la parte más vulnerable de la relación conyugal.

El hecho de que el repudio y la poligamia no sean reconocidos en el derecho español no tiene por qué ser un impedimento para el reconocimiento pleno del matrimonio islámico, ya que ninguna de las dos instituciones es ni necesaria ni habitual. Es más, el Corán reprueba moralmente el repudio, aunque le reconoce validez legal y, en lo que a la poligamia se refiere, aunque hay varias interpretaciones sobre los límites de la institución, todas coinciden en que debe ser limitada en mayor o menor medida y hay consenso en la consideración de que en ningún caso es promovida.

Sobre el matrimonio hemos analizado la creciente importancia de la autonomía de la voluntad en su configuración precisa, así como la conveniencia de los acuerdos matrimoniales que de aquella se derivan. Sugerimos, siguiendo a parte de la doctrina española, como Diago o Combalía, que los acuerdos matrimoniales pueden desempeñar un papel positivo destacado en la configuración del derecho de familia, pues suponen que los términos concretos de un matrimonio sean pactados por los cónyuges mediante el ejercicio de su autonomía. La evolución hacia la normalización de los acuerdos matrimoniales pretende que nuestro sistema legal ponga más énfasis en la autonomía individual en cuestiones de derecho dispositivo, lo que facilitaría el reconocimiento a la diversidad social actual en España. Estos acuerdos pueden servir para evitar en algunos casos tener que llegar a la vía judicial y, en aquellos casos en los que irremediablemente se tengan que dirimir los conflictos en sede judicial, servirán como guía para el propio juez, que tendrá en ellos una base útil para decidir de conformidad al tipo de estructura familiar que los cónyuges pretendieron construir, lo que permitirá desembocar en soluciones más justas por ser adaptadas al caso concreto.

El objetivo es alcanzar el delicado equilibrio entre preservar el mantenimiento de los principios ético-morales actuales de la sociedad española (es decir, que se respeten los principios de justicia ambital actualmente en vigor en nuestro derecho) a la par que se reconoce su diversidad creciente. El desarrollo del orden público atenuado que reconoce ciertos efectos periféricos del matrimonio poligámico o el favorecimiento de los pactos matrimoniales entre cónyuges son dos herramientas que sirven para alcanzar ese complicado pero necesario equilibrio.

Frente a la limitada aplicación de la *sharía* mediante relaciones intersistémicas, encontramos en nuestro derecho un amplio espectro de posibilidades para que el islam encuentre vías de expresión y de interacción con el sistema jurídico español a partir del derecho a la libertad religiosa.

Aunque las relaciones entre los sistemas jurídicos y los otros órdenes normativos (como en este caso la religión islámica), pueden ser fuente de conflicto y de dificultades, hay que destacar la voluntad de respeto y de cooperación del modelo español, pues con el límite del orden público (que debe siempre alzarse como parapeto que preserve los valores y principios morales esenciales de nuestro derecho), el sistema jurídico español tiene vocación de permitir que los musulmanes puedan vivir conforme a su religión tanto en las manifestaciones privadas como en las manifestaciones públicas de la misma. Y esto a pesar de que la creciente secularización de la sociedad española a lo largo de las últimas décadas ha favorecido que hayan ido quedando relegadas al plano privado las manifestaciones religiosas en general, lo hace que pueda provocar extrañeza (o incluso inquietud), la reivindicación de algunos musulmanes de vivir su religiosidad en los espacios públicos con naturalidad.

Si nos limitamos al plano jurídico, en lo que se refiere a los aspectos privados y a los aspectos relacionados con el derecho de familia, el sistema actual español puede considerarse globalmente satisfactorio en cuanto a las garantías que ofrece para que pueda pretender ejercerse plenamente el derecho a la libertad religiosa cuando de la religión islámica se trata. Aunque la legislación es garantista, bien es cierto que se han dado y se siguen dando dificultades en la implementación efectiva de los pactos firmados entre el Estado y la CIE. Estas deficiencias relativas a la efectividad y a la eficacia de las normas, y situadas por ello en el plano de la sociología, obedecen en parte a las dificultades que se derivan de la falta de organización interna en el islam. El modelo español de cooperación con las confesiones religiosas está pensado para la estructura de la Iglesia católica, que se organiza alrededor de una jerarquía claramente definida, lo cual facilita la designación de interlocutores. En el is-

lam, en cambio, hay una falta de estructura organizativa interna que dificulta la designación de interlocutores con el Estado, lo cual se traduce en una constante fuente de conflictos que terminan por convertirse en un obstáculo para la efectiva implementación de los acuerdos. A estas dificultades se añaden las que se generan a causa la multiplicidad de interlocutores por parte del propio Estado español, que ha cedido a las comunidades autónomas ciertas competencias que afectan a la libertad religiosa, y aquellas llevan a cabo sus propios pactos sin coordinarse unas con otras.

La propuesta que se hace en este trabajo sobre una teoría de la validez jurídica construida a partir de los tres pilares de la TCD nos ha servido para analizar las vías de aplicación de la sharía en el sistema jurídico español, pero en este trabajo no se agotan todos los aspectos que el tema puede dar de sí. Por ello, estas conclusiones no terminan con un punto final, sino simplemente con un punto y aparte, pues muchas de las cuestiones tangencialmente mencionadas merecen ser estudiadas con mayor detalle en futuras investigaciones.