

La teoría comunicacional de la validez y su aplicación a las interacciones entre la *sharí*a y el derecho español

Natalia Jiménez Arroyo



**La teoría comunicacional
de la validez y su aplicación
a las interacciones entre
la *sharí*a y el derecho español**

La colección Estudios Jurídicos surge como una iniciativa en la Universidad Complutense de Madrid para recabar la investigación actual en forma de monografías que aúnen numerosas áreas de conocimiento jurídico que influyan en diferentes materias de interés general para la sociedad y así dar a conocer la investigación científica tanto al ámbito académico como al público general.

Comité científico de la colección

Dirección

Consuelo Martínez-Sicluna y Sepúlveda
Universidad Complutense de Madrid, España

María Luisa de Torres Soto
Universidad Complutense de Madrid, España

Secretaría

Roberto Carlos Rosino Calle
Universidad Complutense de Madrid, España

Asesoría

José Manuel Almudi Cid
Universidad Complutense de Madrid, España

Julio Alvear Téllez
Universidad del Desarrollo, Chile

Raúl Leopoldo Canosa Usera
Universidad Complutense de Madrid, España

José María Carabante Muntada
Universidad Complutense de Madrid, España

María Jimena Crespo Garrido
Universidad de Alcalá, España

Carlos Fernández de Casadevante Romaní
Universidad Rey Juan Carlos, España

Juana María Gil Ruiz
Universidad de Granada, España

Antonio InCampo
Universidad Aldo Moro de Bari, Italia

María Pilar Ladrón Tabuenca
Universidad de Alcalá, España

Francisco Javier López de Goicoechea Zabala
Universidad Complutense de Madrid, España

Ana Gemma López Martín
Universidad Complutense de Madrid, España

Ana María Marcos del Cano
Universidad Nacional de Educación a Distancia, España

María Fernanda Moretón Sanz
Universidad Nacional de Educación a Distancia, España

La teoría comunicacional de la validez y su aplicación a las interacciones entre la *sharí*a y el derecho español

Natalia Jiménez Arroyo

© 2025, Natalia Jiménez Arroyo
© 2025, Ediciones Complutense
Pabellón de Gobierno
Isaac Peral s/n
28015 Madrid
913 941127
info.ediciones@ucm.es
www.ucm.es/ediciones-complutense

ISBN: 978-84-669-3976-8

DOI: <https://dx.doi.org/10.5209/ejur.002>

Diseño de cubiertas de la colección: Koln Studio

Imagen de cubierta: generada con IA por Natalia Jiménez Arroyo



Esta publicación se edita con licencia Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International. Esta licencia permite copiar y distribuir el material en cualquier medio o formato, pero sin crear derivados ni adaptaciones de la obra, únicamente con fines no comerciales y siempre que se otorgue la atribución al creador. La atribución se debe hacer de la siguiente manera:

Jiménez Arroyo, Natalia. 2026. *La teoría comunicacional de la validez y su aplicación a las interacciones entre la sharía y el derecho español*. Madrid: Ediciones Complutense. <https://dx.doi.org/10.5209/ejur.002>

Cualquier material de terceros contenido en este libro no está cubierto por la licencia Creative Commons. En caso de reutilizar material de terceros, es necesario obtener los permisos directamente del propietario de los derechos de autor.

Ediciones Complutense garantiza un riguroso proceso de selección y evaluación de los trabajos que publica.

Índice

Listado de acrónimos	9
Introducción	11
Parte I. La validez del ordenamiento en la TCD y la construcción de una concepción pluralista del derecho	
Breve aproximación a la TCD	19
La validez: el uso técnico-jurídico de un término marcado por la carga moral	33
La validez jurídica en las corrientes tradicionales: la visión iusnaturalista	49
La validez jurídica en las corrientes tradicionales: el positivismo	71
La validez formal: trasladando el eje de gravedad de las normas al ordenamiento	91
Ordenamiento, sistema y ámbito	115
El concepto de decisión en la TCD: el pilar sobre el que recae la dimensión dinámica del derecho	127
Los aspectos sociales de la validez: efectividad y eficacia de las normas jurídicas	139
Relaciones interordinales: tipos de órdenes normativos y su relación con el derecho	155
Teoría comunicacional de la justicia: una propuesta ligada a las coordenadas de espacio y tiempo	179
Parte II. Las interacciones entre la <i>sharí</i>a y el sistema jurídico español	
La <i>sharí</i> a en perspectiva comunicacional: ¿un ordenamiento jurídico?	199
La creación del sistema a partir del ordenamiento en el derecho islámico medieval	221

Relaciones intersistémicas entre Estados: las relaciones de los particulares en el marco del derecho internacional privado	243
El matrimonio islámico y su recepción en el sistema español a través del derecho internacional privado. Especial mención a la poligamia	273
Relaciones interordinales entre la <i>sharí</i>a y el sistema jurídico español: la aplicación de la ley islámica en virtud del derecho a la libertad religiosa	301
Conclusiones	323
Referencias bibliográficas	341

Listado de acrónimos

AMB	Ámbito jurídico
AN	Audiencia Nacional
CE	Constitución española
CIE	Comisión Islámica de España
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
DOCs	Sistemas jurídicos doctrinales
FEERI	Federación Española de Entidades Religiosas Islámicas
INE	Instituto Nacional de Estadística
JUR	Jurisprudencia de la base de datos Aranzadi
ORD	Ordenamiento jurídico
RAE	Real Academia Española
RER	Registro de Entidades Religiosas
RJ	Recopilación de jurisprudencia del Tribunal Supremo
SAN	Sala de lo Contencioso-Administrativo (Audiencia Nacional)
SIS	Sistema jurídico propiamente dicho
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TCD	Teoría comunicacional del derecho
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo
UCIDE	Unión de Comunidades Islámicas de España

Introducción

La *validez* es un concepto clave en la filosofía y la teoría del derecho que ha suscitado un interés constante debido a su relevancia para legitimar los sistemas jurídicos. Su significado y alcance dependen de la perspectiva teórica desde la que se analice, ya que no existe una definición única o comúnmente aceptada.

Definir la *validez* implica adoptar una postura determinada sobre la naturaleza del derecho, dado que cualquier formulación debe ser coherente con la teoría jurídica en la que se inscribe. Esto no solo requiere una definición interna consistente, sino también un entendimiento de cómo la *validez* contribuye a garantizar la legitimidad y la estabilidad del sistema jurídico en su conjunto.

En la Grecia clásica, las primeras reflexiones significativas sobre la relación entre derecho y *validez* aparecen en *Antígona*, la célebre obra de Sófocles. Esta tragedia presenta a su protagonista, una heroína valiente y trágica, como el símbolo del conflicto entre una norma positiva de origen humano y los principios morales superiores, fundamentados en las leyes divinas.

Antígona decide dar sepultura a su hermano, desafiando el edicto del rey Creonte, quien prohíbe el entierro del difunto para ejemplificar el destino deshonroso que espera a quienes desafíen su autoridad. Creonte busca reforzar su poder mediante este decreto, que niega al fallecido cualquier honra funeraria. Tras ser apresada por desobedecer esta orden, Antígona justifica su acción en un alegato profundamente iusnaturalista, defendiendo que las leyes divinas, eternas e inmutables, prevalecen sobre las disposiciones humanas, incluso cuando estas emanan de la autoridad real:

<https://dx.doi.org/10.5209/ejur.002.00>

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.

Porque no es Zeus quien ha promulgado para mí esta prohibición, ni tampoco Niké, compañera de los dioses subterráneos, la que ha promulgado semejantes leyes a los hombres; y no he creído que tus decretos, como mortal que eres, puedan tener primacía sobre las leyes no escritas, inmutables de los dioses [...] (Sófocles 1981).

El edicto de Creonte no es, a ojos de Antígona, válido. Y el motivo de que no sea válido es que su contenido es contrario a las leyes divinas.

Considerando que la Grecia clásica marca el inicio de la cultura occidental, el antecedente de *Antígona* permite afirmar que la validez de las normas ha sido una preocupación constante en Occidente, tanto para los filósofos en general como para los filósofos del derecho en particular, desde sus orígenes. Este interés no es anodino; en realidad, no podría ser de otro modo, ya que la validez está intrínsecamente vinculada a la esencia misma del ordenamiento jurídico. Es la cualidad que le otorga sentido, lo identifica y lo legitima.

De este modo se inicia ya por entonces la dicotomía entre iusnaturalismo y positivismo que sigue presente hasta nuestros días. Cierto es que cronológicamente el iusnaturalismo tuvo gran auge antes que el positivismo, puesto que el primero vive su punto álgido en la escolástica medieval y en la época moderna mientras que el segundo se desarrolla teóricamente con gran profusión a sobre todo a partir del siglo XIX. Sin embargo, no se trata de planteamientos que surgen uno después de otro, sino que ambos, así como las correspondientes tensiones entre ellos, empiezan a cimentarse en la antigua Grecia, siendo Platón el iniciador de la doctrina filosófica iusnaturalista, mientras que los sofistas (tal vez pueda nombrarse a Protágoras como el más representativo de ellos) mantendrán un posicionamiento que supone la base filosófica sobre la que se irá construyendo la doctrina jurídica positivista.

Si bien la validez jurídica ha suscitado el interés de la doctrina jurídica, así como de filósofos y teólogos a lo largo de los siglos, las aproximaciones tradicionales al concepto presentan limitaciones significativas. El iusnaturalismo vincula la validez del derecho positivo a su conformidad con un derecho natural superior, cargado de contenidos morales o religiosos, lo cual restringe el análisis jurídico a consideraciones externas. El positivismo, por su parte, desvincula la validez jurídica de cualquier valoración moral, centrando su atención en criterios formales o procedimentales que, si bien fortalecen la autonomía del derecho, lo aíslan de los valores ético-sociales que lo legitiman en la práctica. Por último, el realismo jurídico interpreta la validez en

términos de eficacia social, reduciendo el derecho a un fenómeno puramente empírico y social.

Frente a las visiones fragmentadas tradicionales, la teoría comunicacional del derecho (TCD), desarrollada por Gregorio Robles, ofrece una alternativa integradora que busca superar las limitaciones de los enfoques clásicos. Desde una perspectiva constructivista y pluralista, esta aproximación concibe el derecho como una red dinámica de totalidades textuales interconectadas: el ordenamiento jurídico, los sistemas doctrinales, el sistema jurídico propiamente dicho y el ámbito jurídico.

La propuesta de Robles se centra en la interacción constante entre estos elementos y en su capacidad para generar coherencia, completitud y aplicabilidad dentro de un contexto social determinado. En este marco, la validez jurídica adquiere una dimensión dual: por un lado, la dimensión formal, que se deriva de la pertenencia de una norma al ámbito jurídico; y, por otro, la dimensión material, que se fundamenta en los principios de justicia que guían y estructuran la sociedad en la que el derecho opera.

De este modo, la TCD proporciona un modelo explicativo holístico del fenómeno jurídico, lo que permite una comprensión más profunda de la relación entre normas, sistemas jurídicos y contextos sociales.

En este trabajo, nuestro objetivo es analizar y aplicar la propuesta de teoría de la validez que se desprende de un análisis global de la TCD, evaluando su capacidad para ofrecer respuestas coherentes y útiles tanto desde una perspectiva teórica como práctica. Para ello, hemos estructurado nuestro estudio y su desarrollo en dos partes interrelacionadas.

En la primera parte empezamos por examinar teoría comunicacional de la validez tal como Gregorio Robles la plantea explícitamente, pero también hemos ido más allá al desarrollar la que se desprende de una lectura integral de su obra y de su relación con las aportaciones que plantea quien escribe estas líneas. El objetivo es determinar si esta teoría de la validez, tal como se desarrolla en el presente trabajo, es capaz de ofrecer respuestas donde las aproximaciones de las corrientes tradicionales, como barcos varados en el cabo de Hornos, parecen quedar atrapadas en sus propios límites. Se busca, en definitiva, no solamente comprender los puntos críticos de las teorías previas, sino también explorar si mediante la teoría comunicacional se pueden sortear esos obstáculos y proporcionar una mayor coherencia y aplicabilidad al concepto de validez jurídica.

Nuestro trabajo se mueve tanto en una dimensión teórica como aplicativa. En el plano teórico, dentro de la primera parte, se indaga y desentraña la soli-

dez de la validez jurídica desde la visión comunicacional, así como la robustez de sus fundamentos desde el terreno teórico-jurídico. Pero, dado que una teoría jurídica debe ser útil como herramienta para los conflictos reales y que la TCD en concreto se presenta como aplicable a cualquier derecho posible, la usaremos para dilucidar, en la segunda parte del trabajo, su comportamiento frente al derecho islámico. Esto nos permitirá analizar si los postulados de esta teoría construida en el contexto de la Europa de los siglos xx y xxi pueden adaptarse a un derecho doctrinal religioso originado en la Edad Media y alejado de los elementos que el derecho occidental da por sentados (separación de poderes, precedente judicial, principio de igualdad o jerarquía judicial, entre otros). Y, en caso de que se dé tal adaptación habrá que dilucidar si, además, la TCD puede aspirar a ser usada por los operadores jurídicos para la obtención de soluciones en conflictos jurídicos concretos que involucran cuestiones ligadas a la *sharía*.

Este trabajo podría haberse limitado a un análisis puramente teórico de la *validez comunicacional* de las normas y del ordenamiento jurídico. Como señaló Kurt Lewin, «no hay nada más práctico que una buena teoría», y en ese sentido, la primera parte del estudio podría considerarse suficiente por sí misma. Sin embargo, una aproximación exclusivamente teórica habría dejado abierto el interrogante de si, pese a la pretensión de la TCD de ser aplicable a cualquier sistema jurídico, realmente lo es de manera efectiva.

Por esta razón, consideramos que la segunda parte de este trabajo constituye la cristalización de la propuesta comunicacional de la validez jurídica, pues es la que aborda su capacidad para enfrentarse a conflictos jurídicos actuales y para servir como herramienta eficaz incluso en contextos regidos por lógicas jurídicas distintas. De este modo, en la segunda parte, no solo se refuerza el marco teórico de la TCD, sino que se pretende validar su utilidad en escenarios prácticos y su potencial para responder a la diversidad de los sistemas jurídicos contemporáneos.

En la primera parte, nos adentramos en la construcción de la validez jurídica prestando especial atención a las dos dimensiones fundamentales de la validez: la formal y la material.

La validez formal, entendida como la pertenencia de una norma al ámbito jurídico, se analiza en relación con la estructura textual y sistémica del derecho. Por su parte, la validez material, fundamentada en los principios de justicia, se examina a través de su relación con los valores ético-sociales de una comunidad determinada. Asimismo, exploramos la interacción entre la validez jurídica y otros conceptos clave, como la eficacia, la efectividad y

la eficiencia de las normas, situando estos últimos en los marcos analíticos de la sociología del derecho y la economía jurídica.

En la segunda parte aplicamos la propuesta de validez jurídica desarrollada en la sección anterior a un caso específico: la *sharía* como ordenamiento jurídico, así como su interacción con el sistema jurídico español. La *sharía* representa un caso de estudio singular, que ilustra tanto la riqueza como los desafíos inherentes a la aplicación de la TCD a un sistema jurídico doctrinal y religioso surgido en un contexto histórico y cultural profundamente distinto al del derecho europeo contemporáneo. Nuestra aproximación pretende ir más allá de la mera identificación de algunos de los conflictos que se producen entre estos sistemas jurídicos, pues busca también establecer vías de interacción y de cooperación que, respetando los principios de justicia del derecho español, valoren la diversidad cultural y religiosa de la sociedad española contemporánea.

Como tendremos ocasión de constatar, desde una perspectiva hermenéutico-analítica, la *sharía* se configura como un ordenamiento jurídico no autónomo cuya implementación depende de las estructuras políticas y civiles de los Estados donde se aplica. Esta dependencia plantea desafíos particulares en su interacción con el derecho, español tanto en el ámbito de las relaciones intersistémicas (a través del derecho internacional privado) como en el de las relaciones interordinales (mediante el ejercicio del derecho a la libertad religiosa). Ante la imposibilidad de analizar todas las instituciones de la ley islámica y la potencial interacción de cada una de ellas con el derecho español, nos hemos centrado en el caso concreto de la recepción del matrimonio islámico en España y, de manera particular, en los desafíos que plantea una de sus instituciones, la poligamia.

En definitiva, este análisis persigue determinar si la TCD es capaz, en lo que a la validez se refiere, de superar las limitaciones de las corrientes tradicionales, así como también determinar si puede ser una herramienta eficaz para abordar conflictos jurídicos complejos y fomentar relaciones más inclusivas y respetuosas entre sistemas normativos en un mundo cada vez más interconectado. De este modo, aspiramos a contribuir al desarrollo de una teoría comunicacional del derecho que sea, además de teóricamente robusta, socialmente relevante y jurídicamente funcional.

PARTE I

La validez del ordenamiento en la TCD y la construcción de una concepción pluralista del derecho

Breve aproximación a la TCD

1. Punto de partida y perspectiva

Cuando se estudia la teoría del derecho, o cuando desde ella se pretenden hacer propuestas que aspiran a aportar o contribuir en alguna medida a la ciencia de los juristas, es necesario definir el punto de partida desde el que se va a trabajar. Hay que aclarar qué concepción se tiene del derecho, así como desde cuál de sus posibles ángulos se va a ofrecer el análisis o propuesta de que se trate.

El tema de este trabajo es la validez del ordenamiento y su aplicación a la *sharía*, así como a las relaciones que esta tiene con el sistema jurídico español. El método que vamos a usar para ello es el hermenéutico-analítico ideado por Gregorio Robles, o lo que viene a ser lo mismo, el método comunicacional. Esto motiva que antes de tratar el fondo de la cuestión dediquemos unas líneas para aproximar al lector a las bases de la TCD, pues si bien podemos afirmar que consiste en estudiar el derecho a partir del lenguaje de los juristas, tal aseveración merece una explicación un poco más detallada.

Para construir el edificio que sustenta el conjunto de su teoría del derecho, Robles empieza por buscar el denominador común a todas aquellas acciones con significación jurídica. En el camino que transita el autor para llegar a ese denominador común tiene un papel fundamental la corriente positivista y, de manera particular, la obra de Kelsen. El profundo conocimiento de la obra del vienés pone a Robles frente a las grandes aportaciones del positivismo normativista, pero también frente a sus debilidades y lagunas. Por ello, como veremos, en muchos puntos construye su propuesta pretendiendo sobrepasar las limitaciones en las que el positivismo, que tiene tendencia a situarse en un plano ideal, se queda varado cuando del derecho real se trata.

<https://dx.doi.org/10.5209/ejur.002.01>

La teoría comunicacional de la validez y su aplicación a las interacciones entre la sharía y el derecho español. Natalia Jiménez Arroyo. © Ediciones Complotense, 2026.

El positivismo se caracteriza por centrar su atención en la vertiente coactiva del derecho, ocupándose de detallar, delimitar y examinar minuciosamente los aspectos imperativos de los ordenamientos jurídicos, pero omite estudiar y tener en cuenta una parte significativa, al menos desde el punto de vista cuantitativo, de él. Nos estamos refiriendo a las facetas procedimentales y potestativas, que abarcan todas aquellas acciones, normas y elementos jurídicos cuyo contenido es no deóntico.

Al tomar en cuenta estos aspectos del derecho constatamos que el componente coactivo no es determinante para la juridicidad de ninguna acción. Tal constatación es la que lleva a Robles, tras analizar exhaustivamente todos los tipos de acciones con relevancia jurídica, a inferir que el denominador común en todos los elementos jurídicos es el hecho de que siempre se crean y manifiestan mediante procesos de comunicación:

...lo que tienen en común todos esos actos es el ser actos de comunicación, ya sea entre individuos o entre órganos del Estado e individuos. La misma calificación merecen los actos que relacionan los órganos del Estado entre sí, al igual que los Estados en sus contactos recíprocos (Robles y Madrigal 2022, 13).

El significado preciso de *proceso de comunicación* debe ser interpretado en un sentido amplio, pues no se limita exclusivamente a los procesos comunicativos plasmados a través del lenguaje escrito, sino que engloba también el lenguaje oral, e incluso el mímico y el simbólico. Por lo tanto, la idea no es que todo lo perteneciente al ámbito jurídico se exprese únicamente a través de texto escrito, sino, de manera más general, que sea susceptible de ser convertido en texto, ya que cualquier manifestación a través de lenguaje oral, gestos o símbolos podría transcribirse mediante texto escrito.

En este sentido, la TCD parte de la premisa de que las acciones realizadas por los seres humanos son textualizables y, como tales, susceptibles tanto de ser expresadas verbalmente como de ser explicitadas mediante lenguaje escrito (Robles y Madrigal 2022, 15). No obstante, el autor no pasa por alto que, a pesar de la solidez de esta premisa, resulta en última instancia insuficiente, ya que este denominador común se encuentra en cualquier actividad que tenga lugar dentro de la sociedad; no se limita únicamente al ámbito de la ciencia jurídica. El simple hecho de que los elementos jurídicos se creen y manifiesten como procesos de comunicación no constituye un criterio suficiente para diferenciar los fenómenos que pertenecen al ámbito jurídico. La tarea de es-

tablecer fronteras claras entre lo jurídico y las disciplinas sociales distintas al derecho, una distinción crucial en la TCD, se cristaliza a través del alto grado de formalización de los procesos de comunicación jurídica.

Es esencial discernir la comunicación social con relevancia jurídica de aquella que está fuera del ámbito jurídico. Esta distinción se basa en la atribución de significación jurídica solo a aquellas acciones categorizadas por el eje hermenéutico-analítico básico, compuesto por el ordenamiento y el sistema (Robles y Madrigal 2022, 15), clasificación que conduce inevitablemente al ámbito del lenguaje, porque la comunicación y los procesos comunicativos se producen únicamente a través de la herramienta que constituye el lenguaje. También el lenguaje debe ser entendido en sentido amplio, ya que esta categoría cubre las lenguas específicas como, por ejemplo, el alemán o el chino, pero también el lenguaje de signos o incluso el silbo gomero. De este modo, se incluyen en la noción de lenguaje tanto las formas orales como las escritas, así como las expresiones miméticas y aquellas que se manifiestan a través de las acciones que realizamos.

Para el estudio de la ciencia jurídica, una vez situados en el lenguaje como punto de partida genérico, hila más fino la TCD y propone que, de manera precisa, se parta de un lenguaje concreto: el lenguaje de los juristas. Es decir, se debe partir del lenguaje técnico que utilizan los juristas teóricos: académicos y estudiosos del derecho, así como juristas prácticos, que son los que operan con él en el día a día, desde abogados y procuradores hasta asesores de legisladores, registradores o jueces.

En resumen, la aproximación desde la que vamos a trabajar es la comunicacional, que consiste en llevar a cabo el estudio del derecho a partir del lenguaje de los juristas tomando en cuenta que la acción está en el corazón de todo lo jurídico y que es, en sí misma, un proceso comunicativo.

2. El principio de relatividad como punto de referencia constante

La TCD parte de una concepción perspectivista, de ahí que asuma que en el ámbito jurídico todo es relativo y que en algunos aspectos nos remita a las ideas de Protágoras y a postulados como «el hombre es la medida de todas las cosas», revelando un relativismo con tintes sofistas en el que es innegable, sobre todo, la profunda influencia de Ortega y Gasset. La huella palpable del ilustre filósofo español en la propuesta comunicacional no puede ser casualidad, pues a analizar parte de su obra dedicó Robles su tesis doctoral

(2022). La influencia de Ortega, trasladada a las ciencias jurídicas, hace que se constate que el derecho se manifiesta siempre en un determinado lugar y en un determinado tiempo, lo cual lo sitúa fuera de la esfera iusnaturalista, que restringe el fenómeno jurídico al *deber ser* desde una concepción de moral universal. Pero, a su vez, también supera las limitaciones del positivismo, que se ciñe a la tradición occidental codificadora y se queda necesariamente vinculado a la concepción moderna de Estado construido alrededor de la separación de poderes, con un papel central del elemento coactivo.

Así, en oposición a las grandes corrientes clásicas, la propuesta comunicacional pretende ser una teoría válida para todo ámbito jurídico posible. Esta ambición de ser una teoría o herramienta válida para todo el derecho imaginable solamente puede considerarse realista si se parte del relativismo, que en última instancia constituye la consecuencia lógica y necesaria del perspectivismo.

Hay en el mundo actual, ha habido en el pasado y habrá en el futuro, distintos ordenamientos jurídicos y cada uno de ellos representa, ha representado o representará «una perspectiva desde la cual es posible enfocar y en su caso resolver un problema jurídico» (Robles y Madrigal 2022, 29). No obstante, el autor se esfuerza por evitar que este relativismo jurídico se confunda con un relativismo moral. Por ello también, y tal como tendremos ocasión de examinar a lo largo de este trabajo, dedica una parte de su obra a distinguir entre los distintos órdenes normativos, y de manera particular entre el derecho y la moral. Este aspecto será fundamental para dar contenido a la validez material de las normas jurídicas y para completar la teoría de la validez que Robles desarrolla en su vertiente formal en el primer volumen de su *Teoría del derecho. Fundamentos de teoría comunicacional del derecho* (2015a).

3. Los tres pilares sobre los que se construye la propuesta comunicacional

La propuesta comunicacional construye una estructura paralela a la tradicional de la filosofía del lenguaje, aunque con los pertinentes ajustes para adaptarla a las peculiaridades y características del fenómeno jurídico.

La filosofía del lenguaje se construye sobre tres planos: sintaxis, semántica y pragmática. Muy brevemente, podemos decir que la sintaxis estudia los elementos simples del lenguaje así como las estructuras y las relaciones que tales elementos conforman al combinarse entre sí. Es lo

que tradicionalmente denominamos análisis gramatical y que nos permite en una oración identificar al sujeto, al verbo y a los complementos de este: atributivos, directos, indirectos, circunstanciales, etc. La semántica, por su parte, se centra en la atribución de significado y, por lo tanto, en ella entra en juego la interpretación. La pragmática, en último lugar, se ocupa de lo que puede denominarse como los *usos del lenguaje*, y se centra en las relaciones que se dan entre los diferentes actores: la relación entre el hablante y lo hablado, la relación entre quien escribe y aquello que se escribe, etc. Es decir, que se ocupa la pragmática de las relaciones «entre los sujetos que intervienen en la comunicación y los canales por los que esta se transmite» (Robles y Madrigal 2022, 33).

La estructura paralela adaptada a las ciencias jurídicas consiste en: la teoría formal (que se corresponde con la sintaxis), la teoría dogmática (que se corresponde con la semántica) y la teoría de las decisiones (que se corresponde con la pragmática).

3.1. Teoría formal

La teoría formal del derecho, que se corresponde con la sintaxis en la filosofía del lenguaje, es enlazada por Robles con la tradición del positivismo normativista, pues el elemento central de este pilar formal son las normas jurídicas. En la teoría formal, al poner de relieve la importancia de las normas jurídicas, puede constatarse que en realidad no se da un rechazo frontal al positivismo normativista, sino que de aquel se conservan aquellos elementos bien fundamentados y cuya solidez teórica ayuda al estudio y conocimiento del derecho. No obstante, es cierto que la propuesta de teoría de las normas robesiana se aleja de las propuestas normativistas, pues se caracteriza por focalizarse en la heterogeneidad de las normas jurídicas y en el tipo de relación que cada tipo de normas tiene con la acción.

Además, las diferencias entre el normativismo kelseniano y la aproximación hermenéutico-analítica de Robles se ponen de manifiesto también en la propia teoría formal, pues la TCD concibe el formalismo de un modo más radical que el normativismo kelseniano al separar la validez de las normas y su eficacia como dos cualidades pertenecientes a dos campos diversos y paralelos del conocimiento jurídico, tal como tendremos ocasión de ver con detalle más adelante. Sin embargo, la lejanía más importante entre la TCD y la teoría pura kelseniana se encuentra en el punto de partida del lenguaje de los

juristas de la primera, así como en su renuncia expresa a todo ontologismo, lo cual la convierte en perspectivista y relativista.

En lo que de manera concreta a la teoría de la validez se refiere, encontramos en la teoría formal el desarrollo esencial de su estructura y de gran parte de su contenido, pues, aunque este vendrá a completarse con la teoría dogmática y, sobre todo, con la teoría de las decisiones, y en particular en la teoría de la justicia que en el seno de esta última se desarrolla, es en la teoría formal donde se construye y expone la visión global de la *validez comunicacional*. Es en la teoría formal donde se defiende la tesis de la validez plena, integrante de la validez formal y de la validez material, así como la tesis de la presunción de validez, que consiste en asumir que un acto o norma jurídica están dotados de validez si tienen la apariencia de haber sido dictados por el órgano competente, dentro de su competencia y de acuerdo con el procedimiento establecido, siempre que otro órgano competente para declarar su invalidez no la haya declarado formalmente.

Es también en la teoría formal donde se destacan las similitudes estructurales entre el derecho y los juegos, pues a diferencia de numerosos autores que presumen una estrecha relación entre los órdenes morales y los sistemas jurídicos, Robles resalta las notables diferencias entre ambos, porque mientras que el primero se centra exclusivamente en los deberes, el segundo incorpora una amplia variedad de elementos, muchos de los cuales se apartan de las consideraciones éticas, ya que gran parte del derecho es simplemente convencional. Esta característica confiere al derecho una estructura y un funcionamiento que comparten similitudes significativas con los juegos. De esta manera, tanto en los sistemas jurídicos como en los juegos, encontramos regulaciones, aspectos espaciales (ya que muchos sistemas jurídicos, como los estatales, se aplican según criterios de territorialidad), elementos temporales (las normas se aplican a partir de una fecha específica, por ejemplo), sujetos concretos a los que se dirigen, competencias (así, los sistemas jurídicos otorgan, por ejemplo, a los jueces el poder de decidir sobre ciertos conflictos, de manera análoga a cómo algunos juegos, como el fútbol, confieren tal potestad a los árbitros), procedimientos que establecen las formas en que se debe proceder para alcanzar un objetivo determinado, derechos y poderes, y, en última instancia, deberes.

Este paralelismo entre juegos y derecho no debe ser entendido como una confusión entre ambos ni tampoco como una asimilación. Comparado con la simplicidad de los juegos, el derecho es complejo, sobre todo si tomamos en cuenta el de las intrincadas sociedades actuales. A pesar de ello, acaso por su

simplicidad, estos últimos se convierten en un modo sencillo de aproximarse al entendimiento y estudio del derecho, pues la gran cantidad de elementos comunes junto con la sencillez de los juegos frente al enrevesamiento del derecho convierten a los primeros en una herramienta útil para la identificación y comprensión de los elementos del segundo.

La teoría formal se ocupa asimismo de la relación entre los sistemas jurídicos entre sí; es decir, de las relaciones intersistémicas. Esto trae como consecuencia que, por principio, la TCD sea pluralista, pues asume la existencia de una diversidad de ordenamientos jurídicos, lo cual la opone al monismo tradicional iusnaturalista que es también retomado por algunos positivistas, incluido el propio Kelsen. Este punto, que ha sido objeto de una monografía específica publicada por Robles en 2007, supone una gran aportación, entre otras cosas, por la escasez de aportaciones de la doctrina sobre la cuestión del pluralismo jurídico en el marco de la teoría del derecho y las relaciones que se dan entre los diferentes sistemas jurídicos. En efecto, desde la publicación de la obra de Santi Romano, el tema ha pasado a menudo desapercibido para los teóricos del derecho. En este trabajo abordamos esta cuestión en algunas de sus manifestaciones.

También la teoría formal analiza las relaciones que se ocasionan entre los ordenamientos jurídicos y otros órdenes normativos, como son la moral, los usos sociales o la religión. Todos estos aspectos, ligados a la validez de las normas, del ordenamiento y de los sistemas jurídicos son abordados en este trabajo, primero en un plano teórico examinando y participando en la construcción de una validez comunicacional y, después en un plano de derecho positivo, al revisar la condición de ordenamiento jurídico de la *sharía* y sus interacciones con el sistema jurídico español.

3.2. Teoría de la dogmática y método jurídico

La teoría de la dogmática es el pilar de la TCD que encuentra su paralelismo en el plano semántico de la filosofía del lenguaje. La institución es el elemento central de este pilar y, por lo tanto, alrededor de él pivota toda la teoría dogmática. La noción de institución viene a ilustrar la visión holística de Robles, pues supone el sentido coherente de las diferentes normas que regulan un mismo conjunto conceptual. Solamente poniendo las diferentes disposiciones normativas en común pueden aquellas alcanzar pleno sentido. El sentido que efectivamente tienen las normas, elemento nuclear de la teoría formal,

por consiguiente, las supera, porque no se encuentra en ellas mismas, sino que está en una unidad que las engloba y les da coherencia: la institución.

Esta interpretación del contenido de las normas de modo unitario es lo que caracteriza la *construcción hermenéutica* del derecho y a ello se dedica la doctrina jurídica, convirtiendo la totalidad textual ambigua, con lagunas, incoherente y caótica que es el ordenamiento, en un sistema jurídico *con sentido*, capaz de ofrecer soluciones consistentes y de tener coherencia interna.

En este pilar, la teoría dogmática, es donde hay que encontrar también el método que hemos seguido para el estudio de la validez del ordenamiento en este trabajo, así como para posteriormente aplicar el modelo teórico comunicacional de la validez a las relaciones entre la *sharía* y el sistema jurídico español.

Fundamental a este respecto es hacer referencia a que la aproximación que se hace del derecho en este trabajo, siguiendo la concepción comunicacional, es de tipo interno. Es decir, el derecho es observado y analizado desde dentro. En este sentido, se diferencia claramente esta aproximación del positivismo realista pues, aunque no todos los autores realistas llegan al extremo de entender que la ciencia jurídica debe ser en realidad la sociología jurídica, sí existe una falta de delimitación generalizada entre la teoría del derecho y la sociología del derecho. En este punto Robles se mantiene de modo rígido dentro del marco de la teoría del derecho, rechazando por principio el uso que pueda hacerse de conceptos como la eficacia de las normas para llenar de contenido el concepto de validez jurídica.

El hecho de trazar fronteras infranqueables entre la teoría del derecho y la sociología del derecho no está ligado a un desprecio hacia esta última o hacia otras ciencias que estudian el derecho desde fuera, como es el caso del análisis económico del derecho, la psicología jurídica, la antropología jurídica o de la historia del derecho, así como la filosofía moral y la política del derecho. La única pretensión de la TCD con esta marcada frontera es delimitar el ámbito de estudio de cada ciencia, así como las herramientas a utilizar para tal estudio y los puntos de referencia a tomar en cuenta.

3.3. Teoría de las decisiones

La teoría de las decisiones corresponde a la pragmática en la filosofía del lenguaje y en la obra de Robles se desarrolla en último lugar de un punto de vista cronológico, pues es el volumen que se ha escrito y publicado en último

lugar. A pesar de ello, dentro del fenómeno jurídico la parte que se engloba en la teoría de las decisiones está en la génesis, pues cualquier ordenamiento jurídico viene precedido necesariamente por una o varias decisiones. El volumen dedicado a la teoría de las decisiones vio la luz cuando este trabajo había ya empezado su andadura, y supone la posibilidad de culminar la teoría comunicacional de la validez de manera completa, pues en el seno de la teoría de las decisiones se cristaliza la teoría comunicacional de la justicia, que termina de llenar de contenido el aspecto material de la validez. A la teoría de las decisiones hacemos referencia en varios capítulos de la primera parte de este trabajo, lo que nos llevará a abordar tangencialmente algunas cuestiones emblemáticas del derecho, como los juicios de Núremberg y la crisis positivista que estos supusieron. Las opciones entre las que pudieron elegir los jueces de Núremberg suponen una disyuntiva descorazonadora del punto de vista jurídico, pues parece que solamente dejando impunes actos horribles podía haber coherencia con el derecho positivo, a la vez que solo atentando contra los más básicos principios de seguridad jurídica podían condenarse conductas que, por muy inmorales que fueran, se amparaban en la legalidad vigente.

Durante mi primera lectura del primer volumen de *Teoría del derecho. Fundamentos de teoría comunicacional del derecho*, creí que merecía la pena analizar si mediante esta propuesta jurídica que Robles ofrecía era posible llegar a una solución jurídicamente sólida, tanto desde los parámetros formales como desde los parámetros de la justicia material, para esa clase de conflictos extremos que ponen en entredicho el propio valor de la vida humana. Si bien esta inquietud está en el origen de este trabajo, hasta sus últimas páginas no se puede abordar esta cuestión con todos los elementos, lo que entra en coherencia con la visión comunicacional, pues hay que tomar en cuenta que, para aquella, el entendimiento del derecho no puede conquistarse mediante un *ataque frontal*, sino como la conquista de Jericó, dando vueltas y más vueltas alrededor. Cierto es que Jericó se conquistó en siete días y que este trabajo nos ha tomado más de tres años, lo que viene a rendir cuenta de la complejidad del fenómeno jurídico y de lo absurdo de pretender abrazarlo con definiciones simples o aproximaciones parciales.

Los procesos decisionales son la base de este tercer pilar, el de la teoría de las decisiones, que han sido profusamente estudiados desde otras ciencias, y en particular desde las ciencias económicas, pero que a menudo han sido descuidados por las ciencias jurídicas, pues se configuran como el aspecto dinámico del derecho y en muchos casos observamos una tendencia al estu-

dio meramente estático del mismo. La tendencia a focalizarse en la vertiente estática crea una brecha entre la teoría del derecho y la realidad del derecho que disminuye el potencial rol de la teoría del derecho para dar herramientas útiles a los operadores jurídicos.

En la teoría de las decisiones vemos como el desarrollo jurídico de Robles se desliga totalmente de los planteamientos iusnaturalistas, pues se esfuerza por dejar claro que el razonamiento jurídico es distinto del razonamiento moral y, a diferencia de otros autores, niega también que pueda encuadrarse como una modalidad del mismo. La moral tiene deberes, y también los tiene el derecho. Sin embargo, el derecho tiene muchos otros elementos y la moral, en cambio, se limita a los deberes sin tan siquiera que estos tengan su contrapartida en forma de derechos subjetivos. Además, en la moral no existen los procedimientos ni en ningún caso las normas procedimentales, los jueces, etc. Pero hay, sobre todo, un elemento fundamental que distingue el derecho en su aspecto y contenido material, de la moral: la necesaria conexión con las coordenadas de tiempo y de espacio.

La teoría comunicacional de la justicia es parte de la teoría de las decisiones y es una teoría ambital, porque cada ámbito jurídico, que a su vez está conectado con un ordenamiento jurídico y con un sistema jurídico, tiene una determinada *moral jurídica*. Así, la justicia jurídica está ligada a los elementos espacio-temporales, y justamente por ello distingue Robles claramente la moral del derecho, porque para él la moral sí es universal. Esta concepción tan diametralmente opuesta entre la moral, entendiendo esta como universal, y la justicia jurídica, que está ligada a coordenadas de espacio y tiempo, obligan a Robles a diferenciar nítidamente entre ambos conceptos, pues en su propuesta, a diferencia de lo que planteaba Aquino, la validez material de las normas no vendrá determinada por la conformidad a unos valores morales universales, sino por la conformidad a los valores de una determinada sociedad, en un momento concreto. Expresamente dice Robles que no le parece posible presentar una teoría de la justicia jurídica atemporal, lo cual, combinado con una noción de moral que sí es universalista, lleva a Robles a plantear una teoría de la justicia en dos planos: el ambital y el extra-ambital.

Desde la TCD, el derecho se percibe como una red cuyos elementos están todos ligados entre sí. Por ello, cualquier elemento jurídico que se quiera estudiar debe ser analizado desde los tres planos de aproximación a la ciencia de los juristas que prevé: teoría formal, teoría dogmática y teoría de las decisiones. Obviar cualquiera de estos planos dejaría nuestro análisis cojo, amputado de la visión y análisis holístico que necesariamente se necesita para ofrecer una visión completa de cualquier elemento con significación jurídica.

4. El método hermenéutico-analítico en espiral

La TCD define el método que emplea para el estudio del derecho como hermenéutico-analítico, lo cual puede parecer una incongruencia, dado que tradicionalmente los hermeneutas y los analíticos pertenecen a corrientes de pensamiento, no solo distintas, sino incluso contrapuestas.

La hermenéutica nos lleva a un método de estudio consistente en la *interpretación constructiva* (Robles y Madrigal 2022, 59). Todo aquello que se percibe a través de procesos de comunicación debe ser interpretado y, mediante ese ejercicio de interpretación se está en realidad construyendo. Esto no se relaciona solamente con el modo en que el derecho se estudia, sino también con el modo en que el derecho se hace, pues como afirma Medina: «El derecho se hace haciéndolo» (2020).

Así, la interpretación es una actividad necesaria en cualquier proceso de comunicación y, a su vez, el hecho de llevar a cabo la interpretación supone la construcción del significado del mensaje, de su sentido último. Y desde la óptica comunicacional es interpretativo cualquier tipo de conocimiento, tanto el de tipo filosófico como el de tipo científico. De nuevo, en esta concepción, vemos el distanciamiento de Robles respecto del positivismo normativista, que entiende que el método científico lleva necesariamente al descriptivismo, mientras que en la TCD la interpretación se sitúa en el centro del método de estudio del derecho.

En lo que a normas jurídicas en particular se refiere, así como a los hechos que son enjuiciados a ojos de estas, se da siempre la interpretación jurídica, «y, con ello, un conjunto de decisiones que a cada paso el juez tomará hasta llegar a la conclusión o fallo judicial, al cual se suele designar también como *decisión judicial*» (Robles y Madrigal 2022, 60). El procedimiento interpretativo, pues, es inherente al estudio de la ciencia jurídica, pero también a la propia construcción jurídica que llevan a cabo diariamente la doctrina, así como los aplicadores del derecho como jueces, registradores, etc.

La hermenéutica está en el corazón de la TCD porque, como tendremos ocasión de ver a lo largo de este trabajo, la visión holística y de conjunto que tiene del derecho es esencial en su concepción y en su aproximación al mismo. Y, puesto que la hermenéutica pretende captar el sentido de un todo, de un conjunto, no cabe más que aceptar que el derecho, en una visión comunicacional, debe estudiarse necesariamente desde un método hermenéutico.

La analítica, por su parte, suele desligarse de las visiones de conjunto para centrarse en la investigación pormenorizada de los componentes simples que

compongan aquello que se esté investigando. La analítica suele descomponer en pequeñas unidades el objeto complejo que quiere investigar y, partiendo del estudio pormenorizado de esas unidades elementales, busca después las conexiones que les unen entre sí hasta que se llega a formar el todo. Es un análisis típico de la química o del álgebra, pero también de la lingüística y de ciertas corrientes filosóficas.

La propuesta metodológica comunicacional pretende superar la aparente contradicción entre ambos métodos a través de una conjunción de estos (adaptada al derecho) inspirada en la fusión entre ambos que hace la filosofía del lenguaje.

La clave para aunar los métodos hermenéutico y analítico en un sistema de cooperación en lugar de un antagonismo excluyente radica en tomar los procesos de comunicación como punto de partida para el estudio del derecho. Esto tiene unas implicaciones que, de manera no solo lógica, sino casi necesaria, transforman el tradicional antagonismo de los métodos hermenéutico y analítico en una situación en la que de manera ineludible se vuelven el uno aliado del otro. Retomando las palabras de Robles:

La hermenéutica está en el fondo de todo análisis lingüístico, pues sin interpretación no es posible la comprensión de textos, y sin la comprensión en vano se pretenderá hacer análisis formales. Sentido y forma interactúan en una especie de espiral hermenéutica, pues sin captar el significado de los contenidos difícilmente se puede diseñar la forma; y, a su vez, sin análisis de la forma, es imposible la comprensión cabal de los contenidos textuales (2022, 63).

Hay una constante retroalimentación entre la hermenéutica y la analítica en este trabajo, ya que se parte de una visión de conjunto y desde ella se acerca la lupa para detectar los elementos simples, analizarlos y conectarlos entre sí. Posteriormente, se vuelve a alejar el foco, regresando a una mirada global, que permita conectar entre sí los diferentes análisis y retomar la visión de conjunto. Por ello, entendemos que incluso más correcto que hablar del método hermenéutico-analítico, sería hablar del *método hermenéutico-analítico en espiral*, pues se van retroalimentando ambos métodos en una espiral constante de evolución y construcción.

Este método *hermenéutico-analítico en espiral*, que también puede simplemente denominarse *comunicacional* se pretende «susceptible de aplicarse, aunque con matices diferentes, a todos los ámbitos jurídicos y en las tres di-

menciones señaladas correspondientes a la teoría formal, la teoría de la dogmática y la teoría de las decisiones jurídicas» (Robles y Madrigal 2022, 71). Esto, en resumidas cuentas, viene a significar que el autor entiende que su TCD es una herramienta que puede ofrecer soluciones para los conflictos de tipo jurídico en cualquier derecho posible.

La validez: el uso técnico-jurídico de un término marcado por la carga moral

1. Validez: origen y significado lingüístico

1.1. Origen, vocablos emparentados y significado corriente

El término *validez* se utiliza con frecuencia en el ámbito jurídico, siendo aplicado en todas las ramas del derecho. Sin embargo, su significado no es uniforme, ya que adquiere distintas connotaciones según la subdisciplina desde la cual se aborde: su interpretación puede variar significativamente entre el derecho laboral, el derecho civil y la teoría del derecho, por ejemplo. Además, existen términos relacionados, tanto por su etimología como por su significado, que también se emplean en contextos jurídicos y presentan matices diferenciados. Es el caso de *valer*, *válido* o *válidamente*. Estas diferencias semánticas y contextuales hacen necesario, especialmente al abordar el tema desde la perspectiva de la TDC, realizar una revisión lingüística preliminar del término antes de adentrarnos en un análisis hermenéutico-analítico de la validez de las normas jurídicas.

El término *validez* no solo ocupa un lugar destacado en el lenguaje jurídico habitual, sino que también ha sido, y continúa siendo, objeto de numerosos estudios doctrinales. Su estrecha relación con la legitimación y la existencia misma del derecho lo convierte en un tema imprescindible para cualquier teoría jurídica, ya que la *validez* se adentra en las raíces más profundas de la concepción del derecho, haciendo de su análisis una tarea fundamental para desentrañar la esencia misma de aquel.

<https://dx.doi.org/10.5209/ejur.002.02>

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.

A pesar de la abundante literatura dedicada al concepto de validez, sigue siendo una cuestión difícil de esclarecer. Como señala Robles, es una

cuestión problemática donde las haya, pues en torno a su concepto se centran [...] todas las concepciones teóricas sobre el derecho. Depende de qué postura filosófica se mantenga para que la respuesta a este problema de la validez sea una u otra. Ciertamente que esto sucede con casi todos los interrogantes de la ciencia jurídica, pero, por decirlo así, en el tema de la validez se hace aún más patente; pues en él, en el fondo, se está debatiendo sobre la misma naturaleza del derecho en su conjunto (2015a, 325).

Por lo tanto, el análisis de la validez conlleva abordar un tema técnico, así como también adentrarse en un debate filosófico que influye directamente en cómo entendemos y cómo definimos el derecho. Esto hace que cualquier intento de clarificar su significado sea, no solo una cuestión semántica, sino un ejercicio esencial para cualquier teoría jurídica que aspire a ser completa y rigurosa.

En este trabajo se aborda el estudio de la *validez* utilizando el método hermenéutico-analítico desarrollado por Gregorio Robles, lo que nos lleva a iniciar el análisis con una revisión de la noción de *validez* desde el punto de vista lingüístico. Este punto de partida no es trivial, ya que una de las principales causas de la falta de consenso sobre el contenido y los límites de este concepto entre las distintas corrientes doctrinales estriba en que los autores, al emplear el término *validez*, suelen referirse a situaciones, instituciones o realidades jurídicas diversas.

En este sentido, resulta especialmente relevante el interesante debate que se dio entre Hart y Ross en torno a ciertas acepciones del término *valid* en inglés, pues al menos en uno de los puntos de divergencia, no existe una auténtica desavenencia entre los autores, sino un malentendido derivado del hecho de que Ross emplea el término *valid* para referirse a una situación distinta a la que alude Hart (Ross 2008).

Por ello, iniciar con un análisis lingüístico del término, como propone la TCD, puede contribuir a clarificar si la aparente falta de consenso doctrinal es tan amplia como se percibe o si, en realidad, muchas de las divergencias responden más bien a que los autores abordan cuestiones distintas bajo un mismo término.

Empezamos, pues, por apartarnos momentáneamente del ámbito jurídico para examinar el término *validez* y sus connotaciones en el lenguaje común,

tomando como referencia la definición proporcionada por la Real Academia Española (RAE). Según esta institución, *validez* se define como la *cualidad de válido*, lo que nos remite a las diversas acepciones del adjetivo correspondiente: firme, subsistente y con valor legal; aceptable, como en *un argumento válido*; referido a una persona anciana que puede valerse por sí misma; o, en su uso poco frecuente: robusto, fuerte o esforzado. La última acepción conecta directamente con el significado original del término en latín, *validus*, que alude a la fortaleza y la buena salud, mientras que las demás, aunque presentan matices distintos, comparten una connotación positiva asociada a lo correcto, a lo aceptado o a aquello que es conforme.

El uso de *validez* y de los términos relacionados es habitual en la vida cotidiana y, aunque su aplicación varía, siempre mantiene una relación implícita con las ideas de corrección y de positividad. Por ejemplo, al decir «el árbitro dio el gol por válido tras comprobar que no había fuera de juego» o «este DNI ya no es válido, está caducado desde hace cuatro meses», percibimos que lo *válido* se asocia con algo conforme a la norma o a una regla. Asimismo, en expresiones como «es una persona muy válida, por eso la han promovido», se intuye que lo *válido* está vinculado a una cualidad meritosa.

Como señala Robles, *válido* a menudo se emplea como sinónimo de *valioso*, atribuyendo al término una carga de poder, estimación o riqueza, incluso en un sentido metafórico (2015a, 326). Esto hace que, de manera muchas veces inconsciente, el uso de la palabra *validez* genere una percepción moral positiva hacia el objeto o comportamiento al que alude. Por el contrario, lo *inválido* se asocia con aquello que carece de vigor, está viciado o resulta inadecuado para la finalidad deseada, reforzando la oposición entre ambos conceptos y, por ende, entre sus implicaciones éticas.

Al examinar estas connotaciones en el lenguaje cotidiano, es evidente que el término *validez* no es meramente descriptivo, sino que lleva consigo un componente valorativo que influye en nuestra percepción, incluso antes de abordar su dimensión jurídica.

1.2. La validez como término técnico-jurídico

1.2.1. La definición de validez jurídica: ¿una batalla perdida de antemano?

La validez en el ámbito jurídico se caracteriza, en primer lugar, por su amplia aplicabilidad: es un adjetivo que puede atribuirse y valorarse respecto a la

mayoría de los elementos que componen el ordenamiento jurídico, e incluso en relación con el ordenamiento jurídico en su conjunto. Esta amplitud resulta comprensible si concebimos el derecho como un organismo integrado, donde cada uno de sus componentes puede evaluarse en términos de validez o invalidez según su conformidad y su adecuación a los fines perseguidos.

Una segunda característica relevante de la validez jurídica es su inherente ambigüedad (Vigo 2013, 100) pues, aunque el término se utiliza con frecuencia en la práctica jurídica, su significado varía según el contexto. Lejos de disminuir su importancia, esta ambigüedad resalta su omnipresencia en el derecho, ya que la validez está vinculada a cuestiones esenciales en todas las ramas del derecho, hasta el punto de que no se conoce teoría jurídica alguna que no enfrente interrogantes relacionados con la validez o la invalidez jurídicas.

Dada su omnipresencia, definir la *validez* desde una perspectiva técnico-jurídica se convierte en una tarea esencial, aunque profundamente compleja debido a su amplitud y naturaleza ambigua. Robles enfrenta este desafío a través de una triple aproximación en su propuesta teórica, buscando una comprensión integral que abarque tanto los aspectos formales como los materiales de la *validez*.

En su obra *Teoría del derecho. Fundamentos de teoría comunicacional del derecho* (2015a), dedica el primer volumen a los fundamentos formales, incluyendo el análisis de la *validez formal*. Por otro lado, el tercer volumen, centrado en la teoría de las decisiones, explora la *validez material*, abordando cuestiones clave como la relación entre derecho y moral, la noción de ámbito jurídico y la teoría de la justicia (2021). Estos elementos resultan esenciales para una comprensión completa de la *validez material* desde esta perspectiva teórica.

Lingüísticamente resulta esclarecedor partir de la definición que el autor ofrece sobre la validez formal porque este término, aplicado principalmente a normas y actos, puede extenderse a cualquier elemento del derecho. Por ello, busca identificar un denominador común que permita formular una definición general. Según la TCD, la validez formal equivale a la juridicidad, entendida como la pertenencia al sistema jurídico (Robles 2015a, 376). Aunque esta idea es matizable según el contexto, proporciona una base sólida para abordar el concepto y las implicaciones del mismo en los distintos niveles del derecho.

En este trabajo analizamos la validez desde la perspectiva comunicacional, centrándonos en su definición y en su desarrollo desde la TCD, pero dado que en este capítulo estamos abordándolo exclusivamente desde la perspectiva lingüística, dejamos en este momento de lado las cuestiones de fondo

relacionadas con la definición y nos centramos exclusivamente en las implicaciones lingüísticas de la propuesta de *validez jurídica*. Hay que precisar, no obstante, que antes de ofrecer su definición, Robles aclara los elementos a los que se refiere:

La validez formal, como se desprende de las lecciones anteriores, no puede ser considerada como una cualidad exclusiva de las normas jurídicas, sino también de las acciones o actos, y, por consiguiente, de las decisiones jurídicas, ya que éstas constituyen un tipo de acción (2015a, 374).

Partiendo de esta premisa, indagamos ahora sí, desde el punto de vista lingüístico, la equivalencia entre validez y juridicidad se sostiene tanto para normas como para actos jurídicos.

En el caso de las normas, asumir como válida cualquier norma que forme parte del sistema jurídico no plantea conflicto alguno: ni con el significado de validez en el lenguaje corriente ni con la connotación moral positiva asociada al término. En principio, toda norma que integra un sistema jurídico lo hace porque dicho sistema la considera adecuada. Si una norma no cumpliera con los requisitos establecidos (por contravenir normas superiores, por no haber sido aprobada conforme a los procedimientos legales o por cualquier otra razón), sería anulada y, en consecuencia, dejaría de pertenecer al sistema.

Aunque persisten cuestiones doctrinales complejas, como si la juridicidad debe asimilarse a la existencia, a la obligatoriedad o a la aplicación efectiva (todas sin una respuesta consensuada), puede afirmarse que, desde un punto de vista lingüístico, la asociación entre validez y juridicidad es pertinente en relación con las normas. No se conocen normas que, perteneciendo al sistema y gozando de juridicidad, puedan ser consideradas inválidas desde una perspectiva estrictamente jurídica. Toda norma que forma parte del sistema jurídico desempeña una función dentro de él y se ajusta, en mayor o menor medida, a su ética. Esto no implica que no puedan existir normas que modifiquen la moral del sistema; más bien, tales normas transforman el espíritu del propio sistema jurídico.

Un ejemplo ilustrativo de esta dinámica es la evolución de la regulación del matrimonio en el sistema jurídico español. Hace algunas décadas, el matrimonio se concebía como una institución de vocación permanente, sin posibilidad de disolución, pero posteriormente, en 1981, se aprobó en España la Ley del Divorcio, que permitió la disolución del vínculo matrimonial. Esta ley no puede considerarse contraria al sistema jurídico; al contrario, el siste-

ma se adaptó al cambio legislativo e incorporó el nuevo punto de vista moral. Aunque el matrimonio continuó siendo una institución orientada hacia la permanencia, la posibilidad de disolución bajo ciertas circunstancias fue aceptada como parte del sistema. Este ejemplo refleja cómo las normas pueden reconfigurar la moral del sistema sin comprometer su coherencia interna.

1.2.2. *Los inconvenientes del uso del término validez en relación con los actos jurídicos*

El análisis lingüístico que hemos realizado en relación con las normas puede extenderse también a los actos jurídicos. Los actos jurídicos, por definición, son aquellos que pertenecen al sistema jurídico, están previstos en él y son definidos en sus formalidades por normas procedimentales. La manera en que estos actos se integran en el ordenamiento jurídico varía: pueden estar previstos para ser permitidos, ordenados o prohibidos. Esta posición no es exclusiva de la TCD, sino que es ampliamente aceptada en la doctrina, desde las corrientes civilistas (que inicialmente se centraron en el estudio de la validez de los actos) hasta las administrativistas y otras subdisciplinas jurídicas. En todas estas corrientes, se comparte la idea de que los actos válidos son aquellos que forman parte del sistema jurídico (Delgado 2005).

Dentro del sistema jurídico, los actos pueden clasificarse en tres grandes categorías: los permitidos, como contraer matrimonio, obtener un permiso de conducción o alquilar una vivienda; los ordenados, como el cumplimiento del pago de impuestos, mantener en vigor el documento nacional de identidad o respetar las normas de tráfico; y los prohibidos, como cometer delitos tipificados en el código penal o llevar a cabo despidos discriminatorios por motivos de raza o sexo.

Esta diversidad en la tipología de los actos, unida a la carga connotativa del término *validez*, plantea una situación peculiar y, a primera vista, contradictoria, porque si asumimos que la validez de un acto depende exclusivamente de su juridicidad, surgen conceptos como el de *actos válidos prohibidos* (Delgado 2005, 11). Por ejemplo, cuando una persona, actuando con dolo y alevosía, mata a otra, comete un acto que el ordenamiento jurídico clasifica como asesinato y prohíbe categóricamente. Pero ello no es óbice para que este acto deba considerarse como jurídicamente válido en el sentido de que está contemplado y regulado dentro del sistema normativo. Esta interpretación se ajusta a la definición doctrinalmente aceptada de *validez* en los actos jurídicos, que se limita a su inclusión en el sistema normativo, sin implicar

necesariamente su legitimidad o permisibilidad moral, lo cual lleva a la paradoja de que un acto pueda ser a la par jurídicamente válido y prohibido.

Esta paradoja subraya una diferencia clave respecto a las normas, pues mientras que en el caso de las normas la licitud puede asumirse por su mera pertenencia al sistema, en los actos dicha equivalencia no existe. Tanto los actos permitidos y ordenados como aquellos prohibidos pueden ser calificados como jurídicos y, por lo tanto, como válidos en el marco del sistema. Este matiz pone de manifiesto cómo, desde el punto de vista lingüístico y conceptual, la relación entre validez y juridicidad presenta una mayor complejidad en el ámbito de los actos que en el de las normas.

Esta situación plantea dos posibles aproximaciones teórico-jurídicas al término *validez*. La primera opción consiste en mantener estrictamente la equivalencia entre validez y juridicidad, lo que implicaría despojar al concepto de validez, en su uso técnico-jurídico, de la carga moral positiva que posee en el lenguaje cotidiano. En este caso, se asumiría que incluso los actos jurídicos ilícitos (es decir, los actos prohibidos por el sistema), serían considerados válidos si cumplen con los criterios de pertenencia al sistema jurídico.

La segunda opción es preservar en el ámbito técnico-jurídico la connotación moral positiva que acompaña al término en el lenguaje común. Esto conllevaría restringir el uso del adjetivo *válido* para aquellos actos que el sistema jurídico considera lícitos, es decir, para los actos permitidos y ordenados. En esta opción los actos ilícitos, aunque jurídicamente contemplados, no serían calificados como válidos.

Ambas opciones conllevan implicaciones significativas. Optar por la primera podría generar confusión entre la ciudadanía y los operadores jurídicos, pues consiste en emplear un término que en el lenguaje cotidiano sugiere conformidad moral para referirse también a actos ilícitos. Por otro lado, adoptar la segunda opción implica un debilitamiento en la consistencia de la definición de validez en derecho ya que, si aquella se define como *juridicidad* y, sin embargo, se excluyen ciertos actos jurídicos (los ilícitos) de la categoría de válidos, la definición pierde coherencia, al menos en lo que respecta a los actos jurídicos. Este problema no se presenta, como hemos visto, en el caso de las normas, donde la equivalencia entre validez y juridicidad se mantiene sin contradicciones. Robles, al igual que la mayoría de la doctrina (Delgado 2005), opta explícitamente por la segunda aproximación (2015a, 374-377) y en el marco teórico que propone restringe el uso del término *validez*, en lo que respecta a los actos, a aquellos que el sistema jurídico considera lícitos. Esta posición permite preservar la conexión entre validez y conformidad moral, aunque a costa de

introducir una distinción conceptual entre validez y juridicidad que debe ser reconocida y justificada en el análisis teórico.

Este posicionamiento, aunque favorece la claridad y accesibilidad del lenguaje jurídico para el común de los ciudadanos, introduce un problema fundamental al restringir el uso del término *validez*, en relación con los actos, exclusivamente a aquellos considerados lícitos. Al hacerlo, se genera una contradicción con la definición de *validez* como juridicidad, ya que los actos con significación jurídica que están prohibidos por el ordenamiento se quedan en un limbo, sin pertenecer a una categoría coherente. Esta exclusión vacía de contenido práctico la equivalencia entre validez y juridicidad, debilitando la consistencia teórica del concepto.

Este intento de conciliar el uso corriente de la palabra *validez* con un empleo técnico-jurídico consistente lleva, como señala Ródenas (2009), a situaciones que podrían calificarse de *esquizofrenia jurídica*, expresión que ilustra el conflicto entre dos exigencias incompatibles: por un lado, la necesidad de que el lenguaje jurídico sea comprensible y, por otro, la exigencia de coherencia conceptual dentro de las categorías del derecho.

En este contexto, surge una pregunta fundamental: ¿es realmente conveniente definir la validez jurídica? Tal vez sería más prudente renunciar a una definición exhaustiva y aceptar que la validez jurídica es un concepto relacional y dependiente del contexto, en lugar de un término unívoco que pueda abarcar todas sus manifestaciones en el sistema jurídico.

En clave comunicacional, el análisis de cualquier elemento del derecho debe partir del lenguaje, y en particular del empleado por los juristas. Sin embargo, cuando se enfrenta la imposibilidad de formular una definición lingüística consistente, sólida y precisa para algún elemento jurídico, surge la cuestión de cuál debería ser la actitud más adecuada. Una opción es mantener una definición lingüística, incluso si presenta inconsistencias, con el fin de contar con un punto de partida que permita construir el entramado teórico-jurídico en torno a la noción en cuestión. La alternativa sería rechazar esa definición lingüística cuando las características del elemento hagan imposible que sea consistente, limitándose a dotar de contenido al concepto sin necesariamente definirlo.

Robles opta por la primera opción en el caso de la validez, mientras que en lo que respecta al derecho adopta la segunda opción, pues renuncia a dar una definición de derecho (Robles 2015a, 49-53). Esta divergencia en el tratamiento de ambas nociones resulta particularmente interesante cuando se contrasta con el enfoque de Sánchez Díaz, para quien la pregunta sobre la validez

jurídica equivale, en esencia, a una reflexión sobre qué es el derecho, aunque formulada de manera distinta (2011b). Desde la perspectiva de Sánchez Díaz puede considerarse que Robles, aunque explícitamente renuncie a definir el derecho de manera precisa, en realidad lo construye implícitamente a través del desarrollo de sus elementos fundamentales, como la validez.

El análisis detallado que Robles realiza sobre conceptos como la validez, la acción, las normas o la justicia puede interpretarse como un intento de definir el derecho desde sus componentes clave. Así, a pesar de que no ofrece una definición breve y concisa de derecho, el conjunto de los tres volúmenes de *Teoría del derecho. Fundamentos de teoría comunicacional del derecho* permite vislumbrar una suerte de definición relacional y compleja. De esta manera, su elección de abordar explícitamente la validez mientras traza indirectamente una definición del derecho refleja una estrategia para abarcar la naturaleza multifacética y compleja de este último. Esta aproximación evita caer en rigideces conceptuales y, al mismo tiempo, ofrece un marco analítico sólido para entender los elementos esenciales que lo constituyen.

2. El uso del término *validez* en los textos jurídicos: ¿un desafío a los requisitos de claridad y precisión del lenguaje jurídico?

La discusión sobre el uso del *buen lenguaje* en los textos jurídicos plantea cuestiones fundamentales en torno a la inteligibilidad y la función del derecho en la sociedad (Prieto 1991). Cuando se exige que el lenguaje jurídico sea accesible y comprensible, surge inmediatamente la pregunta de si esta exigencia se refiere únicamente a aspectos formales (claridad, precisión y corrección gramatical) o si también incluye consideraciones sobre la carga ideológica o moral que pueda transmitir. En otras palabras, ¿debería el lenguaje jurídico ser, además de claro, aséptico desde el punto de vista moral e ideológico?

Desde una perspectiva descriptivista e instrumentalista, asociada con concepciones positivistas del derecho, la claridad del lenguaje jurídico se vincula con la idea de que este debe describir una realidad preexistente. Según esta postura, el derecho existe antes de ser expresado en palabras, y el lenguaje se limita a transmitir o a comunicar esa realidad. En este marco, las exigencias de claridad y de precisión lingüísticas se entienden como herramientas necesarias para reflejar adecuadamente esa realidad preexistente y para garantizar

que los textos jurídicos cumplan su función de regular la conducta de manera efectiva y predecible.

Sin embargo, desde una concepción hermenéutico-analítica, el enfoque cambia sustancialmente. Aquí, el derecho no es concebido como una realidad preexistente que el lenguaje simplemente describe, sino como un fenómeno que se construye y adquiere significado a través del lenguaje y de su interpretación. Esto plantea preguntas clave: ¿son las exigencias de claridad y de accesibilidad lingüística compatibles con esta concepción? o, al contrario, ¿quedan desbordadas por la complejidad inherente al método hermenéutico-analítico?

El método hermenéutico-analítico no necesariamente se desmarca de estas exigencias, pero las sitúa en un contexto diferente. La claridad y la accesibilidad del lenguaje jurídico no se entienden aquí como una simple herramienta descriptiva, sino como una responsabilidad comunicativa y social del derecho. En este sentido, el lenguaje jurídico debe ser claro, no porque refleje una realidad jurídica preexistente, sino porque la interpretación y aplicación del derecho requieren de un marco lingüístico que facilite el entendimiento común y la participación de los ciudadanos en su práctica.

El argumento para exigir claridad desde esta perspectiva radica en que el derecho, como construcción comunicacional, depende de la capacidad del lenguaje para generar sentido compartido. En este contexto, la claridad no es un atributo secundario, sino un elemento esencial para que el derecho pueda cumplir su función de ordenar la convivencia y resolver conflictos en una sociedad plural. Además, si bien la carga moral e ideológica del lenguaje jurídico no puede ser completamente eliminada (dado que el derecho siempre refleja valores y prioridades sociales), una redacción accesible permite que estas dimensiones sean más visibles y, por tanto, susceptibles de debate y control democrático.

Por lo tanto, desde un enfoque hermenéutico-analítico, la exigencia de claridad del lenguaje jurídico no se limita a ser pertinente, sino que adquiere un matiz diferente, pues no se trata de reflejar una verdad preexistente, sino de garantizar que el derecho pueda ser interpretado, aplicado y, en última instancia, transformado por quienes participan en su práctica porque el lenguaje jurídico, además de un medio de comunicación, es también una herramienta de construcción y de legitimación del derecho en la sociedad.

Hay que tomar en cuenta que la TCD se presenta como no axiológica, es decir, que no persigue identificar *esencias* para definir sus conceptos. En lugar de ello, y como subraya Sánchez Díaz, «procede, muy al contrario, constatando usos del lenguaje jurídico e indagando en la significación de los términos

usados» (2011b, 269-270). Esta perspectiva es fundamental para entender el punto de partida que la TCD adopta en su análisis de la validez jurídica.

Con esta aclaración en mente, la propuesta comunicacional se posiciona claramente en contra de los postulados instrumentalistas respecto a la relación lenguaje-derecho, pues mientras que las concepciones instrumentalistas tienden a considerar el derecho como una realidad preexistente que el lenguaje jurídico simplemente describe, la TCD parte de la premisa de que el derecho se crea a través del lenguaje. Así, el lenguaje no es un mero vehículo de comunicación, sino el medio a través del cual el derecho adquiere existencia y significado. En este sentido, los textos jurídicos no son descripciones de un derecho ya dado, sino auténticos creadores del mismo.

Esta visión, aunque a primera vista pueda parecer lo opuesto, no contradice la importancia de aspirar a la máxima claridad en el lenguaje jurídico. Al revés, refuerza su necesidad, ya que los textos jurídicos, en su función creadora, deben responder a las necesidades de precisión y coherencia propias del ámbito técnico, así como también garantizar que lo que se desprende del texto sea comprensible para el común de las personas y que esté alineado con la finalidad perseguida por el legislador o el intérprete.

Por ello, la claridad en los textos jurídicos no puede reducirse a un simple ideal técnico. Es una exigencia ética y funcional: los creadores de estos textos deben esforzarse por que el significado que se desprende de ellos sea accesible, sencillo y comprensible, permitiendo que el derecho cumpla su función comunicativa y reguladora sin generar confusiones innecesarias. En definitiva, aunque la TCD rechace la búsqueda de esencias ontológicas, no deja de reconocer la importancia del lenguaje claro como un medio para conectar el derecho con sus destinatarios y cumplir con su papel normativo y social.

El uso de un lenguaje preciso es esencial al describir el derecho, ya que permite transmitir de manera fiel aquello que se corresponde con un derecho preexistente. Sin embargo, desde una perspectiva comunicacional en la que el texto no solo describe, sino que crea el derecho, la exigencia de claridad lingüística adquiere una relevancia aún mayor. Las palabras empleadas en los textos jurídicos van más allá de comunicar normas, pues al mismo tiempo construyen el marco normativo, configurando un derecho u otro en función de cómo son interpretadas y aplicadas. Esto convierte la claridad y precisión lingüísticas en requisitos fundamentales incluso en aproximaciones hermenéutico-analíticas del derecho.

Independientemente de la perspectiva ideológica que se adopte sobre el derecho en general o sobre la relación entre derecho y lenguaje en particular, existe un consenso amplio en la doctrina acerca de la importancia de que los

juristas, especialmente aquellos responsables de crear derecho, actúen con una intención clara de transparencia y de nitidez en sus actos de comunicación. Este ideal, que debería regir en cualquier sistema jurídico, se torna imprescindible en los regímenes democráticos. En estos contextos, los ciudadanos no se limitan a ser destinatarios del derecho, sino que también son actores fundamentales en la legitimación, la configuración y el ejercicio del poder. Por ello, la transparencia en el lenguaje jurídico es un componente esencial para garantizar su participación efectiva y su comprensión del orden normativo que les rige.

El lenguaje jurídico debe ser claro, tanto para facilitar el trabajo de los operadores jurídicos que lo interpretan y aplican, como para cumplir con su propósito último: ser comprensible para los ciudadanos a los que se dirige. Estos textos deben servir como herramientas que simplifiquen y faciliten las relaciones sociales, en lugar de convertirse en obstáculos que compliquen la interacción entre las personas. Un lenguaje oscuro o excesivamente técnico aleja al derecho de sus destinatarios naturales, erosionando su legitimidad y su capacidad para ordenar la convivencia en términos accesibles y justos. La claridad, por tanto, no es solo una cualidad deseable, sino un imperativo en la construcción de un derecho verdaderamente democrático y accesible.

No obstante, a pesar de la necesidad de claridad y accesibilidad en el lenguaje jurídico, no debe olvidarse que este es, en esencia, un lenguaje de especialidad y, como tal, exige precisión y tecnicismo, que son las características que lo distinguen del lenguaje común. Este lenguaje técnico-jurídico se construye progresivamente a través del uso que los juristas hacen tanto de un vocabulario jurídico específico como de términos de uso corriente que, mediante las prácticas y costumbres del derecho, adquieren significados particulares y se incorporan al repertorio técnico del ámbito jurídico.

Un ejemplo claro de esta transformación es el término *validez* que, aunque proviene del lenguaje corriente, su uso en el derecho incluye matices específicos que son perceptibles para los juristas, pero a menudo pasan desapercibidos para el resto de los ciudadanos. Estos matices lo convierten en parte del vocabulario técnico-jurídico, dado que su significado en el contexto del derecho difiere en aspectos clave de su sentido general.

Además, los textos jurídicos frecuentemente incluyen vocabulario proveniente de otras disciplinas, lo que viene a añadir otra capa de complejidad al lenguaje jurídico. Los juristas, legisladores, jueces y abogados deben trabajar con terminología especializada de campos como la medicina, la ingeniería civil, la inteligencia artificial o la bioquímica, entre otros. Esto se refleja en normativas que regulan cuestiones técnicas y científicas, obligando a los ope-

radores jurídicos a interpretar términos y conceptos con los que, en muchos casos, no están familiarizados.

La incorporación de vocabulario especializado de otras disciplinas amplía las responsabilidades del jurista, quien además de estar en obligación de dominar el lenguaje técnico-jurídico, debe también comprender y trabajar con terminología externa al derecho. Este desafío pone de relieve la necesidad de una formación interdisciplinaria y de herramientas interpretativas que permitan abordar estas cuestiones de manera eficaz, garantizando que la regulación jurídica de materias complejas sea adecuada y comprensible tanto para los operadores jurídicos como para los ciudadanos a quienes afecta.

En definitiva, la línea que separa el lenguaje corriente, el lenguaje técnico de otras ciencias y el lenguaje técnico-jurídico es, en muchos casos, difusa. Como señala acertadamente Ferrari, el «lenguaje jurídico auténtico hace suyos términos y expresiones de otros ámbitos para inculcarles su impronta y, por tanto, dotarles de un contenido peculiar» (2020). Esto es precisamente lo que ocurre con el término *validez*, que, tomado del lenguaje común, ha evolucionado hasta convertirse en un término técnico-jurídico.

El uso de términos como *validez* puede plantear dificultades formales significativas. Aunque, como se ha señalado, este vocablo y sus derivados (*válido*, *valer*, *vale*, etc.) comparten un nexo común relacionado con la robustez, la buena salud y la fortaleza, su significado preciso varía considerablemente según el contexto y el tipo de oración en el que se empleen. Esta variabilidad puede chocar con la exigencia de claridad que se requiere al promulgar los textos jurídicos y crear derecho, especialmente cuando estos términos adquieren connotaciones técnicas específicas dentro del ámbito jurídico.

En este sentido, podría ser razonable renunciar a definir de manera estricta la *validez* de los actos jurídicos, además de plantearse si es pertinente seguir utilizando esta expresión de manera habitual en el lenguaje jurídico, ya que su uso tiende a generar más confusión que claridad, dificultando la interpretación y la aplicación del derecho.

La TCD, como teoría hermenéutico-analítica, podría encontrar afinidad con la tesis de Ronald Dworkin según la cual «el derecho es una práctica social interpretativa, en el sentido de que todas sus reglas están sujetas a discusión y, más aún, la discusión es el motor que alimenta su creación y transformación» (2006, 11). Desde esta perspectiva, el uso del término *validez* en el lenguaje técnico-jurídico se justifica porque efectivamente ha sido adoptado y empleado por los operadores jurídicos de manera generalizada. Sin embargo, esta aceptación no debe considerarse definitiva ni inmutable.

Por ello, la TCD deja abierta la posibilidad de que este uso evolucione o cambie si se encuentra una alternativa más adecuada. Esta flexibilidad permite que el derecho se adapte a las necesidades de claridad y coherencia que exige su función comunicativa, sin quedar atrapado en definiciones rígidas que puedan obstaculizar su comprensión y aplicación. En última instancia, el uso continuado de términos como *validez* debería evaluarse constantemente en función de su capacidad para cumplir con los objetivos de precisión, accesibilidad y funcionalidad que deberían caracterizar al lenguaje jurídico.

3. El uso de vocablos con carga moral en el derecho: ¿posicionamiento legítimo del ordenamiento jurídico o atentado contra su deseable neutralidad?

El iusnaturalismo concibe el derecho como intrínsecamente ligado a la moral, es decir, como dependiente de ella. Esta corriente, aunque presenta matices según los distintos autores, mantiene la idea de un vínculo indisoluble entre las normas del sistema jurídico y los valores morales. Muestra de ello son las palabras con las que Hart define el iusnaturalismo: «Hay ciertos principios de conducta humana a ser descubiertos por la razón de los hombres, con los que el derecho elaborado por estos debe concordar para ser válido» (1998).

En el otro extremo, algunos autores, en una interpretación incorrecta de los postulados positivistas, han sostenido que esta corriente excluye la existencia de valores morales en los ordenamientos jurídicos y, sin embargo, nada más alejado de la realidad, pues lo que el positivismo afirma es que la juridicidad de un ordenamiento no está determinada por los valores morales que este contenga. Según esta corriente, no es necesario involucrar apreciaciones morales para definir el derecho (Álvarez 2008).

Nino explica que el positivismo se centra en definir el derecho a partir de elementos empíricos y descriptivos, evitando consideraciones sobre el contenido material de las normas (2017). Así, el positivismo no niega la presencia de moral en el derecho, sino que se ocupa de delimitar sus conceptos sin adoptar posturas éticas que condicionen la calificación como derecho de un ordenamiento jurídico determinado.

Por consiguiente, el positivismo admite que el derecho incluya, refleje y proteja ciertos valores morales. Esto es inevitable, ya que no existe ningún ordenamiento jurídico completamente desprovisto de valores morales. Sin embargo, rechaza que un juicio de valor que considere injusta o incluso maligna una norma o un ordenamiento en su conjunto le retire su juridicidad.

Un ejemplo paradigmático de esta postura es el del Tercer Reich alemán, cuyo ordenamiento jurídico, a pesar de ser despreciable del punto de vista moral, seguía siendo derecho, pues la calificación de despreciable no le quita su carácter jurídico. Esto no impide reconocer que los seres humanos tienen una *necesidad de justicia* que, como se ha señalado, conlleva un «eterno retorno al derecho natural» (Robles 2003, 159). No obstante, no debe confundirse el derecho que *debe ser* con el derecho que *es*.

Es imposible despojar al derecho de valores y de principios morales. La actual Constitución española prohíbe la discriminación por razones de raza, de sexo o de religión, y esta prohibición supone un determinado posicionamiento moral. Como hay contenido moral en la ley que permite el aborto en determinadas condiciones, así como en las regulaciones de la fecundación *in vitro*. Hay contenido moral en una parte importante de la regulación laboral y en el derecho de familia. En conclusión, una parte significativa de cualquier ordenamiento jurídico plantea los valores morales que rigen esa sociedad determinada y que se pretenden proteger y fomentar. «El derecho no solo se nos presenta con una pretensión de guía unitaria de la conducta, sino también como una forma de protección de un conjunto más o menos estable, ordenado y coherente de valores» (Ródenas 2007). No podemos exigir al derecho que sea aséptico desde el punto de vista moral, puesto que las bases de cualquier ordenamiento jurídico le posicionan en una cierta escala de valores morales.

Aceptar el uso del término *validez* con la carga moral que aquel conlleva no es, por consiguiente, nada que atente contra los principios y fundamentos del derecho. El derecho contiene términos de contenido moral y, más allá incluso, emite juicios morales. La carga moral que acarrea la palabra *validez* no es ningún obstáculo para su uso como término técnico-jurídico. Esto implica que, si consiguiéramos una definición de validez consistente y sólida que poder aplicar al conjunto de los elementos jurídicos, la evidente carga moral del término en su uso corriente sería un elemento que carecería de relevancia alguna.

A pesar de ello, no ha encontrado hasta ahora la doctrina, y tampoco la TCD (por lo menos en cuanto a los actos), una definición que goce de consistencia y sea aplicable de manera sistemática al conjunto de actos que se prevén en el sistema jurídico.

La validez jurídica en las corrientes tradicionales: la visión iusnaturalista

1. La validez en la antigua Grecia

1.1. Tipos de normas procedimentales: causales, lógicas y convencionales

En la antigua Grecia encontramos los primeros antecedentes de los planteamientos dicotómicos entre la validez de corte iusnaturalista y la de corte positivista, siendo la tragedia de Sófocles, *Antígona*, un referente que todavía está de actualidad.

En lo que se refiere a desarrollos sistemático-filosóficos más elaborados, Platón puede considerarse el precursor del idealismo y de la relación entre derecho, validez y justicia. Su planteamiento filosófico, desarrollado en la cultura ateniense y seguido por numerosas corrientes occidentales no se centra en la realidad tal como es, sino en cómo debería ser, como un arquetipo ideal.

Este idealismo contrasta con la visión de Protágoras, el célebre sofista que afirmaba que el hombre es la medida de todas las cosas y que todo depende del parecer humano, por lo que no existen nociones o acciones intrínsecamente buenas o malas. Platón, siguiendo a Sócrates, rechaza esta postura y defiende la existencia de una justicia en sí misma, una justicia verdadera que las leyes humanas deben intentar reflejar.

Para el ateniense, existen dos tipos de normas: las del derecho natural y las del derecho positivo. Las primeras proceden de las ideas y representan una justicia y equidad evidentes, aunque indemostrables y universales. Las segundas, creadas por los humanos, son cambiantes y subjetivas, pero no deben

<https://dx.doi.org/10.5209/ejur.002.03>

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.

contradecir los principios del derecho natural. Platón no hace mención expresa del derecho natural, sino de la justicia (*dikayosine*), de aquello que es justo (*to dikaion*) (Platón 2013, 428e), pero se interpreta por parte de los autores posteriores que la justicia se expresa mediante el derecho natural (Contreras 2013, 507).

Platón sostiene que existe una idea absoluta de justicia y que las leyes humanas deben evaluarse en función de su alineación con esta justicia natural (2013, 505b). Según lo interpreta Contreras, para Platón «lo jurídicamente recto es lo naturalmente recto, esto es, aquello que es exigido por la realidad de lo humano *secundum naturam*» (2013, 517). Así, frente al relativismo de Protágoras, defiende la existencia de verdades absolutas, como la justicia, que identifica con lo divino y, por consiguiente, la medida de todas las cosas no es el hombre, sino la divinidad.

Un rasgo distintivo del ideal de justicia de Platón es que no es accesible a todos, sino solamente a los filósofos, quienes poseen el conocimiento necesario. El acceso restringido al conocimiento de lo justo es una característica particular del iusnaturalismo platónico. Esta visión implica que el gobierno debe estar en manos de los sabios (*sofoi*), dando lugar a una organización política aristocrática o *sofocracia*, donde filosofía y poder coinciden, como propone en su célebre frase: «Que los filósofos reinen en las ciudades, o que cuantos ahora se llaman reyes y dinastas practiquen noble y adecuadamente la filosofía, y que vengan a coincidir una cosa y otra, la filosofía y el poder político» (Platón 2013, 473d).

En consecuencia, aunque no utiliza el término iusnaturalismo tal como lo entendemos hoy, su pensamiento inaugura esta corriente al proponer que la justicia ideal trasciende el derecho positivo, representado entonces por el derecho de las *polis*. El griego reconoce que ambos derechos no siempre se concilian, pero sostiene que los filósofos deben ayudar a los hombres a romper las cadenas que los alejan de la verdad, como en el mito de la caverna, para acercarlos al derecho ideal y justo.

1.2. Aristóteles: «El fuego que quema en Atenas es el mismo que quema en Persia»

Abordar del iusnaturalismo desde la historia de Occidente nos lleva irremediablemente a Aristóteles, cuyos escritos, a pesar de estar en evolución a lo largo de su vida, contienen elementos que se mantienen estables y suponen

los pilares sobre los que se fundamenta el conjunto de su filosofía de manera invariable. Nos estamos refiriendo a las virtudes. Las virtudes son, en la filosofía aristotélica, la fuente de inspiración y el motor de las acciones y de las pasiones más sublimes del alma. Esto implica que la política y el derecho están sujetos a la observación de determinados principios morales y por ello se considera al estagirita como uno de los precursores del iusnaturalismo. Aunque esta calificación, como veremos enseguida, es puesta en tela de juicio por algunos autores en la actualidad, está claro que para Aristóteles existe aquello que es justo por naturaleza, aquello que es igual en todas partes. Así lo expresaba, por ejemplo, mediante la metáfora del fuego: «El fuego quema de la misma manera en Atenas que en Persia» (2014, 1134b 18). Aunque también, por otra parte, reconoce que está aquello que es justo por convención, aquello es mutable y que varía en función de las circunstancias (2014, 1135a 10). Ambos tipos de realidades existen y, mientras que en lo segundo puede el derecho positivo ir en el sentido que le parezca, en lo primero debe, para ser válido, conformarse a lo que es justo por naturaleza.

No hay en la actualidad consenso sobre el rol de Aristóteles como fundador del iusnaturalismo. En este sentido podemos leer los trabajos de Vega López, que cuestiona el papel que tradicionalmente se ha atribuido a Aristóteles como artífice de las doctrinas de derecho natural posteriormente desarrolladas. Para este autor la confusión tiene origen en la traducción que se hace desde el griego de la expresión *to dikaion* por *justicia*, ya que esta traducción

tiene el efecto de situarnos ya ex initio en una categoría extrajurídica: en la categoría moral o en el punto de vista ético o de la moralidad crítica [...]. Si, en cambio, traducimos por *cosas reconocidas como justas* [...] o simplemente *derecho*; [...] entonces la idea de justicia queda inscrita más bien en la categoría jurídico-política (o incluso jurídica solamente) y la noción de *justicia política* o la de *derecho político* adquieren connotaciones y resonancias muy diferentes, que implican relaciones igualmente diferentes con la moral y el derecho (Vega López 2011, 285)

Tal como se desprende de estas líneas, podemos encontrar numerosas citas en las que Aristóteles es considerado como el *fundador* del iusnaturalismo y, sin embargo, la reflexión de Vega López da que pensar sobre cuál era el sentido que el autor pretendía dar a sus palabras y si, tal vez, había en él una relación entre el derecho, la moral y la política distinta a la que solemos dar por sentada.

A pesar de ello, hay que constatar que no solo la doctrina mayoritaria abraza la tesis del iusnaturalismo de Aristóteles, sino que también lo hicieron aquellos que, partiendo de los trabajos de Aristóteles, se convirtieron ellos mismos en referentes filosóficos del iusnaturalismo. Nos referimos a Averroes y a Tomás de Aquino, que en la Edad Media y partiendo de los trabajos del estagirita, sublimaron las tesis del derecho natural.

2. El derecho natural en la Edad Media

2.1. Averroes: la introducción de Aristóteles en Europa

Para comprender la visión de Tomás de Aquino sobre la justicia, el derecho natural y, en última instancia, la validez jurídica de las normas y del ordenamiento, es necesario remontarse a Aristóteles, de quien el aquinate toma las ideas fundamentales para desarrollar su pensamiento.

En la cristiandad medieval, el conocimiento de los textos aristotélicos era limitado pues, aunque se conocían sus leyes lógicas, no había un acceso profundo a sus escritos hasta que las extraordinarias disquisiciones de Aristóteles sobre el derecho y otras cuestiones llegaron a través de Averroes. La contribución del filósofo cordobés fue clave en la revolución intelectual de Europa, pues su interpretación del naturalismo aristotélico marcó un punto de inflexión que acabaría triunfando en el continente. Sin el fervor, la inteligencia y la perseverancia de Averroes como comentador de los textos aristotélicos, es probable que estos no hubieran alcanzado la misma trascendencia. Su labor de difusión e interpretación fue decisiva para que Tomás de Aquino los estudiara posteriormente con el objetivo de integrarlos en la visión del cristianismo.

El nexo entre la obra de Averroes y el interés de Tomás de Aquino por Aristóteles se encuentra en la preocupación de la Iglesia. El papa Inocencio IV manifestó inquietud ante la creciente influencia de los textos del estagirita, difundidos bajo una interpretación que, al provenir de un filósofo musulmán como Averroes, resultaba pagana desde la perspectiva cristiana.

Para contrarrestar esta situación y ofrecer una interpretación en clave cristiana de los textos aristotélicos, la jerarquía eclesiástica encomendó esta tarea a Alberto Magno y a su discípulo, Tomás de Aquino. Ambos asumieron el encargo con pasión y rigor, utilizando inicialmente, en buena medida, los comentarios del propio Averroes como punto de partida.

En la obra de Alberto Magno y Tomás de Aquino, el trabajo previo del cordobés tuvo una influencia fundamental. Averroes ofreció, por un lado, un aristotelismo integral y, por otro lado, una reflexión filosófica que, al estar en diálogo con una religión monoteísta (en su caso, el islam), podía, *mutatis mutandis*, trasladarse al cristianismo debido a sus raíces compartidas en textos bíblicos (Martínez Lorca 2022).

A través de los comentarios que Averroes hace de la obra aristotélica, refleja también sus propios postulados. Leo Strauss, en su célebre *Natural Right and History* (1965), sugiere que Averroes no defiende principios morales absolutos. Según Strauss, por *derecho natural* Averroes entiende aquellos principios contenidos en el derecho positivo que son generalmente compartidos. Así lo recoge García-Huidobro, quien interpreta que, para Strauss, el derecho natural en Averroes sería un derecho que «aparece como universal únicamente porque los hombres están ampliamente de acuerdo sobre sus preceptos, pero, como este acuerdo es solo de hecho, en rigor el derecho natural es también un modo de derecho positivo» (2015). Este planteamiento situaría a Averroes en un extremo opuesto al de Tomás de Aquino y encuentra apoyo en ciertos comentarios del cordobés, como el siguiente:

Que se ha de rendir culto a Dios, honrar a los padres, criar y educar hasta cierto tiempo a la prole humana, que a nadie hay que hacer injusticia, que es lícito repeler las injurias, y otras cosas semejantes; las cuales cosas, aunque dependen de la institución humana, por traslación se dicen derecho natural (Averroes 2009, 12).

Sin embargo, otros textos de Averroes sugieren que esta interpretación *positivista* no es completamente ajustada, pues al revisar su obra en su conjunto, una lectura armónica apunta a la aceptación de la existencia del derecho natural. En este sentido, el autor critica con dureza el relativismo sofista, como se refleja en el siguiente pasaje:

La doctrina que los Mutakallimün enseñan al pueblo en nuestro tiempo acerca de que el bien y el mal sólo tienen sentido en relación con Dios, ¡ensalzado sea!, y que considerados en sí mismos todos los actos son buenos, es una opinión sofística cuyo absurdo es evidente, pues en este caso nada sería bueno o malo por su propia naturaleza, sino por un mandato (Averroes 2009, 12).

Este y otros comentarios dejan claro que el autor rechaza que los principios morales fundamentales sean de origen meramente convencional, lo cual deja patente su marcado carácter iusnaturalista, aunque su conocimiento del derecho y su experiencia como juez lo mantienen atento a la realidad del derecho convencional y a la justicia específica que este contiene: una justicia moldeada por el hábito, que convive con la justicia de origen natural.

Como introductor y comentador de Aristóteles en Europa, Averroes influyó notablemente en Tomás de Aquino, especialmente en sus teorías sobre las virtudes y la razón práctica, pero a pesar de esta influencia, Aquino mostró una clara hostilidad hacia el cordobés en los últimos años de su vida.

2.2. Tomás de Aquino: la sublimación de la concepción iusnaturalista

2.2.1. La teoría de las leyes aquinatenses: desde la ley divina hasta la ley humana

Tomás de Aquino nació en Roccasecca, perteneciente al reino de Sicilia, entre 1224 y 1225. Fue un fraile, teólogo y filósofo cuya obra, extraordinaria en cuanto a calidad, puede ser considerada casi milagrosa también en cuanto a cantidad, máxime tomando en cuenta que falleció con solo cuarenta y nueve años y había viajado incansablemente durante casi toda su vida, llegando a recorrer casi diez mil kilómetros a pie. Se estima que, durante parte de su vida escribió un promedio de doce páginas diarias, lo cual nos da una idea de lo prolífico de su obra.

Su ingreso en la Universidad de París fue determinante en el porvenir de su obra, pues fue en esa institución donde conoció y tuvo como maestro a Alberto Magno, gran estudioso y receptor de la doctrina aristotélica que, sabedor de las grandes capacidades de su pupilo, se lo llevaría consigo a Colonia. Fue uno de los grandes introductores de la filosofía de Aristóteles, llegando a cristianizar el aristotelismo. Su trabajo más extenso y que puede ser considerado como el más relevante y sistemático de su vasta obra es la *Summa Theologiae*, que, a pesar de ser fundamentalmente teológica, abarca también de manera bastante pormenorizada cuestiones filosóficas, políticas y litúrgicas.

En relación a la validez jurídica, las aportaciones de Tomás de Aquino a la filosofía del derecho y a las bases de lo que luego denominaríamos *corriente iusnaturalista* son absolutamente fundamentales, puesto que estableció «... en

qué sentido preciso debe decirse que algo es *justo por naturaleza*» y «... de qué modo puede llegarse a su conocimiento» (Ruiz 2016).

En Aquino el derecho y la justicia están íntimamente conectados, hasta el punto de fundirse. Ambos conceptos se estructuran en torno a tres tipos de leyes: la ley eterna, la ley natural y la ley positiva o humana. A estas se suma la ley divina, aunque pertenece propiamente al ámbito teológico. La ley eterna representa la razón divina, el principio que dirige todos los actos y movimientos. Sin embargo, los seres humanos, por su condición imperfecta según la visión católica de Aquino, no pueden conocerla plenamente.

Por su parte, la ley divina se caracteriza por su inmutabilidad y perfección, características que hacen que los seres humanos solamente pueden aspirar humildemente a acercarse a su conocimiento, pero sin llegar a comprenderla completamente, ya que ello implicaría acceder al plan divino del universo, un conocimiento reservado exclusivamente a Dios.

La ley eterna es la razón de la divina sabiduría porque se erige como fundamento directivo de todas las acciones y de todos los movimientos, tal como se señala explícitamente en la *Summa Theologiae*: «Lex aeterna nihil aliud est quam ratio divinae sapientiae secundum quod est directiva omnium actuum et motionum» (Aquino, s. f., 95 a2). Sin embargo, no es posible conocerla de manera completa por parte de los hombres. «La ley eterna es aquella que rige el orden universal de las cosas, que se fundamenta en la armonía y de la que pasivamente participan todas las cosas» (Vallet de Goytisolo 2013, 15).

¿Qué implica que de la ley eterna participen todas las cosas? La afirmación se refiere a que existe un orden universal y a que todas las cosas tienen tendencia a ir en el sentido de ese orden universal. Dentro de este engranaje los hombres tienen una peculiaridad: la de haber sido dotados a la vez de razón y de libertad, lo que hace que sean partícipes de ese orden como sujetos activos, a diferencia de otros seres que participan de modo meramente pasivo por no tener conciencia de ello. No obstante, como seres imperfectos y posicionados jerárquicamente por debajo de Dios, los hombres no pueden llegar al mismo nivel de conocimiento infinito que él. Por lo tanto, para los hombres es posible llegar solamente a un conocimiento parcial de la ley eterna, que se alcanza a través de las cosas materiales (Vallet de Goytisolo 2013, 13-18).

La ley natural deriva de la ley eterna y, contrariamente a esta última, sí es enteramente alcanzable por parte de los seres humanos. Es el modo en el que los hombres participan de la ley eterna: es aquella parte de ella que, según sostiene Nino, es cognoscible por parte de los hombres de manera innata mediante la razón (1980, 386). Es objetiva, universal, inmutable e indeleble. Se

llega a ella a través de la razón (a diferencia de la ley eterna, a la que se llega de modo intuitivo) y, por consiguiente, no está en el ámbito de las creencias sino de la filosofía racional. Vallet de Goytisolo lo expresa en los siguientes términos:

La ley natural es el reflejo en nosotros de la ley eterna en lo que se refiere al juicio moral de nuestras inclinaciones, tanto de las que nos son comunes con los demás animales, como de las específicas nuestras como animales racionales, juicio que nosotros captamos por el hábito de la *sindéresis*, fruto de una facultad de nuestra razón y que es nutrida por la experiencia (1982, 759).

En última instancia se encuentra la ley humana, que para Aquino es una concreción de la ley natural. Es esta derivación lo que le dará valor de ley, puesto que si en algo discrepa con la primera ya no será ley, sino corrupción de ley: «*Omnis lex humanitas posita intantum habet de ratione legis, in quantum a lege naturae derivatur. Si vero in aliquo a lege natural discordet, iam non erit lex sed legis corruptio*» (Aquino, s. f., 95 a2).

El hecho de que la ley humana se encuentre jerárquicamente por debajo de la ley natural y de la ley eterna no implica que la primera sea denostada por Tomás de Aquino: él reconoce la necesidad de que aquella exista, ya que la complementa en diversos aspectos. No se trata exclusivamente de que la ley humana *recoja* los principios de la ley natural, sino que los organiza y los coordina, de manera que garantiza el funcionamiento ordenado de la sociedad civil y política, que no puede estructurarse bajo los solos medios de la ley natural, sino que necesita de la ley humana.

De entrada, la ley positiva complementa a la ley natural en cuanto a la propia gestión de los preceptos que de la ley natural emanan. El hombre sabe por naturaleza cuáles son los principios morales que debe de seguir, pero en ocasiones puede tener cierta tendencia a la facilidad y a abandonarse, por lo que requiere de normas que le *empujen* a mantenerse dentro de los principios que de la ley natural se desprenden. Así, el hombre sabe que no debe robar, pero la prescripción de tal acto y la previsión de la correspondiente sanción le suponen una ayuda para mantenerse en el recto comportamiento de no robar.

Por otro lado, se necesita también el derecho positivo para organizar y coordinar las acciones de conformidad con el bien común. Son aquellas normas de organización que no responden a una necesidad de conformidad con el derecho natural, sino a simples preceptos de organización social y que «no

implican un concepto absoluto de cosa debida o indebida» (Aquino, s. f., 104, a.1. I-II. Q). Hay normas que participan de la moral, como suele ser el caso de todas aquellas contenidas en el código penal, pero hay otras normas que son ajenas a la moral, como el procedimiento específico que deba de seguirse para obtener un permiso administrativo, por ejemplo. En este tipo de preceptos la fuerza obligatoria para Aquino no viene directamente por el hecho de que su contenido sea justo por naturaleza, sino por el hecho de venir de una autoridad legítima, divina o humana, que los determina como derecho vigente (Contreras 2013, 780).

Así, el derecho positivo es aplicable cuando se conforma al derecho natural y cuando lo desarrolla coordinando los derechos y los deberes individuales con el bien común, pero también es aplicable y legítimo cuando es indiferente por naturaleza que una cosa sea hecha de una manera u otra.

La teoría del derecho natural de Aquino no puede ser aquí tratada en detalle, pero su desarrollo es de una riqueza abrumadora, al punto que, como afirma Javier Hervada: «Con Tomás de Aquino la teoría del derecho natural adquirió forma acabada. Los materiales dispersos en épocas anteriores fueron perfilados y completados en una armónica construcción» (1996, 153).

2.2.2. Tomás de Aquino: una visión trascendente del derecho

Antes de abordar los conceptos de derecho, cosa justa y justicia en los textos de Tomás de Aquino, es necesario realizar algunas precisiones. En primer lugar, cabe destacar que la filosofía del derecho tomista, especialmente en lo que respecta a los principios de justicia y su ética, es exhaustiva y detallada. Esto representa un avance significativo respecto a las posiciones aristotélicas ya que, en Aristóteles, los principios universalistas se asumen y se derivan implícitamente de sus postulados, sin un desarrollo expreso. Aquino, por el contrario, explicita estos principios universales y además los desarrolla, lo que constituye una contribución esencial a la filosofía. Dado que la justicia es el núcleo de la validez jurídica en la doctrina iusnaturalista, resulta indispensable examinar sus postulados.

En segundo lugar, es fundamental tomar en consideración que en la noción de justicia tomista el orden jurídico se entiende como una parte del orden moral (en particular, de la moral social), y el orden moral, a su vez, forma parte del orden natural. Existe, por tanto, una conexión intrínseca entre estos órdenes, lo que puede dar lugar a una cierta asimilación entre ellos. Así, al ser el orden jurídico una parte del orden moral, todo lo que resulte inmoral pier-

de, por definición, su carácter jurídico. En esta concepción, los órdenes jurídico y moral están, además de interrelacionados, jerárquicamente estructurados. El predominio del orden moral sobre el jurídico implica que lo inmoral queda automáticamente excluido del ámbito jurídico. De este modo, una ley que contravenga la moral o el derecho natural no será una ley propiamente dicha, sino una corrupción de la ley. Esta conclusión revela una influencia explícita de San Agustín, a quien Aquino cita en el *Tratado de la ley* al definir el derecho natural: «Non videtur esse lex quae iusta non fuerit» (la ley que no es justa, no parece que sea ley).

La tercera precisión que conviene realizar antes de abordar la teoría de la justicia tomista, aunque sea brevemente, es que el concepto de derecho en Tomás de Aquino difiere considerablemente de la concepción contemporánea predominante. Hoy en día, influenciados en gran medida por el normativismo, solemos asociar el derecho con el ordenamiento jurídico, es decir, con un conjunto de normas. Sin embargo, para Aquino, el derecho se entiende de manera distinta, pues es *obiectum iustitiae*, lo cual lleva a examinar el significado que le da a justicia para, a partir de eso, poder entender qué entiende por derecho.

La filosofía jurídica de Tomás de Aquino gira en torno a tres pilares: ley, derecho y justicia (Robles 2018b, 54). Estos tres conceptos están relacionados entre sí ya que la proposición «ius est obiectum iustitiae» significa, fundamentalmente, que el derecho es la cosa justa (Martínez Barrera 2006, 112). Siguiendo el método comunicacional, lo primero que habrá que hacer para comprender esta afirmación es revisar el alcance de *derecho* y de *cosa justa* para Aquino, porque en función de cuál sea el alcance de cada uno de los conceptos se dará una u otra vinculación entre ellos.

Para definir la *cosa justa* podemos atender a la definición que de la misma da Robles, quien entiende que lo más pertinente es considerar que Aquino se refiere a *decisión justa* puesto que *la cosa justa* atañe en un sentido concreto a las decisiones judiciales y a otras decisiones como, por ejemplo, las que suponen el acuerdo para formalizar un determinado contrato. Pero, a su vez, se está refiriendo la expresión a decisiones de derecho con contenido general, como las decisiones legislativas que desembocan en la aprobación de leyes (Robles 2021, 822). Así, cuando Tomás de Aquino habla de *cosa justa* es apropiado considerar que se está refiriendo a *decisión justa*. Así se desprende de las palabras de Robles cuando afirma: «*Ius* es, pues, lo concreto de la justicia en que todo proceso de decisión desemboca. Es la justicia misma en cuanto que toma cuerpo en una decisión concreta» (2018b, 228).

Si tomamos en cuenta la concepción del derecho que la teoría comunicacional plantea, aquel y los elementos que lo componen se tienen siempre que abordar, para llegar conocerse de manera completa, desde tres aproximaciones: desde la teoría formal, desde la teoría dogmática y desde la teoría de las decisiones. Si Aquino considera que el derecho es *decisión justa*, vemos que probablemente la concepción que tiene del derecho no es completa, puesto que pone todo el énfasis en un aspecto que es muy fundamental, pero deja de lado otros dos aspectos: el formal y el institucional, que son igualmente necesarios.

Esta afirmación, sin embargo, no pretende ser una crítica a la aproximación de Tomás de Aquino a las ciencias jurídicas puesto que hay que tomar en cuenta que se trata de un teólogo y que la *Summa Theologiae* es, ante todo, la obra de un escolástico que pretende hacer teología moral (Robles 2021, 823). No obstante, desde el punto de vista de la teoría del derecho hay que remarcar que la aproximación que hace es parcial, puesto que desarrolla con gran atención y finura los aspectos del derecho relacionados con la teoría de las decisiones, pero deja de lado la teoría formal y la teoría dogmática.

Por todo lo expuesto, lo más adecuado en Aquino no es buscar qué entiende el autor por derecho, sino qué entiende por justicia, que es aquella parte del derecho en la que centra sus reflexiones.

La justicia es, junto con la templanza, la prudencia y la fortaleza, una virtud cardinal y es definida del siguiente modo: «Iustitia est habitus secundum quem a liquidis constante et perpetua voluntate ius suum unicuique tribuit» (Aquino, s. f., II-II, Q. 58, A. 1). Por lo tanto, se trata de un hábito, es decir, de una forma de proceder continuada en el tiempo y, además, se fundamenta en la voluntad y en el conocimiento. Asimismo, la justicia siempre se establece en conexión con uno o varios terceros y esto implica que siempre esté ligada al principio de igualdad: no puede medirse la justicia más que en relación con la igualdad porque solo puede darse, a diferencia de las otras virtudes, en relaciones de alteridad.

Esta última característica es fundamental en el desarrollo de la justicia que hace Aquino, puesto que, al existir solo en relación con otros, la clasificación de los tipos de justicia que propone está basada en el tipo de relaciones que se dan entre los sujetos. A este respecto cabe señalar que, a pesar de que desarrolla de manera mucho más pormenorizada que Aristóteles la teoría de la justicia, es innegable que se inspira del concepto que el estagirita evoca en sus textos, llegando incluso a seguir la clasificación de tipos de justicia que el griego había ya establecido siglos antes.

La teoría de la justicia de Aquino es pormenorizada, es rica y está tan llena de matices que todavía hoy puede ser considerada el más álgido punto de esplendor de la concepción iusnaturalista de la validez. Sin embargo, el detalle de esta escapa del objeto de este trabajo y, por eso, nos limitamos a destacar aquello dicho hasta aquí, que permite ubicar la validez de las normas y del derecho según Aquino en el marco de la TCD: el hecho de que liga de manera inquebrantable la validez de las leyes con la conformidad a cierta moral y que, más allá, considera el derecho como parte del orden moral.

La concepción del derecho es para Aquino más trascendente que la mera organización social, es más que una herramienta para la resolución de conflictos, por muy compleja que esta herramienta pueda ser. Se trata de un medio para concretar la justicia, de una pretensión de llegar al bien.

Desde la perspectiva actual, a pesar de reconocer el valor intelectual y filosófico de los postulados de Tomás de Aquino, resulta incomprensible la adhesión tan férrea a posiciones que no contemplan ningún tipo de relativismo. No obstante, en el contexto social existente durante el siglo XIII era algo totalmente natural por tratarse de sociedades muy homogéneas, con valores religiosos compartidos y, por lo tanto, con valores morales uniformes.

3. El derecho natural moderno: desteologización y racionalización

3.1. Thomas Hobbes: la secularización del iusnaturalismo a través del pacto social

3.1.1. La influencia del contexto bélico en su pensamiento

Thomas Hobbes nació en Wiltshire, Inglaterra, en 1588, en un contexto histórico y social que marcó profundamente su pensamiento filosófico y político. Su nacimiento prematuro quedó inmortalizado por una célebre reflexión del propio Hobbes, quien afirmó que su madre había dado a luz a gemelos: a él mismo y al miedo. Esta metáfora no solo ilustra el tono trágico con el que el filósofo concebía la existencia, sino que también refleja su temprana percepción de un mundo hostil y amenazante.

A pesar de las adversidades, Hobbes demostró desde muy joven una inteligencia excepcional. A los seis años ya dominaba el latín y el griego, y a los catorce tradujo *Medea*, de Eurípides. Su formación y rigor intelectual

lo llevaron a desarrollar una teoría fundamentada en la razón, marcando una ruptura con la filosofía medieval y sentando las bases de la modernidad.

El clima político de Inglaterra en 1640, caracterizado por la creciente oposición entre el Rey y el Parlamento, también influyó significativamente en su obra. Hobbes, al apoyar al monarca, se vio obligado a exiliarse en París durante once años. Fue en este período de destierro donde escribió su obra más influyente, *Leviatán*, un tratado sobre filosofía y teoría política que reflejaba los convulsos acontecimientos de su época y ofrecía una visión integral del pacto social y de la naturaleza del poder.

La figura de Hobbes y su obra han sido objeto de controversias a lo largo de los siglos. Algunos críticos lo acusaron de ateísmo por supeditar el poder de la iglesia al del soberano, y de absolutismo por justificar la obediencia incondicional al poder centralizado. Estas percepciones contribuyeron a que fuera marginado por diversos sectores, pero más allá de las críticas, resultan innegables la profundidad y la calidad intelectual de su legado.

El *Leviatán* se engloba frecuentemente junto a los *Dos tratados sobre el gobierno civil* de Locke y *El contrato social* de Rousseau, en el trío de obras consideradas fundamentales para la teoría del pacto social. No obstante, es justo reconocer que Hobbes publicó su obra cerca de cuarenta años antes que Locke y alrededor de un siglo antes que Rousseau. Además, aunque el contractualismo tiene raíces que se remontan a los sofistas en la antigua Grecia y ciertos desarrollos en la Edad Media, el enfoque sistemático y materialista de Hobbes lo convirtió en un pionero en este ámbito.

En *Leviatán*, Hobbes desarrolla una visión materialista y racionalista de la naturaleza humana y de la organización política. Sus postulados, que a menudo han sido interpretados como una justificación del absolutismo, una muestra de ateísmo y una defensa del positivismo jurídico, abrieron un intenso debate sobre la relación entre soberanía, moral y ley. A continuación, examinaremos cómo el autor construye su teoría y las implicaciones que esta ha tenido para la filosofía política.

3.1.2. *Leviatán: el pacto social como medio para conseguir la paz*

En esta obra Hobbes analiza la conducta y la voluntad humanas e imagina cómo sería la vida sin un gobierno que regule las relaciones entre las personas. Este escenario, que denomina *estado de naturaleza*, se caracteriza por la ausencia de autoridad, lo que permite a cada individuo ejercer sin restricciones los poderes que posee por naturaleza.

Desde la perspectiva del autor, que tiene una visión poco halagüeña de la naturaleza humana, los hombres están motivados por un deseo insaciable de poder y dominados por sus pasiones. Por ello, el estado de naturaleza está lejos de ser un paraíso. En un mundo sin límites, donde los individuos deben compartir con otros las fuentes de poder, surgen inevitables conflictos y disputas. Este entorno conduce a lo que Hobbes describe con dos de sus frases más célebres: «Bellum omnium contra omnes» y «homo homini lupus est».

La situación de conflicto constante en este estado natural tiene su origen en tres inclinaciones propias de la naturaleza humana: la competición, que lleva a los hombres a invadir para obtener lo que desean; la desconfianza, que genera inseguridad y fomenta enfrentamientos; y la búsqueda de gloria, que impulsa a los individuos a proteger y mejorar su reputación. Estas tendencias hacen del estado de naturaleza un escenario de caos, definido por el conflicto continuo como resultado de la condición humana.

Sobre estas tres tendencias se articulan las leyes de la naturaleza hobbesianas, un total de diecinueve preceptos que constituyen el fundamento del pacto social. Este pacto surge de la necesidad de poner fin a los inevitables y constantes conflictos que los hombres enfrentan en el estado de naturaleza. En esencia, representa una garantía de seguridad individual basada en la renuncia parcial a los poderes propios para alcanzar una convivencia pacífica, libre de la amenaza constante que los intereses ajenos suponen para la vida de cada uno.

Los hombres, aunque poseedores de plenos poderes, estarían a la vez atemorizados por las consecuencias de la anarquía y reconocerían las ventajas de ceder parte de su libertad a cambio de una existencia más segura. De este reconocimiento surgiría el acuerdo para crear el Estado, entendido como la institución política encargada de garantizar la seguridad y la vida de todos sus miembros. Una vez constituido, el Estado asumiría plenas facultades para ejercer su poder, siempre que cumpliera con la parte esencial del pacto: proteger la vida y la integridad de quienes lo componen.

El pacto social propuesto por Hobbes no exige una forma de gobierno específica, pues si bien es cierto que expresó una clara preferencia por la monarquía absoluta, su modelo admite otras formas de gobierno, siempre que resulten efectivas para garantizar la paz y la seguridad de la sociedad. En este sentido, el contexto histórico en el que vivió fue determinante para su pensamiento, ya que la inestabilidad de su época reforzó su convicción de que la monarquía absoluta era el mecanismo más eficaz para cumplir con los objetivos del pacto social.

El poder absoluto que Hobbes considera necesario conferir a la autoridad política entra en conflicto, en la Inglaterra del siglo XVII, con la concepción prevalente del poder eclesiástico. Hobbes, como hemos señalado, vivió en un contexto singular, marcado por guerras civiles y por su propio exilio de más de una década. En este escenario, no sorprende que defendiera que el poder del Estado debía situarse por encima del poder de la Iglesia. Esto se debe a que el pacto social, en su concepción, se basa en la necesidad de otorgar autoridad a un poder soberano mediante la renuncia de parte de las libertades individuales. Este poder debe ser ilimitado para imponerse efectivamente y garantizar la vida y la seguridad de los súbditos.

Defender la supremacía del poder político sobre el eclesiástico no era, sin embargo, una tarea sencilla en su tiempo. Por este motivo, Hobbes dedica en *Leviatán* numerosas páginas a justificar con vehemencia la primacía del poder soberano. Su argumento central radica en que el pacto social no puede cumplirse si existe una autoridad rival que dispute al Estado su capacidad para mantener el orden y la seguridad. La subordinación del poder eclesiástico al político es, en este planteamiento, una condición indispensable para el éxito del contrato social y para la estabilidad de la comunidad.

El objetivo principal de la propuesta de Hobbes es resolver el problema de la guerra entre los hombres (Hernández 2010, 38). Para ello, sugiere la creación de un Estado que carezca de limitaciones en su capacidad para gobernar y que se reserve en exclusiva el monopolio del derecho. En esencia, cualquier norma que no emane del soberano debe ser rechazada, mientras que toda norma dictada por el soberano debe ser obedecida.

Este planteamiento conduce de manera intuitiva a los postulados característicos del positivismo legalista, interpretación que encuentra sustento en la lectura de ciertos pasajes de *Leviatán*:

En todos los Estados, el legislador es únicamente el soberano, ya sea este un hombre, como ocurre en una monarquía, o una asamblea de hombres, como es el caso en una democracia, o en una aristocracia. Pues el legislador es el que hace la ley, y es solo el Estado el que prescribe y ordena la observancia de esas normas a las que llamamos ley. Por tanto, el Estado es el legislador. Por la misma razón, nadie puede derogar una ley ya hecha, excepto el soberano, pues una ley sólo es derogada por otra ley que prohíbe que la anterior se ponga en ejecución (1989, 216).

De la lectura de este pasaje puede llegarse a la conclusión de que los postulados de Hobbes terminan siendo una tesis positivista. Sin embargo, se trata de un espejismo, puesto que todo el vigor y la fuerza que otorga al derecho positivo tiene en realidad origen en el reconocimiento de la ley natural, que define del siguiente modo:

Un precepto o regla general, descubierto mediante la razón, por el cual a un hombre se le prohíbe hacer aquello que sea destructivo para su vida o elimine los medios para conservarla, así como omitir aquello que, en su opinión, puede contribuir mejor a preservarla (1989, 110).

Y es a partir de este principio general, así como mediante el uso de la razón, que desgaja el autor las *leyes fundamentales naturales* que de él se desprenden:

Cada hombre debe procurar la paz hasta donde tenga esperanza de lograrla; y cuando no pueda conseguirla, entonces puede buscar y usar todas la ventajas y ayudas de la guerra (1989, 111).

El hombre debe estar deseoso, cuando los otros lo están también, a fin de conseguir la paz y la defensa personal hasta donde le parezca necesario, de no hacer uso de su derecho a todo, y de contentarse con tanta libertad en su relación con los otros hombres, como la que él permitiría a los otros en su trato con él (1989, 111).

Así, la segunda ley natural es en realidad el fundamento para dar legitimidad al derecho positivo que debe ser establecido por el Estado. Es esta segunda ley natural la que da fuerza y carácter obligatorio al derecho positivo.

Resulta especialmente interesante, por su carácter novedoso, la forma en que Hobbes conecta el derecho natural con el derecho positivo. En la mayoría de los autores que sostienen la existencia del derecho natural, este actúa como un límite y un freno al derecho positivo, que debe ajustarse al derecho natural, y cuando no lo hace, pierde su carácter vinculante y deja de ser derecho para convertirse, como diría Tomás de Aquino, en una *corruptio legis*. Hobbes, sin embargo, invierte esta lógica. En su planteamiento, la existencia del derecho natural, independiente del derecho positivo, es precisamente lo que otorga legitimidad y fuerza absoluta a este último.

Esta concepción crea una paradoja que ha llevado a algunos intérpretes a considerar a Hobbes como un positivista, aunque sus conclusiones se derivan de un razonamiento de carácter iusnaturalista, aunque el concepto de derecho natural en Hobbes no consista en un conjunto de derechos, como se entiende hoy, ni en una serie de deberes, como era propio del pensamiento escolástico. Si bien los conceptos de deber y derecho se implican mutuamente, está claro que en la actualidad se enfatiza el derecho subjetivo, mientras que en otras épocas predominaba el deber.

Para Hobbes, el derecho natural no implica derechos subjetivos universales que el derecho positivo deba necesariamente garantizar, sino que su contenido se limita a una serie de poderes *de facto*, desvinculados de cualquier idea de justicia o excelencia moral. Este carácter ilimitado de los poderes en el estado de naturaleza los invalida como criterios de justicia. Al contrario, es precisamente para escapar de ellos que se establece el pacto social.

Así, aunque matar a otro hombre sea un poder inherente al estado de naturaleza, no por ello constituye una acción lícita. La creación del pacto social no busca garantizar los poderes del estado de naturaleza, sino superarlos, estableciendo un marco en el que la justicia y la paz sean posibles. En este sentido, la legitimidad del derecho positivo surge como una herramienta para controlar y limitar los excesos del estado de naturaleza, legitimada paradójicamente por el reconocimiento de esos mismos poderes naturales.

El hecho de que el derecho natural esté desvinculado de la idea de justicia es lo que hace que el iusnaturalismo de Hobbes sea singular y rompedor en comparación con otras corrientes iusnaturalistas, ya estén inspiradas en la religión, la moral o la razón. Hobbes traslada la noción de justicia al ámbito del pacto social: es en este acuerdo, alcanzado mediante la renuncia al estado de naturaleza y la aceptación de la limitación de los propios poderes para garantizar la vida y la seguridad, donde se generan los convenios sociales.

El cumplimiento del derecho positivo constituye, en su concepción, el cumplimiento de la justicia. En este sentido, Hobbes muestra una inclinación hacia el positivismo, ya que considera válido cualquier derecho positivo, siempre que el soberano garantice la vida y la seguridad de los ciudadanos. No condiciona la validez del derecho positivo a su contenido material ni a su conformidad con principios morales o éticos específicos.

En este punto Hobbes se distancia claramente de Locke pues, como veremos más adelante, para Hobbes la propiedad no existe en el estado de naturaleza, donde las posesiones solamente se mantienen mientras quien las detenta sea capaz de conservarlas por cualquier medio. La propiedad, entendida como

un derecho, nace del Estado, que la reconoce al mismo tiempo que limita el poder de los hombres para arrebatar las posesiones de otros. Esta cuestión resalta la diferencia entre ambas teorías: mientras Locke basa la existencia de la propiedad en un derecho natural preexistente, Hobbes la sitúa exclusivamente como una creación del pacto social y del Estado. Así, para Hobbes, «la única forma de llegar al estado pacífico permanente, indispensable para la seguridad de los hombres, es mediante la constitución del Estado civil» (Hernández 2010, 47).

La diferencia radical entre Hobbes y los autores iusnaturalistas clásicos estriba en el objetivo último de su sistema. Para los iusnaturalistas tradicionales, como Tomás de Aquino, el fin supremo es el bien, en cambio para Hobbes, el objetivo principal de los hombres es la paz. Esta divergencia determina una distinción fundamental en la finalidad de la ley natural en ambos autores. Mientras que para Aquino la ley natural establece lo que es intrínsecamente bueno y, por contraposición, lo que es intrínsecamente malo, en Hobbes la ley natural prescribe lo que es conveniente o inconveniente para alcanzar un estado de paz entre los hombres. Esto introduce una visión marcadamente utilitarista en su concepción (Bobbio 1995, 110).

La perspectiva de Hobbes resulta innovadora, ya que su iusnaturalismo se desvincula de la noción de ley natural como expresión de la recta razón. Se trata de un iusnaturalismo que no establece límites al derecho positivo basados necesariamente en la idea de justicia. Con ello se elimina cualquier exigencia de trascendencia en el derecho, redefiniendo la relación entre el derecho natural y el positivo en términos puramente pragmáticos y funcionales.

3.2. Locke: el inspirador de las declaraciones de derechos estadounidense y francesa

Nacido en Essex, Inglaterra, en 1632, John Locke es una figura ineludible al abordar la teoría del contrato social. Su pensamiento ejerció una notable influencia en autores como Rousseau y Voltaire, en la Ilustración francesa y en los revolucionarios estadounidenses, como se evidencia en la huella de sus ideas en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776. Locke, adelantándose a Montesquieu, de quien fue un importante inspirador, defendió la separación entre los poderes legislativo y ejecutivo. Este punto es clave para quienes consideran que Locke representa una ruptura ideológica respecto al absolutismo de Hobbes. No obstante, también puede interpretarse

que ambos coinciden en lo esencial, siendo las propuestas de Locke una versión suavizada de las tesis hobbesianas.

La diferencia de cuarenta y cuatro años entre los nacimientos de ambos autores es un factor significativo, pues a diferencia de Hobbes, Locke creció y vivió alejado de las guerras durante su juventud y edad adulta. Este contexto menos conflictivo favoreció que el pensador de Essex desarrollara una visión más optimista sobre la naturaleza humana y sobre el hipotético estado de naturaleza, pues mientras Hobbes describe este estado como una situación de guerra constante, impulsada por la tendencia egoísta de los hombres, Locke presenta una perspectiva más positiva tanto de las inclinaciones humanas como de la vida en ese estado inicial.

A pesar de ello, para Locke el estado de naturaleza tampoco es un paraíso: reconoce la existencia de inseguridades, conflictos y la necesidad de castigar los abusos, lo que justifica la conveniencia de establecer un pacto social. Sin embargo, este estado de naturaleza no debe entenderse como un escenario de guerra perpetua en el que cada individuo considere al resto como enemigos potenciales, como lo plantea Hobbes, ya que, para Locke, aunque imperfecto, el estado de naturaleza permite una coexistencia razonablemente pacífica, siendo el pacto social un medio para superar sus limitaciones y garantizar mayor seguridad y justicia.

Otra diferencia significativa entre Hobbes y Locke radica en la concepción del estado de naturaleza. Para Hobbes se trata de una construcción intelectual, una abstracción que nunca ha existido de manera efectiva. En cambio, para Locke, se trata de un modelo real que no solo existió en el pasado, sino que podía observarse en algunas sociedades primitivas coetáneas a su época.

A pesar de estas diferencias, existen ciertos paralelismos entre ambos autores, cuya línea de pensamiento se inscribe, al igual que la de Jean-Jacques Rousseau lo haría posteriormente, en el marco del contrato social, lo que supone la transición del estado de naturaleza al estado civil y político, con el objetivo de establecer un orden que garantice mayor seguridad y estabilidad.

En relación con la filosofía escolástica, puede decirse que Locke mantiene cierta continuidad, especialmente en cuanto a la idea de que Dios es el fundamento último del contenido de la ley natural, aunque introduce una diferencia crucial: considera que el conocimiento claro de las leyes naturales procede exclusivamente de la capacidad de raciocinio, una facultad inherente a todos los hombres. En su visión, este conocimiento no depende de la mediación divina, sino de las facultades intelectuales humanas. Además, al sostener que todos los hombres poseen esta capacidad por igual, Locke afirma que cual-

quier individuo puede, por sí mismo, alcanzar un entendimiento pleno de las leyes de la naturaleza, lo que supone un alejamiento significativo de la tradición escolástica, pues enfatizar la autonomía del intelecto humano como fuente de conocimiento moral y jurídico (Strauss 1965).

Los derechos naturales que preexisten a la sociedad civil y política, derivados del estado de naturaleza y a los que el derecho positivo debe ajustarse, son el derecho a la propiedad, el derecho a la vida, la libertad y el derecho a la seguridad (Locke 2014), pero puede considerarse que todos ellos se resumen en uno solo: el derecho a la propiedad. Esto se debe a que la vida, la libertad y la seguridad forman parte de la propiedad de cada individuo, quedando englobadas en esta categoría.

Estos derechos naturales, que constituyen un límite insuperable para el derecho positivo, conllevan deberes correlativos. Cada persona está obligada a respetar la propiedad, la vida, la libertad y la seguridad de los demás, lo cual establece un marco de límites mutuos en las acciones de los individuos. En la relación entre derechos y deberes, no obstante, Locke introduce un cambio significativo respecto a la tradición escolástica, ya que mientras esta última ponía el énfasis en los deberes, Locke considera que el núcleo fundamental reside en los derechos.

En la concepción medieval de la ley de la naturaleza, de origen divino y con un fuerte componente eclesiástico, existe un solapamiento entre el orden moral y el orden jurídico, lo que desplaza el eje hacia la noción de deber. Aun así, es importante evitar el reduccionismo de asociar exclusivamente al iusnaturalismo, o a una cierta vertiente de este, la centralidad del deber en el derecho. De hecho, como veremos, Hans Kelsen también fundamenta su teoría jurídica en torno a la noción de deber, considerando los derechos como un mero reflejo de los deberes, sin otorgarles una autonomía conceptual propia.

El hecho de que los derechos estén posicionados como la viga maestra sobre la que debe estructurarse el sistema, sin que este pueda atentar contra ellos, supone un distanciamiento significativo respecto a los postulados de Hobbes. Si para Hobbes, el contenido de las leyes aprobadas por el soberano debe ser acatado independientemente de su contenido, para Locke «existe un espacio de libertad en el cual el hombre puede elegir sus propios fines» (Fernández 2011, 36). Este punto es clave para considerar a Locke como el precursor de los derechos humanos tal como se desarrollaron durante la Ilustración y como son defendidos en la actualidad por una parte significativa de la doctrina, aunque mucho antes, Francisco de Vitoria, fundador de la Escuela de Salamanca, había puesto el germen de la visión hu-

manista de los derechos humanos al abordar los derechos de los indígenas de América (Isler 2022, 196).

Las aportaciones de Locke en relación con la validez jurídica de las normas pueden resumirse en los siguientes puntos:

- El autor contribuye al desarrollo de la teoría del pacto social, iniciada por Hobbes y posteriormente desarrollada por Rousseau, diferenciándose del primero al considerar que los derechos naturales no son simples *poderes de facto*, sino un concepto cercano al de *derechos subjetivos* que manejamos en la actualidad. Estos derechos, como el de vida, libertad, salud y posesiones, son preexistentes a la sociedad civil y política, así como al derecho positivo, al que este último debe ajustarse. Así lo expresa cuando afirma que «el estado de naturaleza tiene una ley de naturaleza que lo gobierna y que obliga a todos [...] ningún hombre debe dañar a otro en lo que atañe a su vida, salud, libertad o posesiones» (2023,11).
- Aunque Locke considera que los derechos naturales son otorgados por Dios, debe situarse dentro del movimiento de desteologización, ya que sostiene que el conocimiento de estos derechos es accesible a todos los hombres a través del uso de la razón, sin mediación divina o profética. Esto se refleja en sus palabras: «La razón, que es esa ley (referido a ley de naturaleza), enseña a toda la humanidad que quiera consultarla» (2023, 11).
- La autoridad establecida mediante el pacto social no puede ejercer un poder absoluto, sino que debe garantizar y proteger los derechos naturales preexistentes. Si no cumple esta función, el derecho promulgado no será válido y los ciudadanos estarán legitimados para rebelarse. Este posicionamiento es claramente iusnaturalista y contrasta con el de Hobbes, cuyo absolutismo convierte el pacto social en un modelo cercano al positivismo extremo. Para Locke, los gobernantes están al servicio de los ciudadanos, mientras que en Hobbes los ciudadanos son meros súbditos del soberano (Mouritz 2010, 123-127).
- Es un ideólogo de los derechos individuales, siendo una fuente de inspiración para movimientos políticos que han influido profundamente en la sociedad occidental. Sin embargo, su individualismo está matizado por elementos comunitarios que moderan su visión (Locke 2023, 12). Por ello, interpretar su pensamiento como un li-

beralismo exacerbado sería una lectura incompleta y poco ajustada a sus postulados.

- Justifica la esclavitud, ya que, aunque afirma que «la libertad natural del hombre consiste en estar libre de cualquier poder superior sobre la tierra, y en no hallarse sometido a la voluntad o a la autoridad legislativa de hombre alguno» (2023, 23), reconoce circunstancias en las que considera normal someter a otros hombres a esclavitud. En casos donde alguien comete acciones que merezcan pena de muerte, sostiene que es legítimo someter a dicha persona a esclavitud, puesto que, al cometer tales actos, renuncia a su propia vida. En este contexto, el autor señala que quien ejerce poder sobre el esclavo «haciendo esto no le estará causando injuria, pues quien encuentre la dureza de la esclavitud más onerosa que el hecho de perder la vida, siempre tendrá en su poder, son con desobedecer la voluntad de su amo, hacer que caiga sobre sí la muerte que desea» (Locke 2023, 24).

La validez jurídica en las corrientes tradicionales: el positivismo

1. Normativismo: el acento en los aspectos formales

1.1. Resurgimiento del positivismo a partir de la crítica al iusnaturalismo: el método científico

La centralidad que durante siglos mantuvieron las teorías iusnaturalistas, fundadas en un orden racional, divino o natural, comienza a coexistir, especialmente a partir de la Ilustración, con nuevas aproximaciones que buscan comprender el derecho como un fenómeno autónomo, desvinculado de presupuestos metafísicos o axiológicos. Esta transformación metodológica, que se ve reforzada por el desarrollo del pensamiento histórico y por una cierta pretensión de las ciencias sociales a operar y medirse de manera equivalente o similar a las ciencias empíricas, no elimina el iusnaturalismo, pero sí abre paso a corrientes que privilegian una mirada interna y estructural del derecho. Es en este contexto más amplio donde se inscribe el positivismo jurídico. En las siguientes líneas examinaremos los planteamientos de Hans Kelsen, el autor más emblemático del positivismo normativista.

La crítica que Kelsen y otros positivistas, como Ross o Bobbio, formulan al iusnaturalismo se basa en la confusión que esta corriente genera al no distinguir claramente entre el *ser* y el *deber ser*, lo que motiva la búsqueda de una aproximación alternativa. En términos generales, se acusa al iusnaturalismo de mezclar lo axiológico con lo ontológico, es decir, de no distinguir con claridad entre los valores que deberían guiar el derecho y los hechos que lo constituyen en su realidad práctica.

<https://dx.doi.org/10.5209/ejur.002.04>

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.

Otro punto controvertido es la apelación a un orden trascendente, ya sea dictado por la razón, la naturaleza o Dios. El problema radica en que no se determina de manera clara quién debe encargarse de establecer y definir los contenidos de ese supuesto orden trascendente, y esta indeterminación puede dar lugar a interpretaciones arbitrarias y conflictivas.

Además, algunos autores advierten un potencial peligro en el propio núcleo del iusnaturalismo, porque su insistencia en la adecuación del derecho positivo a una cierta noción de justicia puede resultar éticamente atractiva, pero esta misma virtud entraña un riesgo: la posibilidad de que, en nombre de un supuesto orden justo, universal y trascendente, se justifiquen leyes deleznable que sean contrarias a los intereses de la sociedad en la que se aplican. En este sentido, el iusnaturalismo, al fundamentarse en un ideal abstracto, puede prestarse a abusos que comprometan su propósito original de promover un orden justo (Marcone 2005, 126).

Esto ha provocado las críticas al iusnaturalismo por parte de algunos autores, que señalan que ha habido momentos en que determinadas corrientes iusnaturalistas han favorecido ideales humanistas acordes con la sociedad actual, como la autonomía, la libertad y la igualdad. Sin embargo, en otras ocasiones, ha respaldado «el mantenimiento de injusticias [...] convirtiendo en *natural* aquello que en realidad se reduce a ser la complicidad de los intereses del poder» (Garzón y Laporta 1996, 60).

Si bien estos críticos reconocen que el iusnaturalismo puede percibirse como una base para un discurso crítico frente al *statu quo*, al apelar a la necesidad de establecer un orden distinto del presente, más conforme con el principio de justicia, advierten también de que, en nombre de la naturaleza, Dios o la razón, es posible justificar atrocidades. Por ello, consideran que el iusnaturalismo no proporciona un derecho que garantice de manera inherente la conformidad con los principios éticos de una sociedad determinada.

Lo peculiar de este tipo de crítica es que, en esencia, es de carácter iusnaturalista. Los riesgos que denuncia están relacionados con el temor de que los principios morales que sustentan la legitimidad de un orden jurídico no sean los *principios morales verdaderos*. De este razonamiento se desprende una paradoja: aceptar el planteamiento iusnaturalista, pero temer que en su nombre se promulguen ordenamientos contrarios a la justicia última y verdadera. Así, el iusnaturalismo se enfrenta al dilema de ser un marco que, al tiempo que aspira a la justicia absoluta, puede ser instrumentalizado para perpetuar injusticias en nombre de principios supuestamente trascendentes.

Sea como fuere, en el siglo XIX toman fuerza las tesis positivistas en un esfuerzo por teorizar el derecho al margen de las perspectivas iusnaturalistas, proponiendo aproximaciones basadas en análisis de corte científico. Este movimiento parte de la premisa de que es imposible alcanzar un derecho absolutamente justo, así como es imposible también definir con claridad qué se entendería por tal. En consecuencia, los autores positivistas sostienen que la validez del derecho debe fundarse en criterios formales porque los criterios materiales son inevitablemente subjetivos.

En el surgimiento del positivismo (o quizás sería más adecuado decir su *resurgimiento*, pues Protágoras ya postulaba una filosofía con un marcado carácter positivista) se prioriza el *ser* del derecho frente al *deber ser*. Desde esta perspectiva, el positivismo normativista define el derecho como el conjunto de normas promulgadas por el poder soberano. Con ello, el criterio de validez jurídica experimenta un cambio fundamental: deja de enfocarse en la adecuación del derecho positivo a un ideal justo y trascendente para centrarse en los aspectos formales, como que la norma haya sido dictada por una autoridad legítima y siguiendo el procedimiento legalmente establecido.

Este giro normativista implica que el derecho abandone la búsqueda de fines inmanentes o su subordinación a valores previos. En términos de validez, lo que prima es un criterio estrictamente formal. Por tanto, bajo esta concepción, la validez jurídica no depende de contenidos éticos o morales, sino de su conformidad con las reglas procedimentales que rigen la creación del derecho.

1.2. Hans Kelsen: la culminación del positivismo normativista

1.2.1. Heredero de la tradición positivista

Aunque el planteamiento de fondo del positivismo ha estado presente en nuestra cultura desde sus inicios, con los sofistas griegos como ejemplo temprano, su desarrollo más completo y sistemático se dio en la Alemania del siglo XIX. Dentro de esta tradición, pero dando un paso más allá mediante un rigor metodológico superior y una búsqueda de pureza conceptual, se enmarca el pensamiento jurídico de Hans Kelsen (Praga, 1881), de quien puede destacarse el dato peculiar de que, aunque se convirtiera luego en uno de los grandes juristas de referencia, su experiencia en la facultad de derecho fue decepcionante y obtuvo notas mediocres, pues se aburría durante las clases y consideraba que los estudios jurídicos carecían de un método riguroso

(Robles 2014, 13). Este descontento fue, sin duda, un catalizador para que dedicara gran parte de su vida a elaborar su *Teoría pura del derecho*, que se caracteriza por estar profundamente influida por el método científico.

El propio Kelsen reconoce la importancia de sus predecesores y manifiesta su admiración por Georg Jellinek, a quien considera una gran fuente de inspiración por haber «sintetizado de modo perfecto y magistral la teoría del estado de la última centuria; en la mayoría de los casos sus concepciones representan lo que podríamos llamar el patrimonio científico del universitario medio» (2015, 19). Este reconocimiento, aunque pertinente, marca solo el punto de partida para las aspiraciones teóricas de Kelsen, quien consideraba que la tradición positivista era insuficiente y requería una reformulación que aportara mayor rigor, científicidad y objetividad.

En cuanto al rigor metodológico, Kelsen juzgaba los métodos de autores como Gerber o Jellinek como sincréticos y poco rigurosos debido a su enfoque dualista. Frente a esto, el vienés propone un monismo metodológico, que considera el único criterio verdaderamente científico o, al menos, el único con un rigor suficiente para la ciencia del derecho. Además, la falta de objetividad en el positivismo decimonónico también le parecía cuestionable, y señalaba, con razón, que la ciencia jurídica había sido con frecuencia una herramienta al servicio del poder político, lo que comprometía su neutralidad. Para Kelsen, la falta de imparcialidad política de la ciencia jurídica impedía que esta pudiera ser considerada una auténtica disciplina científica. En su obra, deja claro que los postulados políticos de carácter subjetivo no tienen cabida dentro del ámbito de una ciencia jurídica que aspire a ser objetiva y rigurosa (Calsamiglia 1997, 7).

En resumen, Kelsen considera que hasta ese momento no existía una verdadera ciencia del derecho y que esta grave carencia debía ser subsanada. Su *Teoría pura del derecho* representa su esfuerzo por establecer las bases de una ciencia jurídica caracterizada por el rigor metodológico, la neutralidad política y la objetividad.

Con *Teoría pura del derecho*, Hans Kelsen se posiciona como uno de los principales exponentes del positivismo jurídico del siglo xx. Dedicó una enorme cantidad de tiempo, energía y esfuerzo a construir una teoría del derecho que estuviera libre de influencias extrajurídicas, una teoría puramente jurídica, autosuficiente y desvinculada de disciplinas como la sociología, la historia o la economía. Este rasgo es, sin duda, uno de los más destacados de su planteamiento teórico: la necesidad de preservar a la ciencia jurídica de cualquier contaminación política, ética, religiosa, histórica o económica.

Esto no implica, y sería un error reducir su pensamiento a esta idea, que Kelsen negara que las normas jurídicas puedan tener contenido moral, político o ético. Es evidente que tales elementos influyen en la creación de las normas, algo que Kelsen reconoce explícitamente. Lo que sostiene es que, al estudiar el derecho, uno debe atenerse exclusivamente al conocimiento jurídico, sin mezclarlo con otras áreas.

Esta visión supone una ruptura con la tradición, ya que las investigaciones jurídicas anteriores estaban profundamente influidas por consideraciones políticas, éticas, religiosas o sociológicas. Sin embargo, esta aproximación no era completamente nueva, pues enfoques positivistas similares pueden encontrarse en autores como Bierling. Aun así, Kelsen llevó este planteamiento a un nivel de sistematización y rigor inédito hasta entonces. Su propia descripción de la *Teoría pura del derecho* es reveladora:

Nada que no sea lo jurídico interesa a la teoría pura. Nada que no sea la pura norma jurídica creada por los seres humanos puede ser objeto de su análisis. Y, en fin, todo aquello que es objeto del análisis de la teoría pura es pura norma jurídica [...]. Todo lo jurídico es norma y, además, norma positiva (Álvarez 2000, 17).

Este principio constituye el *leitmotiv* de la obra del vienés: el rigor metodológico y el rechazo a la mezcla de disciplinas o a la contaminación del derecho con elementos externos, pues, aunque su obra abarca temas más allá de la ciencia jurídica, como la antropología jurídica o la historia del pensamiento, el hilo conductor en todos sus trabajos es la búsqueda de un método preciso que salvaguarde la autonomía y la objetividad de la ciencia jurídica.

1.2.2. Autonomía, sistematicidad y unidad: los pilares kelsenianos

Para elevar el derecho a la categoría de ciencia, Kelsen propone una teoría autónoma, sistemática y unitaria, capaz de describir la estructura formal de cualquier ordenamiento jurídico positivo. No se trata, como él mismo aclara, de construir una teoría sobre los contenidos del derecho positivo, sino de desarrollar una teoría general que sea descriptiva, neutral y objetiva, características que permitirían superar la confusión entre el ser y el deber ser, un error que atribuye al planteamiento iusnaturalista.

La autonomía de la ciencia jurídica, según el autor, se garantiza mediante el principio de imputación. Este principio se propone como equivalente al principio de causalidad en las ciencias físicas, aunque con una naturaleza distinta, pues mientras que en las ciencias físicas el principio de causalidad establece un nexo de necesidad entre dos hechos (por ejemplo: el suelo está mojado porque ha llovido), en el derecho este tipo de conexión no es adecuado. En su lugar, el principio de imputación establece un vínculo normativo: un acto ilícito está conectado con una sanción, no por causa-efecto, sino porque así lo dispone una norma jurídica.

El principio de imputación delimita el campo de la ciencia jurídica y, a su vez, la protege de la influencia de otras disciplinas como la sociología del derecho, que estudia hechos y conductas sociales, pero no se rige por el *deber ser*. Por tanto, este principio actúa como un criterio metodológico que otorga al derecho su autonomía frente a las ciencias fácticas, sin embargo, no es suficiente para distinguir el derecho de otros sistemas normativos, como la moral o la religión, en los que también se encuentra una relación basada en el deber ser. Para resolver esto, Kelsen introduce un segundo criterio: la especificidad de la sanción, pues según él, la sanción jurídica es heterónoma, es decir, aplicada por sujetos distintos de quien infringe la norma (por ejemplo, cuerpos policiales o autoridades), lo que contrasta con la moral, cuya sanción suele ser interna, como el remordimiento, y aplicada por el propio sujeto.

Así, la autonomía del derecho queda garantizada por dos criterios fundamentales: el principio de imputación y la heteronomía de la sanción. La autonomía, aunque esencial, no basta para dotar al derecho de carácter científico. Es necesario que carezca de contradicciones y que se mantenga coherente ante exámenes de lógica. Kelsen insiste en que la sistematicidad es imprescindible para que el derecho sea considerado una ciencia rigurosa.

El derecho, compuesto por una gran diversidad de normas y elementos, requiere unidad para que el ordenamiento jurídico sea coherente. Mientras que el iusnaturalismo encuentra esta unidad en una autoridad superior (como la ley natural o divina, que otorga legitimidad y cohesión al derecho positivo), Kelsen rechaza esta solución por su carácter trascendente y no científico y, en su lugar, propone la norma fundamental hipotética, uno de los conceptos más controvertidos de su teoría. Esta norma, aunque tiene carácter normativo para respetar la separación entre el ser y el deber ser, no es una norma de derecho positivo, sino un supuesto lógico necesario para dotar de unidad y legitimidad al sistema jurídico. Kelsen llegó a describir esta norma en su obra póstuma

Teoría general de las normas como una *ficción*, lo que subraya su carácter constructivo dentro de su teoría.

En resumen, el autor pretende ofrecer una solución innovadora y rigurosa a los problemas tradicionales de la ciencia jurídica mediante una teoría que, además de ser autónoma y sistemática, encuentra en la norma fundamental el eje que unifica y legitima todo el sistema normativo, sin recurrir a fundamentos trascendentes (Kelsen 2018, 228).

1.2.3. *Validez jurídica en Hans Kelsen: la cesión ante la inclusión de términos sociológicos*

Como representante del positivismo normativista, Kelsen excluye de su aproximación al estudio de la ciencia jurídica cualquier conexión con la religión o la ética, ya que ambas pertenecen, en su opinión, al ámbito de la subjetividad y la ideología, lo que comprometería la objetividad necesaria para una correcta aproximación al derecho. También deben mantenerse al margen disciplinas como la sociología y otras ciencias que no cumplen con los criterios delimitados por el principio de imputación y la especificidad de la sanción, aunque, como señala Robles, la separación pretendida entre sociología y derecho queda justamente en eso: una pretensión, cuando se trata de abordar la validez jurídica (2015a, 339).

Cabe destacar del normativismo, y en particular del normativismo kelseniano que, a pesar de su voluntad de ruptura con el iusnaturalismo, en realidad se asienta sobre bases coincidentes, como la jerarquía de normas y la estructura formal. La diferencia esencial entre ambas corrientes radica en el elemento que, en última instancia, sirve para legitimar la pirámide normativa. En el caso del iusnaturalismo, este elemento es externo al derecho positivo, encontrándose en la divinidad o en la naturaleza. Por el contrario, en el marco del normativismo, el elemento legitimador es el Estado, que, en la propuesta kelseniana, se inserta en la jerarquía normativa a través de la *norma fundamental*, el aspecto más controvertido de su teoría.

Dentro de este esquema general de la ciencia jurídica y tomando en cuenta los fundamentos kelsenianos previamente expuestos, es sencillo identificar dónde reside para Kelsen el fundamento de la validez de las normas: en su existencia y en su obligatoriedad.

Kelsen construye su teoría del derecho desde una perspectiva represiva, definiendo las normas jurídicas como prescripciones acompañadas de sanciones para los casos en que no se cumplen. En este marco, solo el derecho po-

sitivo es válido, lo que significa que una norma, para ser considerada válida, debe estar integrada en el sistema de derecho positivo, excluyendo cualquier elemento ajeno a las normas creadas por los seres humanos. En cuanto a la obligatoriedad, el segundo rasgo esencial de las normas jurídicas, esta deriva de su naturaleza, que consiste en imponer determinados comportamientos (Robles 2015a, 340). Por lo tanto, para Kelsen, la validez jurídica se fundamenta tanto en la existencia de las normas dentro del ordenamiento positivo como en su capacidad para regular conductas específicas mediante la amenaza de sanciones.

Según el normativismo, la validez de una norma depende únicamente de su existencia dentro del ordenamiento jurídico y de su obligatoriedad, sin que sea necesario considerar su contenido. Esto implica que una norma es válida si cumple con los requisitos formales establecidos, independientemente de su valor ético o moral. De este modo, el normativismo excluye cualquier juicio ético en la determinación de la validez de las normas, extendiendo esta indiferencia a la valoración del ordenamiento jurídico en su totalidad.

Esto plantea algunas preguntas fundamentales: ¿En qué consiste realmente la validez formal?, ¿cuándo puede decirse que una norma cumple con los requisitos de existencia y de obligatoriedad? Al explorar estas cuestiones, nos encontramos con dificultades que desafían tanto la pretendida autonomía del derecho como ciencia, como el rigor científico que aspira a mantenerse ajeno a suposiciones externas al derecho positivo.

En la conocida *pirámide de Kelsen*, cada norma encuentra su fundamento en la norma inmediatamente superior. En la base de esta pirámide se sitúan las normas individualizadas (como sentencias judiciales o actos de ejecución), que derivan su validez de reglamentos y leyes superiores, las cuales, a su vez, encuentran su fundamento en la constitución. Sin embargo, la constitución ocupa una posición peculiar dentro de este esquema jerárquico, ya que, aunque respalda las normas que se encuentran por debajo de ella, no puede basar su legitimidad en ninguna norma de derecho positivo superior.

Este vacío genera una contradicción. Para solucionar esta dificultad, Kelsen introduce el concepto de *norma fundamental* (*Grundnorm*) (2013, 173), que sirve como punto de partida hipotético y abstracto para dotar de validez el conjunto del sistema normativo. Sin embargo, la *norma fundamental* es un elemento etéreo y controvertido, ya que no forma parte del derecho positivo ni tiene contenido propio; es simplemente una suposición necesaria para garantizar la coherencia y unidad del ordenamiento jurídico. Así, mientras la *norma fundamental* resuelve el problema lógico de la validez de la constitu-

ción, lo hace a costa de introducir un elemento que se aparta del rigor estrictamente científico que Kelsen defendía para su *Teoría pura del derecho*.

La *norma fundamental* propuesta por Kelsen presenta varias características que entran en conflicto con los fundamentos del normativismo. En primer lugar, no es una norma de derecho positivo ni se conoce su origen, ya que lo único que se sabe de ella es que es escueta y que tiene un contenido uniforme para cualquier ordenamiento jurídico: «Hay que obedecer al poder constituyente» (Robles 2015, 341). Esto plantea una dificultad inherente: no queda claro por qué esta norma debería ser más legítima que las normas divinas o naturales propuestas por las corrientes iusnaturalistas. En segundo lugar, a pesar de las intenciones de Kelsen de fundamentar el sistema jurídico en términos estrictamente normativos, la legitimación última recae en un elemento cuya existencia es tan cuestionable como la de los fundamentos trascendentes del iusnaturalismo.

Por ello, a la *norma fundamental* se le pueden atribuir los mismos defectos que Kelsen critica en las leyes divinas o en los derechos naturales defendidos por los iusnaturalistas: es una norma ajena al derecho positivo y no creada por los hombres. Dicho esto, es cierto que existen diferencias importantes entre ambos planteamientos, pues el iusnaturalismo al menos tiene como objetivo alinear el derecho con la justicia, acomodando sus elucubraciones para acercar lo más posible ambas nociones. En cambio, el normativismo positivista de Kelsen no persigue este propósito dado que, al no buscar un vínculo entre el derecho y la justicia, termina validando cualquier contenido normativo, a pesar de depender de artificios conceptuales similares a los del iusnaturalismo.

Además, aunque Kelsen basa la legitimación de las normas y del ordenamiento jurídico en dos elementos esenciales, la existencia y la obligatoriedad, introduce también un tercer elemento que desempeña un papel clave en su teoría de la validez: la eficacia. La eficacia se entiende como la aplicación real y efectiva de las normas en la práctica, lo cual viene a consistir en que una norma es eficaz cuando sus destinatarios cumplen con lo que ella prescribe.

Si bien el *vienés* no fundamenta directamente la validez en la eficacia, como lo hacen los realistas y los sociólogos del derecho, sí la considera un elemento condicionante para la validez, aproximándose en este punto, aunque de forma matizada, a ciertas ideas que se desarrollarán posteriormente en las corrientes realistas, para las cuales la eficacia es el criterio primordial de la validez jurídica (Kelsen 2013, 50-52). El lugar que ocupa la eficacia en la teoría pura kelseniana pone de manifiesto la tensión inherente entre su búsqueda

de pureza metodológica y la necesidad de vincular las normas con la realidad social en la que operan.

Para reflejar con precisión la postura de Kelsen, es fundamental destacar que, según su concepción, la validez de las normas jurídicas requiere un cierto grado de eficacia en la realidad. No obstante, su posición respecto a este requisito experimentó una evolución significativa entre la primera versión de la *Teoría pura del derecho* (1934) y la edición revisada de 1960.

En la edición de 1934 el autor sostiene que el ordenamiento jurídico, considerado en su conjunto, debe poseer un nivel mínimo de eficacia y, en consecuencia, un cierto grado de efectividad para ser válido (2013, 50-53), pero no aplica este criterio a las normas jurídicas consideradas individualmente, ya que a su entender, estas son válidas por pertenecer a un ordenamiento jurídico eficaz en su totalidad, siempre que cumplan con los requisitos formales. A pesar de esto, Kelsen enfatiza que la eficacia no es la razón de validez, sino una condición de validez, lo que marca una distinción sutil pero importante y lo aleja de las posturas realistas.

Esta posición recibió críticas, ya que puede cuestionarse la consistencia de exigir eficacia al conjunto del ordenamiento, concebido por Kelsen como una *mera* suma de normas jurídicas, sin requerir lo mismo para las normas individuales. Ante estas objeciones, Kelsen revisó su planteamiento en la segunda edición de *Teoría pura del derecho* (1960). En esta revisión, además de exigir eficacia para el ordenamiento jurídico como un todo, la demanda también se extendió a cada norma jurídica individual. Según este nuevo enfoque, la eficacia es una condición necesaria para la validez, que, junto con la obligatoriedad, define la existencia de las normas. Es decir, una norma que nunca se ha aplicado no puede considerarse existente ni obligatoria, ya que la existencia y la obligatoriedad requieren un mínimo de aplicación efectiva en la realidad.

Con esta modificación se introduce una conexión entre la validez jurídica y la aplicación real del derecho, rompiendo así las barreras que había intentado establecer entre la teoría del derecho y la sociología jurídica, ya que al ligar la validez con la eficacia, se desplaza al ámbito del *ser*, lo cual entra en contradicción con su afirmación de que la teoría del derecho debe mantenerse exclusivamente en el terreno del *deber ser* (Kelsen 2013, 78-80).

Así, la aspiración de Kelsen de construir una ciencia del derecho autónoma, sistemática y unitaria; desvinculada del iusnaturalismo, de las ideologías y de otras disciplinas, se ve comprometida al abordar la cuestión de la validez. Por un lado, porque la legitimación última del ordenamiento jurídico reposa en la *norma fundamental*, un concepto tan externo al derecho positivo

como la *ley eterna* de Tomás de Aquino o los derechos naturales de Locke. Por otro lado, porque al exigir que las normas tengan un nivel mínimo de aplicación efectiva en la sociedad, introduce inevitablemente elementos propios de la sociología jurídica, entremezclando dos campos que su teoría había intentado separar estrictamente.

2. Realismo jurídico: el derecho factual

2.1. La corriente empirista que conecta el derecho con la realidad social

Como reacción crítica frente al formalismo conceptual característico de la doctrina normativista, durante el siglo xx emerge y se desarrolla el realismo jurídico. Este movimiento encuentra sus raíces en el sofismo clásico, siendo Trasímaco uno de sus principales exponentes. Según se recoge en *La República* de Platón, Trasímaco afirma que *lo justo* no es más que aquello que conviene al más fuerte, una imposición moral de los gobernantes en función de su propia conveniencia (Platón 2013). En su planteamiento, la justicia carece de un carácter trascendente y se reduce a un instrumento del poder para maximizar sus beneficios. De este modo, Trasímaco ofrece una visión del derecho como un hecho, lo que lo convierte en un antecedente indiscutible del realismo jurídico.

Dando un salto cronológico desde la Grecia clásica hasta el siglo xx, el rasgo distintivo del realismo jurídico contemporáneo es su alejamiento de los postulados idealistas sobre el derecho y la obligatoriedad. El realismo centra su atención en la observancia real de las normas en una sociedad. Esto supone que la validez formal, esencial para el normativismo, pierde protagonismo, al igual que la validez material entendida en términos iusnaturalistas como la conformidad de las normas positivas con principios éticos o morales. La piedra angular de la validez, en el marco del realismo, es la eficacia definida como la aplicación efectiva de las normas y su acatamiento en la práctica social.

Esta aproximación otorga un papel central a la función jurisdiccional y a las conductas de los individuos, ya que el derecho se define, delimita y concreta en gran medida a través de las sentencias judiciales. En última instancia, una norma que no se aplica ni se obedece deja de ser propiamente una norma, convirtiéndose en mero papel mojado. Con este planteamiento, el realismo jurídico concede al juez un protagonismo que el normativismo le negaba al

considerarlo un mero portavoz de la ley. Por el contrario, en el realismo se reconoce el carácter constructivista del juez como operador jurídico que, mediante sus decisiones, perfila y llena de contenido las normas. En este sentido, el realismo comparte puntos de encuentro con la TCD, que, por su naturaleza hermenéutica y analítica, también asigna un rol activo al poder judicial en la construcción del derecho. Sin embargo, a diferencia de la TCD, el realismo otorga relevancia, además de a las decisiones de los órganos del Estado, a los comportamientos de los individuos en la sociedad.

El realismo es un movimiento heterogéneo que suele dividirse en tres grandes corrientes: la alemana, la americana y la escandinava, aunque incluso esta división carece de consenso generalizado. Además, dentro de cada corriente existen diferencias doctrinales significativas entre sus autores, lo que dificulta identificar un denominador común que unifique las distintas perspectivas realistas. A pesar de esta diversidad, abordaremos de manera introductoria los postulados de Karl Olivecrona como representante de la corriente escandinava, reconociendo que sus planteamientos tienen notables diferencias con otros autores de la misma familia doctrinal.

2.2. El *derecho como hecho*: el poder de la imaginación

2.2.1. Olivecrona: contexto y pensamiento

Karl Olivecrona (Upsala 1897), desarrolló su vida estudiantil y académica en Suecia. A pesar de que fue fundamentalmente un teórico del derecho, dada la ausencia de cátedras de filosofía del derecho en Suecia, se incorporó como profesor de derecho procesal. Esto, junto a su actividad profesional como abogado, le llevó a estar en contacto constante con el derecho positivo, lo que probablemente influyó en la orientación realista de su pensamiento teórico-jurídico. Se caracterizó por su crítica al derecho tradicional, en el que consideraba que existía un vacío «imposible de colmar tanto en la concepción pura del derecho como en su fundamentación esencial» (2018).

La característica fundamental del pensamiento jurídico de Olivecrona radica en su insistencia en que todo aquello que no sea empírico y factual no existe más que en la imaginación de las personas. Así, entiende el derecho como hecho, idea que da título a una de sus obras más significativas. Conceptos como la voluntad del Estado, el derecho subjetivo o el deber no son, para él, más que construcciones del imaginario colectivo, aunque por estar tan

profundamente arraigados en la conciencia social, las personas actúen como si tales conceptos existieran en la realidad.

Estos planteamientos suponen una ruptura significativa con el normativismo kelseniano, pues si bien Kelsen basa su *Teoría pura del derecho* en la voluntad del Estado como uno de sus pilares fundamentales, Olivecrona rechaza esta idea, calificándola de pura imaginación, «por cuanto no existe una voluntad sobrehumana perteneciente a una entidad colocada por encima de las personas físicas que componen el Estado. Solamente los seres humanos tienen voluntad y cada uno de ellos tiene una voluntad propia» (2018, 24).

En la misma dirección, critica a quienes consideran que el derecho es la manifestación de la *voluntad del pueblo*. Para él, esta noción carece de sustancia, ya que «cada individuo, singularmente considerado, no tiene otra cosa que hacer que ajustar su conducta al derecho si quiere evitar sanciones» (Olivecrona 2018, 26). De este modo, enfatiza que el derecho no es una emanación de voluntades colectivas o sobrehumanas, sino un conjunto de hechos que adquieren significado únicamente a través de su impacto en la conducta humana. Esta visión radicalmente empírica y realista caracteriza a Olivecrona y lo sitúan como una figura central del realismo jurídico escandinavo.

2.2.2. Definiendo el derecho a través de los hechos

El método de trabajo de Karl Olivecrona se basa, como es lógico según los títulos de sus obras, en partir del estudio de los hechos y en asumir que solo aquellos elementos que puedan derivarse de estos son susceptibles de análisis como parte del derecho. Sin embargo, reconoce que la palabra *derecho* abarca hechos pueden ser de distinta naturaleza, lo que dificulta el análisis conjunto. Por ejemplo, el derecho internacional difiere del derecho de la Iglesia, y este, a su vez, del derecho estatal. Para avanzar sin confusiones, Olivecrona limita su análisis al derecho estatal. Una vez realizada esta precisión, imprescindible para evitar equívocos, divide su propuesta en cuatro partes fundamentales:

- Contenido y forma de la norma jurídica.
- Incorporación de las normas a la maquinaria social mediante la legislación.
- Nociones de derechos y obligaciones y su vinculación con el sistema legal.
- Relaciones entre derecho y fuerza.

Mientras Olivecrona se restringe al análisis de los hechos observables en el derecho positivo, dejando de lado otros elementos, como los relativos al derecho convencional, Robles adopta una perspectiva más amplia. La teoría comunicacional, que es el enfoque que usaremos en este trabajo, abarca todos los elementos del derecho posible, lo que incluye no solo aquellos presentes en un ordenamiento jurídico existente, sino también aquellos que podrían potencialmente incluirse en un hipotético ordenamiento jurídico aún no creado. Esta diferencia marca una línea divisoria entre la visión empírica y estrictamente factual de Olivecrona y la perspectiva más amplia y exploratoria de Robles, que se interesa tanto por lo que el derecho es como por lo que podría llegar a ser.

2.2.3. Las normas jurídicas: imperativos independientes

En su análisis de los elementos del derecho el sueco comienza con las normas jurídicas, pero muy pronto se descubre que este elemento fundamental del derecho no tiene existencia más allá de la imaginación colectiva. Así lo explica:

El contenido de las normas jurídicas puede definirse como ideas de acciones imaginarias a ser cumplidas por personas (p. ej. jueces) en situaciones imaginarias. La aplicación de la ley consiste en utilizar esas acciones imaginarias como modelos de conducta cuando las situaciones correspondientes surgen en la vida real (Olivecrona 2018, 28).

De esta manera, pone el acento en los aspectos psicológicos que determinan las creencias y los comportamientos de los individuos respecto a la idea de derecho y sus elementos constitutivos. Para él, las normas jurídicas existen únicamente como imperativos independientes que, a través de los rituales asociados a las prácticas jurídicas y de su lenguaje imperativo, generan la impresión de que lo que prescriben debe ser obedecido. Sin embargo, a sus ojos este fenómeno no es más que un proceso de sugestión psicológica. Sobre estos procesos de sugestión se estructuran, en última instancia, las relaciones de poder.

Olivecrona lleva las consecuencias de su análisis bastante lejos al concluir que todas las relaciones jurídicas son producto de la imaginación colectiva, pues no se fundamentan en realidades existentes en el mundo natural, sino en un consenso psicológico creado a partir de palabras *mágicas* que han adqui-

rido fuerza vinculante mediante la persuasión. Es la aceptación de estas palabras como legítimas y necesarias lo que genera el respeto y el acatamiento de las normas jurídicas. Así, el derecho no se apoyaría en fundamentos naturales, sino en procesos psicológicos que atribuyen a ciertos actos, palabras y normas una fuerza obligatoria en el imaginario colectivo. Y, para contribuir a la persuasión psicológica, las normas suelen redactarse en forma imperativa, lo que facilita su función de influir en las conductas de los individuos.

En definitiva, para Olivecrona, las normas jurídicas no son más que la expresión de ideas formuladas bajo una estructura lingüística particular: el imperativo. El uso del imperativo es, según él, una condición necesaria para cumplir con su finalidad de imponer ciertos comportamientos (2018, 28). Así, las normas se presentan en la mente de las personas como directrices que se transmiten a través del *hábito* o la *costumbre*. Este proceso contribuye a que las normas sean percibidas como vinculantes, aunque su verdadero fundamento se encuentre únicamente en la persuasión psicológica que ejercen sobre los individuos.

Es decir, las normas jurídicas, al menos en el sentido en que comúnmente son entendidas por la sociedad, no tienen existencia real fuera de la imaginación colectiva y esta idea se extiende también al concepto de Estado, que según el autor es casi puro misticismo y palabrería. El Estado no es un ser *sobrehumano* dotado de voluntad y capacidad para ordenar. Está compuesto por personas concretas: jefes de Estado, miembros del gobierno, parlamentarios, etc., cada uno de los cuales tiene un conocimiento fragmentado y limitado de las leyes que redactan, votan y aprueban. Por lo tanto, solo mediante la ficción de imaginar al Estado como un ente con voluntad propia puede dotarse de sentido a la teoría del derecho como un conjunto de órdenes emanadas de él.

Además de negar que el derecho consista en órdenes del Estado, Olivecrona va un paso más allá y sostiene que

el Estado no es un poder o entidad que exista con independencia del derecho y, por lo tanto, no puede decirse que el derecho emane del Estado. La organización del Estado se erige sobre normas jurídicas, por lo tanto, el Estado no puede existir sin el derecho y, por ello, carece de sentido sostener que el derecho es una creación del Estado (Olivecrona 2018, 32).

En su análisis, el concepto de Estado es tan metafísico como el de Dios en relación con las normas morales. De la misma manera que se atribuye a

Dios la legitimidad de las normas éticas, se atribuye al Estado la legitimidad de las normas jurídicas, presentándolas como la *voluntad del Estado* o como *órdenes del Estado*. Sin embargo, Olivecrona subraya que el Estado real no imparte órdenes; solo lo hace en un plano metafísico.

Estos razonamientos llevan a una pregunta crucial: si se elimina el respaldo metafísico del derecho, ¿dónde reposa entonces su existencia? Para Olivecrona, la respuesta estriba en los procesos de sugestión colectiva y en el poder persuasivo de las normas jurídicas. Las normas no existen como entidades objetivas, sino como ideas que adquieren fuerza en la medida en que son aceptadas y obedecidas por las personas. Así, el derecho no se fundamenta en una autoridad trascendente, como el Estado, sino en la creencia colectiva en su obligatoriedad y en los mecanismos psicológicos que sostienen esa creencia.

2.2.4. La aplicación de las normas mediante la presión psicológica

Las normas jurídicas, en cuanto a su fondo y forma, son descritas por Olivecrona como *imperativos independientes* de las que es necesario entender cómo adquieren significado social y cómo se integran en la estructura de la sociedad. Este aspecto es fundamental, ya que el objetivo de los legisladores es influir en las acciones de los individuos, y esto, a entender del sueco, solo puede lograrse mediante una influencia directa en las mentes de los ciudadanos. Desde esta perspectiva psicologista, las normas jurídicas, como elementos con fuerza obligatoria, no existen objetivamente, sino únicamente en la mente de las personas.

El acto de legislar, en cambio, no tiene carácter místico; es un proceso real que genera una relación de causa y efecto entre el mundo natural y el nivel psicológico. Sobre esto el autor toma como punto de partida los Estados europeos contemporáneos a él para ilustrar su planteamiento. En estos sistemas, la legislación se produce de conformidad con las normas constitucionales, y, en términos generales, tiene efectos reales en la práctica. La aplicación efectiva de la legislación, según el escandinavo, se debe al respeto que la población siente hacia la constitución en primer lugar, y hacia las normas conformes a esta, en segundo lugar.

Pero ¿de dónde proviene este sentimiento de sumisión a la constitución?, El propio autor reconoce no tener una respuesta clara, pues las causas son múltiples y variadas, abarcando factores tanto históricos como psicológicos. No obstante, independientemente de cuáles sean las causas específicas, cons-

tata que este sentimiento de sumisión existe y se perpetúa a través de una presión psicológica constante ejercida sobre los miembros de la comunidad.

De este modo, las normas jurídicas adquieren su fuerza obligatoria, no por un respaldo trascendente, sino por su capacidad de generar en los individuos un respeto que, aunque intangible, resulta efectivo. La estabilidad del sistema jurídico depende así de un continuo proceso de persuasión psicológica que asegura que las normas sean vistas como obligatorias y, por tanto, respetadas y cumplidas en la práctica.

En esta línea de pensamiento, ni el modo concreto en que se aprueba una constitución ni su origen específico son factores que doten de vigencia o poder a la misma. De hecho, muchas constituciones han sido aprobadas tras procesos revolucionarios o mediante la fuerza, y estos acontecimientos no pueden considerarse causas últimas de legitimación. Para Olivecrona, el establecimiento de una constitución mediante actos revolucionarios no es más misterioso que el proceso ordinario de creación de leyes. En ambos casos, algunos individuos formulan un conjunto de imperativos independientes que reclaman obediencia. En el caso de la legislación, esta obediencia se sustenta en la reverencia que la población profesa hacia la constitución; en el caso de la constitución, la obediencia depende de una aceptación psicológica del nuevo orden.

Así, en el marco de *El derecho como hecho*, no es necesario recurrir a fundamentos trascendentes, principios morales ni teorías como la *norma fundamental* kelseniana para justificar la validez de las normas, pues en la práctica la validez reside en su vigencia y en su eficacia. En definitiva, mientras las normas sean acatadas y efectivas en la regulación de la vida social, son válidas. No es el origen de las normas lo que importa, sino su capacidad para operar en la realidad y de moldear el comportamiento humano. En este sentido, el derecho, como lo concibe Olivecrona, se define más por su funcionalidad y aceptación que por sus fundamentos teóricos o metafísicos.

3. Normativismo, realismo jurídico y TCD: puntos de encuentro

El normativismo kelseniano y la TCD tienen numerosos puntos en común, lo que no puede sorprender, pues una parte de las motivaciones de Robles al desarrollar su teoría del derecho es superar las limitaciones Kelsenianas. El profundo conocimiento que Robles tiene de la tradición jurídica alemana en general y de Kelsen en particular sugiere que, a pesar de las diferencias metodológicas y sustantivas que separan a ambos autores, la influencia del

vienés es inevitable en la construcción de la propuesta comunicacional. Esta influencia, aunque resulte paradójico, se manifiesta en gran medida a través de la búsqueda de caminos alternativos que permitan superar los obstáculos que Robles identifica en la *Teoría pura del derecho*.

Los dos autores comparten una notable disciplina y rigor metodológico, aunque los métodos elegidos sean radicalmente distintos. De hecho, son precisamente estas diferencias metodológicas las que fundamentan las divergencias esenciales entre ambos. Mientras que Kelsen adopta un método formalista y descriptivista, Robles adopta el hermenéutico-analítico, que lleva a una concepción del derecho marcadamente constructivista, pero ambos comparten una pretensión común: alejarse del misticismo propio de las corrientes iusnaturalistas. Este punto de partida compartido genera ciertas similitudes entre la *Teoría pura del derecho* de Kelsen y la teoría formal de Robles. No obstante, cuando se entra en el detalle, las diferencias en los elementos fundamentales de ambas teorías son tan significativas que cabe considerar sus posicionamientos doctrinales como sustancialmente distintos.

En lo que respecta a las posibles conexiones entre el realismo jurídico y la TCD, se observa una evolución interesante. Aunque inicialmente ambos parten de concepciones bastante diferentes del derecho, a medida que la TCD se desarrolla y consolida su estructura, se tienden puentes que acercan a ambas corrientes.

Cuando se analiza la relación entre la TCD y el realismo, resulta indispensable tener en cuenta el carácter heterogéneo de este último. Como señala Llewellyn, no puede afirmarse que exista una *escuela de realistas* propiamente dicha, ya que bajo el paraguas del realismo se agrupan autores con enfoques considerablemente distintos en cuanto a la forma y el fondo de su aproximación al derecho. Sin embargo, podría identificarse un denominador común: el rechazo tanto al normativismo como, en general, a las corrientes axiológicas. En contraposición a la búsqueda del *derecho ideal*, el realismo plantea un giro fundamental: en lugar de ajustar la realidad social a las leyes, propone ajustar las leyes a la realidad social.

En este sentido, el realismo resalta la importancia de la aplicación efectiva de las normas como criterio definitorio de su validez. Este énfasis en la eficacia conecta de algún modo con ciertos aspectos de la TCD, especialmente en lo que respecta al papel activo de los operadores jurídicos y al reconocimiento de la interacción dinámica entre el derecho y la sociedad. No obstante, las diferencias entre ambas corrientes persisten, particularmente en lo que respecta a la perspectiva constructivista de Robles y su interés por explorar el

potencial del derecho en escenarios hipotéticos, una dimensión que generalmente no ocupa el foco central en el realismo.

El realismo jurídico se distancia de manera clara tanto de las concepciones del derecho centradas en un ideal de justicia como de aquellas que giran en torno a las normas, pues se aproxima al fenómeno jurídico de manera empírica, rechazando la metafísica y considerando que las visiones tradicionales del derecho, al centrarse en elucubraciones filosóficas, han estado en gran medida impregnadas de metafísica en lugar de centrarse en los hechos.

En este contexto, resulta interesante analizar si la TCD, que explícitamente se posiciona como no axiológica, podría ser incluida en algún sentido dentro de la corriente realista. Sin embargo, como se explorará más adelante, la TCD distingue entre dos dimensiones de la justicia: la justicia ambital, que, al igual que las corrientes sociologistas, está ligada a coordenadas específicas de tiempo, espacio y sociedad; y la justicia extra-ambital, asociada a la filosofía ética y de carácter potencialmente universalista (Robles 2021, 855). Al hacer esta distinción, Robles marca una clara diferencia con el sociologismo jurídico, separándose de un reduccionismo puramente contextual.

Un aspecto que llama la atención es la insistencia en la obra de Robles sobre la necesidad de garantizar la autonomía del derecho respecto a otras ciencias afines, pues enfatiza especialmente la delimitación entre la teoría del derecho y la sociología del derecho, subrayando que deben evitarse contaminaciones entre ambas disciplinas. Esta delimitación contrasta con el realismo jurídico, en el que se produce un cierto mimetismo entre el estudio del derecho y el análisis sociológico. Esta diferencia se suma a otra fundamental, ya que el realismo se centra en el derecho factual, mientras que la TCD aborda el derecho posible, lo que aleja significativamente a la teoría de Robles de la corriente realista, ya que la propuesta comunicacional no se limita a analizar lo que el derecho *es* en un contexto dado, sino que explora lo que podría llegar a ser en cualquier sistema jurídico hipotético, ampliando su alcance más allá de las limitaciones empíricas que definen al realismo.

A pesar de estas diferencias significativas, no sería descabellado sugerir que existen puntos de convergencia importantes entre la TCD y el realismo dado que coinciden en la pretensión de desprender al derecho de concepciones metafísicas y axiomáticas, priorizando una comprensión más dinámica y funcional. Si bien la TCD mantiene una estructura metodológica y conceptual que la aleja del realismo en aspectos fundamentales, los puntos en común en cuanto a la orientación práctica y la crítica a las visiones tradicionales del derecho justifican un análisis comparativo que permita apreciar

su interacción y posibles influencias mutuas. Además, hay que destacar el rol central que Robles otorga a la acción, considerándola el elemento fundamental del derecho y desarrollando una detallada teoría de la acción que la coloca en el núcleo del análisis jurídico, lo cual establece un nexo evidente con las corrientes realistas, que también priorizan las conductas y los hechos en su comprensión del derecho.

La validez formal: trasladando el eje de gravedad de las normas al ordenamiento

1. La validez formal del ordenamiento en la TCD: la juridicidad

1.1. Una visión holística del fenómeno jurídico

La validez formal de las normas viene determinada por su juridicidad. Esta afirmación requiere que examinemos en qué consiste la juridicidad, cuál es su contenido específico y qué implicaciones conlleva.

Según la TCD, las normas no poseen un sentido ni una existencia autónomos, ya que su juridicidad deriva de su inclusión en el sistema jurídico. Las normas jurídicas aparecen en el sistema (SIS) como resultado de un proceso de construcción. Este sistema jurídico se concibe como un todo unitario que engloba los elementos jurídicos y los conecta entre sí. Así, las normas adquieren su validez al formar parte de ese conjunto que es el sistema jurídico. Esto conduce a considerar la validez formal de las normas en relación con la validez del sistema en su totalidad y, a su vez, el sistema jurídico refleja aquella realidad textual primaria en la que se sustenta: el ordenamiento jurídico.

Es oportuno, entonces, aproximarse al concepto de ordenamiento desde una perspectiva comunicacional, dado que de la validez de aquel dependerá la validez de las normas. Robles ofrece una aproximación a la noción de ordenamiento que merece ser analizada con detenimiento:

<https://dx.doi.org/10.5209/ejur.002.05>

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.

Hay muchos ordenamientos jurídicos en la realidad, pero solo una idea o noción de ordenamiento. Cualquier ordenamiento es el resultado de las decisiones tomadas por autoridades. Cualquier ordenamiento es un conjunto de normas. Todo ordenamiento organiza la sociedad, una determinada sociedad. Todo ordenamiento regula, a través de normas, las acciones humanas. En resumidas cuentas, los diversos elementos de los que venimos hablando se entrelazan y adquieren su significado dentro siempre de un ordenamiento (Robles 2015a, 71).

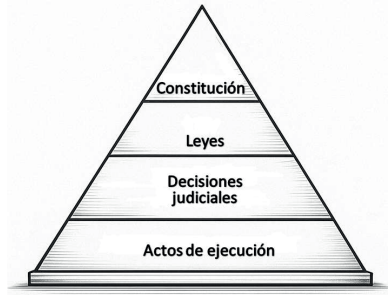
De estas afirmaciones se desprende que, en opinión del autor, el derecho se manifiesta siempre mediante un conglomerado de elementos que conforman un ordenamiento jurídico y lo que confiere juridicidad a esos elementos es precisamente su pertenencia al ordenamiento. Esto provoca un cambio en el elemento sobre el que recae el peso de la validez en última instancia, pues deja de recaer en las normas jurídicas para recaer en el ordenamiento como conjunto¹.

El ordenamiento jurídico constituye la concreción del derecho en una estructura específica, y, para facilitar la comprensión de su funcionamiento, la doctrina ha recurrido a menudo a imágenes sencillas que ilustran la interrelación entre los distintos elementos que lo conforman. Estas representaciones visuales son de utilidad para darse una idea gráfica de lo que es el ordenamiento jurídico y de cómo se articulan sus componentes.

Una de las imágenes más populares para representar el ordenamiento jurídico es la propuesta por la escuela de Viena: la estructura escalonada o pirámide. En este modelo se destaca la interrelación entre todos los elementos. En la base de la pirámide se encuentran los actos de ejecución, que corresponden a las *normas individuales*. Sobre estos actos se sitúan las decisiones judiciales. A medida que se asciende por la pirámide, aparecen los textos normativos aprobados por las distintas autoridades, como la administración y el legislador. En la cúspide se encuentra la constitución, que ampara y legitima

¹ A esta cuestión debemos dedicar más atención en las siguientes líneas, pero haciendo una precisión antes de adentrarnos en el fondo de la misma: el ordenamiento jurídico es denominado también por muchos autores orden jurídico o sistema jurídico. Si bien desde un punto de vista comunicacional ordenamiento jurídico y orden jurídico son expresiones que pueden usarse indistintamente, no ocurre lo mismo con el concepto de sistema jurídico que, aunque esté conectado con los otros dos, tiene un contenido distinto. A la distinción entre estos dos conceptos: ordenamiento y sistema, hay que añadir un tercer concepto, el de ámbito, que engloba los otros dos, así como otros textos que pertenecen al derecho, pero no al ordenamiento ni al sistema. A los pormenores de esta distinción haremos referencia más adelante limitándonos en este momento a señalarla.

el desarrollo descendente hasta la base. Este esquema resalta la interrelación entre los elementos, así como la estructura jerárquica del derecho, donde cada elemento debe ajustarse a los que se sitúan en los niveles superiores.



Otra imagen comúnmente utilizada para representar el ordenamiento jurídico es la del árbol. En este caso, las ramas y las hojas simbolizan los diversos elementos del derecho. Estos elementos adquieren vida y sentido únicamente al estar integrados en el árbol, es decir, en el ordenamiento jurídico. De manera similar a como las hojas caen y pierden su conexión con el árbol, los elementos jurídicos, cuando se consideran de forma aislada, carecen de juridicidad al encontrarse fuera del ordenamiento.



Ambas imágenes subrayan la idea de que la validez de los elementos jurídicos no radica en su existencia autónoma, sino en su integración en un conjunto que les otorga significado y legitimidad.

Tanto la imagen normativista de la pirámide como la del árbol son útiles para comprender el ordenamiento jurídico, aunque cada una de ellas destaca aspectos diferentes. La pirámide resulta especialmente práctica desde la perspectiva normativista, al centrarse en las normas como el elemento central

del derecho. Sin embargo, el ordenamiento jurídico trasciende las normas e incluye otros elementos que también adquieren validez por su pertenencia al ordenamiento. En este conjunto, todos los componentes están interconectados, lo que implica que focalizarse exclusivamente en algunos mientras se ignoran los demás nos lleva a una visión incompleta del fenómeno jurídico (Robles 2015a, 74).

Esta concepción del derecho, que consiste en reconocer la interconexión de todos los elementos que lo conforman, es lo que se denomina *ordinamentalista* y pone el acento en la visión de conjunto. En este sentido, la TCD se acerca a la visión ordinamentalista porque propone una visión holística. No obstante, la propuesta comunicacional va más allá del ordenamiento jurídico, porque no se queda en él, aunque sí sea su ineludible punto de partida, sino que lo conecta con los sistemas jurídicos doctrinales (DOCs), el sistema jurídico propiamente dicho (SIS) y el ámbito jurídico (AMB). Desde esta perspectiva, comprender la individualidad de cada elemento exige analizar su función dentro del conjunto.

Aunque este planteamiento pueda parecer evidente, ha estado tradicionalmente ausente en las aproximaciones teóricas clásicas. A lo largo de la historia, el análisis del derecho se ha centrado frecuentemente en alguno de sus elementos de manera exclusiva, como las normas, las relaciones o las instituciones. Estas aproximaciones han generado contribuciones valiosas, pero a menudo han descuidado los elementos que no eran objeto principal de atención, dando lugar a visiones parciales del fenómeno jurídico y de su alcance.

En contrapartida, durante el siglo xx surgieron teóricos que adoptaron enfoques ordinamentalistas, orientados a alcanzar una visión completa del derecho. Estas aproximaciones reconocen que los elementos jurídicos carecen de sentido si se consideran de manera aislada, pero adquieren significado cuando forman parte de un todo. Aun así, es necesario destacar que este todo, el ordenamiento jurídico, no necesariamente es coherente. Según la visión comunicacional, la coherencia reside en el sistema jurídico que organiza y estructura el ordenamiento, y no en el ordenamiento en sí mismo.

Las corrientes teóricas surgidas en el siglo xx marcaron un cambio significativo en el estudio del derecho, al apartarse de las visiones reduccionistas que analizaban los elementos jurídicos de manera aislada. En su lugar, promovieron una perspectiva más amplia y contextualizada, reconociendo que el derecho no puede comprenderse plenamente sin atender a la interrelación y a la complementariedad de sus diversos componentes.

Las aportaciones ordinamentalistas enriquecieron, completaron y aportaron coherencia a la comprensión del derecho al considerar el conjunto de elementos con significación jurídica, sin limitarse exclusivamente a las normas. Robles se alinea con esta corriente, pero la trasciende al ampliar los límites del derecho más allá del ordenamiento e incluso del sistema, situándolos en el ámbito jurídico. Su visión es, sin duda, holística, pues como él mismo afirma:

El análisis de lo particular ha de hacerse sin perder de vista nunca la conexión de lo particular con la totalidad en que se inserta. El derecho hay que contemplarlo siempre como una totalidad. Esa idea de totalidad es la que expresa el concepto de ordenamiento jurídico (Robles 2015a, 75).

Esta perspectiva holística o *ambital* del derecho permite captar la complejidad del fenómeno jurídico y la interacción entre sus distintos componentes. Reconocer la interdependencia de los elementos del derecho enriquece su análisis y ofrece una comprensión más profunda de su funcionamiento y de su rol como herramienta para la resolución de conflictos en la sociedad. Esta visión integral subraya que el derecho, lejos de ser un conjunto de piezas independientes, es un sistema dinámico en el que cada componente adquiere significado en relación con los demás y con el conjunto al que pertenece.

1.2. La aproximación analítica: el foco en las unidades que componen el ordenamiento

En el desarrollo de su teoría del derecho, Robles sitúa el ordenamiento jurídico, que se compone por múltiples elementos, como objeto central de estudio. Partir de la constatación de que este ordenamiento está compuesto por múltiples elementos es imprescindible para abordarlo de manera integral y para aproximarse a las unidades que lo conforman. Así, es esencial mantener una visión global del ordenamiento como un todo coherente, pero, a su vez, no se puede prescindir de un análisis individualizado y detallado de cada una de estas unidades.

El estudio de las unidades que componen el ordenamiento jurídico permite comprender mejor su estructura y su funcionamiento. Entre estas unidades destacan, por ejemplo, las normas, las instituciones, los procedimientos lega-

les y las relaciones jurídicas. Cada una de ellas posee una relevancia propia y contribuye de manera particular al ordenamiento en su conjunto.

Pormenorizar el análisis del ordenamiento jurídico y examinar sus unidades nos proporciona una visión más precisa y completa de su naturaleza y de sus características. Esta aproximación permite relacionar los componentes individuales con el todo, enriqueciendo el análisis y aportando mayor rigor al estudio de la ciencia jurídica.

Por esta razón, la TCD también puede denominarse *teoría hermenéutico-analítica*. Este término refleja su metodología, que combina una construcción de conjunto, propia de su visión holística, con el análisis detallado de los elementos que integran el sistema jurídico. Esta dualidad metodológica refuerza la capacidad de la TCD para abordar tanto la complejidad del ordenamiento jurídico como la especificidad de sus componentes (Robles 2015b, 369-398).

En su enfoque centrado en el ordenamiento jurídico, Robles identifica y enumera los elementos fundamentales que lo componen. Los conceptos destacados por el autor, basados en nociones que han sido objeto de atención en las doctrinas tradicionales, son: la decisión, la norma, la acción, la institución y la relación (Robles 2015a, 76). Desde la óptica comunicacional, estos conceptos proporcionan una base sólida para determinar si existe un ordenamiento jurídico y, si es el caso, analizar y comprender sus distintos aspectos.

De manera esquemática, puede decirse que la *decisión* representa la manifestación de la voluntad del órgano jurídico competente; la *norma*, la regla general que establece derechos y obligaciones; la *acción*, la conducta humana regulada por el sistema jurídico; la *institución*, las estructuras y organizaciones que forman parte del sistema; y la *relación*, las interacciones y vínculos jurídicos entre los actores involucrados (Robles 2015a, 63-71).

El análisis de la interacción entre estos elementos permite apreciar la complejidad y la dinámica del sistema jurídico en su conjunto. Estos componentes no solo son esenciales para entender el funcionamiento del derecho, sino que también constituyen la base sobre la que puede desarrollarse una teoría del derecho aplicable a cualquier sistema jurídico concebible. Esto se debe a que, en esencia, todos los sistemas jurídicos comparten la presencia de estos elementos, independientemente de sus particularidades contextuales.

Los conceptos de decisión, norma, acción, institución y relación son, por tanto, universales y fundamentales para cualquier ordenamiento jurídico. Su carácter universal permite construir una teoría del derecho con aplicabilidad a realidades jurídicas diversas, brindando una base robusta para el estudio comparativo, lo

cual facilita identificar similitudes y diferencias entre ordenamientos jurídicos, promoviendo una comprensión más global y matizada del fenómeno jurídico.

Estos conceptos son esenciales para construir una teoría general del derecho capaz de abordar de manera efectiva la diversidad y la complejidad de los sistemas jurídicos en distintos contextos socio-culturales. Desde esta perspectiva, Robles concibe el derecho como un *puzzle* (Robles 2015a, 76), una estructura compleja compuesta por múltiples elementos interconectados, pero aunque propone una visión holística que permite captar el panorama general del derecho y ofrecer una comprensión integral de su funcionamiento y de sus componentes, no se desatiende la importancia de analizar en detalle cada uno de los elementos que lo conforman.

En la visión comunicacional, la totalidad del *puzzle* no se pierde de vista mientras se estudian las piezas individuales que lo componen. Cada elemento es importante y requiere un análisis detallado, pero siempre dentro de un marco que respete la interrelación entre las piezas y la imagen completa del ordenamiento jurídico.

Adoptar esta perspectiva tiene como objetivo desarrollar una teoría del derecho que abarque y explique tanto las interrelaciones entre los elementos como la complejidad intrínseca de cada uno. Esto permite, conjugar una visión general del ordenamiento jurídico con un examen profundo de los componentes específicos que lo integran. Así, la TCD busca reconciliar el estudio del derecho como un todo con el análisis minucioso de sus partes, proporcionando un marco analítico robusto y adaptable a la diversidad de sistemas jurídicos existentes.

1.3. ¿Un ordenamiento o varios ordenamientos? La lógica pluralista de la TCD

En las aproximaciones clásicas al derecho predominaba una concepción monista, basada en la idea de la existencia de un único ordenamiento jurídico. Esta perspectiva era coherente con la noción de un derecho natural que, aunque pudiera manifestarse de distintas formas, mantenía una unidad, tanto en sus rasgos como en sus principios esenciales. Según Tomás de Aquino, la ley eterna, que ordena tanto los fenómenos naturales como los humanos, impregna y da forma a todo el derecho. En el marco del iusnaturalismo tomista, se afirmaba que solo existe una ley eterna y, por ende, un único derecho en última instancia.

Durante la Edad Media se asumía que, si bien en la aplicación concreta del derecho podían observarse peculiaridades derivadas del contexto histórico y geográfico, estas diferencias eran consideradas intrascendentes. En lo esencial, todo el derecho se refería y ajustaba a la ley eterna. Sin embargo, con el transcurso del tiempo y la llegada de la era moderna, la filosofía y el derecho comenzaron a desvincularse de la teología. Aunque la ley eterna dejó de estar directamente asociada a la divinidad, la concepción del derecho natural como fuente de justicia permaneció, especialmente en los planteamientos de autores como Hobbes o Locke. Según esta visión, el derecho positivo debía conformarse al derecho natural, preservando así la perspectiva monista del derecho.

En la actualidad, esta concepción monista ha ido perdiendo peso en la doctrina y ha sido objeto de críticas así como de revisiones en las teorías contemporáneas del derecho. Se han ido desarrollando concepciones más pluralistas y contextualizadas que reconocen la existencia de múltiples ordenamientos jurídicos y que valoran la diversidad cultural y la autonomía de los distintos sistemas legales.

Más allá del marco ideológico del iusnaturalismo, la concepción del monismo jurídico también subyace en el planteamiento positivista de la escuela de Viena. Hans Kelsen sostiene que, para que la ciencia jurídica pueda considerarse una verdadera ciencia, es necesario que exista unidad de objeto. Esto se traduce en que hay un único derecho del cual pueden derivarse diferentes *variantes*. Este planteamiento se refleja en sus palabras:

El movimiento técnico-jurídico [...] tiene la tendencia a desdibujar la línea fronteriza entre el derecho internacional y el derecho estatal, de modo que, como meta última de la evolución real del derecho en su creciente centralización, haga aparición la unidad organizativa de la comunidad jurídica mundial dotada de carácter universal, esto es, la formación de un Estado mundial (Kelsen 2013, 169).

Para Kelsen todas las normas válidas forman parte de un solo ordenamiento jurídico unitario y critica abiertamente la doctrina pluralista porque considera imposible delimitar y coordinar de manera efectiva los ámbitos de validez de los diferentes ordenamientos que los pluralistas postulan, y más allá de esta crítica práctica, su rechazo al pluralismo radica en un fundamento lógico, porque si el derecho tiene un único objeto de conocimiento, entonces, al menos en el plano teórico, debe existir un solo ordenamiento jurídico (Kelsen 2007).

Desde esta perspectiva, la escuela de Viena busca establecer una ciencia jurídica objetiva, desligada de consideraciones valorativas. La postulación de un derecho único como objeto de estudio permite garantizar la coherencia y la universalidad del análisis jurídico, alineándose con los principios metodológicos del positivismo jurídico.

Así, el monismo jurídico no solo encuentra su fundamento en el iusnaturalismo, sino que también se establece como un principio clave en la corriente positivista de la escuela de Viena, pues para Kelsen la existencia de un único derecho es esencial para dotar de unidad y validez científica a la ciencia jurídica.

En contrapartida al monismo jurídico, el desarrollo de las tesis sociologistas dio lugar a concepciones que proclamaban el pluralismo jurídico. Entre sus principales exponentes de las corrientes sociologistas pluralistas se encuentra el alemán Otto von Gierke (1841-1921), formado en las universidades de Heidelberg y Berlín, quien concebía el derecho como un fenómeno de naturaleza social, generado en el seno de las diversas comunidades humanas. Estas comunidades, tal como Gierke lo entiende, incluyen, por un lado, la sociedad en su conjunto y, por otro, los individuos y asociaciones que operan dentro de ella. Una de estas asociaciones es el Estado, pero Gierke enfatiza que no es la única, por lo que no puede reducirse el fenómeno jurídico exclusivamente al derecho estatal (Robles 2007, 19).

Aún más allá de la línea de pensamiento de Gierke, destaca la figura de Eugen Ehrlich, quien fundamenta sus tesis pluralistas en una concepción que concibe a la sociología del derecho como la verdadera ciencia jurídica. Ehrlich considera que la ciencia jurídica tradicional debe ser relegada por su carácter obsoleto, al no integrar en su análisis el mundo empírico (Ehrlich 2006). El trasfondo del pensamiento de Ehrlich está condicionado por su voluntad de rigor científico, pues considera que la ciencia jurídica tradicional no aborda adecuadamente la realidad social. Por ello, Ehrlich defiende que el estudio del derecho debe realizarse desde una aproximación sociológica, partiendo de una base empírica y no de textos normativos exclusivamente (Robles 2007, 20).

Desde el sociologismo, las normas jurídicas son vistas como normas sociales, similares a otras normas que surgen dentro de los grupos humanos. El Estado, por su parte, es considerado un grupo social más, lo que implica que no puede ser el único emisor de normas jurídicas. En consecuencia, las normas provenientes del Estado no agotan el fenómeno jurídico.

Robles, aunque rechaza el planteamiento sociologista en general y el de Ehrlich en particular, muestra cierta comprensión hacia estas tesis, destacando

el contexto histórico y social en el que desarrolló su pensamiento, pues Ehrlich nació y creció en Bucovina, una región caracterizada por la convivencia de nueve etnias distintas, cada una de las cuales se gestionaba frecuentemente mediante sus propias normas, que no siempre coincidían con las del Estado. Este entorno multicultural y pluralista explica, según Robles, la perspectiva pluralista de Ehrlich, aunque él no la comparta.

El rechazo comunicacional del sociologismo, incluyendo el de Ehrlich, se fundamenta en varios aspectos clave, uno de los cuales es la identificación incorrecta entre lo jurídico y lo social. Según la visión sociologista, se llegaría a la conclusión de que existen una infinidad de ordenamientos jurídicos, algo que, según Robles, no se ajusta al lenguaje ni a los marcos analíticos de los juristas (2002, 21). Desde una visión comunicacional, esta confusión entre lo jurídico y lo social compromete la claridad y la precisión necesarias para abordar el análisis del fenómeno jurídico.

Para la TCD, resulta esencial distinguir entre los diferentes tipos de órdenes normativos, como el orden moral, el orden social y el orden jurídico, pues cada uno de estos órdenes posee características y principios propios que los diferencian. La identificación indiscriminada entre lo jurídico y lo social dificulta estas distinciones fundamentales, conduciendo a una confusión conceptual. Si bien es cierto que el derecho está inmerso en el ámbito social y mantiene una estrecha relación con él, no se reduce exclusivamente a este.

El orden jurídico tiene una especificidad y autonomía que lo distinguen de otras formas de orden social, pues se fundamenta en normas jurídicas creadas y sancionadas por instituciones legítimas, y se caracteriza por contar con un sistema de aplicación y de cumplimiento coercitivo. Este rasgo distintivo lo separa del orden moral, basado en principios éticos, y del orden social, compuesto por normas consuetudinarias o de convivencia que carecen de coercibilidad institucionalizada.

Al negar una identificación total entre lo jurídico y lo social, la TCD busca preservar la particularidad del orden jurídico y garantizar su diferenciación respecto de otros órdenes normativos. Esta manera de acercarse al derecho permite un análisis más preciso y detallado del fenómeno jurídico, evitando confusiones con otras formas de regulación social o moral (Robles 2007, 22).

En consecuencia, la TCD realiza un planteamiento pluralista que, aunque reconoce la diversidad de órdenes normativos, se aleja del sociologismo, pues el pluralismo comunicacional se apoya en bases teóricas distintas particularmente en la tesis nominalista. Por lo tanto, estamos frente a una concepción

del derecho como un sistema normativo específico, que interactúa con otros órdenes pero que conserva su autonomía conceptual y funcional. Este planteamiento ofrece un marco analítico robusto para abordar la complejidad del derecho sin diluirlo en categorías sociales más amplias ni confundir su naturaleza con la de otros sistemas normativos.

1.4. La tesis nominalista como punto de apoyo al pluralismo jurídico y la inspiración de Santi Romano

La TCD adopta una actitud pragmática en cuanto a la definición del derecho, pues elige limitarse a mostrarlo en lugar de ofrecer una definición cerrada y definitiva. Esta renuncia refleja su posicionamiento nominalista, como señala Robles de manera explícita:

Cuando decimos *el derecho* estamos empleando una fórmula lingüística simplificadora que cumple la función de sintetizar con esa palabra un conjunto de fenómenos variopinto. El derecho, como tal, no tiene existencia real sino que es un nombre que usamos para referirnos a la pluralidad de ámbitos jurídicos que han existido en el pasado, existen en el presente y presumiblemente existirán en el futuro (2011a, 122).

Estas palabras evidencian que la TCD, al rechazar cualquier concepción esencialista del derecho, se distancia de corrientes como el *iusnaturalismo* y el positivismo. En este marco, la afirmación de que «el derecho no tiene existencia real» puede resultar provocadora, pero encuentra su sentido en la posición nominalista del autor.

Para ilustrar este planteamiento, Robles establece un paralelismo entre el concepto de *derecho* y la noción de *lenguaje*. Según él, cuando hablamos de *lenguaje*, no nos referimos a una entidad tangible o única, sino a un término que engloba una diversidad de sistemas de comunicación humana, cada uno con características propias, pero todos agrupados bajo un mismo nombre por razones de simplificación conceptual (2011a, 117). De manera similar, el *derecho* no es una entidad unitaria con existencia real, sino un término que usamos para referirnos a una pluralidad de manifestaciones jurídicas que han existido, existen y existirán en distintos contextos.

Esta aproximación nominalista permite abordar el fenómeno jurídico sin las limitaciones de una definición esencialista o universal, abriendo espacio

para un análisis más flexible y contextual. Además, refleja la intención de considerar al derecho como un constructo dinámico y diverso, adaptado a las realidades históricas, sociales y culturales en las que se desarrolla.

Por su parte, el lenguaje no tiene una existencia autónoma como entidad única. La expresión *lenguaje* se utiliza para designar el conjunto de lenguas existentes, las que han existido y las que podrían existir. Por ejemplo, el español, que existe actualmente; el griego clásico, que existió en el pasado; y otras lenguas que potencialmente surgirán en el futuro. Cada lengua tiene una existencia concreta y real, pero el término *lenguaje* no se refiere a ninguna de ellas en particular, sino a todas las posibles manifestaciones de comunicación, ya sea en forma de lenguas o de signos.

De manera análoga, el término *derecho* designa el fenómeno jurídico en abstracto, sin referirse a una manifestación específica. Su existencia concreta se encuentra en los ámbitos jurídicos particulares que han existido, como el romano, los que existen actualmente, como el español, y los que podrían surgir en el futuro, pues «si *derecho* es un nombre que sirve para designar al conjunto de ordenamientos jurídicos [...] estamos presuponiendo la tesis pluralista» (Robles 2011a, 117).

Con este planteamiento, el autor establece de manera inequívoca el pluralismo como la base conceptual de la TCD, lo que lleva a poner su concepción en relación con la propuesta de Santi Romano, un referente imprescindible en el estudio del pluralismo jurídico (2012). Romano llevó a cabo un análisis detallado y exhaustivo sobre esta cuestión, defendiendo la teoría de la institución y el pluralismo ordinamental, pues a su juicio el normativismo no captura la verdadera esencia del derecho, que reside en la institución.

Para Romano, existe una estrecha relación entre el concepto de *institución* y el de *ordenamiento jurídico* ya que, en todas las instituciones, independientemente de su naturaleza (religiosa, económica, ética, artística, entre otras), se encuentran elementos jurídicos. Esta idea trae consigo una multiplicidad exponencial de ordenamientos jurídicos y desafía la concepción tradicional de que el derecho se limita exclusivamente a las normas jurídicas formales que emanan del Estado (Romano 2012).

Al destacar el papel de las instituciones, Romano amplía el alcance del pluralismo jurídico, reconociendo la presencia de elementos jurídicos en diversas esferas de la sociedad. Según su manera de verlo, los fenómenos jurídicos trascienden los límites del derecho estatal, abarcando una amplia variedad de actividades humanas. En esta línea de pensamiento, llega a sostener que incluso organizaciones como la mafia poseen su propio ordenamiento

jurídico. Esta concepción del derecho, aunque polémica, rinde cuenta de la amplitud y la diversidad de los fenómenos jurídicos, pues desafía las categorías tradicionales del derecho y enfatiza la capacidad del pluralismo para capturar su complejidad.

Robles se opone a la visión amplia del pluralismo jurídico defendida por Romano, ya que considera que se apoya sobre una base sociológica que interfiere con la teoría del derecho y que confunde el *grupo social* como elemento jurídico con su base social. Aunque la TCD asume el pluralismo como una consecuencia lógica de su tesis nominalista, rechaza la idea de que esto implique, como Romano afirma, la existencia de ordenamientos jurídicos en cualquier tipo de organización social informal.

En el marco teórico comunicacional, es crucial distinguir entre la dimensión jurídica de una institución y su base social, pues si bien se reconoce la importancia de las instituciones dentro del sistema jurídico, el estudio del derecho debe separar claramente los fenómenos jurídicos de los fenómenos sociales. Por ello, aunque las instituciones pueden estar influenciadas por factores sociales, el análisis debe centrarse en sus elementos y características legales.

En síntesis, Robles comparte, en buena medida, las ideas de Romano sobre el pluralismo jurídico, lo que sitúa a la TCD dentro de una corriente pluralista cercana en muchos sentidos a la de Romano, pero se distancia del autor italiano en aspectos fundamentales, presentando su propia tesis pluralista basada en un método coherente que parte del lenguaje de los juristas y evita mezclarlo con elementos sociológicos. Esta postura resalta la especificidad del derecho como objeto de estudio, delimitando su campo frente a otros fenómenos sociales.

Asimismo, también critica la inconsistencia de los planteamientos monistas de Kelsen, pues a pesar de compartir que el objeto de la ciencia jurídica es el derecho, afirma que de esta unidad de objeto no puede deducirse la existencia de un único ordenamiento jurídico. En este sentido, subraya que la dogmática jurídica «no investiga el derecho en general, sino ordenamientos jurídicos históricamente vigentes» (2007, 40), y desde esta perspectiva, se posiciona firmemente en favor del pluralismo jurídico, señalando:

El objeto general, el derecho posible, o mejor dicho, los rasgos generales de todo derecho posible, queda para la investigación de la teoría del derecho. Pero tampoco desde esa perspectiva se puede afirmar la existencia de un solo ordenamiento, sino justo lo contrario: precisamente porque los ordenamientos son múltiples y diferentes entre sí, la teoría del derecho se

hace cargo de todos ellos, para investigar sus rasgos comunes, de la misma forma que la lingüística investiga los rasgos comunes de las distintas lenguas. Si la teoría del derecho se empeña en la indagación de dichos rasgos que no son comunes es debido a que parte del supuesto de que hay otros rasgos que no son comunes y que responden a la contingencia de cada ordenamiento jurídico concreto (Robles 2007, 40).

Así, la TCD propone una perspectiva pluralista que reconoce la diversidad y especificidad de los ordenamientos jurídicos, pero lo hace con particularidades que merecen ser examinadas detalladamente, destacando la necesidad de mantener un enfoque riguroso que distinga lo jurídico de lo social y que parta de un análisis meticuloso de los elementos propios del derecho.

2. Los elementos necesarios en cualquier ordenamiento jurídico posible

2.1. Los pilares del ordenamiento jurídico y de la TCD: decisiones, normas e instituciones

La TCD concibe el derecho como un fenómeno *poliédrico* o *polivalente*, lo que significa que puede analizarse desde múltiples perspectivas o facetas. Esta visión supone que si se abordara el derecho exclusivamente desde uno de sus ángulos o elementos se produciría una comprensión parcial y limitada. Para alcanzar un entendimiento pleno del ordenamiento jurídico y del sistema jurídico (desde el punto de vista interno, es decir, desde la perspectiva jurídica), es necesario considerar diversos elementos que están interrelacionados.

Partiendo de los elementos fundamentales mencionados previamente, como la decisión, la norma, la acción, la institución y la relación, la TCD busca llenar de contenido la definición del ordenamiento jurídico. Estos elementos, que no actúan de manera aislada, sino que se conjugan y se interrelacionan para ofrecer una visión global y completa del fenómeno jurídico, constituyen la composición mínima necesaria para que un conjunto normativo sea reconocido como un ordenamiento jurídico y, para fundamentar los elementos esenciales que conforman un ordenamiento jurídico, se introduce el concepto de *constitución mínima*. Según este razonamiento, la creación de un texto constitucional requiere, en primer lugar, que se adopte una decisión. A través de esta decisión, una sociedad determina

quién ostentará el poder supremo (configurando así el primer elemento esencial: la decisión).

Después, esta constitución, una vez establecida, se convierte en una norma que define las reglas y principios fundamentales del sistema jurídico, incorporando así el segundo elemento: la norma. Por último, esta norma constitucional, creada mediante una o más decisiones, da lugar a la creación de una institución: la institución constitucional. Este tercer elemento refuerza la estructura del sistema jurídico y garantiza su estabilidad y operatividad.

De esta forma, los elementos esenciales (decisión, norma e institución) no solo coexisten, sino que interactúan y se complementan para formar la base mínima necesaria de cualquier ordenamiento jurídico. Esta concepción permite a la TCD articular un marco analítico sólido que además de describir la estructura interna del derecho, también reconoce su complejidad y dinamismo.

En este primer momento, por consiguiente, se presentan tres elementos básicos del ordenamiento jurídico: la decisión, la norma y la institución. La decisión representa la voluntad de determinar quién ejercerá el poder supremo; la norma es el texto que define la forma de gobierno y establece los principios y reglas que rigen la sociedad; y la institución constitucional es la entidad encargada de garantizar el cumplimiento de la constitución y, con ello, la forma de gobierno.

El camino que conduce a estos tres elementos es, según Robles, relativamente claro y fluido. En primer lugar, se parte de la premisa de que allí donde existe una sociedad, también existe el derecho, que es la herramienta que las sociedades emplean para gestionar los conflictos que surgen entre sus miembros. La convivencia humana inevitablemente genera conflictos debido a la diversidad de individuos y de los intereses que los guían.

Desde el momento en que una sociedad comienza a existir, resulta necesario tomar decisiones sobre el modo de abordar y resolver los conflictos, así como sobre el tipo de convenciones que se van a establecer para regular las interacciones. La mera existencia de una sociedad implica la adopción de decisiones relativas a los conflictos y la creación de normas que sirvan como base para resolver situaciones similares en el futuro. Estas normas, a su vez, sientan los fundamentos de las convenciones que orientan las relaciones sociales.

Las normas que se generan abarcan diversos aspectos, como la propiedad, las relaciones familiares o la organización del comercio, entre otros. Estas normas jurídicas están vinculadas a diferentes instituciones que forman parte de la vida social y son esenciales para su adecuado funcionamiento.

Robles parte también del supuesto de que la existencia de estos tres elementos conlleva necesariamente la presencia de una autoridad. En cada sociedad, la norma fundamental (o constitución mínima) establece quién será el encargado de tomar decisiones y de resolver conflictos. Esta autoridad puede ser un rey, un líder religioso o una asamblea de individuos, entre otros ejemplos. La autoridad es un elemento central y por ello es mencionada explícitamente por el autor en múltiples ocasiones (2007) (2015a) (2018a). Sin embargo, no profundiza en qué características específicas debe cumplir esta autoridad, limitándose a señalar que debe ser identificable. Esto plantea una cuestión de gran importancia: determinar si el mero señalamiento formal de la autoridad es suficiente para considerar la existencia de un ordenamiento jurídico.

En la visión comunicacional del derecho, el elemento de autoridad puede equipararse, a nuestro entender, al concepto de elemento organizacional que Santi Romano exige en los ordenamientos jurídicos. Es decir, que la autoridad no se reduce a un formalismo, sino que implica la creación de estructuras organizativas en las cuales se distribuyen poderes, competencias y potestades. La existencia de autoridad exige que se establezca una forma de gobernanza y de toma de decisiones dentro de la sociedad, garantizando la estabilidad y la operatividad del sistema jurídico.

Por consiguiente, la autoridad no solo como mero formalismo, sino como contenido material efectivo, debe considerarse un elemento indispensable para la existencia de un ordenamiento jurídico.

La autoridad debe determinar de manera concreta quién ejercerá el poder supremo en la sociedad, así como establecer cómo se organizará el reparto de poderes y de facultades. Esto implica diseñar un esquema organizativo que garantice la operatividad y la legitimidad del sistema jurídico dentro de una sociedad dada. Por tanto, no es solamente un requisito formal, sino un componente esencial que define y estructura el funcionamiento del ordenamiento jurídico.

2.2. El papel de la relación y de la acción en la constitución mínima del derecho

Es necesario analizar cómo los otros dos elementos básicos, la acción y la relación, se integran en la constitución mínima y en la concepción comunicacional del ordenamiento jurídico. En cuanto al elemento de *relación*, Robles

señala que toda institución incluye el componente de las relaciones entre las personas. Para ilustrarlo, utiliza el ejemplo de los contratos:

Las relaciones entre contratantes adquieren su pleno significado dentro del marco de la institución jurídica que denominamos *contrato*. Como una de las características esenciales del contrato es la igualdad formal o jurídica de las partes para acordar libremente el consentimiento, puede decirse que en el mismo concepto de contrato se lleva implícita la relación jurídica contractual o relación jurídica entre los contratantes (2015a, 82).

Este ejemplo demuestra cómo la TCD entiende las relaciones: son un elemento fundamental de las instituciones. Siempre están presentes, incluso de forma implícita, ya que la existencia de una forma de gobierno genera, de inmediato, una distinción entre gobernantes y gobernados, estableciendo así relaciones jurídicas entre ellos.

Por su parte, la acción está presente en todo lo que concierne al derecho y, por ello, parecería lógico considerarla como uno de los elementos esenciales que Robles incluye en los mínimos para la existencia de un ordenamiento jurídico. Entonces, ¿por qué queda excluida de la tríada de elementos propuestos por el autor? La realidad es que, a nuestro entender, esta exclusión es solo aparente.

En la TCD se distingue entre dos tipos de acción jurídica (Robles 2015a, 271-324). El primer tipo es la acción creadora de normas, que corresponde a actividades como aprobar una constitución, promulgar una ley o dictar una sentencia. Estas acciones generan nuevos textos normativos que se incorporan al ordenamiento jurídico. El segundo tipo es la acción regulada por las normas jurídicas, que abarca actos como comprar un bien inmueble, atracar un banco o contratar un seguro de salud. Aunque los ejemplos de este tipo de acciones son infinitos, el principio es siempre el mismo: se trata de acciones cuya realización está regulada por el ordenamiento jurídico (Robles 2015a, 83).

De este modo, la acción está presente en el núcleo de cualquier ordenamiento jurídico, desde todas las perspectivas posibles, al encontrarse tanto en los elementos que regulan como en los que son regulados. Por consiguiente, constituye un elemento esencial para la existencia del ordenamiento jurídico, aunque para su estudio no sea imprescindible establecerla como uno de los pilares fundamentales sobre los que construir una teoría del derecho.

Un punto importante a considerar es que, en relación con la *constitución mínima*, el término *constitución* debe entenderse en un sentido amplio, no li-

mitado a la concepción característica del derecho continental europeo. Robles utiliza el término para referirse al conjunto de principios o textos fundamentales que sirven de base para el resto de los textos con significado jurídico. Aunque no lo explica explícitamente en este contexto, esta interpretación se deduce de una lectura global de su obra. En el tercer volumen de *Teoría del derecho. Fundamentos de teoría comunicacional del derecho*, queda claro cuando afirma que «lo más adecuado es usar un concepto formal de Constitución. Por concepto formal entendemos que la Constitución es simplemente el establecimiento del poder supremo de la comunidad política, del Estado» (2021, 132). Si se adoptara una interpretación literalista de este concepto, se podría llegar a la conclusión de que no existe constitución, y por tanto ordenamiento jurídico, en países como Inglaterra. Sin embargo, es evidente que, a pesar de no contar con una constitución escrita en el sentido tradicional, en dichos casos sí existe un ordenamiento jurídico, lo que refuerza la idea de que hay que entender que se hace referencia a un concepto amplio y formal de constitución.

3. Las herramientas racionalizadoras que distinguen el pluralismo comunicacional del pluralismo sociológico

3.1. El lenguaje de los juristas: la posición pragmática de la TCD

El punto de partida en la TCD para el estudio del derecho es el lenguaje utilizado por los juristas. Esta premisa subyace en todas las aproximaciones de la teoría, ya sea en la teoría formal, en la teoría dogmática o en la teoría de las decisiones, y constituye el fundamento sobre el que se construye y se articula toda propuesta comunicacional.

En este marco, el *lenguaje de los juristas* se establece como el criterio de referencia para establecer si un determinado orden normativo puede considerarse un ordenamiento jurídico, más allá de cumplir con los requisitos de decisión, norma e institución. Esto conlleva que cualquier realidad a la que los juristas se refieran como un ordenamiento jurídico queda enmarcada dentro de esta categoría (Robles 2011a, 118).

De este modo, el lenguaje de los juristas no solamente es el punto de partida para el estudio del derecho, sino también una herramienta clave para categorizar ciertos conceptos como pertenecientes al ámbito jurídico. Es un criterio que cumple una función racionalizadora esencial, ya que sin él podría llegarse al absurdo de considerar que cualquier organización, desde una

asociación cultural hasta un club de lectura, tiene su propio ordenamiento jurídico.

Robles es consciente de que este criterio puede ser cuestionado desde otras perspectivas teóricas, y, por ello, en este sentido afirma:

Ya sé que hay muchos a los que no parece este camino muy *filosófico*, pero no se negará que es eminentemente práctico. Y me pregunto: ¿Acaso el pragmatismo no es en muchas ocasiones la manera más convincente de resolver un problema? (2015a, 700).

Con esta declaración anticipa las críticas que podría suscitar su criterio para determinar lo que constituye un ordenamiento jurídico y defiende que, aunque no esté fundamentado en la ortodoxia filosófica, ofrece utilidades prácticas que lo hacen adecuado.

En este contexto, la cuestión central es analizar si este criterio proporciona realmente las ventajas pragmáticas que el autor le atribuye y si resulta efectivo para delimitar y comprender el fenómeno jurídico de manera coherente y operativa. Para abordar esta cuestión, es fundamental considerar que, al establecer los elementos de decisión, norma e institución como requisitos mínimos, suficientes y necesarios para la existencia de un ordenamiento jurídico, la TCD adopta un enfoque amplio que busca superar el marco estatista característico de las visiones monistas. Podría haberse optado, por supuesto, por una postura más restrictiva que excluyera de la categoría de ordenamiento jurídico a entidades como las familias o asociaciones de diversa índole. No obstante, una definición más limitada, influida inconscientemente por el contexto temporal y espacial de quien la formula, correría el riesgo contrario, pues tendería a ajustarse exclusivamente a los ordenamientos jurídicos estatales. Es decir, llevaría a incluir únicamente al derecho estatal en la categoría de *ordenamiento jurídico*, dejando fuera manifestaciones como el derecho internacional o el derecho comunitario europeo, como si fueran ajenas al ámbito jurídico. Robles, al elegir una aproximación más amplia, busca evitar estas limitaciones y reconocer la existencia de distintos tipos de ordenamientos jurídicos, superando las restricciones impuestas por una visión estatista a la par que reconociendo la diversidad de formas en las que puede manifestarse el derecho.

Al establecer requisitos mínimos logra una concepción amplia y adaptable del ordenamiento jurídico, lo cual evita el reduccionismo estatista y permite reconocer que fenómenos como la internacionalización y la globalización han

transformado la estructura tradicional del derecho. La exigencia de los elementos de decisión, norma e institución como requisitos básicos proporciona suficiente flexibilidad para que la definición de ordenamiento jurídico pueda adaptarse a nuevas manifestaciones del fenómeno jurídico.

En el extremo opuesto al reduccionismo estatalista se encuentra Romano, que propone una flexibilidad excesiva al incluir en la categoría de ordenamiento jurídico una amplia gama de órdenes normativos, llegando incluso a considerar los de las bandas criminales. Aunque Robles valora la solidez teórica de la obra de Romano, no comparte sus conclusiones, ya que considera que no logra diferenciar claramente entre el sustrato social de la institución y el ordenamiento jurídico con el que la identifica.

La flexibilidad propuesta por el italiano tiene aspectos interesantes y novedosos, pues al situar la institución en el centro de su análisis, consigue alejarse del reduccionismo estatalista, pero esta flexibilidad le lleva, en contrapartida, a incluir una diversidad tan amplia de órdenes normativos que pierde pragmatismo. Esta pérdida de pragmatismo radica en que las conclusiones de Romano no se ajustan a la realidad jurídica, precisamente porque no separa adecuadamente el sustrato social de la institución del ordenamiento jurídico. Esto genera confusión conceptual y diluye los límites entre los distintos ámbitos normativos.

Para evitar los problemas que Robles considera poco pragmáticos en la teoría de Romano, la propuesta comunicacional consiste en recurrir al criterio del *lenguaje de los juristas* como herramienta racionalizadora. Sin embargo, el autor no especifica de manera detallada cómo opera este criterio en relación con los requisitos de norma, decisión e institución. Surge entonces la pregunta: ¿el lenguaje de los juristas tiene prioridad sobre estos elementos, permitiendo calificar como ordenamiento jurídico a realidades que no cumplan alguno de los requisitos? ¿O debe utilizarse únicamente para limitar la amplitud que podría derivarse de un análisis basado exclusivamente en los requisitos mínimos?

Si bien el autor no se pronuncia explícitamente al respecto, parece razonable interpretar que el lenguaje de los juristas se utiliza como una herramienta racionalizadora para evitar caer en la excesiva amplitud de miras de Romano, pues a pesar de que Robles elogia varios aspectos de la obra del italiano, critica abiertamente su tendencia a calificar como ordenamiento jurídico cualquier estructura social mínimamente organizada (2007, 190-196), lo cual debe contrarrestarse porque diluye los límites entre lo jurídico y lo social.

Hay que tomar en cuenta también que, bajo la tesis nominalista, la definición de ordenamiento jurídico es convencional, lo cual implica que sería contradictorio exigir requisitos estrictos y universales, ya que ello supondría adoptar una postura esencialista. En coherencia con esto, cualquier definición debe encontrarse en equilibrio entre bases teóricas sólidas y conclusiones sostenibles desde un punto de vista pragmático.

En el marco de la TCD, este equilibrio se logra complementando los elementos esenciales del ordenamiento jurídico (norma, decisión e institución) con dos herramientas racionalizadoras. La primera de ellas es el lenguaje de los juristas, que permite identificar y delimitar de manera práctica qué realidades califican como ordenamiento jurídico. La segunda herramienta, que abordaremos a continuación, es la perspectiva propia, que refuerza la capacidad de la teoría para adaptarse a contextos específicos sin perder rigor conceptual.

3.2. Perspectiva propia y principio de relatividad como características definitorias del ordenamiento jurídico

Además del lenguaje de los juristas, la teoría comunicacional del derecho introduce otro elemento racionalizador fundamental para determinar la existencia de un ordenamiento jurídico: la perspectiva propia de cada ordenamiento.

Inspirándose en el perspectivismo de Ortega y Gasset, Robles desarrolla su teoría del derecho con la convicción de que todo conocimiento humano está condicionado por coordenadas espacio-temporales y, sobre todo, por una perspectiva epistemológica específica. Según esta premisa, el conocimiento humano nunca puede captar la totalidad sensorial ni la totalidad intelectual de una realidad. Por ello, la ciencia recurre a métodos específicos para acceder al conocimiento de cualquier objeto, asumiendo que cualquier entendimiento será necesariamente incompleto. De manera concreta, ejemplifica este perspectivismo con un fenómeno sencillo: la luna, de la cual solo podemos observar una de sus caras, aunque sabemos que existe otra que permanece oculta y fuera de nuestro alcance visual. Este perspectivismo aplica, además de al conocimiento de realidades físicas o naturales, a las construcciones culturales como la religión, la política o el derecho (2011a, 119).

La TCD reconoce que estas limitaciones afectan también a la percepción y a la evaluación del derecho. Así lo expresa Robles al afirmar que «todo ordenamiento jurídico constituye una perspectiva desde la cual se contempla y enjuicia el mundo jurídico» (2015a, 721). Según esta concepción, cada or-

denamiento jurídico ofrece una perspectiva única desde la que se interpreta y valora el mundo jurídico. Esto significa que las normas, las instituciones y los procesos legales son evaluados en función de las circunstancias particulares de cada ordenamiento, incluyendo su contexto histórico, cultural y social.

Adoptar esta visión implica un desafío a la idea de una teoría del derecho universal y objetiva, porque se está reconociendo la diversidad y multiplicidad dentro de los diferentes ordenamientos jurídicos. Este perspectivismo promueve una comprensión contextualizada del derecho que resulta más completa, ya que evita la imposición de un único marco de referencia para su análisis.

En resumen, la TCD, al fundamentarse en el perspectivismo de Ortega y Gasset, sostiene que todo ordenamiento jurídico es un punto de partida desde el cual se contempla y se evalúa el mundo jurídico. Y, además, reconoce la importancia de las variables espacio-temporales en la comprensión del derecho, pues señala que todo ordenamiento jurídico tiene el propósito de «organizar una determinada sociedad y dirigir las acciones de los individuos. Es una totalidad textual que se compone de textos parciales y estos últimos sólo adquieren sentido en relación con la totalidad, nunca individualmente considerados» (2015a, 721).

3.3. Principio de relatividad de todo lo jurídico

El perspectivismo en la TCD lleva consigo el principio de relatividad de todo lo jurídico, lo cual tiene implicaciones tanto internas como externas que Robles estructura en torno a cinco ideas clave:

- «Todo ordenamiento jurídico constituye una perspectiva textual desde la que es posible calificar y enjuiciar todo el mundo jurídico» (Robles 2011a, 120): cada ordenamiento jurídico determina qué hechos o acciones son jurídicamente relevantes y cómo deben ser calificados. Por ejemplo, las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo pueden ser irrelevantes jurídicamente en ciertos países, como España, pero en otros, como Uganda, son consideradas delito. Esto evidencia que cada ordenamiento jurídico tiene su propia perspectiva, decidiendo qué hechos aborda y cuáles deja fuera de su ámbito de regulación.
- Los ordenamientos jurídicos son autopoieticos: cada ordenamiento se autorregula, define sus propios elementos y establece cómo se desa-

rollará internamente, lo que Robles denomina perspectiva *ad intra*. Esto supone que los ordenamientos no solo califican los hechos jurídicos externos, sino que también deciden sobre su propia estructura, funcionamiento y evolución.

- Todos los ordenamientos tienen una visión del exterior: esta perspectiva, denominada *ad extra*, regula las relaciones de un ordenamiento jurídico con otros. Según Robles, «todo ordenamiento jurídico regula sus propias relaciones con el resto de ordenamientos jurídicos existentes en el mundo» (2015a, 723). Por ejemplo, el ordenamiento jurídico español reconoce los matrimonios religiosos con efectos civiles según los ritos católicos, judíos o musulmanes, en virtud del artículo 16 de su Constitución. En contraste, el ordenamiento francés no establece relaciones con las Iglesias ni reconoce efectos jurídicos a estos actos, lo que muestra divergencias significativas en las perspectivas *ad extra* de ambos sistemas.
- La perspectiva suele ser implícita: aunque no siempre es así, los ordenamientos jurídicos habitualmente no expresan de forma explícita sus perspectivas *ad intra* y *ad extra*. Estas suelen estar implícitas en sus textos y prácticas, dejando a la doctrina jurídica la tarea de explicitarlas y analizarlas.
- Las acciones solo pueden ser valoradas y calificadas dentro de un ordenamiento jurídico específico: el significado jurídico de cualquier acción depende del ordenamiento jurídico bajo el cual se analiza. Por ejemplo, el incumplimiento del pago de alquiler de una vivienda o el asesinato con alevosía serán calificados y sancionados de forma distinta según el ordenamiento de referencia. En España, un asesinato con alevosía puede ser castigado con veinte años de cárcel bajo el código penal actual, mientras que en otros países la misma acción podría ser sancionada con penas más severas, menos severas o incluso con la pena de muerte. Por tanto, lo primero que debe establecerse para valorar una acción es el ordenamiento jurídico aplicable.

De este análisis Robles concluye que todo lo jurídico se rige por el principio de relatividad (2007, 46). Este principio, al reconocer que lo jurídico depende de la perspectiva de un ordenamiento, cierra cualquier acercamiento a las bases conceptuales del iusnaturalismo tanto en su versión clásica, ligada a leyes de origen divino, como en su versión humanista ilustrada, que se construye en la idea de derechos naturales inherentes al ser humano (2016).

La TCD, al adherirse al principio de relatividad, se posiciona claramente en contra de cualquier planteamiento esencialista y universalista del derecho, fundamentándose en la contextualidad y en la diversidad jurídica.

Ordenamiento, sistema y ámbito

1. El sistema jurídico: el reconocimiento al rol de la doctrina en la ciencia jurídica

La TCD, a diferencia de gran parte de la doctrina, que a menudo utiliza los términos de manera indistinta, distingue entre las nociones de *ordenamiento jurídico* y de *sistema jurídico*. Esta diferenciación constituye uno de sus pilares conceptuales, ya que sobre ella se fundamentan tanto la visión constructivista como la visión dinámica del derecho.

El *ordenamiento jurídico* es definido por Robles como «el texto jurídico en bruto en su totalidad, compuesto por textos concretos, los cuales son el resultado de decisiones concretas» (2015a). Estos textos concretos varían en función del ordenamiento al que se refieran. En los países de tradición iuscivilista, como el nuestro, suelen incluir la constitución, las leyes emanadas del legislador, los reglamentos y otros textos dictados por las administraciones públicas. Así, tomando como ejemplo el ordenamiento jurídico español, este se compone del texto constitucional aprobado en 1978, de las leyes (entre ellas, aquellas que desarrollan el contenido de la propia constitución, las que conforman los códigos civil, penal o mercantil, las leyes procesales, etc.), así como de los reglamentos aprobados por las distintas administraciones, como reglamentos y ordenanzas municipales. También forman parte del ordenamiento español los tratados internacionales firmados y ratificados por las autoridades competentes, o las leyes aprobadas por los parlamentos autonómicos en el marco de sus competencias.

<https://dx.doi.org/10.5209/ejur.002.06>

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.

Esta realidad textual, integrada por los diversos textos, es denominada por Robles como *realidad comunicacional primaria* (2011a, 129). Con esta expresión, el autor alude al hecho de que sin ordenamiento jurídico no puede haber derecho; es decir, sin ordenamiento no existe nada que tenga sentido o existencia jurídica. Por tanto, el ordenamiento constituye siempre el punto de partida para cualquier estudio o análisis relacionado con el fenómeno jurídico, pero a pesar de que el ordenamiento sea el punto de partida necesario, el fenómeno jurídico no se agota en él (lo cual es un punto esencial de distanciamiento de la TCD con las tesis positivistas). Todo ordenamiento jurídico va acompañado necesariamente de un ámbito jurídico y, en la mayoría de los casos, también de un sistema jurídico. Partamos, entonces, del concepto de ordenamiento para analizar posteriormente los conceptos de sistema y de ámbito.

El conjunto de textos que conforma el ordenamiento jurídico constituye un conglomerado inmenso y desordenado en el que resulta difícil orientarse. Aunque se denomine ordenamiento, carece de un orden claro y unívoco que permita navegar dentro de él sin perder el rumbo. Además de esta falta de orden, el ordenamiento jurídico presenta otros problemas: duplicidades, incoherencias, lagunas, solapamientos y diversos inconvenientes que hacen que, tal cual, sea inoperante para los operadores jurídicos a la hora de responder a las necesidades jurídicas de los ciudadanos.

El ordenamiento, por sí mismo, es inoperativo. Es aquí donde entra en juego el sistema jurídico, cuyo propósito, como indica su nombre, es *sistematizar*; es decir, organizar los elementos del ordenamiento según criterios ordenados, enlazándolos entre sí para dotarlo de coherencia y completitud. Los sistemas jurídicos doctrinales (DOCs) parten del ordenamiento jurídico como base textual y lo transforman en una propuesta mejorada, coherente y con un sentido determinado. Esta tarea recae en la dogmática jurídica (o ciencia jurídica), cuya función consiste en «interpretar el texto jurídico en bruto y presentarlo sistematizadamente y de manera depurada en un texto jurídico elaborado que se llama sistema» (Robles 2015b, 141).

Por lo tanto, el sistema jurídico aporta al ordenamiento, no solo orden, coherencia y completitud, sino también interpretación. Esta interpretación pretende liberar al ordenamiento de ambigüedades y contradicciones, así como también imprimirle una dirección concreta, ya que interpretar un texto conlleva proponer un significado con un cierto sentido. La teoría de la dogmática jurídica, que constituye la segunda parte de la TCD, se centra precisamente en esta construcción del sistema doctrinal a partir del ordenamiento. Según su autor, «su campo de investigación lo constituyen

los modos de interpretar y de construir el sistema jurídico o sistema doctrinal» (2018a).

La doctrina, también conocida como la *ciencia de los juristas*, se encarga de interpretar y de comprender un ordenamiento jurídico concreto, transformándolo en un sistema jurídico doctrinal que refleje y complete el ordenamiento, «se ocupa de cómo los juristas construyen el sistema a partir del texto ordinamental» (Fernández Ruiz-Gálvez 2020, 280).

Tal como se desprende de los párrafos anteriores, la ciencia de los juristas en la TCD adopta una perspectiva propositiva (Robles 2018a, 30), en contraposición a la visión descriptivista del positivismo. Desde esta óptica, se reconoce la contribución de la doctrina y se le atribuye un rol protagonista. A través de las propuestas doctrinales, las autoridades competentes encuentran inspiración, incorporando algunas de estas propuestas en nuevos textos ordinamentales. Esto genera una relación en espiral entre el ordenamiento y el sistema, situando en el centro del derecho la labor de la doctrina. En contraste, el positivismo relega esta labor a un plano secundario, subestimando las significativas aportaciones de la doctrina tanto a la ciencia jurídica en general como a los ordenamientos jurídicos concretos en particular.

No obstante, es necesario reconocer que dentro del ordenamiento puede percibirse un cierto atisbo de organización. A simple vista, y sin un análisis detallado, podría dar la impresión de un cierto orden, dado que el conjunto de textos parciales que lo integran «tiene en parte una organización interna, esto es, una relación lógica [...]» (La Porta 2020). Este aparente orden interno (característico de los ordenamientos influenciados por la tradición napoleónica de la codificación) puede resultar engañoso para quienes se aproximen al ordenamiento de manera superficial y, en consecuencia, originar una tendencia a identificar ordenamiento y sistema. Sin embargo, los textos ordinamentales y los textos sistemáticos son claramente distintos, tanto en su naturaleza como en su origen.

Mientras que los textos del ordenamiento emanan de las autoridades competentes, los del sistema provienen de la doctrina. Para que exista sistema, se requiere la labor de juristas teóricos que desarrollen un trabajo científico. Por ello, no todas las sociedades cuentan con un sistema, aunque todas posean un ordenamiento. La existencia de un sistema doctrinal depende de condiciones sociales y culturales que posibiliten y fomenten la labor doctrinal. Como señala Robles:

Donde hay sociedad hay ordenamiento, pero no siempre habrá sistema doctrinal, pues este último supone la existencia de una clase profesional,

los juristas, dedicada no solo a aplicar el derecho, sino también a conocerlo con criterios científicos. Esto conlleva su presentación en una totalidad textual que refleje la propia del ordenamiento, pero al mismo tiempo la complete y la perfeccione (2011a, 130).

Así, un sistema jurídico constituye, en última instancia, la mejor versión posible de un ordenamiento jurídico.

2. El uso indiscriminado de los términos *ordenamiento* y *sistema*: la herencia positivista

Llama la atención la importancia que la TCD otorga a la distinción entre los conceptos de *ordenamiento* y *sistema*, especialmente si se tiene en cuenta que, al revisar los textos y aportaciones doctrinales, es evidente que la mayoría de los autores hacen un uso indiscriminado de ambos, lo cual sugiere que no reconocen (al menos de manera consciente) la existencia de estas dos realidades en el derecho.

Este uso indiscriminado tiene su origen en la profunda influencia que el positivismo ha ejercido sobre la ciencia jurídica, particularmente en Europa continental. Dicha influencia no se limita a los usos lingüísticos de ciertos términos jurídicos, sino que también ha moldeado el razonamiento de gran parte de los juristas. Para los autores positivistas, el ordenamiento jurídico es un conjunto de normas ya organizado y coherente, tal como sugiere el término *ordenamiento*, derivado de *orden*. En este marco conceptual, la función de la doctrina se reduce a describir o, en el mejor de los casos, a descubrir el derecho. Bajo esta perspectiva, la distinción entre ordenamiento y sistema carece de sentido, ya que ambos conceptos se consideran sinónimos y remiten a una misma realidad.

En contraposición, la visión clásica del iusnaturalismo concibe el derecho como una entidad con sentido, coherencia y objetivos, que encarna y protege ciertos valores fundamentales. Por su parte, el positivismo no rechaza de manera frontal esta visión, aunque lo parezca; más bien, la adapta, transfiriendo los atributos de sentido, coherencia y finalidad al concepto de *ley*. Con ello, el positivismo equipara el derecho a la ley, pero va incluso más allá, y la sacraliza, pues parte de la premisa de que el legislador desempeña su tarea con tal grado de perfección que hace innecesaria cualquier labor interpretativa.

Esta concepción positivista alcanzó su máximo esplendor tras la Revolución francesa y durante el proceso de codificación en Europa, cuando la ley fue erigida como la expresión perfecta de la voluntad popular. No obstante, a lo largo del siglo xx, esta visión fue perdiendo fuerza. A medida que el prestigio del legislador, antes idealizado como un representante impecable de dicha voluntad, comenzó a decaer, se hizo evidente que las leyes aprobadas no solo distaban de la perfección, sino que, en ocasiones, se situaban en el extremo opuesto a esta idealización.

Robles expone de manera contundente su oposición a estos planteamientos:

El texto jurídico que resulta de las decisiones (del poder constituyente, del legislador, etc.) no tiene la unidad y coherencia internas suficientes como para poder hablar de sistema. Esas cualidades solo se alcanzan tras un arduo esfuerzo de interpretación y adaptación de los diversos y dispersos materiales textuales que componen el texto que llamamos ordenamiento. Son materiales que proceden de momentos distintos, de dispar creador, con finalidades no siempre coincidentes, ya que suelen encarar situaciones disímiles. Creer en la coherencia y en el carácter completo del ordenamiento, tal como surge de las decisiones, es un prejuicio característico de la etapa codificadora (especialmente el siglo xix), que llegó a pensar que «el derecho es el código», porque el legislador es omnisciente y nunca se equivoca (2015a, 146).

Aunque los autores del positivismo normativista del siglo xx, como Kelsen, Ross o Hart, no llegan a equiparar *derecho* y *ley* como lo hacían los autores de la Ilustración, sí entienden el derecho como aquello contenido en los textos normativos. Desde esta perspectiva, el derecho *viene dado* en esos textos, y la tarea de la dogmática se limita a describir su contenido o, a lo sumo, a desentrañarlo cuando el lenguaje resulta poco claro.

La TCD, en cambio, rompe con esta corriente al considerar que el derecho no se encuentra en los textos legales, sino en aquello que se interpreta a partir de ellos mediante la labor de la dogmática y la aplicación en casos concretos por parte de los tribunales. Así, el derecho no reside en el ordenamiento jurídico (ORD), sino en el sistema (SIS); no se trata de algo que *viene dado* en los textos, sino de algo que se construye a partir de las aportaciones doctrinales de la dogmática (DOCs), así como de las decisiones tomadas por los tribunales y otros órganos decisores. Como señala Medina, «buena parte del

sistema jurídico (SIS) vendrá expuesto en las obras expositivas de los autores, pero su averiguación exigirá un esfuerzo añadido al de la mera lectura del sistema expositivo» (2023). En este sentido,

el derecho no es resultado de un acto productivo puntual sin pasado, sino el resultado de un proceso histórico en el que intervienen múltiples agentes que interactúan entre sí y van positivando el derecho (el poder constituyente, el legislador, los juristas dogmáticos, las autoridades jurídicas...) (Fernández Ruiz-Gálvez 2020, 277).

Para Robles, el positivismo llega incluso a la

negación de la interpretación, pues interpretar es una función intelectual que implica elegir entre varias posibilidades que se le ofrecen al observador y decidirse por una de ellas. Ahora bien, siempre que nos decidimos por algo, después de considerar las posibles alternativas, es porque valoramos ese algo como lo más adecuado. Incluso cuando se afirma que lo *más adecuado* corresponde a lo que el jurista cree ser la voluntad del legislador, no sería correcto afirmar que entonces se está meramente *describiendo* dicha voluntad. En realidad, se está decidiendo la interpretación *correcta* de lo que el legislador quiere, lo que implica una valoración (2015a, 160).

En síntesis, el positivismo legalista identifica derecho y ley, mientras que el positivismo normativista sostiene que el derecho reside en el texto bruto emanado de la autoridad que lo genera, ya sea el poder constituyente, el legislador o la administración. Desde esta perspectiva, tanto la doctrina como el juez se limitan a actuar como meros portavoces que transmiten un derecho preexistente contenido en el ordenamiento jurídico.

La TCD se distancia de ambas corrientes positivistas al reivindicar la interpretación de los textos y negar que el derecho exista en el ordenamiento jurídico como texto en bruto. Desde la visión comunicacional, puede afirmarse que

el derecho no se identifica con el texto bruto, con el ordenamiento. Antes al contrario, el derecho es el sistema que resulta de la construcción, es decir, el texto elaborado sobre la base del texto bruto que proporciona la autoridad. El derecho es una realidad *construida* y no una realidad *dada* (Robles 2015a, 161).

Esta afirmación resulta fundamental, ya que encapsula la esencia más profunda de la TCD, pues según esta teoría el derecho se construye a través de la dogmática y, en última instancia, mediante la jurisprudencia, que da forma al sistema propiamente dicho (SIS) a partir de las propuestas de sistemas doctrinales (DOCs). Esto implica que el derecho, como tal, no se encuentra en el ordenamiento jurídico, contrariamente a lo sostenido por los positivistas. En el ordenamiento el derecho solamente puede intuirse, mientras que su presentación clara, definida, completa y acabada tiene lugar únicamente en el sistema (SIS).

3. Las diferencias entre la tarea de la dogmática (sistemas doctrinales) y la tarea de los jueces (teoría de las decisiones)

La función de la dogmática, consistente en crear el sistema doctrinal a partir del ordenamiento, puede confundirse conceptualmente con la teoría de las decisiones en ciertos aspectos, especialmente en lo relativo a las decisiones judiciales. Esto se debe a que los jueces, al aplicar el derecho, realizan una labor interpretativa que, consciente o inconscientemente, suele apoyarse en la doctrina. Sin embargo, el juez no es un científico que formula propuestas de interpretación de textos normativos en abstracto, sino un decisor que resuelve casos concretos con efectos vinculantes para las partes (Robles 2015b, 216). Los jueces no son juristas teóricos; su tarea no se desarrolla en el plano de la abstracción, sino en el contexto específico de cada caso. Por ello, es fundamental diferenciar las funciones de la doctrina y de la judicatura. No hacerlo desvirtúa las respectivas naturalezas de sus labores, que, aunque coinciden en interpretar el derecho y contribuir a su creación, son esencialmente distintas.

Así, la distinción entre ordenamiento y sistemas doctrinales emerge como un elemento clave de la TCD, al igual que la diferenciación entre la labor de la doctrina y la de los jueces, lo que conduce a trazar una línea divisoria clara entre la teoría de la dogmática y la teoría de las decisiones.

En este marco, es característica de la TCD la visión del ordenamiento como

una realidad jurídica *in fieri*, siempre sujeta a transformaciones, que carece así de autonomía y, por lo tanto, es objeto de una (re)elaboración hermenéutica por parte de la dogmática jurídica, que no se limita a describir, explicar y *sistematizar* el ordenamiento, sino que presenta propuestas para su perfeccionamiento, así como para la solución de sus eventuales contradicciones y vacíos (antinomias y lagunas) (La Porta 2020).

De las palabras de este autor se desprende que, en clave comunicacional, el ordenamiento jurídico se caracteriza, además de por manifestarse a través de la comunicación, también por su publicidad. Este último rasgo se explica porque los textos parciales que lo componen suelen ser accesibles públicamente mediante los mecanismos establecidos por cada Estado. En España, por ejemplo, esta publicidad se materializa a través del *Boletín Oficial del Estado* (BOE) o de los boletines oficiales de las comunidades autónomas.

4. El ámbito jurídico: el concepto evolutivo que ha ido ganando protagonismo

Para comprender plenamente el derecho tal como es entendido desde la TCD, así como los conceptos de ordenamiento y de sistema y la interacción que los une, es imprescindible abordar la noción de *ámbito jurídico*. Esta cuarta noción, que se suma a las de ordenamiento jurídico (ORD), sistemas doctrinales (DOCs) y sistema jurídico propiamente dicho (SIS), completa el marco conceptual comunicacional al incluir aquellos textos y acciones que, aunque forman parte de la realidad jurídica, no se encuadran en el ordenamiento ni en el sistema.

El derecho es un fenómeno de extrema complejidad que, como hemos visto, no se reduce al ordenamiento jurídico, ya que tanto los sistemas doctrinales como el sistema jurídico en sentido estricto forman parte de él. Sin embargo, existen textos y acciones que, aun siendo jurídicos, no pertenecen al ordenamiento, ni a los sistemas doctrinales, ni al sistema jurídico. Por lo tanto, el derecho no se agota en el ordenamiento ni en el sistema. Estos textos y acciones que tienen relevancia jurídica pero que no se encuadran ni en el ordenamiento ni el sistema se agrupan bajo el concepto de ámbito jurídico (AMB).

Robles ha desarrollado ampliamente esta noción en los últimos años, cuya relevancia ha sido destacada por La Porta:

La dimensión ordinamental por sí sola no alcanza la comprensión de la realidad jurídica. Ni el texto ordinamental y los conceptos clave que integra (recordemos: decisión, norma, institución, acción y relación) ni siquiera la construcción del sistema, pueden representar por sí solos la complejidad del fenómeno jurídico, que sí puede ser abordada por la combinación *comunicacional* de varios conceptos. [...]. Los fundamentos teóricos de

ORD y de SIS no son suficientes para un análisis cabal del fenómeno jurídico, puesto que deben ir acompañados del concepto teórico más amplio de la TCD: el de ámbito jurídico (AMB) (2020).

El ámbito jurídico abarca todos aquellos procesos de comunicación y acciones que, a pesar de no ser textos ordinamentales, tienen relevancia jurídica porque el ordenamiento así lo establece. Ejemplos de ello son acciones como cometer un delito, elevar a escritura pública la compraventa de un inmueble o solicitar un divorcio ante un juzgado. Estas acciones, aunque no constituyen ordenamiento, tienen una clara relevancia jurídica y generan consecuencias dentro del derecho, por lo que se incluyen en la categoría del ámbito. Además, el ámbito (AMB) desempeña un papel crucial, ya que permite diferenciar entre acciones con relevancia jurídica, como matar a una persona, y acciones irrelevantes para el derecho, como matar una mosca. En el primer caso, incluso si no se produce una sanción (porque el autor no es identificado, porque se establece legítima defensa, o por cualquier otra causa), la acción será valorada y generará interés y reacción por parte del ordenamiento jurídico. En cambio, matar una mosca no suscita ninguna reacción ni interés jurídico, ya que es una acción ajena al ámbito.

Así, el concepto de ámbito jurídico permite completar el análisis del fenómeno jurídico, incorporando aquellas acciones y textos que, sin formar parte del ordenamiento ni del sistema, son fundamentales para entender cómo el derecho se manifiesta en la práctica.

La noción de ámbito jurídico ha sido desarrollada para adaptar la TCD a la complejidad inherente al fenómeno jurídico. Dicha noción abarca los textos ordinamentales, los textos de los sistemas doctrinales, los textos del sistema jurídico y también aquellos textos que, perteneciendo al derecho (es decir, al ámbito), no se enmarcan en ninguna de las categorías anteriores. Además, el ámbito incluye actos comunicacionales que no son, estrictamente, textos jurídicos escritos, pues según establece Robles,

todos aquellos procesos de comunicación y todas aquellas acciones que tienen lugar en relación con el ordenamiento, pero que no pueden ser calificados de textos ordinamentales, forman parte de ese *espacio virtual* que es el ámbito, pero no forman parte del ordenamiento jurídico (2018a, 95).

El ámbito jurídico, al igual que el sistema, depende de la existencia del ordenamiento. No tiene una existencia autónoma, sino que está ineludiblemen-

te ligado al ordenamiento, del cual surge. Este último constituye la *realidad comunicacional primaria* (Robles 2018a, 95), ya que de él derivan tanto el ámbito como, en los casos en que los juristas teóricos lo desarrollan, el sistema. Esta relación implica que la existencia de cualquier realidad jurídica está condicionada por la presencia de un ordenamiento base. Sin un ordenamiento, no puede haber ni sistema jurídico ni ámbito jurídico. Sin embargo, mientras que la existencia del sistema depende de que los juristas lo construyan, el ámbito surge inevitablemente con el ordenamiento.

Como señala Sánchez Hidalgo, el ámbito puede considerarse un *microcosmos* en el que se contienen todos los elementos jurídicos vinculados a un determinado ordenamiento (2018). No puede haber ámbito sin ordenamiento, ni ordenamiento sin ámbito. No obstante, no hay incertidumbre sobre cuál precede al otro: el ordenamiento es primario y el ámbito surge de él. A pesar de que ambos nacen simultáneamente, el ámbito siempre procede del ordenamiento y no al revés.

Pertenecen al ámbito, por ejemplo, los debates parlamentarios durante el proceso de aprobación de una ley, la presentación de enmiendas a una ley, la presentación de demandas, las alegaciones contra sanciones administrativas, los estatutos de una asociación de senderismo, la escritura pública que formaliza una compraventa inmobiliaria, los actos, situaciones y relaciones con relevancia jurídica, y los individuos en cuanto sujetos de derecho. Sin embargo, estos actos solo adquieren relevancia jurídica si están conectados a un ordenamiento jurídico vigente.

Tomamos prestadas las palabras de La Porta, que resumen con precisión la naturaleza e importancia del ámbito jurídico:

El ámbito, al unirse a los conceptos de ordenamiento y de sistema, viene a cerrar el círculo del fenómeno jurídico, dando respuesta por fin a la complejidad del derecho, que en otras perspectivas quedaba “amputado” por excluir ciertos actos y textos que, aun teniendo significación jurídica, no encajan en el ordenamiento ni en el sistema. La evolución de la TCD a lo largo de los años ha ido avanzando e incorpora hoy, a través del ámbito, la totalidad de actos comunicativos (no sólo textos) susceptibles de ser interpretados en su visión hermenéutico-analítica del derecho. Con esto, consigue Robles incluir en la TCD aquellos conceptos que, por gozar de significación jurídica, merecen ser considerados y analizados por la teoría del derecho y que, sin embargo, han quedado normalmente excluidos. Esta amplitud de miras, que puede considerarse una particularidad de la TCD,

obedece a la adhesión a la *tesis nominalista* de Robles, que, al rechazar definir el derecho y, en su lugar, pretender simplemente *mostrarlo*, se ve abocada a buscar aquellos actos y textos en los que se manifiesta (2020).

De este modo, es indiscutible que es en los ámbitos jurídicos concretos donde el derecho se presenta en su totalidad, sutileza y sofisticación.

5. La juridicidad de las normas en función de su pertenencia al ámbito jurídico

Las tesis planteadas pueden vincularse con el principio de relatividad sistémica tratado en el capítulo anterior, el cual, a su vez, se relaciona con la tesis del pluralismo jurídico. A este respecto es importante considerar el extenso periodo de tiempo en el que se ha desarrollado la TCD. La primera edición de *Teoría del derecho. Fundamentos de teoría comunicacional del derecho. Volumen I*, que desarrolla la teoría formal del derecho, se publicó en 1998. Desde entonces, Robles ha trabajado de manera continuada en esta manera de estudiar y de desentrañar el derecho, y ha ido completando y evolucionando su obra conceptualmente a lo largo de varias décadas.

Derivado de la propia evolución de su pensamiento e investigaciones, así como de las aportaciones, estudios y comentarios de otros juristas sobre la TCD, el autor ha revisado y ampliado varios conceptos. Uno de los elementos centrales de esta evolución es el concepto de ámbito jurídico, que ha adquirido una importancia significativa en la visión del derecho que ofrece su teoría.

Como vimos en el capítulo anterior, Robles desarrolló el principio de relatividad en relación con los conceptos de ordenamiento y de sistema. Este principio, a su vez, está ligado al principio de pluralismo, que también se conecta con ambos conceptos. No obstante, en la quinta edición del volumen dedicado a la teoría formal publicado en 2015, aparece ya la noción de ámbito jurídico, lo que supone una transformación en el alcance del objeto de estudio y en el modo en que los principios del derecho toman forma.

Al incorporar al derecho, a través del ámbito, aquellos textos y actos comunicacionales que anteriormente quedaban fuera de su análisis, se hace necesario adaptar los principios de relatividad y de pluralismo. El principio de relatividad sistémica se transforma en el principio de relatividad de los ámbitos jurídicos, y el principio de pluralismo sistémico se convierte en el principio de pluralismo de los ámbitos jurídicos.

De esta evolución se desprende que lo que determina la juridicidad de cualquier elemento, incluidas las normas jurídicas, ya no es exclusivamente su pertenencia al ordenamiento ni al sistema, sino su inclusión en el ámbito jurídico. Aunque la validez formal de las normas sigue vinculada al sistema, como Robles planteó en 1998 en el primer volumen de *Teoría del derecho. Fundamentos de teoría comunicacional del derecho*, la juridicidad ha evolucionado conceptualmente. Inicialmente ligada al sistema, en contraste con visiones ordinamentalistas como la de Bobbio, ahora se vincula más ampliamente a los ámbitos jurídicos en plural.

El principio de relatividad que se ha expuesto en el capítulo anterior en relación al ordenamiento se hace extensible en su aplicación universal a todos los ámbitos jurídicos y a todos los sistemas jurídicos (Robles 2011b, 132). Es más, la realidad es que en el derecho actual el principio de relatividad es una característica paradigmática del sistema, puesto que es en el sistema donde se explicitan claramente las perspectivas interna y externa del ordenamiento. Por ende, si el sistema es la expresión máxima del perspectivismo, o por lo menos del perspectivismo explícito, en él recae también el principio de relatividad con todo su peso, pues este último al final es una consecuencia del primero. Por este motivo señala Robles que, en última instancia «es más apropiado hablar de relatividad sistémica que de relatividad ordinamental» (2011b, 132), porque para dar solución a cualquier problema jurídico suele resultar de mayor utilidad consultar el sistema que limitarse a los textos normativos ordinamentales.

El concepto de decisión en la TCD: el pilar sobre el que recae la dimensión dinámica del derecho

1. Las decisiones como elemento omnipresente

1.1. Las decisiones más allá del derecho: su presencia en todos los ámbitos de la vida

Dentro de la teoría comunicacional se establecen dos premisas fundamentales en relación con el concepto de *decisión*. En primer lugar, se considera que la decisión es un componente omnipresente en el ámbito del derecho. En segundo lugar, se afirma que la decisión constituye una forma de acción. A partir de estas premisas se aborda un análisis de este concepto cuya relevancia trasciende los límites de las ciencias jurídicas por tratarse de un elemento esencial en la vida de las personas en todas sus dimensiones.

En el lenguaje cotidiano, el concepto de decisión puede entenderse a partir de la definición del *Diccionario de la Lengua Española (DLE)*: «Determinación o resolución que se toma o se da en una cosa dudosa». Esto supone elegir una opción específica entre varias alternativas posibles. En otras palabras, decidir consiste en optar por una posibilidad entre diversas opciones, lo que puede derivar tanto de un análisis reflexivo como de una acción espontánea en la que no se haya considerado las consecuencias.

<https://dx.doi.org/10.5209/ejur.002.07>

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.

Por lo general, las personas cuentan con al menos dos opciones o alternativas entre las cuales elegir, lo que implica una constante toma de decisiones en la vida diaria, aunque no todas las alternativas resulten satisfactorias. Abundan ejemplos de decisiones en las que ninguna opción es plenamente satisfactoria. Por ejemplo, al buscar una vivienda en Madrid, los elevados precios actuales limitan las posibilidades; las opciones pueden ser inadecuadas por razones como su alto coste, su ubicación en barrios no deseados o su escasa superficie. Pero, incluso en estas circunstancias, las personas tienen varias opciones, aunque ninguna de las alternativas resulte ideal. Es más, existe la posibilidad de no comprar ninguna vivienda, que a fin de cuentas es una opción más.

Esta lógica se extiende a decisiones cotidianas menos trascendentes, como puede ser la de elegir una película en el cine, pues a pesar de que haya múltiples películas en cartel, es posible que ninguna sea del agrado del espectador. En tal caso, también se mantiene la capacidad de elegir, incluso si la decisión es no ver ninguna película y, en lugar de eso optar, por ejemplo, por dar un paseo. Así, la multiplicidad de alternativas es una constante, aunque no todas esas alternativas resulten idóneas o incluso ninguna lo sea.

Además, en la vida diaria, las decisiones no son aisladas, sino que están interconectadas con otros elementos y elecciones. La toma de decisiones constituye un proceso continuo que afecta todos los aspectos de nuestra existencia. Desde que despertamos hasta que nos acostamos, enfrentamos una serie de elecciones, que pueden variar en importancia: desde la selección de la ropa que vamos a llevar ese día hasta la definición de metas a largo plazo. Incluso las decisiones aparentemente triviales pueden acarrear efectos en cadena, ya que están ligadas a elecciones más significativas.

Cada decisión se fundamenta en una combinación de factores, como experiencias previas, valores personales, objetivos, emociones y el contexto presente. Estos elementos forman una red de significados que influye en nuestra interpretación de las opciones disponibles. Asimismo, nuestra percepción de las decisiones se ve moldeada por el lenguaje empleado para describirlas, así como por la manera en que comunicamos nuestras intenciones y resultados a los demás.

1.2. La posibilidad de decidir: ¿signo de libertad?

Según Sartre, en su obra *L'être et le Néant*, la toma constante de decisiones es una manifestación de la libertad humana (1976). Para él, la esencia del ser

humano es la libertad que se materializa en cada elección que hacemos. Cada decisión deriva en un ejercicio de nuestra libertad al optar entre diferentes posibilidades. Sartre enfatiza que incluso la decisión de no elegir constituye una elección en sí misma, pues implica rehusar el compromiso con una opción particular. Por ejemplo, si una persona decide su carrera universitaria, Sartre interpreta este acto como una expresión de libertad, porque al elegir su educación y futura profesión, la persona está definiendo su identidad y creando su propio camino. Así, la toma de decisiones refleja directamente la libertad individual.

Sin embargo, Robles disiente de la idea de que la capacidad de elegir siempre signifique un ejercicio pleno de libertad. Argumenta que factores externos y condicionantes pueden limitar la capacidad de elección, restringiendo la verdadera libertad (2021, 35). Para él, la libertad no se encuentra exclusivamente en el acto de decidir, aunque esté vinculada a él, sino que está profundamente influenciada por el entorno y las circunstancias en las que se toman las decisiones.

Aplicando esta idea al ejemplo de la elección de una carrera universitaria, para Robles hay factores como la influencia del entorno familiar, la situación económica y las expectativas sociales, que pueden restringir la libertad de la persona. Si alguien se siente presionado a optar por determinada formación educativa o profesional debido a estos factores externos, su decisión podría no ser plenamente libre, ya que está condicionada por dichas circunstancias.

Si bien la TCD no se propone realizar un análisis axiológico sobre la relación entre la libertad y la capacidad de elegir, desde el pragmatismo y considerando la estructura del sistema jurídico, el planteamiento de Robles parece ajustarse mejor a la manera en que el derecho asigna responsabilidades. El derecho reconoce que los condicionantes externos pueden influir en nuestras decisiones y, por ende, en la autenticidad de nuestra libertad.

Para ilustrar el punto de vista comunicacional, consideremos una situación común con implicaciones jurídicas evidentes. Supongamos que estamos en un cajero automático retirando dinero. Al guardar cuidadosamente los billetes en nuestra cartera, alguien se nos acerca amablemente y nos pide que le entreguemos el dinero en efectivo que acabamos de retirar. En este escenario, podemos decidir entre ceder a la solicitud o negarnos. Sin embargo, la situación cambia radicalmente si la persona nos amenaza con un arma. Aunque en ambos casos enfrentamos una decisión, es claro que, en el segundo, estamos fuertemente condicionados por el miedo y el peligro. El derecho, reconociendo estos condicionantes, adapta su respuesta a las circunstancias específicas.

Por lo tanto, no todas las decisiones reflejan una libertad plena, aunque impliquen un acto de elección.

Tomar la decisión de no entregar el dinero en el segundo caso deriva en enfrentarse a una amenaza potencial para nuestra integridad física, e incluso para nuestra vida. Según la perspectiva de Jean-Paul Sartre, este acto sería una expresión de libertad genuina, ya que decidiríamos conscientemente y de manera autodirigida, a pesar de las circunstancias adversas. En cambio, desde la visión de Robles, que está más en sintonía con la forma en que nuestro sistema jurídico entiende la libertad, esta noción se matiza considerablemente en tales circunstancias, pues si bien la presencia de varias alternativas podría sugerir un ejercicio de elección, el contexto en el que operamos limita nuestra capacidad de afirmar que actuamos en completa libertad.

Desde la TCD, la auténtica libertad no se identifica simplemente con el acto de elegir, sino con la ausencia de dependencias o influencias externas que condicionen nuestras elecciones. Ser verdaderamente libre implicaría tomar decisiones basadas exclusivamente en nuestra voluntad interna, sin que amenazas, presiones o coerciones externas mediatizaran nuestras acciones. Así, en un escenario donde el miedo y la coacción son determinantes, la libertad no se ejerce plenamente, aunque exista la posibilidad de elegir (Robles 2021, 37).

1.3. Tipos de decisiones en función de su naturaleza y de los actores involucrados

En las relaciones establecidas en el ámbito jurídico, la compleja interacción entre la acción decisoria y la libertad está siempre presente como un trasfondo subyacente. La acción decisoria constituye un elemento omnipresente en el derecho y se erige como la base sobre la cual descansa su aspecto dinámico.

En el plano jurídico, dos elementos son fundamentales para categorizar las decisiones: la naturaleza de la toma de decisiones y los actores involucrados en este proceso. De forma particular, la TCD propone una clasificación basada tanto en la individualidad o en la colectividad de los actores, así como en el grado de reflexión o espontaneidad que caracteriza a las decisiones (Robles 2021, 78-83).

Dentro de este marco, surge la primera división esencial, pues existen las decisiones individuales y las colectivas. Las primeras son adoptadas por una sola persona, mientras que las segundas son el resultado de un proceso gru-

pal. Esta distinción refleja diferencias significativas en el alcance y en la complejidad de las decisiones. Robles enriquece esta distinción al examinar si las decisiones son producto de una reflexión consciente o, por el contrario, de una respuesta impulsiva.

En lo que respecta a las decisiones individuales, el énfasis recae en las preferencias y objetivos personales. Estas decisiones suelen basarse en el conocimiento que el individuo tiene sobre sus propias prioridades y en la búsqueda de maximizar su beneficio personal. La incertidumbre desempeña un papel importante, ya que las personas toman decisiones considerando riesgos y probabilidades según sus propias estimaciones. No obstante, las decisiones individuales están influenciadas por factores emocionales y sesgos cognitivos, como la aversión a las pérdidas o la tendencia a actuar impulsivamente. En el marco de la teoría de la decisión personal, una de las claves principales será analizar cómo las preferencias individuales y la búsqueda de maximizar la utilidad personal influyen en las elecciones.

En contraste, las decisiones colectivas presentan una dinámica distinta. En este caso, múltiples actores con diferentes preferencias y objetivos deben alcanzar un consenso. Este proceso implica negociación, compromiso y la consideración de las necesidades y prioridades del grupo. Factores como la interacción entre los miembros, la toma de decisiones por consenso y la influencia social desempeñan un papel crucial. Además, las decisiones colectivas tienden a orientarse hacia objetivos compartidos y, en muchos casos, deben equilibrar aspectos como la equidad y la justicia en la distribución de beneficios y cargas. También se busca garantizar la consistencia y la estabilidad a lo largo del tiempo, con el objetivo de mantener políticas o acuerdos duraderos. Así, la teoría de la decisión colectiva analiza cómo los grupos llegan a decisiones, equilibran objetivos diversos y aseguran la sostenibilidad de sus acuerdos.

En definitiva, las decisiones individuales y las colectivas reflejan dinámicas, objetivos y metodologías diferentes, y ambas contribuyen a la complejidad inherente al proceso decisorio en el ámbito jurídico.

La segunda clasificación que aborda la TCD se centra en el grado de reflexión o improvisación presente en el proceso decisorio. Las decisiones reflexivas, caracterizadas por un análisis ponderado de ventajas y desventajas, así como por una cuidadosa evaluación de las opciones disponibles, traen consigo un proceso deliberativo que involucra un diálogo interno. En contraste, las decisiones improvisadas surgen de manera espontánea, guiadas por impulsos momentáneos y sin un análisis premeditado.

En la actualidad, se reconoce que una parte significativa de las decisiones humanas carece de premeditación o de reflexión profunda. Los modelos iniciales de toma de decisiones asumían que los individuos actuaban de manera completamente racional, maximizando la utilidad esperada en función de sus preferencias y considerando todas las alternativas posibles junto con sus probabilidades (Aguiar 2004). Sin embargo, estudios posteriores han demostrado que, en muchas situaciones, las personas no realizan análisis exhaustivos ni consideran todas las opciones y probabilidades.

Conforme avanzaron las investigaciones, se observó que los seres humanos a menudo enfrentamos contextos de incertidumbre y de riesgo, con información incompleta o ambigua. Esto llevó a la incorporación de conceptos como las probabilidades subjetivas y las preferencias personales en los modelos de decisión (Santiago y Cante 2009). Además, la psicología cognitiva reveló que con frecuencia recurrimos a *atajos mentales* o *heurísticas* para tomar decisiones rápidas y eficientes, estrategias que simplifican el proceso pero que, a su vez, pueden generar juicios sesgados. Otros factores psicológicos, como la aversión a la pérdida, la aversión al riesgo o la sensibilidad decreciente hacia ciertos estímulos, también influyen en las decisiones, alejándolas de la lógica reflexiva. Así, se ha reconocido que muchas decisiones son impulsivas o, cuanto menos, no premeditadas, sino moldeadas por el contexto, las emociones y las circunstancias inmediatas. Robles incorpora esta distinción para reflejar una idea más realista de cómo se toman las decisiones en la práctica.

La matriz propuesta en la TCD da lugar a cuatro combinaciones: decisiones individuales reflexivas, decisiones individuales improvisadas, decisiones colectivas reflexivas y, aunque menos frecuentes, decisiones colectivas improvisadas (2021, 38-39). Estas categorías abarcan el espectro de decisiones que configuran nuestro día a día, entrelazando las interacciones humanas, los retos personales y los procesos grupales en una compleja red de elecciones.

En conclusión, la visión de Robles sobre las decisiones (ya sean individuales o colectivas, reflexivas o improvisadas) nos invita a profundizar en la sofisticación inherente a las elecciones que moldean nuestra vida cotidiana. Sus reflexiones destacan cómo el derecho, en su papel omnipresente, interactúa con nuestras decisiones, configurando trayectorias individuales y sociales en un entorno dinámico y en constante transformación.

1.4. Acción decisoria: ligando los conceptos de *acción* y *decisión*

Desde la perspectiva comunicacional, como señalábamos anteriormente, la noción de decisión se entrelaza intrínsecamente con la idea de acción. Esta conexión se basa en la constatación de que toda decisión constituye, en esencia, una forma de acción. En este marco, el término *acción decisoria* describe el acto de tomar decisiones, destacando la vinculación profunda entre ambos conceptos. Este vínculo conceptual revela una estructura teórica subyacente que es central en la TCD.

La relación entre acción y decisión adquiere mayor profundidad al considerar cómo la acción, en el ámbito comunicacional, funciona como un elemento integrador. La acción, tal como se entiende desde la TCD, cumple una función como nexo o *pegamento*, que es esencial para articular los tres pilares fundamentales: la teoría formal, la teoría dogmática y la teoría de las decisiones (Robles 2015a, 271-276). En este contexto hermenéutico-analítico, la acción no solamente es un componente esencial en sí misma, sino también un puente que dota de coherencia a la estructura teórica general.

El papel central de la acción se refuerza al reconocer que todas las decisiones representan, en esencia, una forma de acción. A entender de Robles, las decisiones pueden considerarse como un tipo particular de acción, y las decisiones jurídicas, más específicamente, como una modalidad de acción jurídica. Este planteamiento enfatiza la ubicuidad de la acción, subrayando su presencia constante en el entramado de la toma de decisiones.

Para comprender plenamente las implicaciones de esta afirmación, es fundamental considerar un matiz clave en la definición: la acción no se reduce a un conjunto de movimientos físicos o psíquicos, sino que consiste en el significado atribuido a dichos movimientos. Esta interpretación, enraizada en la concepción hermenéutico-analítica de la teoría, posiciona a la acción como un constructo que trasciende lo superficial, constituyéndose en el soporte sobre el cual se asignan significado e intención.

En síntesis, la TCD no solo conecta los conceptos de acción y decisión, sino que parte de la premisa de que la decisión es un tipo de acción. La noción de *acción decisoria* pone de manifiesto cómo estos conceptos se entrelazan, mientras que la acción, en su papel integrador, unifica los pilares esenciales de la teoría: la teoría formal, la teoría dogmática y la teoría de las decisiones.

2. Las diferentes aproximaciones al estudio de la teoría de las decisiones y su relación con el tipo de validez de las normas

2.1. La teoría de la decisión: multidisciplinar y multimetodológica

La decisión es objeto de estudio de la teoría de la decisión, una disciplina dedicada a comprender las elecciones que realizan las personas tanto en contextos simples como en situaciones complejas y con incertidumbre. De carácter multidisciplinar, esta teoría recurre a modelos y análisis matemáticos para conocer y prever el comportamiento humano frente a diversas opciones en escenarios con incertidumbre y riesgo. Inicialmente se centraba en aspectos racionales, pero en la actualidad también aborda factores emocionales, psicológicos y sociales que pueden influir en el proceso de toma de decisiones. Su aplicabilidad abarca múltiples campos, como la economía, la psicología, la administración o la ingeniería, entre otros. Su objetivo es entender cómo las personas evalúan alternativas y eligen la que mejor se adapta a sus objetivos, preferencias y circunstancias.

Además de ser multidisciplinar, esta teoría es también multimetodológica, pues emplea distintos enfoques y perspectivas en su desarrollo. Como se mencionaba previamente, las decisiones pueden clasificarse según sean individuales o colectivas, así como en función de su nivel de reflexión o racionalidad. Este último componente, la racionalidad, fue el eje central de los primeros estudios sobre la acción decisoria. Los modelos normativos, que marcaron los inicios de esta disciplina, buscaban establecer la mejor forma de decidir para alcanzar un objetivo determinado.

Con el tiempo se constató que las personas no siempre toman decisiones de manera racional, y en respuesta a esta realidad, surgieron los modelos descriptivos, cuyo propósito es explicar cómo las personas toman decisiones en la práctica, considerando las limitaciones, sesgos y contextos que influyen en sus elecciones. Este desarrollo refleja la evolución de la teoría de la decisión hacia una comprensión más completa y realista de los procesos decisorios humanos (Páez 2015).

Así, los modelos normativos se acercan a la naturaleza formal de las decisiones y, desde una perspectiva idealística, pretenden determinar los procesos mentales que deberían ponerse en funcionamiento para la toma de decisiones óptimas, buscando los mayores beneficios posibles, es decir, buscando la eficiencia. Neuman y Morgenstern establecieron cuatro axiomas para que las decisiones puedan ser consideradas racionales (2007):

- Transitividad. La transitividad es un principio lógico que establece que si un individuo prefiere la opción A a la opción B, y prefiere la opción B a la opción C, entonces también debe preferir la opción A a la opción C. En otras palabras, las preferencias deben ser consistentes y no generar contradicciones.
- Completud. Este axioma establece que para cualquier par de opciones o de resultados A y B, el individuo es capaz de compararlas y de expresar una preferencia clara por una de ellas. Esto significa que, para cualquier par de opciones, el individuo puede decir si prefiere A a B, si prefiere B a A o es indiferente entre las dos.
- Asimetría. El axioma de continuidad establece que, si un individuo prefiere la opción A a la opción B, entonces debe haber una tercera opción C en algún punto intermedio entre A y B tal que el individuo sea indiferente entre A y C, y también indiferente entre C y B.
- Simetría de la indiferencia. Este axioma establece que, si un individuo prefiere la opción A a la opción B, entonces esa preferencia no debe cambiar si se agrega una tercera opción C que sea claramente peor que A en todos los aspectos. En otras palabras, la preferencia entre A y B no debe verse afectada por la presencia de una opción que no es elegible.

Estos axiomas han tenido aportaciones por la doctrina, que ha propuesto modificaciones, ha añadido axiomas complementarios, etc. Pero esto no quita que haya siempre una limitación en este tipo de teorías, pues se fabrican en un mundo ideal, alejado de la realidad, ya que se está asumiendo un nivel de racionalidad que no se corresponde con el comportamiento efectivo de las personas. Ante esto surgieron las teorías descriptivas, cuyo objetivo es descifrar y describir cómo se llevan a cabo de manera efectiva los procesos en el marco de una toma de decisión real.

Por este motivo, las teorías descriptivas de la decisión restringen los criterios de racionalidad y toman en cuenta los frecuentes sesgos y heurísticos que intervienen en los procesos mentales de las personas cuando toman decisiones. A título de ejemplo, podemos citar algunos de los sesgos más habituales y que los modelos descriptivos toman en cuenta, como son el de aversión de pérdidas, el de representatividad o el de exceso de confianza (Keeney, Raiffa y Hammond 2006).

2.2. La clasificación de Robles y el encuadre de la teoría de la decisión en las ciencias jurídicas

Los dos modelos tradicionales mencionados anteriormente sirvieron como punto de partida para el desarrollo de otros enfoques en la teoría de la decisión. Robles, en el volumen III de su *Teoría del derecho. Fundamentos de teoría comunicacional del derecho*, propone una clasificación de los modelos de esta disciplina basada en tres criterios: el descriptivo, el procedimental y el normativo (2021, 56). A continuación, nos acercaremos a cada una de estas categorías y veremos cómo estas se integran tanto en el derecho en general como en la TCD en particular.

En primer lugar, la teoría descriptiva, definida por Robles como una disciplina empírica por estar basada en la observación, se centra en analizar y comprender cómo se llevan a cabo, en la práctica, los diversos procesos de toma de decisiones. Para ilustrar la teoría descriptiva, el autor utiliza un ejemplo del ámbito empresarial. En este contexto, las decisiones deben evaluarse considerando factores como el momento específico, la cultura organizacional, el entorno general de la empresa (ya sea de crecimiento o de crisis) y las relaciones con las partes interesadas, tales como clientes, consumidores o administraciones públicas. Siguiendo esta línea, una teoría de las decisiones jurídicas «se limitará a investigar cómo deciden de hecho los diversos agentes u operadores jurídicos, esto es, aquellos individuos que intervienen de un modo u otro en el mundo del derecho, en lo que yo llamo los ámbitos jurídicos» (Robles 2021, 57). Este punto de partida pone de manifiesto la importancia de comprender cómo las decisiones son tomadas efectivamente dentro de los contextos jurídicos, sin prescribir cómo deberían ser tomadas según ideales normativos.

En segundo lugar, la propuesta comunicacional nos aproxima a la teoría procedimental (Robles 2021, 57-58), conocida dentro de las teorías clásicas como *normativa*. En esta aproximación entra en juego un elemento ausente en la teoría descriptiva: la finalidad o meta que se pretende alcanzar. Este abordaje no se limita a describir los procesos decisionales llevados a cabo por los operadores jurídicos en los ámbitos jurídicos, sino que analiza cómo deberían tomarse las decisiones y qué decisiones se deberían adoptar para alcanzar los objetivos previamente establecidos. El establecimiento de estas metas constituye un paso previo, que también implica sus propios procesos decisionales. Una vez determinada la finalidad, se evalúa cómo alcanzarla, considerando los medios disponibles, las circunstancias y otros factores relevantes.

A este enfoque, también denominado *teoría normativa de la decisión*, se le atribuye el propósito de establecer cómo deberían tomarse las decisiones de manera óptima en situaciones donde se busca maximizar algún tipo de resultado, como la utilidad, el beneficio o la satisfacción. Este marco teórico proporciona pautas para la toma de decisiones racionales y lógicas, fundamentándose en modelos matemáticos y en el análisis de todas las variables y probabilidades pertinentes.

Una aproximación desde esta perspectiva nos remite a nociones como efectividad, eficacia y eficiencia, y a disciplinas auxiliares del derecho, como la sociología del derecho y la economía del derecho. Estos conceptos, que se relacionan con la validez de las normas desde la perspectiva de ciertas corrientes positivistas sociologistas, serán tratados en detalle en el capítulo siguiente. Por el momento, basta señalar que la efectividad, la eficacia y la eficiencia de las normas jurídicas se vinculan con la teoría de las decisiones a través del análisis procedimental, no desde la teoría del derecho, sino desde la sociología del derecho y el análisis económico del derecho.

Esta teoría normativa asume, en cierta medida, que las personas son racionales, que cuentan con información completa y precisa y que tienen la capacidad de evaluar todas las opciones de manera objetiva para maximizar las probabilidades de alcanzar el resultado deseado. Proporciona marcos formales para tomar decisiones bajo incertidumbre, riesgo y elecciones secuenciales. Sin embargo, su principal inconveniente radica en ser un ideal teórico que no siempre se ajusta a la realidad, debido a las limitaciones cognitivas, emocionales y sociales que afectan el proceso decisorial. Este análisis no ha sido tradicionalmente priorizado en los análisis jurídicos, dado que se centra en la eficacia y, especialmente, en la eficiencia de las normas, aspectos que han sido históricamente ajenos al interés principal de los juristas.

En tercer lugar, la TCD introduce la teoría deóntica de la decisión (Robles 2021, 60-62), centrada también en la finalidad y que incorpora un carácter axiológico. Robles enmarca en esta categoría los procesos decisoriales con un componente ético, en los que se evalúa cómo debe llevarse a cabo el proceso decisor para que sea coherente con ciertos principios o valores morales. El objetivo trasciende la mera consecución de un resultado eficaz o eficiente, pues pretende en última instancia alcanzar un resultado justo y correcto desde una perspectiva ética. En esta aproximación se encuentra el aspecto material de la validez de las normas y, por ende, del ordenamiento jurídico.

Los aspectos sociales de la validez: efectividad y eficacia de las normas jurídicas

1. La eficacia en la propuesta de Robles

Las corrientes tradicionales han desarrollado sus estudios sobre la validez de las normas condicionadas tanto por la perspectiva desde la que abordan el estudio del derecho como por su propia concepción de este. Así, el iusnaturalismo enfatiza el aspecto material de las normas, vinculando su validez con la idea de justicia. En contraste, el positivismo legalista y el normativista excluyen deliberadamente el aspecto material y se centran exclusivamente en los aspectos formales para dotar al concepto de validez de un carácter aséptico. Finalmente, el positivismo sociologista asocia la validez al concepto de eficacia, dando prioridad al impacto y a la aplicación real de las normas en la sociedad.

Frente a estas concepciones, Robles formula una propuesta sobre la validez jurídica con la intención de que sea integral, es decir, que abarque tanto su vertiente formal como su vertiente material, aunque esto hace que surja una pregunta esencial: ¿Qué ocurre con la dimensión social? ¿La exclusión de la aplicación efectiva de las normas constituye una laguna en la propuesta comunicacional sobre la validez jurídica?

En los capítulos anteriores hemos analizado los aspectos formales de la validez, pero antes de pasar a explorar sus aspectos materiales desde una visión comunicacional, resulta pertinente examinar el papel que juega la eficacia dentro de esta teoría desde una óptica comunicacional.

<https://dx.doi.org/10.5209/ejur.002.08>

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.

El punto clave para que la TCD considere que su aproximación a la validez es una aproximación *plena* radica en que incluye tanto sus aspectos formales como sus aspectos materiales. No obstante, al poner barreras para el uso de elementos sociológicos en la construcción de un concepto de validez puramente jurídico, deja fuera los aspectos sociales de la validez, es decir, a la efectividad y la eficacia. Esta exclusión es coherente con una aproximación interna al fenómeno jurídico, pues se trata de una propuesta exclusivamente desde el derecho y para el derecho.

Esta orientación interna requiere establecer límites claramente definidos entre la teoría del derecho y aquellas ciencias que estudian el derecho desde una perspectiva externa, como la sociología, la historia o la economía del derecho. Estas disciplinas, aunque también analizan el derecho, lo hacen desde un punto de vista externo, empleando parámetros y conceptos distintos que buscan entender las interacciones entre la ciencia jurídica y otras ciencias sociales. Si bien estas aproximaciones ofrecen visiones útiles y necesarias, su naturaleza externa implica que contienen elementos ajenos a la perspectiva interna del derecho. Según Robles, es crucial delimitar las fronteras de la teoría del derecho para evitar que los conceptos de estas disciplinas condicionen, influyan o definan su contenido.

En el caso particular de la sociología del derecho, Robles considera posible trasladar el esquema de la TCD con sus tres pilares: teoría formal, teoría dogmática y teoría de las decisiones (2018c). La singularidad de este traslado radica en que, mientras en la TCD estas aproximaciones se estudian desde dentro del derecho, en la sociología del derecho se analizan desde fuera, adoptando una perspectiva sociológica que explora las interacciones entre el derecho y la sociedad, lo que permite examinar la relación entre ambos, destacando aspectos como la aplicación real de un determinado ordenamiento jurídico en la sociedad y la utilidad social de las herramientas jurídicas existentes.

A pesar de que la eficacia queda excluida del concepto de validez jurídica tal como lo entiende Robles, esto no significa que el autor la considere irrelevante. Por el contrario, reconoce su importancia, aunque la sitúe fuera del ámbito de la teoría del derecho propiamente dicha. En coherencia con esta delimitación, la eficacia se aborda como una noción sociológico-jurídica, tal y como se expone en su obra *Sociología del derecho* (Robles 2018c, 17). Dicho esto, podría parecer contradictorio que, además de tratar la eficacia en *Sociología del derecho*, el autor realice un análisis detallado de este concepto en *Teoría del derecho. Fundamentos de teoría comunicacional del derecho*. Vo-

lumen I (2015a, 343-360), y más aún, que dicho análisis figure en los capítulos dedicados a la validez jurídica. Sin embargo, esta aparente contradicción se desvanece al examinar el enfoque del autor, a pesar de que inicie su examen señalando que la eficacia no es, en sentido estricto, un concepto jurídico.

Por lo tanto, la eficacia no pertenece al núcleo de la teoría formal del derecho, cuyo contenido se limita a conceptos que analizan el derecho desde una perspectiva interna. La eficacia, en cambio, es una noción que se relaciona con el derecho desde un punto de vista externo, lo que justifica su exclusión de la teoría de la validez formal, a pesar de que Robles considere relevante esbozar un análisis del concepto para justificar las razones de su exclusión como elemento potencialmente definitorio de la validez jurídica.

Desde la perspectiva comunicacional, la eficacia presenta tres características principales, además de su naturaleza sociológico-jurídica (Robles 2015a, 343-347):

- Es un concepto cuantificable.
- Su análisis y cuantificación responden a la estructura de las normas deónticas, aunque Robles señala que, *mutatis mutandis*, esta estructura puede aplicarse a otros tipos de normas según la clasificación heterogénea propuesta en la TCD, e incluso a teorías de normas distintas.
- Eficacia y efectividad se consideran conceptos sociológico-jurídicos, ambos hacen referencia al cumplimiento de las normas y pueden usarse como sinónimos.

Este capítulo se propone examinar estas características y explorar hasta qué punto el concepto de eficacia puede analizarse en clave comunicacional.

2. Un concepto perteneciente a la sociología del derecho

2.1. La eficacia: elemento ajeno a la teoría del derecho

Tal como acabamos de mencionar, Robles entiende que la eficacia es un elemento ajeno a la teoría del derecho, y, a pesar de ello, es desarrollado y analizado en el volumen I de su libro *Teoría del derecho. Fundamentos de teoría comunicacional del derecho*. El análisis se vuelve pertinente a pesar de incluirse en un tratado de teoría del derecho porque la mención al concepto de eficacia o de efectividad se vuelve inevitable al abordar uno de los

temas centrales de la teoría del derecho: la validez de las normas y de los actos jurídicos.

Situando la validez en el espectro de las teorías del derecho tradicionales, encontramos que esta ha encontrado su fundamento, en función de las diversas corrientes doctrinales, en tres soportes: legitimidad, legalidad y eficacia/efectividad.

El iusnaturalismo ha ligado tradicionalmente la validez a la legitimidad, pues en el marco de esta corriente la validez se interroga sobre la conformidad de metarreglas de tipo axiológico. Es decir, desde el iusnaturalismo se entiende que el derecho, para ser tal, ha de ser aceptable en relación con ciertas reglas y principios éticos. En el positivismo más legalista, en cambio, la validez es de tipo formal y, por ello, analizarla desde este ángulo consiste en limitarse a verificar si se han cumplido las formalidades exigidas en el proceso de creación de las normas. En el caso del positivismo realista, que es donde entra en juego la sociología del derecho, se entiende que el derecho no existe porque sí, o, como dicen en francés, *pour la beauté du geste*, sino que está necesariamente confrontado a la realidad social, al mundo en el que debe ser aplicado, al mundo que está regulando.

En resumidas cuentas, la validez ha estado tradicionalmente ligada a la legitimidad, a la legalidad y a la eficacia, lo cual implica que Robles se vea abocado a revisar la eficacia, aunque sea para excluirla como elemento de la teoría formal, cuando desentraña el concepto de validez, a pesar de que la pretensión de la TCD, siguiendo en este aspecto la estela de Kelsen, es desarrollarse como una teoría del derecho autónoma. Lo que hace la propuesta comunicacional es proponerse como herramienta para una ciencia jurídica que se baste a sí misma, que no se vea en necesidad de acudir a otras ciencias para dar contenido a sus conceptos y elementos. Y esta pretensión es el fundamento del rechazo de las nociones de eficacia y efectividad como elementos de teoría del derecho, pues entendidas como el cumplimiento de las normas en una sociedad determinada, son nociones sociológicas, ya que para verificarlas es condición necesaria salirse del mundo jurídico y observar el mundo de los hechos: vienen a conectar elementos jurídicos con acontecimientos y circunstancias que se producen en la realidad social. Adhiere la TCD, por tanto, a la concepción clásica de la eficacia, que consiste en considerar que una norma es eficaz cuando se cumple y, por consiguiente, que una norma es ineficaz cuando no se cumple.

Lo que acabamos de exponer no debe, sin embargo, llevar a equívocos sobre un supuesto desinterés de Robles hacia la sociología del derecho ni hacia

los análisis que desde esta ciencia se aportan. El rechazo de la TCD a las incursiones de los conceptos sociológicos en el derecho no implica que haya un desprecio por ellos, pues la utilidad de sociología jurídica, así como la conveniencia de verificar la interacción entre derecho y sociedad son expresamente puestos de relieve por parte del autor. Lo que Robles rechaza es el uso de los conceptos sociológico-jurídicos como elementos propios de la teoría del derecho, pero no por ello desdeña estas nociones ni las excluye de su ámbito de interés, puesto que fuera de la teoría formal del derecho, en el marco de la sociología, sí se ocupa de tratar estos conceptos, así como de poner de relieve la importancia de los mismos.

Dado que la eficacia es un concepto sociológico-jurídico y que se enmarca en el ámbito de estudio de la sociología del derecho, es útil reseñar, muy brevemente, la visión de Robles de esta disciplina.

2.2. La propuesta comunicacional para el estudio de la sociología del derecho

La propuesta roblesiana para una aproximación al estudio de la sociología del derecho consiste en construirla en una estructura paralela a la que propone para la teoría del derecho, ya que la considera válida para su estudio y útil para poner en relación los conceptos concomitantes. Así, propone una sociología del derecho fundamentada en los tres pilares que, inspirados en la filosofía del lenguaje, usa a su vez para construir la TCD, y que son: sintáctica, semántica y pragmática.

La diferencia entre los enfoques interno (que es el propio de la teoría del derecho) y externo (que es el propio de la sociología jurídica y otras ciencias), puede ilustrarse con el ejemplo que suele usar propio autor: la diferencia, en cualquier juego, entre el ángulo del espectador y el del jugador (Robles 2021, 22). Ambos puntos de vista son, no solo interesantes, sino incluso necesarios, pero son también indiscutiblemente distintos.

Dentro de este esquema, los elementos básicos de teoría formal del derecho tendrán su equivalente en sociología y la diferencia entre ambos radicarán en que en la teoría formal del derecho los conceptos jurídicos se estudian desde la perspectiva del derecho posible mientras que desde la sociología del derecho se atenderá a la perspectiva del derecho tal como se inserta en una sociedad determinada. Se trata, por lo tanto, en el caso de la sociología del derecho, de estar a la relación entre el derecho y la sociedad, lo cual impo-

sibilita que la eficacia pueda ser fundamento de la validez, puesto que la validez de las normas y de los actos, como noción jurídica, pretende encontrar el fundamento formal y el material dentro del sistema jurídico mientras que la eficacia, por su parte, busca el modo en que las normas y los actos del sistema jurídico se insertan en la sociedad real.

Dado que estamos analizando la eficacia, en este capítulo nos movemos en el ámbito de la sociología jurídica. Podemos movernos en la teoría comunicacional, pero no específicamente en la teoría comunicacional *del derecho*. Usando el ejemplo de Robles para ilustrar la diferencia: al abordar la eficacia no vamos a movernos en el derecho como lo hace un jugador de fútbol en el campo de juego, sino como lo hace el espectador de las gradas: desde fuera.

3. La eficacia como cumplimiento

3.1. La acción como eje de la teoría comunicacional de las normas

La propuesta comunicacional sobre tipos de normas no tiene vocación de presentarse como verdad absoluta, sino que se limita a pretender simplemente ser coherente, válida según la aproximación hermenéutico-analítica y útil para el estudio y la ordenación del derecho como ciencia. El punto de partida de la teoría comunicacional de las normas es la definición de norma, que se caracteriza por ser «una proposición lingüística perteneciente a un sistema proposicional expresivo de un ordenamiento jurídico, dirigida (por su sentido) directa o indirectamente a orientar o dirigir la acción humana» (Robles 2015a, 215).

Desglosando la definición, encontramos que se presenta como una proposición lingüística, lo cual es coherente con el punto de partida de la TCD, ya que esta concibe el derecho como un conjunto de manifestaciones lingüísticas y de comunicación. Las normas jurídicas, elementos fundamentales del sistema jurídico, son proposiciones lingüísticas que no se presentan de manera aislada, sino formando parte de un conjunto de proposiciones que, en su conjunto, constituyen el ordenamiento jurídico. Este conjunto se convierte en sistema jurídico gracias a la estructura y organización aportadas por la doctrina y la jurisprudencia.

Esta concepción impide que el significado de una norma pueda determinarse de forma aislada; en lugar de eso, cada norma debe conectarse con el sistema en su totalidad para que se pueda comprender su verdadero sentido.

Dado que las normas jurídicas son proposiciones lingüísticas cuya finalidad es «orientar o dirigir la acción humana», puede afirmarse que las normas son directivas y existen únicamente en relación con la acción. Este elemento central, la acción, es clave para la clasificación heterogénea de las normas que plantea Robles. Basándose en la acción, clasifica las normas según si su conexión con ella es directa o indirecta. La relación se considera directa cuando la norma prevé una acción determinada, mientras que es indirecta cuando la norma regula elementos previos o condicionantes de la acción, pero no la acción en sí misma. Así:

- Una norma directa sería, por ejemplo, la que concede un derecho subjetivo a un titular. Así, la norma que establece las facultades de un titular de un derecho de crédito sería una norma directa de la acción.
- Una norma indirecta sería la que establece quién es el titular del derecho subjetivo. En este caso, el sujeto jurídico titular del derecho de crédito estaría determinado por una norma indirecta.

Las normas directas, a su vez, se dividen en tres tipos: procedimentales, potestativas (o autorizativas) y deónticas. Según la clasificación de la TCD, las normas jurídicas se dividen de la siguiente manera:

- Normas indirectas de la acción: refieren al verbo *ser* y son normas ónticas.
 - Establecen: fuentes del derecho, el espacio, el tiempo, los sujetos, las capacidades y las competencias.
- Normas directas de la acción:
 - Procedimentales: establecen procedimientos y refieren al verbo *tener que*.
 - Potestativas: establecen actos lícitos y refieren al verbo *poder*.
 - Prohibitivas: establecen deberes y prohibiciones. Son normas deónticas y refieren al verbo *deber*. Estas, a su vez, se dividen en:
 - Deónticas de conducta
 - Deónticas de decisión
 - Deónticas de ejecución

Esta clasificación (Robles 2015a, 212-232) permite una comprensión más profunda y detallada de cómo las normas jurídicas interactúan con la acción y contribuyen al sistema normativo.

3.2. La eficacia como concepto dinámico y cuantificable

En la TCD, el concepto de eficacia, aplicado a las normas jurídicas, se vincula directamente con la noción de cumplimiento: una norma es eficaz cuando se cumple y, *a sensu contrario*, es ineficaz cuando no se cumple. Esta visión clásica conecta la eficacia con la verificación de la conformidad entre las normas y las acciones realizadas por los ciudadanos sujetos a ellas. En esencia, se trata de evaluar si las acciones de los ciudadanos coinciden con lo exigido por las normas, estableciendo así una relación entre las disposiciones del sistema jurídico y los hechos que se producen en la realidad social.

Una primera observación relevante es que el cumplimiento absoluto de las normas es inhabitual, ya que no es común que una norma se cumpla en todos los casos y circunstancias, sino que, por regla general, el grado de cumplimiento varía según la norma y el contexto. Por ello, la eficacia no es un concepto absoluto, sino cuantificable. A partir de la constatación de que es un concepto cuantificable, es posible establecer porcentajes que reflejen el grado de cumplimiento o incumplimiento, los cuales se traducen, según Robles, en porcentajes de eficacia e ineficacia (2015a, 343-348).

Es importante destacar que en la TCD se subraya expresamente que la eficacia puede medirse respecto a cualquier tipo de norma, tanto directa como indirecta en relación con la acción. No obstante, en su desarrollo en *Teoría del derecho. Fundamentos de teoría comunicacional*, Robles limita el análisis a las normas deónticas, un tipo específico de normas directas de la acción de las que cabe recordar que no son las únicas normas directas del sistema jurídico, ya que también existen las normas potestativas y las procedimentales.

El análisis de la eficacia en relación con las normas deónticas se despliega en tres momentos, dependiendo de si el cumplimiento se produce espontáneamente por parte de los ciudadanos *motu proprio* o si es necesario recurrir a los mecanismos coercitivos previstos por el derecho. Para entender mejor estas etapas, resulta útil realizar una breve mención a los tipos de normas deónticas, ya que son las que proporcionan el marco para analizar cómo se desarrolla la eficacia en el sistema jurídico. La revisión de los tipos de normas deónticas nos permitirá abordar el concepto de eficacia desde una perspectiva dinámica, pues nos dará las bases para conectar, no solo con el cumplimiento de las normas, sino también con los mecanismos y contextos que influyen en tal cumplimiento.

Las normas deónticas pueden clasificarse en tres tipos (Robles 2015a, 236-241):

- Normas que exigen una conducta a los ciudadanos sometidos a ellas.
- Normas que se dirigen a un órgano de decisión, conminándolo a resolver sobre una determinada consecuencia jurídica en caso de transgresión de una norma del primer tipo.
- Normas que prescriben a los órganos de ejecución que lleven a cabo la decisión tomada por el órgano competente.

A partir de esta clasificación de las normas deónticas, el análisis de la eficacia propuesto por Robles se desarrolla en tres fases interrelacionadas entre sí que, a su vez, se corresponden con los mencionados tipos de normas deónticas. Estas fases son (Robles 2015a, 345-346):

- **Acatamiento:** se refiere al cumplimiento de una norma en sentido estricto. Ocurre cuando el ciudadano cumple con sus obligaciones en tiempo y forma, según lo establecido por la norma que lo obliga.
- **Aplicación:** implica el cumplimiento, por parte del órgano correspondiente, de la norma de decisión. Se da cuando un juez impone una sanción por el incumplimiento de una norma por parte del ciudadano, evidenciando la eficacia de la norma de decisión.
- **Ejecución:** tiene lugar cuando, en cumplimiento de lo establecido por el juez en la fase de aplicación, el órgano competente lleva a cabo la sanción impuesta.

A partir de esta propuesta, la cuota de eficacia propuesta por Robles se calcula sumando el número de acatamientos y aplicaciones, para luego restarle el número de inejecuciones. El resultado obtenido puede expresarse en términos de porcentaje dividiéndolo entre cien (Robles 2015a, 347).

3.3. Ampliando el concepto de cumplimiento siguiendo las tesis de Antoine Jeammaud

El planteamiento de la eficacia que acabamos de exponer se ajusta a la estructura habitual de las normas deónticas, en las que se prescriben determinadas acciones y, a menudo, se acompañan de normas de carácter represivo diseñadas para aplicarse en caso de incumplimiento. Por tanto, la noción de eficacia

en este contexto se desarrolla sobre la base de una concepción imperativa y represiva del derecho. Esta perspectiva, no obstante, dificulta la adaptación del esquema de eficacia a las normas potestativas, cuya naturaleza es distinta.

Si aplicáramos de manera estricta el concepto de acatamiento a las normas potestativas, ello implicaría que todo lo permitido por estas debería ser efectivamente ejercido o llevado a cabo por los ciudadanos. Sin embargo, esta necesaria correlación contraviene el propósito fundamental de las normas potestativas, que es garantizar la libre disposición de los derechos que regulan. En este tipo de normas, el fundamento estriba precisamente en la libertad de los sujetos para decidir si ejercen o no los derechos que estas contemplan, dependiendo de sus intenciones, de sus intereses, de sus necesidades o de sus deseos.

Para ilustrar esto con un sencillo ejemplo podemos mencionar la Ley del Divorcio, aprobada en España en 1981, que permite, a quienes lo deseen o a quienes convenga, utilizarla para poner fin a su vínculo matrimonial. A pesar de la aprobación y vigencia de esta ley, aquellas personas que estén casadas pero que decidan no recurrir a esta norma y, en su lugar, opten por permanecer casados, no están incumpliendo el espíritu de la misma. Al contrario, el respeto por la libertad de elección de los ciudadanos, ya sea para actuar o para abstenerse, es un principio intrínseco y protegido por las normas potestativas, y este carácter no coercitivo es lo que las diferencia y las hace incompatibles con una concepción de eficacia basada exclusivamente en el cumplimiento obligatorio.

En esta línea lo plantea Jean Carbonnier, quien sostiene que la noción clásica de efectividad del derecho solamente resulta adecuada y aplicable a las normas imperativas en sentido estricto (1957, 17). Estas normas, identificadas como normas deónticas, se caracterizan por imponer una conducta específica a los sujetos y por contemplar una sanción en caso de incumplimiento. Si la concepción clásica de la eficacia y de la efectividad está ligada a las normas deónticas, surge una pregunta clave: ¿deberíamos, entonces, excluir a las normas potestativas del análisis de la eficacia o efectividad?

En clave comunicacional esta exclusión no resulta adecuada. Más bien, lo conveniente es flexibilizar la noción de cumplimiento. Si se entiende el cumplimiento de las normas de manera amplia y se dota al concepto de una cierta ductilidad, las normas potestativas pueden ser plenamente incorporadas al análisis de la eficacia.

Para generar esa definición de cumplimiento más amplia que permita la aplicación de la eficacia y de la efectividad a las normas deónticas, adquiere

especial relevancia la visión del derecho *como modo de acción* desarrollada por Antoine Jeammaud (1990, 190-210), que se inició a partir de una idea esbozada por Paul Amselek (1964, 275).

La concepción del derecho *como modo de acción* plantea un análisis de las normas no como un modelo de conducta, sino como un modelo de acción. Esta manera de entender el fenómeno jurídico permite ampliar el horizonte del análisis de la eficacia o efectividad, pues permite trascender las normas deónticas para abarcar también las normas potestativas, procedimentales e indirectas de la acción. De este modo, se facilita una interpretación más inclusiva y flexible del derecho, concebido como una herramienta que orienta y posibilita diversas formas de acción en lugar de limitarse a imponer conductas específicas.

La expresión *derecho como modo de acción* se refiere a la concepción del derecho como una herramienta a disposición, lista para ser utilizada. A diferencia de las visiones coercitivas, esta concepción considera que el derecho es un recurso que se ofrece para ser usado por quienes lo deseen o necesiten, pues permite superar el marco tradicional de cumplimiento obligatorio, integrando normas cuya esencia radica en la libertad de elección y en el ejercicio facultativo.

La propuesta de Jeammaud desarrollada a partir de los planteamientos de Amselek amplía la noción de efectividad al considerar que esta no debe limitarse exclusivamente a los casos en los que las normas son obedecidas, sino que también puede evaluarse la efectividad de una norma en función de si es adecuada para ser utilizada como modelo.

Esta idea del derecho como un *modo de acción* da la posibilidad de considerar que las normas son efectivas, además de cuando los sujetos las obedecen, también cuando son empleadas como referencia para orientar comportamientos, siempre que dicho uso sea conforme a la voluntad y al espíritu de la norma tal como esta ha sido interpretada por la doctrina y la jurisprudencia. Esta ampliación del concepto de cumplimiento refuerza la concepción del derecho como una herramienta dinámica y funcional, capaz de adaptarse a distintos contextos y necesidades sociales.

Esta manera de entender la efectividad dota al concepto de adaptabilidad suficiente para convertirlo en una herramienta válida de medición y análisis para el conjunto de normas del sistema jurídico. La flexibilización del análisis permite aplicar el modelo de eficacia a todos los tipos de normas contemplados en la TCD. En este sentido, aunque Robles señala expresamente que «el análisis de la eficacia expuesto se adapta a mi tipo-

logía de normas, pero se adapta *mutatis mutandis* a cualquier tipología» (2015a, 247), para lograr dicha adaptabilidad no basta con considerar si la norma es respetada y aplicada, sino que también es esencial atender a la posibilidad de que la norma sea utilizada y movilizada, ya sea por los sujetos de derecho o por las autoridades competentes (Ost y Kerchove 1987, 264).

En última instancia, este uso de las normas representa una forma de respeto y aplicación, entendida en un sentido más amplio, que refuerza la utilidad del concepto de efectividad como herramienta analítica integral en el marco jurídico.

Más allá de si dotamos de contenido al concepto de eficacia siguiendo un esquema clásico basado en el derecho imperativo, o si lo hacemos mediante una flexibilización que considera las normas eficaces tanto cuando son obedecidas como cuando son usadas (entendiendo, por consiguiente, que el uso de las normas es una forma de obediencia), resulta innegable que la efectividad es un concepto cuantificable. Así, aunque en la práctica pueda ser complejo encontrar mecanismos adecuados para medir esa tasa, desde un punto de vista teórico, la cuantificación de la efectividad es un hecho incuestionable.

Esta característica plantea un problema fundamental a la hora de vincular la validez de las normas jurídicas con su efectividad, porque en clave comunicacional las normas son válidas o no lo son; la validez es un concepto absoluto, mientras que la efectividad es un concepto medible, que puede variar en grado. Por tanto, yerran las corrientes realistas que intentan utilizar la efectividad como base para definir o sustentar la validez jurídica.

Además, en el marco de la TCD, se rechaza esta conexión por una cuestión de principios: la eficacia no puede ser el fundamento de la validez, ya que no es un concepto jurídico, sino sociológico. La validez, al ser un concepto jurídico, debe llenarse de contenido de manera autónoma, sin depender de otras disciplinas, y la eficacia, al pertenecer al ámbito de la sociología, se refiere a hechos observados en términos estadísticos y al cumplimiento como fenómeno general en una sociedad, no al cumplimiento normativo en sentido jurídico.

En definitiva, la separación entre validez y eficacia en la TCD refuerza la autonomía del derecho como disciplina y protege la especificidad del concepto de validez frente a intentos de reducirlo a mediciones sociológicas.

4. Efectos sociales que trascienden el mero cumplimiento

4.1. La distinción entre el cumplimiento y la consecución de los fines perseguidos por las normas

Siguiendo el planteamiento comunicacional, poner la lupa en el cumplimiento de las normas analizando las acciones de los ciudadanos es parte del análisis de la sociología jurídica.

No obstante, el cumplimiento de las normas no es el único efecto de estas sobre el que la sociología del derecho se interesa. Los efectos del derecho pueden analizarse también yendo más allá del mero cumplimiento: analizando los efectos que de ese cumplimiento se derivan. Para ello puede resultar interesante revisar la propuesta de distinguir los conceptos de efectividad y de eficacia, dejando de considerarlos sinónimos para dar a cada uno un contenido específico, lo cual facilita el análisis de los diferentes efectos de las normas jurídicas en la sociedad. La posición de Robles evoluciona sobre este punto, y si bien en el primer volumen de su *Teoría del derecho. Fundamentos de teoría comunicacional del derecho* proponía un uso indiscriminado de los términos eficacia y efectividad, en el tercer volumen, dedicado a la teoría de las decisiones y publicado en 2021, hace referencia al interés de distinguir entre ambos conceptos (Robles 2021, 58).

La distinción consiste en establecer la efectividad como concepto que se ocupa de determinar específicamente el cumplimiento de las normas (en el sentido que hemos comentado hasta ahora), mientras que la eficacia daría un paso más allá y tendría como objeto el estudio de los efectos que el cumplimiento de las normas tiene en una sociedad determinada². Es decir, la eficacia se llenará de contenido al analizar si, a través del cumplimiento de las normas y, por lo tanto, de la efectividad de las mismas, se llega a los fines pretendidos, aquellos para los que fueron aprobadas.

Para ilustrar la diferencia entre efectividad y eficacia, resulta útil partir de un ejemplo concreto. El 14 de octubre de 2020 se aprobó el Real Decreto 902/2020, relativo a la Igualdad Retributiva entre Mujeres y Hombres. Este decreto establece la obligación para las empresas de llevar un registro que

² La propuesta de Robles es inversa a la nuestra: mantiene el uso de eficacia como cumplimiento y propone efectividad como consecución de los objetivos perseguidos. La diferencia es, en realidad, meramente terminológica: a nivel conceptual, la distinción de fondo es la misma. En nuestro caso hemos considerado más apropiado mantener la distinción según lo más habitual en la doctrina: efectividad como cumplimiento y eficacia como consecución de la finalidad.

incluya los valores medios de los salarios, percepciones extrasalariales y otros conceptos, desagregados por sexo, grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo de igual valor. Además, impone a las empresas con más de cincuenta trabajadores la obligación adicional de elaborar un plan de igualdad.

El cumplimiento estricto de esta norma implica que las empresas realicen dicho registro y, en el caso de las empresas de mayor tamaño, implementen el plan de igualdad. Sin embargo, aunque el hecho de llevar a cabo estas obligaciones constituye un acatamiento fiel a lo prescrito por la norma, lograr los objetivos que esta pretende, como la erradicación de la brecha salarial entre hombres y mujeres, es una cuestión distinta.

En este caso, la *efectividad* de la norma se mediría cuantificando el porcentaje de empresas que cumplen con sus disposiciones, ya sea de manera voluntaria o como resultado de sanciones impuestas por las autoridades competentes. Por otro lado, la *eficacia* se evaluaría en términos del impacto real de la norma, es decir, el nivel de equiparación salarial alcanzado como consecuencia del cumplimiento de las disposiciones establecidas.

En resumen, la distinción entre efectividad y eficacia permite diferenciar entre dos tipos de efectos de las normas. La efectividad se refiere al cumplimiento real de las disposiciones normativas, mientras que la eficacia va un paso más allá, evaluando si dicho cumplimiento logra los fines perseguidos por la norma. Esta diferenciación resulta esencial para un análisis más completo de los impactos del derecho en la sociedad.

También cabe mencionar, aunque sin profundizar en ello, un concepto relacionado pero distinto de la efectividad y la eficacia: la eficiencia de las normas. Este término, introducido como noción jurídica en el ámbito de la economía del derecho, se sitúa en un tercer nivel de análisis, enfocado en evaluar la rentabilidad económica de las normas jurídicas.

Como se ha señalado, la distinción entre efectividad y eficacia resulta particularmente útil al analizar los objetivos que las normas pretenden alcanzar. El cumplimiento de las normas (efectividad) es distinto de lograr que dicho cumplimiento genere los efectos deseados por el legislador (eficacia), pero a nivel práctico, establecer con precisión si una norma alcanza los fines propuestos puede ser una tarea no solo compleja, sino, en ocasiones, imposible. Esto se debe a diversas razones: en algunos casos, los objetivos de la norma pueden no estar claramente definidos, y en otros, incluso, podría no quedar claro que exista un objetivo concreto detrás de la norma.

Aunque estas dificultades prácticas son reales y evidentes, no invalidan la conveniencia de distinguir los términos desde una perspectiva teórica. Diferenciar entre efectividad, eficacia y eficiencia permite un análisis más completo y matizado de los efectos de las normas jurídicas, tanto en su cumplimiento como en los resultados que generan en la sociedad y en términos económicos.

4.2. La exclusión comunicacional de la dimensión cualitativa de la efectividad

El método propuesto por Robles permite, siempre que se disponga de datos estadísticos suficientes, determinar el porcentaje de efectividad de las normas jurídicas. Una vez calculado dicho porcentaje, este puede ser objeto de valoración. A primera vista, podríamos asumir que un elevado nivel de efectividad refleja el éxito del derecho, mientras que un alto grado de ineffectividad debería considerarse un fracaso. Pero ¿es necesariamente válida esta conclusión?

Según la TCD, si partimos de la premisa de que el derecho busca orientar las acciones de las personas hacia comportamientos conformes a las normas, entonces un alto nivel de cumplimiento debe interpretarse como un resultado positivo. En contrapartida, un elevado nivel de incumplimiento indicaría un resultado negativo. Sin embargo, algunos sociólogos del derecho matizan esta visión, sugiriendo que, en determinadas circunstancias, un alto nivel de incumplimiento puede ser beneficioso para el bienestar social, lo cual conllevaría que pudiera ser considerado un éxito del derecho.

En esta línea, Pierre Lascoumes y Evelyne Serverin plantean enriquecer el concepto de efectividad, integrando una dimensión cualitativa además de la cuantitativa. Esta propuesta permite evaluar, además el grado de cumplimiento, los contextos y los efectos que tal cumplimiento o incumplimiento tienen en la sociedad, cuestionando así las interpretaciones tradicionales de éxito o fracaso normativo.

Las tesis de Lascoumes y Serverin (1986, 101-124) establecen que los efectos de una norma jurídica no se limitan únicamente a su cumplimiento o incumplimiento, rechazando así una visión simplista y binaria basada en sus efectos inmediatos. Según estos autores, las normas también producen efectos simbólicos a medio y largo plazo, los cuales pueden ser difíciles de observar de forma inmediata, pero pueden constituir signos más sutiles de efectividad normativa. Esta propuesta amplía el concepto tradicional de efectividad, y

considera que el modo restrictivo en que tradicionalmente se entiende no refleja plenamente la riqueza y la diversidad de los efectos del derecho.

Aunque el planteamiento de Lascoumes y Serverin resulta teóricamente atractivo, es difícil, desde el punto de vista de quien escribe, encontrar ejemplos en los que un alto nivel de incumplimiento normativo pueda interpretarse como un éxito del derecho. Mincke, en su análisis sobre los delitos relacionados con el tráfico de cannabis (1998, 115-151), ofrece el ejemplo del consumo y tráfico de marihuana o cannabis como ilustrativo de esta aproximación a la efectividad más sutil y de largo plazo. Según este autor, la tolerancia social hacia esta sustancia lleva a los jueces a optar por interpretaciones indulgentes de las normas sancionadoras, lo que, a su vez, promueve mayores niveles de paz social y previene el rechazo hacia el cuerpo judicial. Sin embargo, desde una mirada comunicacional, esta concepción de la efectividad del derecho resulta problemática.

En el ejemplo mencionado, los tribunales podrían actuar de dos maneras distintas. Una primera posibilidad sería que los jueces, en el ejercicio legítimo de sus potestades, dictaran sentencias consideradas benévolas al optar por la interpretación menos lesiva dentro de las opciones jurídicas posibles. Este proceder no implica un incumplimiento de las normas jurídicas, sino que se enmarca dentro del margen interpretativo permitido por el ordenamiento jurídico. Estas decisiones, además, contribuyen a la consolidación y evolución del sistema jurídico a través de la jurisprudencia. En este caso, se podría hablar de una aplicación del derecho que sería un ejemplo válido de efectividad normativa.

Una segunda posibilidad sería que los jueces, guiados por su inclinación a la benevolencia o por el acomodo social, excediesen los límites interpretativos del ordenamiento jurídico, resultando en una inaplicación evidente de las normas vigentes. Este tipo de comportamiento no solo constituye un incumplimiento de las funciones y potestades atribuidas a los tribunales, sino que también contraviene los principios fundamentales de la TCD y del Estado de derecho, incluido el principio de seguridad jurídica. Una interpretación que se aparte de los límites establecidos por el marco normativo vigente sería inadmisibles desde cualquier perspectiva jurídica sólida.

Por lo tanto, la aproximación cualitativa a la efectividad, tal como la proponen Lascoumes y Serverin, queda fuera del marco teórico aceptable de la TCD. Este modelo exige una concepción de la efectividad que respete los principios básicos del derecho y garantice un funcionamiento normativo basado en reglas claras, observables y coherentes con el sistema jurídico. Interpretaciones que se alejen de estos fundamentos no pueden ser aceptadas dentro de esta propuesta teórica.

Relaciones interordinales: tipos de órdenes normativos y su relación con el derecho

1. Derecho, ordenamientos normativos y relaciones interordinales

1.1. La convivencia entre el derecho y otros órdenes normativos

Los ordenamientos jurídicos, junto con sus respectivos sistemas y ámbitos, no son los únicos tipos de órdenes normativos existentes. Por ello, además de distinguir el ordenamiento jurídico de otros órdenes normativos para delimitar el objeto de estudio de los juristas, es pertinente analizar brevemente estos otros órdenes, pues el derecho, como fenómeno social, interactúa además de con otras manifestaciones jurídicas, con diversos órdenes normativos de carácter no jurídico.

Estas interacciones se suman a las ya existentes entre los distintos sistemas jurídicos, como las relaciones entre sistemas estatales, entre estos y el derecho internacional, o entre los sistemas estatales y el derecho comunitario europeo, entre otros. Todo ello pone de manifiesto la complejidad intrínseca del fenómeno jurídico y las múltiples relaciones que se producen entre sus diferentes componentes.

Así, los sistemas jurídicos conviven y mantienen vínculos con otros órdenes normativos y en ocasiones estas relaciones son tan estrechas que resulta difícil establecer una frontera precisa entre ambos. Esta falta de claridad en las delimitaciones genera confusión, tanto en el lenguaje cotidiano como en el discurso especializado de los juristas.

<https://dx.doi.org/10.5209/ejur.002.09>

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.

Desde una perspectiva pluralista, se observa cómo el sistema jurídico español se relaciona de manera específica con el sistema jurídico internacional, con el sistema jurídico francés o con el sistema jurídico canónico, relaciones que se desarrollan dentro del ámbito jurídico. Además de estas interacciones entre sistemas jurídicos, también existen vínculos con órdenes normativos no jurídicos, que amplían la comprensión del fenómeno normativo y que son igualmente relevantes para la teoría del derecho.

Los órdenes normativos que coexisten con el derecho en la sociedad, según Robles, son la moral individual, la religión y los usos sociales (2015a, 807-870). Estos tres órdenes tienen en común una base ética y moral, lo que nos permite intuir que la relación entre moral y derecho es una de las cuestiones más controvertidas en la teoría del derecho. Para ilustrar esta complejidad, suele citarse a Rudolf Von Jhering, quien describió las relaciones entre moral y derecho como el *cabo de Hornos* de la filosofía jurídica, una metáfora que advierte sobre el arduo y delicado camino que se transita al adentrarse en este tema.

Lo primero que debe señalarse es que las relaciones entre los diferentes órdenes normativos varían según cada sociedad, oscilando entre la confusión casi total de los mismos y su separación completa. Por este motivo, el perspectivismo se hace presente nuevamente en esta cuestión, ya que las conclusiones dependerán del orden jurídico que se tome como punto de partida para el análisis.

De forma general y simplificada, podría afirmarse que la separación entre los órdenes normativos tiende a ser mayor en sociedades con estructuras complejas, mientras que la confusión o incluso superposición de estos órdenes suele ser más común en sociedades primitivas con estructuras simples. No obstante, esta generalización, como muchas otras, debe tomarse con cautela, pues simplifica una realidad que es, en esencia, sumamente matizada y diversa. En las páginas siguientes, nos adentraremos en esta compleja interrelación, analizando los matices y desafíos que plantea.

La existencia de órdenes normativos distintos implica que las acciones, los comportamientos y las conductas de los individuos puedan ser evaluados, o incluso enjuiciados, desde perspectivas diferentes. Esta pluralidad de perspectivas demuestra nuevamente cómo el perspectivismo abarca todos los aspectos de la vida, ya que las conclusiones sobre un acto específico variarán dependiendo del orden normativo que se utilice como referencia.

Así, un mismo acto puede ser evaluado desde distintos órdenes normativos, y en algunos casos las valoraciones coincidirán mientras que, en otros,

diferirán. Esto puede ilustrarse con un ejemplo concreto. Supongamos que una persona, buscando obtener dinero de manera fácil, toma un cuchillo de su cocina y se dirige a un cajero automático. Allí, amenaza a una persona mayor y vulnerable, exigiéndole entregar el dinero que acaba de retirar.

Desde el punto de vista jurídico, esta acción constituye un delito tipificado en el Código Penal español, castigado severamente con varios años de prisión. Por otra parte, desde el punto de vista moral, independientemente de las diferencias entre sistemas morales, puede generalizarse que amenazar y robar a una persona anciana es un acto moralmente reprobable para la mayoría de las personas. Y, por último, desde los usos sociales, no cabe duda de que este acto sería valorado de manera extremadamente negativa, y quien lo cometa enfrentará rechazo social, tanto en el ámbito personal como en el profesional.

En el orden religioso, aunque existen muchas religiones con sus particularidades, las principales religiones monoteístas en nuestro entorno (cristianismo, judaísmo e islam) coinciden en condenar el robo. Los Diez Mandamientos, que son comunes en la base de estas religiones, incluyen el precepto «no robarás», lo que convierte el acto en una violación de principios religiosos fundamentales.

En resumen, este ejemplo muestra cómo en todos los órdenes normativos mencionados robar con violencia es juzgado negativamente, lo que subraya una convergencia excepcional en la valoración de ciertos comportamientos extremos, pero no todos los actos serán juzgados de manera uniforme en los distintos órdenes normativos, lo que refuerza la necesidad de un análisis cuidadoso desde cada perspectiva.

Para ilustrar el caso opuesto, donde las perspectivas de los distintos órdenes normativos pueden diferir, se puede citar la reciente legislación española sobre el cambio de sexo. La transexualidad está amparada, protegida y cubierta por el marco legal español, pero a pesar de ello para un sector de la población someterse a una operación de cambio de sexo es cuestionable desde el punto de vista moral.

En lo que respecta a los usos sociales, este ejemplo refleja claramente las diferencias en la valoración. Aunque la legislación protege la transexualidad, socialmente este comportamiento sigue siendo objeto de discriminación en muchos casos. Esto se evidencia en las dificultades que enfrentan las personas transexuales para integrarse plenamente en el mercado laboral o para establecer relaciones sociales y personales con la misma facilidad que las personas no transexuales.

Desde la perspectiva religiosa, las principales religiones mayoritarias en España, como el cristianismo y el islam, suelen condenar la transexualidad y la consideran una práctica prohibida. Por tanto, se trata de un tema que recibe valoraciones divergentes dependiendo de si se analiza desde el sistema jurídico o desde otros órdenes normativos.

A pesar de esta disparidad en las valoraciones, el hecho de que someterse a una operación de cambio de sexo sea un acto voluntario (ya que el derecho no impone esta conducta) permite a las personas armonizar su valoración moral con su comportamiento jurídico. Así, quien considere inmoral cambiarse de sexo puede decidir libremente no hacerlo, y en esa decisión cuenta con el pleno respaldo del sistema jurídico en vigor.

Sin embargo, hay situaciones en las que la discordancia entre el derecho y otros órdenes normativos, como la moral o la religión, puede ser incompatible. Por ejemplo, un funcionario en un país donde esté instaurada la pena de muerte podría verse obligado por su cargo a ejecutar este castigo, aunque personalmente lo considere moralmente inadmisibles. Este tipo de conflicto rinde cuenta de las tensiones que pueden surgir entre el cumplimiento del deber jurídico y las convicciones personales, y de cómo estas diferencias generan dilemas éticos en el ejercicio del derecho.

Por consiguiente, aunque en muchas ocasiones los diferentes órdenes normativos realizan valoraciones compatibles sobre las acciones de las personas, existen casos en los que pueden surgir conflictos o incluso una clara oposición entre ellos. En general, los conflictos entre órdenes normativos son menos frecuentes en sociedades con una composición cultural y sociológica homogénea mientras que en sociedades más heterogéneas estas tensiones se dan de manera más habitual. En las sociedades actuales, caracterizadas por la globalización, los flujos migratorios en todas las direcciones y las influencias culturales entre diferentes grupos sociales, gran parte de las comunidades, como la sociedad española contemporánea, presentan un elevado grado de diversidad. Esta pluralidad facilita que los conflictos entre órdenes normativos ocurran con relativa frecuencia.

Cada sociedad, o más precisamente cada sistema jurídico, debe decidir cómo gestiona las interacciones y los conflictos que surjan con otros órdenes normativos, así como la capacidad del ordenamiento jurídico para compatibilizar posibles choques. En algunos casos, el derecho puede prever mecanismos de flexibilización para facilitar la conciliación entre distintos órdenes.

Un ejemplo ilustrativo de la gestión de este tipo de choques lo vemos en el caso de los médicos en España que, por motivos de moral, religión o ambos,

se niegan a practicar abortos. El sistema jurídico español permite que estos profesionales aleguen objeción de conciencia para abstenerse de realizar esta práctica. Sin embargo, la ley también exige que faciliten los medios necesarios para que la mujer solicitante pueda acceder a otro médico que realice el procedimiento. Este mecanismo refleja cómo el derecho puede acomodar valores y principios provenientes de otros órdenes normativos, mientras preserva al mismo tiempo la efectividad del sistema jurídico y el cumplimiento de los derechos legales de los individuos.

En otras situaciones y en determinados ámbitos jurídicos, el derecho se muestra inflexible y no admite modulación alguna. En tales casos, las personas se ven obligadas a decidir si priorizan actuar conforme a un orden normativo o conforme a otro. Si optan por ajustarse al derecho, pueden enfrentar el conflicto interno de actuar en contra de sus principios o valores personales; en cambio, si deciden actuar conforme a su conciencia, deberán asumir las sanciones previstas por el sistema jurídico por infringir sus normas.

Tal es el caso de algunas mujeres en Francia, donde el uso del traje de baño conocido como *burkini* está prohibido en piscinas públicas. Para aquellas mujeres que, por motivos religiosos, prefieren no mostrar su cuerpo en público y optan por este tipo de traje para bañarse, esta normativa representa una significativa restricción. Solamente se les permite acceder a las piscinas públicas si utilizan un traje de baño que deje expuestas partes específicas de su cuerpo, como la cabeza, las piernas y los brazos. De no aceptar estas condiciones, el ordenamiento jurídico les impide utilizar dichas instalaciones.

Este caso evidencia la rigidez del sistema jurídico francés sobre la cuestión, pues no contempla la posibilidad de compatibilizar las creencias religiosas o morales de estas mujeres con el acceso a espacios públicos. En consecuencia, se ven forzadas a elegir entre adaptarse a las exigencias legales o mantenerse fieles a sus convicciones morales y religiosas, enfrentando así un dilema entre el cumplimiento normativo y la expresión de su identidad y creencias.

Con estos ejemplos se pretende destacar que la delimitación entre los diferentes órdenes normativos y las relaciones que se establecen entre ellos pueden variar según los criterios utilizados y el ángulo desde el que se analicen. Además, no se interpretan de la misma manera desde una óptica iusnaturalista que desde una positivista. El objetivo, por tanto, es explorar los criterios que propone la TCD y examinar cómo esta integra y articula las relaciones entre los distintos órdenes normativos.

1.2. Moral: definición, tipos y relación con el derecho

Atendiendo al origen lingüístico, el término *moral* proviene del latín *mos-moris*, utilizado para referirse a las costumbres. Originalmente, la moral se identificaba con aquellos comportamientos conformes a las buenas costumbres, lo que confería a la palabra una connotación positiva. Por su parte, la palabra *ética* procede del griego *éthiké*, derivado de *êthos*, término que designa el carácter, el modo de ser, la disposición o hábito adquirido. Se encuentra estrechamente vinculada al concepto de *moral*, hasta el punto de que ambos se emplean con frecuencia como sinónimos.

En la actualidad, los términos *ética* y *moral*, sin ser sinónimos exactos, están conectados. La ética se refiere a la disciplina que estudia las cuestiones morales; es decir, mientras la moral constituye el objeto de estudio, la ética es la disciplina encargada de analizarlo.

Al considerar la moral como un orden normativo, nos referimos a un conjunto de normas que se presentan como deberes. Una característica distintiva de los ordenamientos normativos morales es que carecen de derechos subjetivos y se fundamentan exclusivamente en deberes. Partiendo de esta base común a todos los órdenes normativos morales, Robles propone una clasificación de cinco tipos de moral. Esta enumeración no pretende ser exhaustiva ni más legítima que otras, sino que busca sencillamente servir como herramienta útil para analizar de manera pragmática las relaciones entre la moral y el derecho.

Los cinco tipos de moral que Robles identifica son los siguientes: la moral autónoma o individual, la moral de sistemas filosóficos o éticos, la moral asociada al hecho religioso, la moral social y la moral contenida en el derecho (2015a, 815-820).

A partir de esta clasificación, el análisis se centra en explorar las relaciones entre estas diversas manifestaciones del fenómeno moral y el derecho, lo que va a permitirnos comprender las conexiones, tensiones y posibles puntos de convergencia entre ambos órdenes normativos.

2. Los órdenes normativos de moral autónoma

2.1. Tipos y características de órdenes normativos de moral autónoma

2.1.1. Moral autónoma / individual

La moral individual hace referencia a las convicciones propias de cada individuo. Este tipo de moral está profundamente vinculado a los valores individua-

listas y liberales de la sociedad occidental a partir de la Edad Moderna, pues sitúa al individuo como eje central de la estructura social. Supone la aceptación de la posibilidad de que las sociedades sean profundamente heterogéneas, ya que, en última instancia, podría haber tantas morales como personas. Sobre esta idea se asientan las bases del relativismo ético característico de la sociedad occidental contemporánea.

Si aceptamos la existencia de esta moral, sin entrar a analizar si todos los individuos tienen realmente la capacidad de desarrollar sistemas éticos propios, podemos examinar cómo el derecho se relaciona con ella.

Los sistemas jurídicos, como manifestación concreta del derecho en una sociedad determinada, presentan diferentes formas de relación con la moral individual. Estas posibilidades dependen en gran medida del lugar que cada sistema jurídico otorga al concepto de libertad individual.

En aquellos países donde las bases del sistema jurídico, como ocurre en la mayoría de los países occidentales, la moral individual es reconocida y protegida. Los sistemas jurídicos de estas sociedades prevén mecanismos para que la moral individual pueda insertarse en el ámbito de las relaciones con relevancia jurídica, tanto en el derecho privado como en el derecho público, principalmente mediante la protección y garantía de los derechos fundamentales.

En sistemas donde el ideario liberal no existe o, en caso de existir, no se configura como uno de los pilares fundamentales del sistema jurídico, la moral individual suele carecer de un lugar significativo. Este no es un fenómeno exclusivo de sociedades ajenas a las tradiciones occidentales, sino que también fue característico de los propios países occidentales hasta hace relativamente pocos siglos.

Desde la perspectiva occidental contemporánea, parece imprescindible que los sistemas jurídicos prevean un ámbito en el que la moral individual pueda operar dentro de los límites de la aceptación jurídica. Mientras tanto, y de manera paralela, en otras culturas, la ausencia de este espacio no genera inquietud alguna y es percibida con total naturalidad.

Un ejemplo ilustrativo es el sistema de castas que aún predomina en algunas partes de la sociedad hindú. En este tipo de estructura el individuo no es concebido como el eje central de la sociedad, sino como un elemento subordinado a una entidad mayor, comparable al papel de las abejas dentro de un panal. En esta concepción, que abarca tanto el derecho como la vida misma, la moral individual carece de relevancia. De hecho, como fenómeno, ni siquiera existe, o por lo menos no existe en el sentido en que se entiende en el ideario liberal.

En estos contextos sociales, carece de sentido que el derecho se adapte o se acomode a un fenómeno que no tiene presencia ni se busca integrar en la sociedad. Así, en este tipo de sociedades el sistema jurídico refleja y refuerza la estructura colectiva, sin pretender abrir un espacio para una moral individual que resulta ajena a la configuración cultural y social de estas comunidades.

2.1.2. Moral de sistemas éticos

Este tipo de moral se refiere a la moral asociada a los sistemas éticos o filosóficos desarrollados por grandes pensadores. Robles la presenta como el polo opuesto a la moral individual discutida en el apartado anterior (2015a, 816). Se trata de sistemas propuestos por figuras como Aristóteles, Averroes, Tomás de Aquino o Kant, quienes, a través de profundas reflexiones intelectuales, formularon conjuntos de normas morales coherentes y sistemáticas.

Aunque Robles establece una oposición entre esta moral y la moral individual, cabe señalar que ambas comparten la misma esencia como fenómeno moral. La diferencia radica en el elevado nivel de pensamiento y elaboración de estos sistemas, fruto de capacidades intelectuales y reflexiones excepcionales. Sin embargo, incluso Kant, quien desarrolló su doctrina ética basada en el imperativo categórico (inspirado, aunque secularizado, en principios de los evangelios), era, en última instancia, un individuo. Su sistema ético-filosófico, aunque extraordinario, no deja de ser la moral de un individuo dentro de la concepción del Estado liberal.

La pregunta que surge entonces es: ¿qué particularidad tienen estos sistemas de moral desde la perspectiva del derecho?, ¿por qué Robles los distingue de la moral individual? La respuesta estriba en la influencia que estos sistemas ejercen. Por su profundidad, por su coherencia y por su visión global del fenómeno moral, estos sistemas son consultados por otros individuos, convirtiéndose en referencia e inspiración. Esta influencia trasciende al ámbito jurídico existente, ya que los sistemas éticos de grandes pensadores inspiran la creación de nuevas normas jurídicas y, en algunos casos, se utilizan como base para promover cambios en los sistemas jurídicos en vigor.

De este modo, mientras la moral individual opera principalmente en el ámbito personal, la moral de los grandes sistemas filosóficos tiene un impacto colectivo, influyendo tanto en la evolución del pensamiento moral como en la configuración y en la transformación del derecho.

La TCD otorga una gran importancia a esta manifestación de la moral, a la que denomina *filosofía moral*, como fuente de inspiración del derecho de las sociedades occidentales actuales. Así, de manera explícita se asume en el volumen I de *Teoría del derecho. Fundamentos de teoría comunicacional del derecho*, que nuestro sistema jurídico actual ha sido consecuencia de la potente influencia de las propuestas y evoluciones de la filosofía moral:

Disciplinas enteras del derecho han sido objeto de tratamiento filosófico doctrinal antes de plasmarse en textos jurídicos con eficacia normativa. La filosofía democrático-liberal, con sus principios básicos de separación de poderes y de respeto a los derechos individuales, va por delante del fenómeno constitucionalista. El derecho internacional, antes de surgir como un cuerpo de normas positivas, es objeto de tratamiento teórico en el seno de la teología moral de los representantes españoles de la llamada *segunda escolástica*, en especial, aunque desde luego no sólo, por Francisco de Vitoria. Llamativo es también, en este sentido, la aparición del derecho internacional privado. Como ya se ha dicho, nace antes como producto reflexivo que como normas de derecho positivo. Es en las escuelas de derecho del norte de Italia donde se van a elaborar los criterios para dar solución a los que ya entonces se denominaron *conflictos de leyes*. Después de dicha elaboración teórica, pasarían sus contenidos a transformarse en normas expresamente formuladas en textos jurídicos normativos (Robles 2015a, 828).

Queda claro, entonces, por qué Robles distingue entre el sistema moral de algunos individuos excepcionales y el sistema moral del común de las personas: el lugar que ocupan en el derecho es diferente. En el caso de la moral individual, el derecho simplemente otorga un margen en el que cada persona puede actuar conforme a su propia moral. En contraste, los sistemas filosófico-morales tienen una influencia más profunda, ya que el conjunto del derecho y muchas de las normas concretas de los sistemas jurídicos se inspiran directamente en estos sistemas.

Como se mencionaba anteriormente, los sistemas filosófico-morales cumplen una doble función en relación con el derecho. Además de la función inspiradora, desempeñan una función complementaria que puede denominarse función crítica. En este contexto, las propuestas de cambios legales o constitucionales, denominadas en términos jurídicos propuestas *lege ferenda*

o propuestas *constitutione ferenda*, encuentran en la filosofía moral un pilar esencial para su formulación (Robles 2015a, 828).

Los sistemas filosófico-morales son, por tanto, grandes fuentes de inspiración para los sistemas jurídicos. No obstante, el fenómeno social en su conjunto está formado por múltiples elementos interconectados, y la influencia de los sistemas filosóficos no es exclusiva pues, aunque la filosofía moral ocupa un lugar destacado en este entramado de influencias, también intervienen objetivos y consecuencias económicas, intereses electorales de los gobernantes, y otros factores.

Este análisis añade una dimensión al aspecto dinámico y social del derecho, pues si anteriormente observábamos cómo las relaciones entre ordenamiento jurídico y sistema jurídico se retroalimentan en una relación en espiral, ahora vemos que esta influencia se extiende más allá de los elementos puramente jurídicos, incorporando variables como los sistemas filosóficos morales, la economía y los intereses políticos. De este modo, el derecho se revela como un fenómeno intrincado, cuya estructura de conexiones trasciende las redes internas del ámbito jurídico y se extiende a otros dominios de las ciencias sociales, lo que rinde cuenta de su carácter dinámico e interdependiente.

2.1.3. *Moral asociada al hecho religioso*

El tercer tipo de moral que analiza Robles es aquella asociada al fenómeno religioso. A primera vista, podría afirmarse que existen tantas morales como religiones, ya que todas ellas (desde el cristianismo al budismo, pasando por el islam, el judaísmo, el taoísmo o el sijismo) contienen un sistema de normas morales. La particularidad de estas normas es que no se sustentan en elucubraciones filosóficas individuales ni en fundamentos de tipo racional, sino en preceptos que se derivan de ciertas creencias religiosas.

En muchas religiones, especialmente en las monoteístas mayoritarias, los sistemas morales se encuentran contenidos en textos considerados sagrados, a los que se atribuye una autoridad normativa. Por ello, las normas morales proclamadas en estos textos se entienden como vinculantes para los creyentes. Así, la moral católica se fundamenta en los evangelios, los escritos papales y otros documentos de la tradición cristiana. La moral islámica, por su parte, encuentra su base en los textos que componen el Corán y la *sunnah*. Cada religión cuenta con sus propios textos, costumbres o tradiciones que conforman su sistema moral.

El nexo común y diferenciador de los sistemas morales religiosos respecto a los no religiosos es el concepto de trascendencia (Robles 2015a, 817), que es el elemento clave que define la moral en el ámbito religioso, ya que vincula las normas con una dimensión superior, más allá de lo humano. Así,

la ética religiosa tiene su fundamento en la trascendencia, rasgo éste que permite, e incluso obliga, a ir más allá de lo que la mera razón pueda exigir. Debido a este fundamento trascendente de la moral religiosa, las normas que la componen tienen un sentido diferente al de la moral especulativa, un sentido enraizado en la fe, que colorea las conductas con un tinte distinto al propio de la mera moralidad racional: sólo de esa manera se puede entender cabalmente lo que significa el concepto de pecado (Robles 2015a, 818).

Esta afirmación parte de la idea de que el concepto de pecado es intrínseco al hecho religioso, aunque esto no es necesariamente cierto. Existen religiones, como el budismo, en las que no se contempla tal noción; aunque, en este caso, el principio del karma desempeña un rol que podría considerarse análogo en ciertos aspectos. Pero, más allá de si la noción de pecado es o no generalizable en las religiones, lo que resulta indiscutible en las reflexiones de Robles es su acierto al señalar la trascendencia como el elemento diferenciador de la moral religiosa respecto de otras formas de moral.

En cuanto a la relación entre la moral religiosa y el derecho, el autor se limita a ejemplificar esta conexión desde la perspectiva de la religión católica. Este enfoque, aunque válido, resulta restringido, ya que las diferencias entre religiones pueden ser profundas, lo que implica que las relaciones entre moral religiosa y derecho también sean de muy diversa índole. Por ello, basar el análisis únicamente en una religión puede llevar a conclusiones que no sean necesariamente aplicables a otras tradiciones religiosas ni a otros ordenamientos jurídicos.

Antes de sacar conclusiones precipitadas, conviene repasar brevemente el análisis que hace el autor y valorar hasta qué punto sus reflexiones pueden o no extenderse más allá del caso específico que analiza. Esto permitirá abordar con mayor precisión las implicaciones de la relación entre moral religiosa y derecho en distintos contextos jurídicos y culturales.

La primera característica de la moral católica es que su origen no proviene de la conciencia individual, sino de la revelación divina, que encuentra su expresión principal en los evangelios. Estos textos, como cualquier otro,

requieren interpretación para dotar de contenido práctico a sus normas morales. Esta tarea corresponde a la Iglesia católica, institución que ostenta la autoridad para realizar dicha interpretación. A lo largo de la historia, la Iglesia, bajo la máxima autoridad del papa y con el respaldo de los obispos, ha adaptado los textos evangélicos a las necesidades de cada momento histórico, llenándolos de contenido según las circunstancias de cada época³.

Una vez aclarado el origen de las normas morales católicas y la autoridad que las define y perfila, surge la pregunta de cómo se relacionan estas con los ordenamientos jurídicos. Existen varias formas posibles de relación, entre las cuales pueden destacarse tres:

En primer lugar, las relaciones entre la moral católica y el derecho canónico de la Iglesia católica. En este caso, el conjunto del ordenamiento jurídico canónico se inspira en la moral católica, y además está directamente fundamentado y organizado en perfecta comunión con sus principios. Esta relación es, por tanto, la más directa y coherente posible entre moral y derecho.

En segundo lugar, los Estados confesionales que se adhieren a la religión católica y la integran como *religión de Estado* en sus ordenamientos jurídicos. Estos Estados suelen incorporar principios de la moral católica en su legislación, aunque generalmente con un rigor menor que el observado en el ámbito estrictamente religioso. Esto refleja una adaptación que busca conciliar las normas religiosas con las necesidades y con la pluralidad de la sociedad civil.

Por último, los Estados no confesionales o aquellos confesionales adheridos a una o varias religiones distintas de la católica. En los primeros no existe una adherencia directa a la moral de ninguna religión, mientras que en los segundos, esta adherencia se orienta hacia tradiciones religiosas diferentes. En estas circunstancias, las normas morales católicas suelen ser ignoradas en los ordenamientos jurídicos. No obstante, cuando la religión católica tiene un peso significativo en la sociedad, aunque no sea reconocida oficialmente, sus principios pueden influir indirectamente en la legislación, generando cierto grado de coherencia o compatibilidad con algunas normas jurídicas.

Estas distintas modalidades de relación reflejan la diversidad de contextos en los que la moral católica interactúa con los sistemas jurídicos, mostrando tanto influencias directas como adaptaciones según las particularidades de cada ordenamiento.

³ Si bien es cierto que en el seno de la Iglesia existe disparidad de opiniones en torno a ciertos temas, esta cuestión puede obviarse para los fines de este análisis.

Así, las relaciones entre sistemas jurídicos y moral religiosa pueden variar significativamente en su naturaleza e intensidad. Dicho esto, Robles señala un aspecto que sí puede considerarse generalizable: el nivel de exigencia moral (2015a, 863-866). Esta diferencia está directamente relacionada con el concepto de trascendencia mencionado anteriormente. En general, la moral religiosa tiende a establecer estándares de rigor y exigencia mucho más elevados que aquellos que los sistemas jurídicos, incluso cuando se inspiran en principios religiosos, suelen imponer.

La religión aspira, con frecuencia, a alcanzar la perfección moral, proponiendo ideales de conducta elevados que exigen un compromiso ético profundo. Por el contrario, los sistemas jurídicos tienen objetivos más pragmáticos: dirigir las acciones de las personas, ofrecer herramientas para la resolución de conflictos y garantizar una convivencia pacífica dentro de la sociedad.

Esta diferencia en los fines implica una disparidad en el nivel de exigencia. Mientras el derecho se conforma con que las personas sean buenos ciudadanos, respetando las normas básicas de convivencia, la religión propone como meta una vida ética que puede calificarse de heroica, superando ampliamente las exigencias jurídicas, pues la moral del derecho tendría un carácter más bien mediocre. La primera busca la perfección ética, mientras que la segunda se contenta con el mínimo ético necesario para asegurar el orden social y la coexistencia pacífica.

Esta distinción subraya cómo el derecho y la religión, aunque puedan compartir ciertos principios y objetivos, operan en niveles diferentes de exigencia y propósito, lo que refleja sus respectivas naturalezas y funciones dentro de la sociedad.

2.2. Las normas jurídicas en la TCD

Para definir el concepto de norma, los autores de filosofía del derecho y de teoría del derecho suelen centrar su atención en las características que distinguen a las normas jurídicas de otros tipos de normas, como las morales o las religiosas. Esta manera de acercarse al estudio y análisis de las normas implica, de manera implícita, la asunción de que las normas dentro de cada orden normativo son homogéneas.

Una muestra representativa de esta presunción de homogeneidad es el uso frecuente del singular al referirse a *la norma* en lugar de *las normas*. Este indicio lingüístico sugiere que se perciben las normas de cada orden como entidades uniformes, sin considerar necesariamente la diversidad interna que

podría existir en su naturaleza, alcance o aplicación dentro de un mismo sistema normativo (Robles 2015a, 177-236).

Podemos sostener que para afirmar que las normas son homogéneas o heterogéneas debería llevarse a cabo una investigación para determinarlo, y, rechazando de hacer asunciones apriorísticas, hacer este análisis es lo que propone la TCD.

La visión de la norma como epicentro del ordenamiento jurídico ha sido muy habitual en la doctrina. Grandes autores como Bierling, Kelsen, Bobbio o Hart han abordado el estudio y el análisis del derecho partiendo del concepto de norma jurídica y considerando al ordenamiento jurídico como la suma de las normas que lo componen. Este modo de ver el derecho es erróneo en clave comunicacional, ya que esta aproximación entiende que este punto de partida «induce a perder de vista la verdadera realidad del derecho, que es una realidad compleja y que sólo adquiere sentido contemplada como un todo» (Robles 2015a, 192).

Desde la teoría formal de la TCD se busca identificar las características universales de los conceptos jurídicos independientemente del ordenamiento jurídico concreto en el que se encuentren. En el caso específico de las normas jurídicas, estas adquieren su categoría por su pertenencia al sistema jurídico. No es posible, por tanto, hablar de normas jurídicas aisladas o independientes del sistema; siempre están insertadas en el conjunto normativo y deben ser tratadas e interpretadas como parte integrante de él. Así, la juridicidad de las normas no depende ni de su contenido ni de su forma, sino de su relación con el sistema al que pertenecen.

Este planteamiento supone un cambio de enfoque respecto al normativismo tradicional. Mientras que el normativismo parte de la premisa de que desde la norma se construye y se llega al ordenamiento, Robles propone un razonamiento inverso: «desde el ordenamiento y el sistema se llega a la norma». Este giro en la perspectiva es aplicable a la teoría formal (que se centra en las normas como eje central), pero se puede extender también a los otros planos del tridimensionalismo de la visión comunicacional (Medina 2017, 23-41).

En coherencia con esta estructura tridimensional, Robles amplía su razonamiento al afirmar «Desde el sistema a las instituciones» (perspectiva dogmática) y «desde el sistema a las decisiones» (perspectiva de la teoría de las decisiones) (2015a, 192). Esta afirmación refuerza la centralidad del sistema jurídico como marco de referencia desde el cual se analizan e interpretan las diferentes manifestaciones del fenómeno jurídico.

Este viraje se traduce en un reconocimiento implícito de la heterogeneidad de las normas, pues

si se parte del concepto de sistema jurídico, se renuncia implícitamente a aceptar la concepción homogénea de las normas, y se abre paso el estudio de modelos que supongan que las normas que componen el sistema tienen distinta configuración lingüística que reflejan su diversa función en el seno del sistema y que, por tanto, no son susceptibles de ser contempladas desde el modelo homogeneizador. La concepción ordinalista o sistémica conlleva la tesis de la heterogeneidad lingüística de las normas jurídicas (Robles 2015a, 192-193).

La TCD plantea una propuesta sobre los tipos de normas que no busca imponerse como una verdad absoluta. Su objetivo es ser coherente, válida desde la aproximación hermenéutico-analítica y útil para el estudio y la sistematización del derecho como ciencia. Esta propuesta se basa en la definición de norma como «una proposición lingüística perteneciente a un sistema proposicional expresivo de un ordenamiento jurídico, dirigida (por su sentido) directa o indirectamente a orientar o dirigir la acción humana» (Robles 2015a, 215).

3. La moral propia de las ciencias sociales: los órdenes normativos de moral heterónoma

3.1. Caracterización de la moral social

La moral social ha recibido, por parte de la doctrina, menos atención que la moral autónoma en lo que respecta a su relación con el fenómeno jurídico. No obstante, desde el derecho, como ciencia social, la interacción con la moral social puede ser incluso más significativa que con la moral autónoma individual, ya provenga esta última de convicciones personales o de convicciones religiosas. A pesar de ello, la moral social presenta una complejidad particular debido a los límites conceptuales y prácticos difusos que existen entre ella, los usos sociales y el propio derecho, lo que convierte esta cuestión en un tema de máxima relevancia jurídica.

La moral social se manifiesta de manera constante en las interacciones cotidianas entre las personas. Estas normas son específicas de cada sociedad y varían ampliamente. En nuestra sociedad, ejemplos de normas

morales sociales incluyen esperar el turno en una fila, evitar hacer ruidos molestos (especialmente en entornos silenciosos como bibliotecas), cuidar los modales en la mesa, evitar palabrotas o groserías, y saludar al llegar a un lugar.

Una de las características distintivas de la moral social es la indeterminación de su origen. Mientras que la moral por convicción tiene su origen en el individuo, la filosofía moral se remonta a grandes pensadores como Aristóteles o Kant, y la moral religiosa encuentra su fundamento en textos sagrados o en las palabras de figuras proféticas, la moral social carece de un sujeto claramente identificable como origen. Su surgimiento se atribuye a *la gente* en general o a ciertos grupos dentro de la sociedad. Según el grado de extensión de un uso social, este puede limitarse a un grupo específico (como los adolescentes) o abarcar a la sociedad en su conjunto.

Esta indeterminación en el origen, junto con su estrecha relación con los usos sociales y su influencia en las normas jurídicas, convierte a la moral social en un aspecto fundamental para comprender la dinámica entre las normas informales de conducta y el derecho como sistema formalizado (Robles 2015a, 843-844).

El rasgo distintivo de la moral de los usos sociales es que se trata de un tipo de moral exclusivamente externa; es decir, el elemento intencional es irrelevante, pero además necesita de un elemento de alteridad, pues solo tiene sentido en presencia de terceros. En este sentido, afirma Robles que «los usos sociales (las normas sociales del trato, como las modas y las buenas maneras) se fijan tan solo en el aspecto externo de la conducta humana, siempre que esta tenga lugar en presencia de los demás» (2015a, 843). Atendiendo a esta definición hay, pues, dos elementos fundamentales que definen la moral social: por un lado, es externa y, por otro lado, necesariamente tiene que operar en presencia de terceros.

El primer elemento distintivo de la moral social es su carácter necesariamente externo en todos los casos. Esto significa que, para los usos sociales, el aspecto intencional o psíquico (es decir, el elemento interno) es irrelevante. Lo que importa es que el comportamiento observable sea conforme a las normas sociales, independientemente de las intenciones o motivos subyacentes. Así, si una persona llega a su lugar de trabajo por la mañana y no saluda a sus compañeros, ese acto será considerado una falta de educación y una infracción de los usos sociales. No se tendrán en cuenta las razones que puedan explicar este comportamiento, como haber dormido mal, sentir antipatía por los compañeros o estar distraído pensando en otros asuntos.

Este énfasis en la conformidad externa ha generado críticas en la sociedad occidental contemporánea, donde algunos consideran que la moral social fomenta una forma de hipocresía. Se argumenta que los usos sociales exigen comportamientos cordiales incluso en situaciones de manifiesta enemistad o desprecio entre los individuos. Esta perspectiva crítica ha dado lugar a corrientes que rechazan o cuestionan los usos sociales como un conjunto normativo.

Un ejemplo de este rechazo puede observarse en políticos con cargos públicos, como alcaldes o presidentes de comunidades autónomas quienes, para mostrar disconformidad con ciertas políticas o instituciones, niegan el saludo al jefe del Estado durante actos oficiales. Estas actitudes, contrarias a los usos sociales establecidos, se presentan por parte de quienes las protagonizan como una forma de reivindicación frente a la hipocresía que, a su juicio, sería inherente a dichos usos.

El segundo elemento distintivo de la moral social se refiere al hecho de que las acciones reguladas por este orden normativo solo adquieren relevancia cuando ocurren en presencia de terceras personas. Las normas de las buenas maneras se manifiestan exclusivamente en las interacciones con otros y carecen de significación cuando se realizan en soledad. Por ejemplo, bostezar sin cubrirse la boca, mirar constantemente el teléfono móvil o escuchar música a un volumen alto sin auriculares no tienen ninguna trascendencia desde el punto de vista de la moral social si se hacen en privado, pero constituyen una infracción a los usos sociales cuando se llevan a cabo en presencia de otros.

Esta característica supone que, al igual que el derecho, los usos sociales operan exclusivamente en el marco de relaciones de alteridad, es decir, en contextos de interacción con otros individuos. No obstante, hay diferencias notables entre las relaciones de alteridad en el ámbito jurídico y en el social. Mientras que en el derecho estas relaciones suelen estar altamente perfiladas, detalladas e institucionalizadas, en el marco de los usos sociales son, por lo general, más informales, menos precisas y carecen del nivel de institucionalización que caracteriza a las relaciones jurídicas.

Esta diferencia también se extiende a la naturaleza de las sanciones, pues si bien es cierto que tanto el derecho como los usos sociales prevén sanciones para quienes infringen sus normas, las sanciones sociales se caracterizan por ser difusas y espontáneas (Robles 2015a, 845). Esto significa que no es posible prever con exactitud las consecuencias de violar una norma social, ya que estas dependen de una variedad de factores circunstanciales.

Por ejemplo, en el caso de una persona que se cuele en una fila, las reacciones de quienes la presencian pueden variar enormemente según las características del infractor y de los afectados. Si el infractor es un joven en plena movilidad, es probable que la reacción sea más contundente que si se trata de un anciano con dificultades para permanecer de pie durante largos periodos. Asimismo, el contexto social influye: un grupo de adolescentes en una fila para ver a su estrella de rock favorita podría reaccionar con mayor vehemencia ante alguien que no respeta el orden de llegada que un grupo de adultos en una cola del supermercado.

Por lo tanto, a diferencia del derecho, especialmente en sistemas que garantizan la seguridad jurídica como valor fundamental, la infracción de una norma social no conlleva una sanción predecible o uniforme. En el ámbito de los usos sociales, la respuesta a una transgresión depende de una multitud de factores contextuales, lo que refuerza su carácter informal y variable en comparación con el marco jurídico.

3.2. Límites entre la moral social y la moral jurídica

La costumbre es una fuente habitual del derecho, reconocida en muchos ordenamientos jurídicos como dotada de fuerza normativa. Tal es el caso del ordenamiento jurídico español, que en el artículo primero del Código Civil establece expresamente esta característica. Además de este artículo, otros textos normativos dentro del derecho español hacen referencia a la costumbre. Un ejemplo destacado es el derecho foral navarro, que históricamente, además de reconocer fuerza normativa a la costumbre, la situaba en ciertos casos jerárquicamente por encima de las leyes

El término *usos* también tiene una presencia reconocida en el ordenamiento jurídico español, a menudo en conjunto con la costumbre. Su relevancia es especialmente notable en el ámbito del derecho mercantil, donde el Código de Comercio atribuye un papel destacado a los *usos y costumbres*, otorgándoles un rol preponderante en la regulación de las relaciones comerciales.

Esta presencia en el derecho requiere distinguir entre los usos sociales que son positivizados, es decir, incorporados al sistema jurídico, y aquellos que permanecen al margen del derecho al carecer de significación jurídica. Los usos y costumbres que se integran formalmente al sistema jurídico pasan a ser parte del derecho. En cambio, los que no son incorporados conservan su naturaleza como normas sociales, que constituyen un tipo normativo especí-

fico, distinto tanto de las normas jurídicas como de las normas derivadas de sistemas de moral autónoma.

Las normas sociales, por sus características propias, no deben ser confundidas con las normas jurídicas. Más aún, pueden entrar en conflicto con estas en ciertas circunstancias. Tomemos como ejemplo la situación de la marihuana en algunos países donde su consumo está prohibido por el derecho, pero socialmente normalizado. En tales casos, consumir marihuana no supondría una transgresión de los usos sociales, aunque sí constituiría una violación de las normas jurídicas. Este tipo de disonancias subraya la necesidad de analizar las normas sociales como un fenómeno normativo propio, con dinámicas que pueden converger, divergir o incluso colisionar con el sistema jurídico.

En aquellos casos en que un uso o costumbre pasa a formar parte del arsenal jurídico, estamos ante una norma jurídica en todos los niveles, como lo son las leyes aprobadas por el parlamento o los reglamentos aprobados por la administración. La única especificidad sería que el origen de la norma es de tipo social, pero una vez incorporada al sistema jurídico, cual sea el origen es indiferente en lo que a su juridicidad respecta. Como mencionábamos más arriba, en el caso de la *lex mercatoria* los usos y costumbres tienen una importancia histórica incuestionable y se trata de normas plenamente jurídicas. ¿Qué requisitos deben darse para que un uso o costumbre social se convierta en norma jurídica? La tradición doctrinal exigía dos condiciones: la primera que se diera el elemento de repetición y la segunda que el grupo o colectividad en el que había surgido tal costumbre la considerara como de obligado cumplimiento en su conciencia. A estos dos requisitos añade Robles un tercero que consiste en que «la autoridad de la comunidad política soberana (el Estado, o la entidad equivalente que fuere) refrendase el carácter jurídico de la costumbre o del uso por medio de su incorporación explícita, bien a través de sus normas generales bien por medio de sus normas particulares, como las sentencias de los jueces» (2015a, 854).

3.3. La moral del derecho: desmontando el mito positivista

Cuando abordamos la moral contenida en el derecho desde una óptica comunicacional es indispensable iniciar con una reflexión sobre el positivismo jurídico, ya que mientras que el iusnaturalismo asume de manera explícita que el derecho contiene elementos morales (considerando, incluso, que la validez del derecho depende fundamentalmente de su contenido moral), el

positivismo presenta una relación más compleja con esta cuestión. Tal como señala Robles, existe cierta confusión respecto a los postulados del positivismo sobre la presencia de elementos morales en el derecho, lo que justifica la necesidad de clarificar este punto.

En la filosofía jurídica contemporánea, particularmente desde las aproximaciones más analíticas al estudio del derecho, es común afirmar que el positivismo defiende una separación total entre derecho y moral. Sin embargo, esta afirmación no solo es errónea, sino que constituye un punto de partida conceptual que obstaculiza la comprensión adecuada de las corrientes positivistas. Interpretar que el positivismo sostiene una absoluta separación entre derecho y moral implica confundir la verdadera tesis positivista, de carácter epistemológico, con una tesis de tipo ontológico.

La tesis epistemológica del positivismo no niega la existencia de elementos morales en el derecho, sino que se limita a afirmar que el estudio del derecho debe separarse del análisis moral. En otras palabras, el positivismo busca una metodología que permita describir y analizar el derecho tal como es, sin que ello implique un juicio sobre su contenido moral. Este enfoque contrasta con una interpretación ontológica que implicaría negar la conexión o interacción entre derecho y moral en la realidad, algo que las corrientes positivistas no sostienen.

Así, la confusión entre estas dos tesis, la epistemológica y la ontológica, ha llevado a una interpretación equivocada de las corrientes positivistas, dificultando una comprensión correcta de su relación con la moral. Por ello, partir de esta aclaración resulta esencial para analizar cómo, incluso desde el positivismo, puede entenderse la presencia de elementos morales en el derecho.

Las diferencias entre el positivismo epistemológico y el positivismo ontológico generan implicaciones significativas que merece la pena analizar. La separación entre moral y derecho desde una perspectiva epistemológica implica que para estudiar y comprender plenamente el derecho no es necesario considerar los elementos morales que pueda contener. En contraste, la separación moral-derecho desde un plano ontológico supone afirmar que el derecho no incluye, ni puede incluir, elementos de tipo moral o ético.

El positivismo jurídico defiende la separación epistemológica, aunque, por motivos ajenos a los propios autores positivistas, se ha extendido la idea errónea de que esta corriente respalda una separación de tipo ontológico. Esta confusión ha distorsionado el entendimiento de los postulados positivistas, dificultando un análisis riguroso de su verdadera posición.

En la tesis epistemológica del positivismo, que sostiene que no es necesario considerar los elementos morales del derecho para su estudio y comprensión, radica la oposición fundamental con el iusnaturalismo. Para los iusnaturalistas, el derecho es, en esencia, una derivación de la moral. Esta moral puede ser religiosa, como en el pensamiento de Tomás de Aquino, o desteologizada y de base lógico-racional, como en los sistemas de Hobbes o Locke. En cualquier caso, el iusnaturalismo presupone una moral que precede al derecho y a la que este debe ajustarse.

El positivismo, en ruptura con esta visión, propone que el estudio del derecho debe seguir un camino independiente del estudio de la moral, pero de esta postura no debe desprenderse que el derecho carezca de valores, principios o normas morales, ni tampoco conlleva que no puedan hacerse valoraciones o juicios éticos sobre el contenido de las normas jurídicas. La separación que propugna el positivismo no trae consigo una aceptación acrítica de cualquier ordenamiento jurídico ni una renuncia a las consideraciones éticas. Es importante recordar que Hans Kelsen, uno de los positivistas más destacados, se opuso sin vacilaciones al régimen nazi, lo que evidencia que el positivismo no es incompatible con una postura crítica ante sistemas jurídicos inmorales.

La separación entre moral y derecho que defiende el positivismo se limita a sostener que la juridicidad de las normas y del ordenamiento jurídico no puede evaluarse en función de su contenido moral. Un derecho inmoral no pierde su carácter de derecho por el hecho de ser inmoral, aunque ello no implica que deba ser aceptado o defendido. Los positivistas no niegan que se puedan hacer análisis éticos del derecho; simplemente afirman que, cuando se realiza dicho análisis, se transita del ámbito de la ciencia jurídica al de la filosofía ética. Este matiz es clave para comprender la verdadera postura del positivismo respecto a la relación entre derecho y moral.

Desde la óptica comunicacional, es fundamental abordar la relación entre derecho y moral considerando los tres pilares que estructuran esta teoría: la teoría formal, la teoría de la dogmática y la teoría de las decisiones. Según esta clasificación, aunque no de manera exclusiva, las cuestiones éticas y morales tienden a manifestarse especialmente en los procesos de decisión dentro del ámbito jurídico.

En los procesos de decisión legislativos, por ejemplo, durante la aprobación de textos normativos, se generan razonamientos, debates y argumentaciones que incluyen referencias explícitas o implícitas a principios éticos y morales. De manera similar, en los procesos judiciales, los jueces, al dictar sentencias, suelen considerar cuestiones de justicia y moralidad que influyen

en sus interpretaciones y decisiones. Estos elementos enriquecen el análisis jurídico y reflejan cómo el derecho interactúa con los valores de la sociedad a la que sirve.

Es evidente que la ética y la moral están presentes en una parte significativa de los textos que conforman el sistema jurídico (Robles 2015a, 859). Esta realidad no es ajena a las afirmaciones del positivismo jurídico que, a pesar de abogar por separar el análisis jurídico de las valoraciones morales desde un punto de vista epistemológico, no niega que los sistemas jurídicos contengan valores y principios éticos en sus normas.

Así, tanto la TCD como el positivismo reconocen que la moral y la ética tienen un lugar en el derecho, pero lo hacen desde enfoques distintos y poniendo el énfasis en diferentes aspectos, pues mientras la TCD pone de relieve su presencia en el dinamismo de los procesos de decisión, el positivismo admite esta coexistencia sin integrarla como criterio para determinar la juridicidad de las normas o del sistema jurídico en su conjunto.

Cuando en el parlamento se debate sobre la aprobación de leyes relacionadas con cuestiones técnicas, como la construcción de infraestructuras, es posible que los elementos morales estén ausentes o tengan un rol secundario. Decisiones sobre si construir una carretera en una provincia determinada pueden (o, por lo menos, deberían), obedecer a criterios técnicos relacionados con la eficiencia económica, la seguridad o la sostenibilidad, sin necesidad de involucrar elementos de tipo moral, aunque no es descartable que en ciertas circunstancias surjan consideraciones éticas, dependiendo del contexto y de las implicaciones sociales del proyecto. Por el contrario, cuando se discuten leyes con un contenido marcadamente social, como la regulación de la eutanasia, el aborto o la maternidad subrogada, las cuestiones morales suelen estar en el núcleo del debate parlamentario y, posteriormente, en el contenido legislativo. Estas leyes reflejan principios éticos y, por ello, pueden poner de manifiesto tensiones y contradicciones morales dentro del propio ordenamiento jurídico.

Un ejemplo claro de esta complejidad se encuentra en la legislación española sobre temas como la violencia doméstica, la transexualidad o la igualdad salarial. En estos casos, el ordenamiento jurídico a menudo presenta principios éticos contradictorios. Por ejemplo, en ciertas normativas se reconoce la importancia de las diferencias de género y se promueven medidas de discriminación positiva, mientras que en otras se niegan estas diferencias, defendiendo un marco jurídico neutral en cuanto al sexo. Estas contradicciones muestran cómo el derecho puede incorporar distintas morales que, en ocasiones, resultan incompatibles entre sí.

La presencia de estas múltiples perspectivas éticas pone de relieve que no solamente existe una moral en el derecho, sino que pueden coexistir varias, incluso estar en conflicto entre ellas. Los positivistas sostienen, al igual que la TCD, que el análisis de estas cuestiones debe realizarse desde la filosofía ética y no desde la ciencia jurídica. En cambio, los iusnaturalistas consideran que estas tensiones morales tienen implicaciones directas sobre la validez jurídica de las normas y, por lo tanto, deben ser analizadas como parte del derecho mismo.

Lo que el positivismo y la TCD tienen en común es que ambos mantienen que la presencia de elementos morales en las normas jurídicas no implica que deban incluirse en el análisis jurídico que se realiza desde una perspectiva estrictamente técnica y sistemática (Robles 2015a, 859). Esta manera de acercarse al derecho busca preservar la claridad metodológica al separar su estudio como sistema normativo de las valoraciones éticas que puedan derivarse de su contenido.

Teoría comunicacional de la justicia: una propuesta ligada a las coordenadas de espacio y tiempo

1. La teoría jurídica de la justicia en Occidente

1.1. Antecedentes y contextualización histórica

La historia de la teoría de la justicia lleva a un recorrido fascinante por distintas épocas y por las ideas de filósofos que han explorado este concepto fundamental en el derecho. En la antigua Grecia, Sócrates y Platón debatieron la naturaleza de la justicia y su relación con la virtud y con la sociedad. Posteriormente, Aristóteles ofreció sistematicidad al introducir las nociones de justicia distributiva y justicia conmutativa en su obra *Ética a Nicómaco*. Para Aristóteles, la justicia era un equilibrio entre dar a cada quien lo que merece y corregir desigualdades mediante medidas proporcionales, constituyéndose como la primera teoría de la justicia conocida en la civilización occidental (2014).

Posteriormente, en la Edad Media, la teoría de la justicia se entrelazó con la ética religiosa y la filosofía escolástica. Tomás de Aquino fusionó la ética aristotélica con la doctrina cristiana, definiendo el *bien común* como el objetivo último de la justicia. Este periodo consolidó una visión de la justicia profundamente influenciada por la teología.

<https://dx.doi.org/10.5209/ejur.002.10>

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.

Con la llegada de la era moderna, la concepción de la justicia se desplazó hacia una perspectiva más secular. John Locke vinculó la justicia con la propiedad privada y con los derechos naturales, sentando las bases para el pensamiento liberal y dejando una influencia duradera, especialmente en la economía (2023), pues su visión utilitarista marcó un cambio hacia una comprensión más individualista y económica de la justicia.

En el siglo XVIII, Immanuel Kant ofreció una propuesta a la teoría de la justicia con su obra *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Kant basó su teoría en principios éticos universales, destacando el respeto por la dignidad y la autonomía de los individuos. Propuso que únicamente deben realizarse acciones que puedan convertirse en leyes universales sin incurrir en contradicciones (2013).

El pensamiento kantiano comparte ciertas similitudes con el de Aquino y otros filósofos medievales, pero se distingue por secularizar los conceptos de justicia, alejándolos del marco religioso que dominaba en la Edad Media. Este cambio marcó un giro decisivo hacia una concepción más racional y universal de la justicia, influenciando profundamente el pensamiento contemporáneo.

En el siglo XIX, Karl Marx emergió como una figura destacada en la teoría de la justicia, abordándola desde de la desigualdad económica y la lucha de clases. Su manera de entender la justicia giraba alrededor de la igualdad material como un pilar esencial y criticaba las estructuras que perpetúan la explotación y la opresión. La propuesta marxista marcó un hito al trasladar el debate sobre la justicia al ámbito de las condiciones materiales y de la economía política.

Ya en el siglo XX, John Rawls presentó su influyente teoría de la *justicia como equidad*, que se distingue por integrar elementos multidisciplinares (Salvador 2020) y por enfatizar dos principios fundamentales: garantizar el acceso pleno a las libertades básicas más amplias y asegurar que las desigualdades económicas y sociales, aunque inevitables, sean beneficiosas para el conjunto de la sociedad. Rawls plantea una visión que equilibra los derechos individuales con la necesidad de gestionar las disparidades sociales de manera justa, consolidándose como un referente clave en el pensamiento contemporáneo sobre la justicia (1998).

Desde el plano jurídico, el siglo XIX trajo consigo el auge del positivismo jurídico y la consolidación del derecho como *ciencia*, lo que llevó a un cierto desinterés por la teoría de la justicia, al considerarla vinculada a cuestiones ideológicas, políticas y filosóficas que, según el positivismo, debían mante-

nerse separadas del análisis jurídico. En este contexto, el estudio del derecho se orientó hacia los ordenamientos y sistemas legales vigentes, relegando las reflexiones sobre justicia a un segundo plano.

Este fenómeno, que podría calificarse como una *empirización* de las ciencias jurídicas, dio lugar a un creciente interés por disciplinas con perspectiva social, como la historia del derecho, la sociología jurídica y la economía del derecho. Esto ocurrió en detrimento de la atención a cuestiones éticas y a las relaciones entre derecho y moral, que pasaron a considerarse externas al ámbito jurídico, lo cual choca con la visión comunicacional, que considera que el componente ético del derecho es ineludible. Robles, a pesar de reconocer las grandes aportaciones del positivismo, al que se mantiene cercano en diversos aspectos, critica a esta corriente por desatender la cuestión de la justicia, pues la justicia es un elemento fundamental del derecho y, por ello, debe ocupar un lugar central en su análisis y comprensión, tanto en el plano teórico como en su aplicación práctica. En este sentido se manifiesta el autor cuando afirma:

El positivismo produjo grandes frutos en el campo de la investigación jurídica, de eso no cabe duda. Pero se olvidó de la cuestión que quizás más acucie a los humanos: la cuestión de la justicia. Su postura ante ella y ante los que cultivaran la especulación en ella fue destructiva, al derivarla al baúl ignominioso de las ideologías y de las opiniones políticas sin sustento científico (2021, 855).

Queda claro con esta crítica al positivismo que Robles no puede dejar de lado la justicia en su teoría del derecho, pero a la vez la cuestión se presenta complicada puesto que él mismo reconoce que «el problema de la justicia ha mostrado que no tiene solución, al menos, hay que convenir que no tiene una solución que a todos satisfaga» (2021, 855).

Con todo, y pesar de reconocer que no hay una solución unívoca posible, sí desarrolla Robles una teoría de la justicia enmarcada en la TCD. La razón para ello es que, dada su vocación pragmática, dejar tal cuestión esencial del derecho supondría caer en el mismo error que se está evidenciando en la doctrina positivista: implicaría esconder la cabeza bajo la tierra como avestruz ante el problema evidente de la validez material. Así, aunando la vocación pragmática con el rechazo de axiologismos, ofrece una teoría de la justicia que se presenta como mera propuesta y que, aunque pueda ser acusada de relativismo, tiene, a nuestro entender, la virtud de ser potencialmente útil para cualquier derecho posible.

1.2. Los juicios de Núremberg: la evidencia de las limitaciones de las aproximaciones tradicionales

La justicia es, sin duda, una de las grandes encrucijadas que enfrenta la TCD. Ante la publicación del tercer volumen de *Teoría del derecho. Fundamentos de teoría comunicacional del derecho* (dedicado a la teoría de las decisiones y publicado en último lugar), puedo compartir mi experiencia personal. Cuando tuve en mis manos el tratado, decidí no leerlo en orden secuencial, sino comenzar la lectura en la página 855, donde se inician los capítulos dedicados a la teoría de la justicia. Este punto de partida refleja la importancia que otorgo a esta cuestión central, pues hay una inquietud de larga fecha, a la cual numerosos juristas han dedicado trabajos y horas de reflexión, para la que aspiraba a encontrar respuestas a través de la teoría comunicacional de la justicia: los juicios de Núremberg.

En los juicios de Núremberg, llevados a cabo contra los criminales de guerra nazis al término de la Segunda Guerra Mundial, los acusados eran juzgados por actos que, desde un punto de vista de nuestra ética personal, son horribles en niveles más allá de los que el lenguaje permite describir. De manera organizada, con una logística que muestra a qué punto era clara la voluntad de exterminio, se transportó en tren a millones de personas desde diversos puntos de Europa hacia los campos de concentración nazis, con la finalidad de matarlos gaseados y/o por explotación. En los juicios de Núremberg se juzgó a responsables que habían sido piezas fundamentales en la ideación y en la ejecución de tan abominable plan. Intuitivamente, juzgar y condenar a estos desalmados parece totalmente *justo*. Se les juzgó en virtud del Estatuto del Tribunal Militar Internacional aprobado el 8 de agosto de 1945. Un estatuto creado y aprobado por los países aliados que participaron en la Segunda Guerra Mundial, incluyendo Estados Unidos, el Reino Unido, la Unión Soviética y Francia. Este estatuto estableció las bases legales y los procedimientos para llevar a cabo los juicios de Núremberg, que juzgarían a los líderes nazis por crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y crímenes contra la paz. Jurídicamente, hay que destacar que los líderes nazis fueron juzgados en base a una norma aprobada con posterioridad a sus actos y, por lo tanto, en contra del principio de legalidad. En clave positivista, parece claro, no deberían haber sido condenados. No deberían siquiera haber sido juzgados.

La disyuntiva está clara y la gravedad de los hechos tuvo la consecuencia de que algunos positivistas, como Radbruch, cambiaran su perspectiva del de-

recho y se acercaran a posturas iusnaturalistas (Martínez Bretones 2003). Se produce desde entonces un gran auge del iusnaturalismo, vestido en forma de derechos humanos, que la sociedad occidental abraza y que, además, parece tener cada vez un contenido más amplio. El espíritu de los juicios de Núremberg, entremezclado con la influencia del positivismo, nos ha llevado a una extraña situación: por un lado, se reivindica el principio de legalidad así como el obligado cumplimiento de las leyes mientras que, por otro lado, se justifica (e incluso se incita) a contravenir el sistema jurídico cuando se entienda que este supone una afrenta hacia los derechos humanos.

Se da la circunstancia de que la mayoría de los principios básicos del positivismo son enarbolados por las mismas autoridades que, en ocasiones, reivindican el no cumplimiento de las normas cuando estas atenten contra los derechos humanos. Este proceder que podríamos denominar de *casi esquizofrénico* por defender a la vez una cosa y su contraria puede verse reflejado, por ejemplo, en algunos de los desafíos a los que el derecho ha hecho frente en España a raíz del denominado *procés*, en el cual el Gobierno y el Parlamento catalanes han reivindicado el no acatamiento del sistema jurídico español en aquellos aspectos en los que, a su juicio, se violaban los «derechos del pueblo catalán».

Este conflicto afecta, entre otras cosas, a la efectividad de las normas del sistema jurídico español en Cataluña, pues la negativa a aplicar ciertas normas en vigor provenía de las propias autoridades. Así, podemos ver cómo en ocasiones se mezclan de manera contradictoria los postulados positivistas y los postulados iusnaturalistas en una dinámica que termina por obedecer a intereses arbitrarios y que, a nuestro entender, se asienta y busca legitimación en el mismo modo de razonar que se usó para condenar a los criminales nazis una vez terminada la guerra.

Durante varios años la Generalidad de Cataluña lideró el proyecto rupturista mientras, a su vez, exigía el cumplimiento de las leyes aprobadas por el parlamento catalán. A título de ejemplo, se defendía la legislación vigente en Cataluña para sancionar a aquellos comercios cuya rotulación no apareciera en catalán y, ante las quejas de algunos sancionados que se sentían víctimas de una legislación *injusta*, la respuesta de la administración era que la legislación vigente debía ser escrupulosamente respetada. Paralelamente, esa misma administración reivindicaba la legitimidad de no acatar sentencias judiciales de altos tribunales cuando estas prevean normas «injustas», como por ejemplo que deba haber un mínimo de uso del castellano como lengua vehicular en las escuelas públicas de Cataluña (Vallespín 2023).

Dejando de lado el fondo de la cuestión, el comportamiento frente a las distintas normas del sistema jurídico español por parte de ciertas administraciones catalanas es jurídicamente contradictorio a la par que preocupantemente coherente con los argumentos que se dieron en los juicios de Núremberg y que se aceptaron como válidos jurídicamente por parte de la sociedad occidental.

Esta práctica, consistente en que una administración, en este caso la autonómica catalana, rehúse acatar las sentencias judiciales, llegando en ocasiones a alentar o incluso a exigir la desobediencia por parte de la ciudadanía, parece seguir la estela de los argumentos jurídicos que se establecieron en los juicios de Núremberg, que consiste esquemáticamente en lo siguiente:

- El derecho positivo debe ser respetado y acatado.
- Debe favorecerse la defensa de los principios del positivismo, con el principio de legalidad a la cabeza.
- Las obligaciones señaladas en los puntos dos anteriores no son absolutas, sino que pueden tener excepciones.
- Las excepciones consisten en que, cuando concurren situaciones, circunstancias o hechos en los que puedan entrar en juego violaciones a los derechos humanos, es, no solo legítimo, sino incluso obligatorio, contravenir el sistema jurídico vigente para salvaguardar los derechos humanos.

El planteamiento que acabamos de exponer tiene un problema mayor y que se convierte en una cuestión clave en la que, de toda evidencia, el consenso brilla por su ausencia: la determinación del contenido exacto de los omnipresentes *derechos humanos*.

El ejemplo del Gobierno catalán se encuadra en este razonamiento, ya que rechaza la observancia de ciertas leyes y sentencias argumentando que aquellas son contrarias a los derechos humanos. La ambigüedad en el contenido específico de estos derechos humanos permite que el mismo argumento se utilice indistintamente para resistir las directrices de un gobierno que busca la aniquilación de millones de personas o para oponerse a la prohibición del uso del castellano como lengua vehicular para los niños en el sistema educativo público.

En este sentido el espíritu de Núremberg es cuestionable porque crea el precedente, no solo de legitimar, sino incluso de promover el no respeto de la legalidad vigente cuando esta sea contraria a unos cada vez más difusos y amplios *derechos humanos* sobre los que, a la par, hay cada vez menos consenso en cuanto a su contenido y alcance concretos.

Se podría argüir que la gravedad de los crímenes atroces cometidos por la Alemania nazi no es comparable con el riesgo potencial para los derechos humanos derivado de impartir un par de asignaturas en castellano en las escuelas. Sin embargo, ante la falta de criterios objetivos para determinar la escala de gravedad en cada situación, puede existir, y de hecho existe, quien equipare ambas circunstancias.

Por ello, si bien el positivismo mostró sus insuficiencias por no ofrecer herramientas teóricas que permitieran desde un plano jurídico deslegitimar el régimen nazi o el estalinista, el *neoiusnaturalismo* instaurado en Europa a raíz de los juicios de Núremberg, y que consiste en la sacralización de unos confusos y cambiantes derechos humanos que pueden modularse *a la carta* en función de intereses arbitrarios no supone una alternativa más sólida ni desde el punto de vista jurídico, ni desde el punto de vista lógico. Por ello es necesaria una teoría de la justicia que, sin caer en el fatalismo de aceptar, por ser conformes a la legalidad vigente, los actos más horrendos contra las personas, como los del nazismo o el estalinismo, racionalice la teoría de la justicia, defienda que esta debe ampararse en la juridicidad y la rescate de las garras del misticismo iusnaturalista que en la actualidad impera bajo la noción de *derechos humanos universales* y que opera en la práctica como la justificación en la que se amparan gobiernos o líderes políticos para gobernar impunemente en régimen de arbitrariedad. En este sentido deberían los juristas protegerse a sí mismos y a las instituciones que integran, tal como afirma Medina, del riesgo de «ser manipulados para servir intereses de clases, ya sean clases económicas o políticas» (1993, 148).

Robles anticipa que el dilema de la justicia carece de una solución definitiva, pero presenta una propuesta concebida como una herramienta para erigir propuestas coherentes, aceptables y con suficiente consenso. Su propuesta no se adscribe ni al positivismo ni al iusnaturalismo y, en consecuencia, es de interés evaluar si esta propuesta puede proporcionar instrumentos capaces de generar soluciones jurídicamente sólidas y coherentes en situaciones donde los positivistas y los iusnaturalistas se ven mutuamente desarmados por los argumentos del otro.

2. La propuesta comunicacional para una teoría jurídica de la justicia: no axiológica y ligada a las coordenadas de tiempo y espacio

2.1. Justicia ambital y justicia extra-ambital

La TCD, a lo largo de sus numerosas páginas y a lo largo de todos los elementos jurídicos que aborda, mantiene siempre la coherencia de sus bases

metodológicas: es perspectivista, parte desde el lenguaje de los juristas para el estudio del derecho, es hermenéutico-analítica y pretende ofrecer respuestas que, partiendo de la teoría, sean herramientas para obtener soluciones pragmáticas. Así lo dice explícitamente Robles al indicar que «la teoría comunicacional se propone entender el derecho y así suministrar a los juristas una herramienta muy útil para, en primer lugar, comprender el mundo en que ellos actúan y en segundo lugar facilitarles su tarea práctica» (2021, 857) . Así, es en esta misma línea, como resulta coherente, que se desarrolla la propuesta comunicacional de teoría de la justicia: alejada de los axiologismos y pretendiendo ofrecerse como herramienta útil para cualquier derecho posible.

El punto de partida se encuentra en la constante interacción que se produce entre ordenamiento jurídico y sistema jurídico. Tal como explica Sánchez Hidalgo:

Dentro de cada ámbito jurídico se producen múltiples procesos de comunicación jurídica (relaciones jurídicas, derechos subjetivos, acciones, decisiones y hechos jurídicos de diversa índole); pero el proceso comunicacional más relevante sería la interacción entre ordenamiento jurídico y sistema jurídico. Así, este complejo contexto comunicacional que es el ámbito jurídico como todo espacio, posee una racionalidad intrínseca o principio ordenador sobre el que se desarrolla la espiral hermenéutica ordenamiento-sistema, tal es la idea de justicia ámbitos: los ideales de convivencia de un ámbito jurídico determinado, o, de otro modo, la idea de justicia institucionalizada en un ámbito jurídico concreto (2023).

Como hemos indicado anteriormente, la TCD se distingue por su perspectivismo, lo cual hace esencial examinar, en primer término, la perspectiva desde la cual se aborda la noción de justicia y cómo esta se construye mediante los postulados comunicacionales. A entender de Robles, en el ámbito de la justicia, existen dos tipos posibles, uno de los cuales, a su vez, se puede subdividir en dos subtipos (2021, 858).

El primer tipo surge cuando revisamos la teoría de la justicia atendiendo al modo en que esta se ha materializado en los sistemas jurídicos que existen o que han existido. Es lo que en la TCD se denomina justicia ambital y hace referencia a «los ideales de convivencia concretados en un ámbito jurídico determinado» (Robles 2021, 858). Este tipo de justicia, la justicia ambital, es la que pertenece de manera total y absoluta al ámbito jurídico. Se trata de una teoría de la justicia que pertenece a una zona geográfica concreta durante un

momento concreto. Así, la justicia ambital está siempre ligada a las coordenadas de tiempo y de espacio, lo cual implica que no es universal, sino que tiene un cierto grado de relatividad. De hecho, ha habido una pluralidad de teorías de la justicia ambiales (aunque no se denominaran así a sí mismas) que se han materializado siendo incorporadas a diferentes sistemas jurídicos. Hay en la actualidad una clara diversidad de teorías de la justicia ambiales, pues los parámetros de los países que conforman la Unión Europea, por ejemplo, son distintos de los que pueden existir en países como Corea del Norte, Uganda o Japón. Pero, además, en una misma zona geográfica, si observamos su evolución temporal, veremos que hay gran variación en función del momento histórico en el que nos fijemos.

El segundo tipo de justicia, denominado extra-ambital, es aquel en que ideamos una teoría de la justicia prescindiendo de los sistemas jurídicos que existan o hayan podido existir, haciéndolo en abstracto, en el plano de la idealidad, de aquello que debería ser una teoría de la justicia ideal y perfecta, no del modo en que haya podido materializarse efectivamente en un determinado sistema jurídico.

Con el término *justicia ambital* nos referimos a los ideales de convivencia concretados en un ámbito jurídico determinado. Con el término *justicia extra-ambital* dejamos volar la imaginación filosófica para construir un derecho ideal en una sociedad ideal. En verdad, toda construcción teórica de la justicia o se refiere a uno o varios ámbitos jurídicos determinados, o bien prescinde de estos y alza su vuelo especulativo hacia un posible ámbito idealizado, no existente aún y quizás imposible de que exista. Por eso es lícito distinguir entre una teoría jurídica de la justicia y una teoría ética de la justicia (Robles 2021, 858).

Ambas miradas, la ambital y la extra-ambital, son, a entender de Robles, no solamente posibles, sino incluso necesarias y complementarias. La denominación de cada una de ellas obedece a su *ámbito* de aplicación, pues a la primera la denomina *justicia ambital* porque hace referencia a uno o varios ámbitos jurídicos determinados, mientras que a la segunda la denomina *justicia extra-ambital*, pues no se construye con ningún ámbito jurídico de referencia, sino en un marco teórico de idealidad.

Aparte de los dos tipos de justicia mencionados, hay, como avanzábamos anteriormente, un tercer tipo, el cual puede ser considerado un subtipo de la justicia extra-ambital aunque se encuentra en realidad en un punto intermedio

y hace función de conectar la justicia ambital con la justicia extra-ambital con visos idealistas que acabamos de comentar. Para entender este *subtipo* resulta esencial atender al rol de la doctrina jurídica.

Una función que cumplen los juristas teóricos es hacer propuestas que ayuden a la comprensión del fenómeno jurídico. Difícilmente vamos, a la mera lectura de la legislación vigente de un país, a comprender su derecho. Son los tratados de la doctrina los que nos van a permitir entender. Esto nos liga con la distinción entre ordenamiento y sistema abordada en capítulos anteriores y regresamos a tal distinción en este punto para señalar que los teóricos del derecho llevan a cabo una tarea de comprensión del derecho a través del modo en que proponen interpretar y conectar sus diferentes elementos. Pero, más allá de la tarea de comprensión, los juristas pueden también tener iniciativas que propongan la transformación de alguno o varios de los elementos del sistema jurídico (Robles 2021, 860).

El caso del que hablamos es lo que en derecho conocemos típicamente como las propuestas *lege ferenda* o *sententia ferenda*. Estas propuestas las suele llevar a cabo la doctrina cuando hace un análisis de algún tipo de institución, de normativa, de jurisprudencia, etc. y, más allá de analizar y de estructurar aquello que sobre tal cuestión el derecho dice, hace sugerencias de modificación que pretenden mejorar algún aspecto. Estas propuestas se enmarcan fuera del ámbito jurídico y, por lo tanto, son extra-ambientales del punto de vista jurídico. No obstante, esos planteamientos sí obedecen a las necesidades de una sociedad determinada en un momento determinado y, por consiguiente, están conectadas con la realidad en aquello que concierne a la realidad histórico-sociológica, aunque se mueven fuera del ámbito jurídico concreto al que pretenden aplicarse y, en este sentido, sean extra-ambientales. Dado que la TCD es una teoría sobre los ámbitos jurídicos y que pretende el estudio del derecho desde dentro, estas propuestas quedarían fuera de su marco.

Robles señala que las tres perspectivas (la justicia ambital y las dos variantes de justicia extra-ambital) tienen cabida dentro del marco de su teoría del derecho, dado que esta se ocupa del derecho posible. Esto incluiría, no solo el derecho existente en un ámbito concreto, sino también los modelos de derecho que podrían surgir a partir de propuestas extra-ambientales. Sin embargo, esta inclusión plantea una paradoja desde el enfoque interno en el que se mueve la TCD, pues si se ocupa del derecho *desde dentro* (como los jugadores de fútbol que actúan dentro del campo), las perspectivas extra-ambientales serían más comparables a la visión del público o de un comentarista, valiosas pero externas al juego mismo.

Por ello, en este sentido, disentimos con la inclusión que propone Robles, ya que, si el núcleo de la TCD es el estudio del derecho desde dentro de los ámbitos jurídicos, las teorías de justicia extra-ambientales, aunque relevantes, deben considerarse externas al marco estricto de esta teoría. Estas perspectivas podrían integrarse en una *teoría comunicacional de la ética*, pero no encajan plenamente dentro de una teoría del derecho.

Cabe destacar que, a pesar de reconocer las teorías extra-ambientales, en su obra dedicada a la teoría de las decisiones, Robles desarrolla una propuesta concreta de justicia jurídica que se sitúa dentro del contexto europeo, sin formular teorías específicas para la justicia extra-ambiental (ya sea idealista o vinculada a un contexto histórico particular). Esto refuerza nuestra idea de que, desde el punto de vista comunicacional, las teorías de justicia extra-ambientales no solamente son prescindibles, como señala el propio autor (2021, 861), sino en realidad ajenas a su marco analítico.

2.2. ¿Una propuesta de teoría de la justicia aplicable a cualquier derecho posible?

La teoría comunicacional de la justicia se pretende aplicable a cualquier derecho posible. En todo sistema jurídico existe una justicia ambital, y pueden darse (aunque no sea obligatorio) propuestas *lege ferenda* por parte de la doctrina, que configuren una teoría de la justicia extra-ambiental adaptada a ese ámbito jurídico específico. Paralelamente, también pueden existir propuestas de tipo ético-filosófico que operen en un plano abstracto, orientadas a imaginar un sistema jurídico idealmente justo. Esta clasificación de la teoría de la justicia en dos tipos (con dos subtipos dentro de uno de ellos) es válida para cualquier sistema jurídico posible. Sin embargo, el contenido material de una teoría jurídica de la justicia concreta no puede extrapolarse a cualquier derecho posible, ya que siempre estará ligado a un ámbito jurídico particular.

Sabemos que existe una pluralidad de ordenamientos jurídicos, y que cada uno tiene un sistema (o sistemas) que lo desarrolla(n) y completa(n). A su vez, cada ordenamiento y cada sistema jurídico se insertan dentro de un ámbito jurídico específico. Por lo tanto, hay una pluralidad de ámbitos jurídicos, y cada uno de ellos tiene su propia teoría de la justicia ambital.

Cada ámbito jurídico tiene su propia concepción de la justicia, sus fuentes normativas y emplea modos de interpretación específicos. Además, entre los diferentes sistemas jurídicos pueden existir divergencias significativas. Estas

divergencias reflejan cómo las concepciones de justicia varían entre los sistemas jurídicos.

La teoría de la justicia de Robles refleja el perspectivismo que caracteriza el conjunto de su obra. La acción, entendida no como un conjunto de movimientos físicos, sino como el significado atribuido a ellos en un contexto, es central en la construcción teórica comunicacional pues, así como levantar la mano puede significar saludar o llamar a un taxi según el contexto, la acción jurídica adquiere significado en función de su marco interpretativo. Esta noción de acción conecta entre sí los tres pilares de la TCD: la teoría formal, la teoría dogmática y la teoría de las decisiones. Dado que las decisiones son un tipo de acción, su contenido también está condicionado por la interpretación y el contexto.

De este modo, el contenido material de cualquier teoría jurídica de la justicia, al estar enmarcado en la teoría de las decisiones, no puede ser sino perspectivista. Siempre estará vinculado a un tiempo, a un lugar y a unas interpretaciones específicas. Sin embargo, lo que sí puede aplicarse a cualquier derecho posible es la división tripartita de la teoría de la justicia: una justicia ambital centrada en un ámbito jurídico concreto; una justicia extra-ambital que parte de un ámbito jurídico existente, pero propone mejoras; y una justicia extra-ambital basada en un ideal abstracto, no ligado a un sistema jurídico específico.

A modo de ejemplo, Robles propone un modelo de teoría de la justicia para el ámbito jurídico occidental (2021, 863-870). Este modelo no se presenta como universal, sino como una propuesta para un contexto específico: el europeo. Además, señala que este contenido material responde a consensos sociales en esa sociedad concreta, y que su elección se basa en el conocimiento profundo que tiene de dicho contexto. Esto refuerza la idea de que, aunque los principios estructurales de la teoría de la justicia sean aplicables a cualquier derecho posible, su contenido material debe necesariamente adaptarse a los contextos específicos en los que opera.

2.3.Propuesta concreta de teoría de la justicia ambital para la sociedad occidental contemporánea: cuatro modelos de base para una propuesta no sesgada

La propuesta comunicacional para una teoría de la justicia ambital requiere, como primer paso, especificar los ámbitos jurídicos a los que se dirige. Esto es coherente con el planteamiento de que la justicia ambital está necesariamente conectada a uno o varios ámbitos jurídicos concretos. En este caso, la propuesta comunicacional se presenta como una contribución diseñada es-

pecíficamente para el ámbito jurídico europeo contemporáneo, aunque cabe señalar que, si bien el contenido material de la propuesta está adaptado a este contexto, su estructura, basada en cuatro modelos de partida, podría servir como base para cualquier teoría de justicia ambiental posible.

Los cuatro modelos de partida que conforman esta propuesta son (2021, 864):

- Modelo de juegos o lúdico, centrado en el aspecto convencional del derecho, destacando las reglas que los actores aceptan y siguen como parte de un acuerdo social implícito.
- Modelo natural, que aborda el aspecto antropológico del derecho, considerando las necesidades, capacidades y características inherentes a los seres humanos.
- Modelo utilitarista, que examina el aspecto económico del derecho, centrándose en la maximización de la utilidad y los beneficios sociales.
- Modelo histórico-social, que incorpora el contexto histórico y social en el que opera el ordenamiento jurídico, reconociendo su influencia en la configuración y evolución de las normas.

Al partir de cuatro modelos complementarios, se está tratando de evitar hacer una propuesta limitada y sesgada que no consiga abarcar la complejidad del fenómeno jurídico en su totalidad. Así, la propuesta comunicacional se basa en integrar los cuatro modelos, combinando sus aportaciones para ofrecer una teoría de justicia ambiental integral que refleje la riqueza y multidimensionalidad del derecho.

Además, dado que la TCD parte siempre del lenguaje de los juristas como herramienta de análisis, esta propuesta de justicia ambiental sigue la misma metodología. A través del uso del lenguaje jurídico y la combinación de los cuatro modelos, se construye una teoría que busca capturar tanto la estructura formal como las dimensiones humanas, sociales, económicas y convencionales del derecho. Con lo cual, la propuesta pretende ser, además de exhaustiva, pragmática y adaptable a las diversas realidades jurídicas.

2.3.1. Modelo de juegos

El modelo de juegos al que Robles recurre en su teoría nos devuelve al aspecto convencional del derecho, un aspecto frecuentemente ignorado, pero de

indudable relevancia cuantitativa. Este interés por lo convencional ha llevado al autor a dedicar parte de su obra a la teoría de juegos, debido a su proximidad conceptual con numerosos mecanismos del derecho (2009, 11-15). Las normas convencionales encarnan criterios de justicia basados en acuerdos, y las reglas del juego son un ejemplo paradigmático: en el fútbol, por ejemplo, se establece que cada equipo tiene once jugadores y que uno de ellos, el portero, puede tocar el balón con las manos, mientras que el resto no. Estas reglas podrían haber sido diferentes (podría haberse permitido que todos los jugadores tocaran el balón con las manos dentro del área o que los equipos tuvieran doce jugadores en lugar de once) pero la convención decidió las reglas actuales. Una vez determinadas, estas reglas son las que deben respetarse para participar en el juego.

Del mismo modo, muchas normas jurídicas tienen un carácter convencional. Si tomamos como ejemplo la normativa de tráfico, en España se establece que los vehículos deben circular por la derecha, pero en otros países, como el Reino Unido, la convención dicta que se circule por la izquierda. Desde el punto de vista jurídico, ambas opciones son equivalentes. No obstante, una vez que se ha adoptado una convención específica, la justicia dentro de ese sistema radica en respetar dicha regla, esa *regla del juego*.

Estas similitudes entre los juegos y el derecho no implican que Robles confunda ambos fenómenos o que sostenga que el derecho es un juego. Lo que señala el autor es que ambos comparten mecanismos convencionales, y que el estudio de los juegos, dada su simplicidad, puede ser una herramienta útil para comprender ciertos aspectos del derecho, que es mucho más complejo. En particular, el análisis de los juegos permite entender cómo las reglas convencionales generan una *racionalidad intrínseca* (2021, 867) basada en los principios de libertad e igualdad. Los participantes en un juego lo hacen libremente y las reglas se aplican a todos los jugadores de manera equitativa, reflejando el principio de igualdad.

Dicho esto, hay que constatar que existe una diferencia fundamental entre el derecho y los juegos: la relación con el sistema jurídico no es voluntaria, ya que no podemos decidir libremente no someternos al derecho del estado en el que vivimos. Esta falta de voluntariedad en el derecho lo diferencia significativamente de los juegos. A pesar de ello, el modelo lúdico resulta útil para entender cómo se organizan ciertos aspectos de los ámbitos jurídicos, aunque, como Robles señala, es insuficiente para abarcar toda la complejidad y diversidad del fenómeno jurídico. Por lo tanto, este modelo se configura como una herramienta analítica valiosa dentro de un enfoque más amplio e integrado.

2.3.2. *Modelo de naturaleza*

La invocación a la naturaleza ha sido un elemento constante en la historia del pensamiento filosófico, y Robles retoma este criterio en su propuesta, empleándolo según la concepción de la naturaleza mixta de los seres humanos. Esta concepción considera que los seres humanos se componen de un elemento corporal y un elemento psíquico o espiritual. En consonancia con los postulados fundamentales de la TCD (que evita los axiologismos y se centra en ofrecer herramientas pragmáticas para los juristas), Robles no adhiere a ninguna teoría específica sobre la naturaleza humana en última instancia.

En clave comunicacional, resulta irrelevante si se parte de convicciones religiosas que afirmen la existencia de un alma trascendente, si se asumen las teorías darwinistas o si se adopta cualquier otra posición sobre el origen y el propósito último de la vida humana. Lo que la TCD considera es que los seres humanos poseen una naturaleza biológica, es decir, un cuerpo, y, paralelamente, están dotados de capacidad de raciocinio. Estas dos características, constatadas de manera general y válidas desde cualquier creencia o perspectiva sobre la existencia humana, constituyen los elementos básicos que la teoría comunicacional toma en cuenta.

La TCD reconoce la existencia de estos dos aspectos (el corporal y el racional), y los combina de manera pragmática para articular una teoría jurídica de la justicia, o, en términos de Robles, una teoría de la justicia ambital. Con esto no pretende ofrecer respuestas sobre la naturaleza última de los seres humanos, sino proporcionar una base conceptual útil y ampliamente aceptable que permita integrar estas dimensiones en un marco jurídico aplicable (Robles 2021, 868). Así, se mantiene fiel a su objetivo principal: ser una herramienta práctica y adaptable a la diversidad de contextos y creencias que caracterizan los sistemas jurídicos.

2.3.3. *Modelo utilitarista*

Estos modelos, que gozan de gran aceptación entre los economistas, evalúan la justicia en términos de bienestar y satisfacción; parámetros que se miden, a su vez, en función de beneficio y sacrificio, lo que les caracteriza por su carácter cuantitativo. Una de las ventajas de estos modelos utilitaristas es que permiten establecer indicadores numéricos, lo cual facilita la medición de la *cantidad* de justicia y proporciona una base empírica para su análisis. Buscan

equilibrar los intereses individuales y colectivos, promoviendo decisiones éticas que puedan fundamentar la formulación de políticas públicas.

No obstante, es importante señalar que los modelos utilitaristas presentan ciertas limitaciones, pues al priorizar el beneficio colectivo, en ocasiones pueden entrar en conflicto con derechos individuales, sacrificando estos últimos en favor del bienestar de la mayoría. Este posible choque plantea desafíos éticos significativos, especialmente en contextos donde los derechos individuales son considerados inviolables o fundamentales dentro del marco jurídico. Por tanto, aunque los modelos utilitaristas ofrecen herramientas útiles y prácticas para evaluar la justicia, deben ser aplicados con precaución, considerando las posibles tensiones entre los beneficios colectivos y los derechos individuales.

2.3.4. Modelo histórico-social

Robles considera al modelo histórico-social como el *definitivo* en la teoría de la justicia ambital, dado que es el que finalmente se utiliza para interpretar las convenciones y para delimitar las exigencias provenientes de los modelos natural, utilitarista y economicista. Según el autor, «cada sociedad tiene su ambiente, el cual se manifiesta en múltiples fenómenos, y no el menor en la mentalidad social. Lo que en una determinada especie social puede considerarse justo, en otra se considera absurdo» (2021, 869). Este planteamiento reafirma el perspectivismo que subyace en toda la concepción del derecho dentro de la TCD.

La elección de este modelo como definitivo responde a la naturaleza situada del derecho: todo en él, incluida la teoría de la justicia, está ligado a coordenadas específicas de tiempo y lugar. Por ello, una teoría de la justicia ambital solo puede ser válida para un ámbito jurídico concreto, en un contexto histórico-social particular. En coherencia con ello, la propuesta comunicacional se presenta como adecuada para el contexto europeo contemporáneo o, de manera más amplia, para el ámbito occidental actual.

La metodología de la TCD parte del modelo lúdico como base, para luego incorporar los modelos natural y utilitarista como herramientas precisas y racionalizadoras. Finalmente, el modelo histórico-social se emplea para dotar de contenido específico a las nociones, principios y valores identificados, adaptándolos a las particularidades de la sociedad en cuestión. Esta secuencia permite integrar los diferentes aspectos del derecho de

manera coherente con las necesidades y características de un contexto dado. Dado que la propuesta no se plantea como universal ni como aplicable a cualquier derecho posible, se aleja de las aproximaciones iusnaturalistas que tienden a proponer principios universales y atemporales. Sin embargo, ello no significa que ignore la necesidad de que el derecho se ajuste a la moral de la sociedad en la que debe operar.

Desde la TCD no se valida cualquier derecho únicamente por su aprobación por parte de una autoridad competente, como podrían sostener algunas aproximaciones positivistas. En cambio, sí se exige que el sistema jurídico cumpla con ciertos criterios ético-morales para ser considerado válido. La originalidad de esta teoría está en que tales demandas ético-morales no son específicas ni absolutas, sino que dependen de los valores esenciales prevalecientes en una sociedad determinada en un momento concreto.

Por tanto, el fundamento central de la TCD, y de su propuesta de teoría jurídica de la justicia ambital, son las coordenadas de tiempo y lugar, lo que permite que se adapte a las particularidades de cada sociedad y contexto histórico, sin imponer principios abstractos y descontextualizados, y la posiciona como un marco conceptual que supera las limitaciones de las corrientes tradicionales del pensamiento jurídico.

PARTE II
Las interacciones entre la *sharí*a
y el sistema jurídico español

La *sharí*a en perspectiva comunicacional: ¿un ordenamiento jurídico?

1. Ordenamiento jurídico y *sharí*a: los conceptos en contexto

1.1. Los elementos necesarios del ordenamiento jurídico: decisión, norma e institución

*Sharí*a, ley islámica o derecho musulmán son expresiones que se utilizan a menudo de manera indistinta, a pesar de que cada una de ellas tiene sus particularidades. En el ideario colectivo, cuando hablamos de *sharí*a o de *derecho islámico* nos estamos refiriendo a un ordenamiento jurídico. Así se desprende del uso habitual que de la expresión hacen, no solamente los juristas, sino también la mayoría de las personas. En la doctrina jurídica se debate desde hace décadas si determinadas normas de derecho islámico atentan contra el orden público de los ordenamientos jurídicos europeos. De este modo, al analizar el fondo y contenido de sus normas y su adecuación a los principios del derecho español, estamos implícitamente dando por sentado que la *sharí*a es un ordenamiento jurídico. Esta es también la consideración que la propia *sharí*a tiene de sí misma, pues se afirma como jurídica (Roca 2011, 57), aunque se trate de un derecho que no emana del Estado.

Nuestro propósito en este capítulo es analizar y determinar si, desde una óptica comunicacional, la *sharí*a cumple con los requisitos para ser considerada un ordenamiento jurídico. Desde la teoría del derecho, el hecho de que

<https://dx.doi.org/10.5209/ejur.002.11>

*La teoría comunicacional de la validez y su aplicación a las interacciones entre la sharí*a y el derecho español. Natalia Jiménez Arroyo. © Ediciones Complutense, 2026.

se le atribuya o no la categoría de ordenamiento jurídico no debe estar necesariamente relacionado con el reconocimiento o no de tal categoría por parte de los Estados, ya que, como afirma Roca, «no es el Estado quien otorga imprevista jurídica a un ordenamiento confesional» (2011, 57). Desde la TCD, la categoría de ordenamiento jurídico se adquiere por cumplir con ciertos requisitos, por gozar de una perspectiva jurídica propia y porque así se desprenda del análisis del lenguaje de los juristas.

Revisaremos si la *sharía*, a la luz de los criterios mencionados, debe ser categorizada como ordenamiento jurídico y, en tal caso, habrá que determinar de qué tipo de ordenamiento jurídico se trata, siguiendo la clasificación según los tres criterios propuestos por Robles. De este modo, dependiendo de si el derecho islámico puede considerarse un ordenamiento jurídico y, en caso afirmativo, qué tipo concreto de ordenamiento jurídico, podrán sentarse las bases para establecer el tipo de relaciones que puede mantener con los ordenamientos jurídicos europeos, así como las opciones y vías de aplicabilidad en los mismos.

La TCD adopta una perspectiva pluralista del derecho, pues reconoce la existencia de múltiples ordenamientos jurídicos, pero aunque esta visión pluralista se ha vuelto común y aceptada, la identificación de elementos compartidos que definen un ordenamiento jurídico no ha sido tradicionalmente central en la doctrina.

Santi Romano, uno de los autores de referencia sobre esta cuestión, desarrolló su teoría sobre el pluralismo jurídico en profundidad. Sin embargo, aparte de las contribuciones del italiano, ha habido pocos tratados detallados sobre este tema. En un esfuerzo por abordar todo el *derecho posible*, Robles examina todos los conceptos que sustentan cualquier ordenamiento jurídico, ya sea existente o concebible. Esto implica identificar los elementos comunes presentes en cualquier ordenamiento jurídico para definir la categoría, que tal como vimos en la primera parte de este trabajo, son la decisión, la norma, la institución y la autoridad.

La clasificación de un orden normativo como ordenamiento jurídico (o no) influirá en las relaciones e interacciones que este tenga con otros ordenamientos jurídicos y, a su vez, las relaciones entre distintos ordenamientos jurídicos difieren de las que existen entre sistemas legales y otros tipos de órdenes normativos, como los morales o los sociales. Por lo tanto, es esencial contar con herramientas que permitan determinar cuándo un orden normativo encaja en la categoría de ordenamiento jurídico, pues ello permite establecer si estamos ante relaciones interordinales o interordinamentales,

que son tipos de relación de distinta naturaleza y cada una con consecuencias jurídicas específicas.

La definición de ordenamiento jurídico, en consecuencia, es crucial para diferenciar el fenómeno jurídico de otros tipos de órdenes normativos, estableciendo los parámetros que permiten comprender y regular sus interacciones.

Con estos amplios criterios, la TCD es consciente del riesgo de diluir la esencia del derecho, ya que estos elementos pueden identificarse en estructuras sociales de diversa índole que, al menos a entender del común de los juristas, no se consideran en realidad ordenamientos jurídicos. Por esta razón, y para limitar tales desvíos, Robles propone herramientas específicas destinadas a evitar la desnaturalización del concepto y, al mismo tiempo, garantizar que sus elementos definitorios delimiten la categoría a los ordenamientos estatales. Estas herramientas son el lenguaje de los juristas y la perspectiva propia.

De este modo, para analizar si la *sharía* puede calificarse como un ordenamiento jurídico y, por ende, si las relaciones entre la *sharía* y el ordenamiento jurídico español deben considerarse interordinamentales, debemos comenzar por determinar si se cumplen en ella los requisitos mínimos que la TCD exige para que exista un ordenamiento jurídico, así como examinar su comportamiento frente a las herramientas racionalizadoras propuestas.

1.2. Breve aproximación a las fuentes y estructura de la *sharía*

En estas líneas el análisis exige aproximarse brevemente a la *sharía* y tratar de definirla o, en su defecto, de poner de manifiesto sus características esenciales someramente. La tarea se presenta igual de ardua que si se tratara de dar una definición concisa del concepto de derecho, lo que nos lleva a empezar por precisar que podemos tratar de mostrar la *sharía* y de aproximarnos a ella, pero que, por su propia naturaleza, no será posible definirla de manera breve y precisa en las siguientes líneas. Así, nos conformaremos con tratar de arrojar cierta luz sobre la concepción más ampliamente aceptada de la *sharía* para valorar si puede encajarse o no en la categoría de ordenamiento. Además, hay que aclarar también que la aproximación aquí ofrecida es simplista y deja de lado aspectos y sutilidades que matizarían la visión reduccionista que presentamos a continuación.

Sharía o ley islámica son expresiones que carecen de un significado unívoco, ya que sus definiciones se ven condicionadas por la significación que

atribuyamos a otros conceptos relacionados, como *islam* o *ley*. La primera dificultad para llenar de contenido una posible definición de *sharía* estriba, por consiguiente, en que esta depende del significado que otorguemos a términos conexos.

A pesar de ello, podemos aventurarnos a dar una definición de *sharía* simple, partiendo del método de base de la TCD: atendiendo al lenguaje de los juristas. Así, considerando el modo en que habitualmente es entendida por los juristas, podríamos afirmar que la *sharía* se refiere al sistema jurídico de carácter y origen religioso que regula la vida de los musulmanes. Esta definición es comúnmente aceptada, pero debemos tener en cuenta que, si la adoptamos como punto de partida, en realidad deberíamos hablar de *sharías* en plural, ya que nunca ha habido un momento en la historia en que el conjunto de musulmanes compartiera una visión uniforme.

Por otra parte, si para llenar de contenido la expresión *ley islámica* entendemos *ley* como el conjunto de reglas, estatutos e instituciones jurídicas adoptadas por una sociedad para organizar y regular sus relaciones, nos estamos interesando en este caso en una parte de la ley islámica, pero estamos dejando de lado otra parte de la misma. Debemos recordar que las normas aplicadas durante el periodo islámico clásico cubrían mucho más de lo que actualmente se abarca a través de la *sharía*. Incluso en los países islámicos que tienen la *sharía* como base de su sistema jurídico, esta suele limitarse hoy a cuestiones relacionadas con el estatuto personal (matrimonio, divorcio, filiación, sucesiones), las relaciones comerciales y la regulación financiera. Sin embargo, las escuelas clásicas la aplicaban a todos los aspectos de la vida.

Por lo tanto, lo primero que hay que constatar es que los términos *sharía* o *islam* son vagos y de difícil definición.

Sharía es un término amplio que engloba numerosas escuelas y subescuelas doctrinales. Cada escuela tiene una comprensión específica sobre qué constituye la ley islámica, cómo y dónde se delimita su contenido normativo, cuáles son sus principios y cuáles son sus aplicaciones y sus significados concretos. Esto implica que, para tener una cierta claridad, cualquier aproximación o debate sobre la ley islámica requiere precisar a qué escuela concreta de *sharía* se está haciendo referencia ya que, en realidad, existen tantas *sharías* como escuelas.

Este fenómeno puede parecer contradictorio desde ciertas concepciones teóricas del derecho, como sería el caso del positivismo normativista, por ejemplo, que concibe el derecho de modo descriptivista. Sin embargo, desde

las tesis hermenéuticas y constructivistas de la TCD, se trata de un ejemplo en el que la distinción entre ordenamiento y sistema aparece de manera nítida.

Para determinar si la *sharía* puede enmarcarse dentro de la categoría de ordenamiento jurídico a ojos de la TCD analizaremos si la totalidad textual sobre la que se cimienta este orden normativo posee las características necesarias para ser denominado ordenamiento jurídico y para ser tratado y aplicado como tal. Podemos avanzar que al término del análisis concluiremos que la *sharía* sí constituye un ordenamiento jurídico. No obstante, su organización se caracteriza por notables particularidades que condicionan tanto el modo en que puede aplicarse efectivamente como las relaciones interordinamentales que establece. Así, la breve aproximación que hacemos de la *sharía* en este momento no toma en cuenta las diferentes escuelas de interpretación, sino únicamente la base textual sobre la que estas escuelas construyen sus propuestas. Nos focalizaremos, por tanto, en la *sharía* como ordenamiento jurídico, dejando de lado su análisis como sistema jurídico.

El texto base de la *sharía* es el Corán, que podría traducirse como *recitación* o *aquello que ha de ser recitado*. Es el texto creador del islam y, por lo tanto, lo que en teoría del derecho puede considerarse como un *texto constitucional*. Tomando las palabras de Morales, «el Corán contiene para los musulmanes la última palabra de Dios, hecha descender sobre Mahoma, que ha sido transmisor íntegro y fiel del mensaje divino» (2017, 36). En esta concepción, de carácter eminentemente religioso, no se tiene a Muhammad por autor del Corán, sino que su rol se limita a ser aquel de quien recoge las palabras divinas en su mente para transmitir las posteriormente a los suyos. No hay, por consiguiente, ningún rastro de autoría humana en el Corán. El conjunto de la obra se atribuye a Dios.

El Corán es un texto de carácter retórico y exhortativo (Morales 2017, 38). Dado que en un primer momento se transmitía por vía oral, el texto que conocemos actualmente proviene de un proceso de elaboración que se inicia durante la vida del Profeta y que continúa después de su muerte, llevado a cabo por los califas sucesores, así como por doctores y exégetas durante cerca de dos siglos, hasta alcanzar la versión definitiva que conocemos hoy en día. Esta versión se compone de 114 capítulos denominados *suras*, cuya extensión es muy desigual: algunos *suras* tienen entre 3 y 6 versículos, mientras que otros son considerablemente más largos, llegando uno de ellos a contener 286 versículos.

El Corán desempeña un papel de primera magnitud en la vida y en el pensamiento de los musulmanes, ya que contiene el núcleo del islam y el desarrollo detallado de las revelaciones recibidas por Muhammad (Morales 2017,

50). Es crucial tomar en cuenta que, según la comprensión de los eruditos islámicos, la enseñanza del Corán no permite un desarrollo evolutivo a lo largo de la historia. La tarea de la teología y, especialmente, de los juristas musulmanes, consiste en una labor de interpretación del texto coránico, pero el texto en sí no puede modificarse.

Por otra parte, encontramos la *sunnah*, que puede entenderse como *tradicción* y constituye la segunda fuente de la *sharía*. La *sunnah* está formada por narraciones, conocidas como *hadices*, que recogen palabras atribuidas al Profeta, directrices para la vida que él prescribió, anécdotas sobre sus circunstancias personales y sociales, entre otros aspectos. Estas narraciones eran preservadas en la memoria de los discípulos y seguidores de Muhammad (Dupret 2014). Inicialmente, se transmitían oralmente entre ellos. Posteriormente, conforme el islam se expandió a través de las victorias en las batallas y el Imperio omeya conquistó nuevos territorios, estos relatos comenzaron a difundirse también entre personas que no habían tenido contacto directo con el Profeta.

La *sunnah* goza de una gran autoridad entre los musulmanes, lo que la convierte en una fuente fundamental de la *sharía*. A los *hadices* se les atribuye, por una inmensa mayoría de creyentes musulmanes, un rango religioso prácticamente similar al del Corán (Coulson 1998). Estos transmiten el sentir y los modos de juzgar de Muhammad en todo tipo de circunstancias y sobre asuntos de lo más variado. Son vistos prácticamente como una extensión del Corán, un complemento natural al mismo. Se considera que proceden del mismo núcleo religioso que el Corán y que son una continuidad de su espíritu.

El origen de los *hadices* se encuentra en los compañeros de Muhammad, quienes, tras la muerte del Profeta, se dedicaron a recoger narraciones y noticias sobre todo lo que había dicho y hecho. Se esforzaron por relatar estas historias e intercambiarlas entre ellos, con el propósito de que la memoria viva del Profeta pudiera «ejercer una influencia perenne sobre la comunidad de creyentes» (Morales 2017, 53). Con la rápida expansión del islam a través de las conquistas que se lograron tras el fallecimiento de Muhammad, los *hadices* comenzaron a difundirse entre quienes no habían tenido la oportunidad de escucharlos directamente.

La codificación de los *hadices* (las narraciones sobre las palabras y acciones del Profeta) fue una tarea llevada a cabo principalmente por eruditos y compiladores musulmanes a lo largo de los siglos posteriores (Martos 2004, 331).

Los eruditos musulmanes comenzaron a recopilar, verificar y clasificar los *hadices* en colecciones. Seis recopilaciones de *hadices* han sido tradicional-

mente valoradas en el ámbito musulmán suní: las de al-Bujârî (m. 256/870), Muslim (m. 261/875), Ibn Mâya (m. 273/886), Abû Dâwûd (m. 275/888), al-Tirmidhî (m. 279/892) y al-Nasâ'î (m. 303/915). De entre ellas, las dos primeras –las de al-Bujârî y Muslim– gozan de un reconocimiento especial y son denominadas *sahîh*, es decir, *auténticas* o *verídicas*, siendo conocidas conjuntamente como *al-Sahîhayn* (“los dos *Sahîh*”). A este conjunto se suele añadir la recopilación de un autor anterior, el *Muwattâ'* del imán Mâlik (m. 179/795), así como otras colecciones relevantes, como el *Musnad* de Ibn Hānbal (m. 241/855) (Boisliveau 2021, 91).

Imam Muslim (821-875) es reconocido por su destacado trabajo en la recopilación de *hadices*, especialmente en su colección *Sahih Muslim*. Tanto él como otros eruditos musulmanes dedicaron sus vidas a viajar, investigar y verificar la autenticidad de los *hadices* antes de incluirlos en sus colecciones. Para ello, aplicaron criterios rigurosos que evaluaban tanto la cadena de transmisión (*isnad*) como el contenido (*matn*) de cada *hadiz*. Este meticuloso trabajo permitió clasificar los *hadices* según su validez, estableciendo categorías como genuinos (*sahih*), buenos (*hasan*) o débiles (*da'if*).

La codificación de los *hadices* fue un proceso gradual que se desarrolló con gran esfuerzo a lo largo de los siglos. Los recopiladores posteriores también aportaron significativamente a esta tarea, y sus colecciones se convirtieron en referencias fundamentales para la jurisprudencia islámica y la toma de decisiones legales. A pesar de que se llevaron a cabo importantes esfuerzos para garantizar la autenticidad de los *hadices*, la validez absoluta de algunos de ellos continúa siendo motivo de debate entre los estudiosos. Sin embargo, colecciones como las de Al-Bûjârî y Muslim siguen gozando de un alto nivel de respeto y son consideradas fuentes esenciales para comprender y practicar el islam.

En resumen, el Corán y la *sunnah* son los textos fundamentales del islam y constituyen la base sobre la cual se sustentan los sistemas de todas las escuelas y subescuelas doctrinales. Estos textos establecen claramente que la autoridad suprema recae en la divinidad. Sin embargo, más allá de esta autoridad de carácter *metafísico*, no se define en los textos constituyentes islámicos una autoridad *terrenal* que, en términos de derecho positivo, tenga competencias para organizar la sociedad islámica. Este rasgo es particularmente significativo en el islam suní, que carece de una estructura jerárquica centralizada (Roca 2011). En el islam suní no existe intermediario entre Dios y las personas, por lo que hay que tomar en cuenta que figuras como los cadíes, los ulemas o los

imames no son representantes de la comunidad musulmana, la *umma*, que carece de una estructura jerárquica formal.

Como consecuencia, la *ijma'* (generalmente traducida como, «consenso») adquiere una gran relevancia en la mayoría de las escuelas doctrinales, sobre todo a partir de la construcción del sistema jurídico islámico por parte de ash-Shafi, como veremos en el siguiente capítulo, pues el único modo de establecer una opinión ortodoxa sobre una tesis determinada es mediante el consenso entre los sabios y estudiosos, lo que refuerza el carácter descentralizado y plural del islam en su dimensión jurídica y teológica.

Otra característica significativa del islam es que, a pesar de ser un orden confesional, el hecho de que se tenga a sí mismo por *ley revelada* tiene como consecuencia, como señala Morales, que en la ciencia islámica adquieran más relevancia la doctrina jurídica, la jurisprudencia y el derecho en general que la teología (2017, 63). La afirmación de este autor se basa en la constatación de que, para los musulmanes, el Profeta y sus compañeros no se dedicaron a cuestiones teóricas ni especulativas. En su lugar, Muhammad centró su atención en la organización práctica de la vida diaria del individuo y de la comunidad y, además, hay que recordar que no se limitó a transmitir el mensaje de Dios como profeta, sino que también asumió el papel de líder político de la *umma*.

Este cúmulo de características y de hechos históricos lleva a que religión y derecho queden fusionados de manera indivisible para los musulmanes (Genequand 2012, 53). Prueba de ello es que la denominada *fiqh* (doctrina jurídica o dogmática jurídica) es crucial para adquirir una visión clara de la religión islámica en general y de la conducta que debe ser adoptada por los fieles en particular.

En este contexto la *sharía* representa el conjunto de prescripciones con vocación normativa que se encuentran en el Corán y en la *sunnah*. Estos textos, que son la base sobre la que se cimienta toda la estructura islámica en todas las escuelas existentes, resultan en sí mismos insuficientes para la organización completa de la sociedad musulmana. Por ello, estas fuentes primarias están complementadas por herramientas de interpretación que varían en las diferentes escuelas. Por ejemplo, se puede citar la *ijma'* (consenso) y el *qiyas* (analogía) como criterios para la resolución de conflictos⁴.

⁴ Cabe precisar que en el caso de la *qiyas* (analogía) es aceptada solamente de manera muy restrictiva por la escuela hanbalita, predominante en países como Arabia Saudí o Qatar.

Esta aproximación al islam, aunque breve y simplificada, debe servirnos de base para analizar si, desde la perspectiva de la TCD, la *sharía* puede calificarse como un ordenamiento jurídico.

1.3. La autoridad en la *sharía*: ¿elemento ausente o particularidad en el ejercicio?

Según lo expuesto, para analizar si la *sharía* puede calificarse como un ordenamiento jurídico desde la TCD, es esencial verificar la presencia de los elementos fundamentales: decisión, norma, institución y autoridad, cuya existencia se presupone si se dan las tres anteriores.

Respecto a la decisión, el mensaje del Corán surge de una decisión inicial que establece un marco de actuación para que los hombres alcancen la excelencia moral. Para los creyentes, esta decisión es atribuida a Dios, mientras que para los no creyentes puede entenderse como una decisión de Muhammad. A este respecto no va a haber consenso sobre quién toma esta decisión, pero sí es indudable que existe una decisión fundacional.

De esta decisión emana una norma que puede considerarse constituyente: el Corán, el texto sagrado fundador del islam. A esta norma inicial se suman posteriormente los *hadices*, que conforman la *sunnah*. Este cuerpo normativo complementa al Corán, aportando un marco de interpretación y desarrollo a su contenido, aunque su precisión varíe en diversos aspectos.

A través de este conjunto normativo se organiza la *umma*, cuya autoridad máxima es Allah. Los preceptos de Allah se interpretan y siguen mediante el ejemplo de vida y las enseñanzas del Profeta y se desarrolla a través de instituciones específicas como la *kafala* (tutela), el matrimonio (que incluye figuras como la *mahr* –dote– y el *talak* –repudio–), el *zakat* (impuesto obligatorio), entre otras. Estas instituciones reflejan la operatividad y concreción del marco normativo en la vida de la comunidad.

Por lo tanto, la *sharía* presenta los elementos esenciales que la TCD exige para considerar que estamos potencialmente ante un ordenamiento jurídico: una decisión fundacional, normas que estructuran el comportamiento social, instituciones que desarrollan y aplican esas normas, y una autoridad reconocida, aunque sea de naturaleza trascendental. Esto permite considerarla un ordenamiento jurídico, aunque con características particulares que influirán en su aplicabilidad y en sus relaciones interordinamentales.

Así, la *sharía* contiene de manera fácilmente identificable los elementos de decisión, norma e institución, pero encontramos un punto problemático:

la autoridad. La TCD presupone la existencia de una autoridad definida y que la constitución mínima del ordenamiento establezca quién ostenta el poder supremo. Esto no puede limitarse a una autoridad formal que funcione como referente moral o ético, sino que también debe ser efectiva, debe delimitar el reparto de poderes y las estructuras organizativas que rigen en una sociedad, pues tal como señala Robles, «cualquier ordenamiento es el resultado de las decisiones tomadas por las autoridades» (2015a, 71).

En el caso del islam, la divinidad es indudablemente la autoridad suprema. Sin embargo, esta autoridad trascendental no se traduce en una organización unitaria en términos terrenales. La pregunta que surge entonces es: ¿de qué manera logra la *sharía* imponerse de manera efectiva?

Durante la vida de Muhammad, este ejercía una autoridad suprema sobre la comunidad musulmana, la *umma* (Mosterín 2012, 34). El Profeta transmitía las órdenes de Dios, pero además de eso también era el líder político de esta comunidad. Uno de los mecanismos que utilizó para estructurar y consolidar su liderazgo fue el juramento de guerra, que implicaba la creación de un acuerdo comunitario, que podría considerarse una suerte de constitución inicial, para el pueblo de Medina. Según este acuerdo, los musulmanes debían formar una comunidad única y separada de otros grupos humanos.

El conflicto surge a su muerte, que es el momento en que se pone de manifiesto el problema de la autoridad en el islam, ya que el Profeta no había dejado estipulado quién debía asumir la gobernanza de la comunidad de fieles tras su fallecimiento. Este vacío generó disputas y divisiones que dieron origen, entre otras cosas, a la diferenciación entre el islam suní y el islam chií (Genequand 2012, 54). Estos conflictos se materializaron como reflejo de la ausencia de una estructura jerárquica centralizada en la comunidad musulmana.

Por tanto, si bien la *sharía* tiene una autoridad reconocida en Allah, la falta de una estructura de organización terrenal clara plantea dificultades para encajarla plenamente en la categoría de ordenamiento jurídico desde los criterios comunicacionales. Por ello, este aspecto requiere un análisis más profundo sobre cómo la *sharía* opera efectivamente en distintas sociedades musulmanas y sobre cómo establece su relación con otras estructuras organizativas.

Muhammad, como profeta, tenía un rol único e irremplazable en el islam. Desde el punto de vista religioso, no existe necesidad de un sucesor, ya que en un orden basado en principios religiosos y morales no se requiere la existencia de intermediarios entre la divinidad y los seres humanos, pero su papel no se limitaba al ámbito espiritual, pues también ejerció como líder político de la comunidad musulmana. Además, hay que tomar en cuenta que

la religión islámica abarca todos los aspectos de la vida de los individuos, incluidos aquellos con significación jurídica, es decir, que también organiza las relaciones entre las personas, ya que no solo trata de las relaciones entre Dios y los hombres, sino también de las relaciones entre las personas, es decir, las relaciones de alteridad, para cuya regulación y resolución de conflictos se requieren autoridades organizadas y una estructura unitaria. Así, el vacío de poder que se produce a la muerte de Muhammad desencadena conflictos que culminaron en divisiones significativas, lo que pone de manifiesto cómo en el islam la religión y el derecho quedan profundamente imbricados en una relación fusional.

Lo expuesto hasta ahora evidencia que la necesidad de establecer una autoridad que trascienda la mera formalidad y que posea una estructura organizativa clara no es un fenómeno exclusivo de la modernidad, sino un desafío inherente al islam desde sus orígenes. Este caso pone de manifiesto que el concepto de autoridad, tal como lo plantea Robles, no puede limitarse a un simple derivado de los elementos de decisión, norma e institución. Por el contrario, la autoridad debe incluir un componente organizacional suficientemente detallado que permita articular competencias y facultades de manera efectiva, convirtiéndose así en un elemento independiente y necesario para que un conjunto normativo sea reconocido como un ordenamiento jurídico.

Así, el islam presenta un caso paradigmático que desafía las concepciones tradicionales de la autoridad en el derecho, ya que opera sin una jerarquía centralizada ni estructuras unitarias definidas. Entonces, ¿cómo se configura y actúa la autoridad en ausencia de estos elementos? Históricamente, el islam ha resuelto el vacío organizacional que no puede llenarse únicamente mediante la interpretación de sus textos fundadores, apoyándose en las estructuras proporcionadas por los poderes políticos. Estas estructuras han permitido que la *sharía* cuente con el componente organizacional requerido para abordar casos concretos, cumpliendo con los elementos esenciales que la TCD considera necesarios para definir un ordenamiento jurídico.

Desde los primeros califas, se consolidó un modelo práctico que ha perdurado hasta nuestros días. Este modelo consiste en que, al carecer de una estructura jerárquica y competencial propia, el islam se apoye en las autoridades seculares para implementar y garantizar la efectividad de la *sharía*. Ejemplos históricos como el del Imperio otomano o Al-Ándalus, así como ejemplos actuales en Estados como Arabia Saudí, Marruecos o Malasia, ilustran cómo estas estructuras externas han sido esenciales para la operatividad de la *sharía*. Estos casos históricos y contemporáneos demuestran que la *sha-*

ría es plenamente aplicable, aunque dependa de estructuras organizacionales que no le son propias.

Esta peculiaridad, que podría describirse como una forma de subcontratación de la estructura organizativa necesaria para constituirse como ordenamiento jurídico, ha generado importantes controversias. Un análisis destacado al respecto es el de María J. Roca, quien examina la consideración de la *sharía* como ordenamiento jurídico a la luz de la teoría del ordenamiento jurídico de Santi Romano, conocido por su concepción amplísima del ordenamiento jurídico y su pluralismo extremo. Según el análisis de Roca, incluso bajo las aperturistas tesis de Romano, la falta de elemento organizacional en la *sharía* puede ser un obstáculo para considerarla como un ordenamiento jurídico pleno, ya que esta característica es esencial para su categorización.

No obstante, la autora no concluye que el elemento organizacional de la *sharía* esté necesariamente ausente, sino que puede entenderse que se manifiesta de manera peculiar (2011). Por esta razón, según la teoría del ordenamiento de Romano, la *sharía* podría ser considerada un ordenamiento jurídico a las luces del análisis de Roca, aunque no autónomo, lo que implica una dependencia estructural del poder civil y político que tiene repercusiones conceptuales y prácticas.

Desde la visión comunicacional, resulta esencial evaluar cómo gestionar esta singularidad en el ámbito de la autoridad para determinar si constituye un obstáculo insalvable para considerar la *sharía* un ordenamiento jurídico. Para ello, deben aplicarse las herramientas racionalizadoras propias de la TCD: el análisis del lenguaje de los juristas y la evaluación de si la *sharía* goza de una perspectiva jurídica propia que la diferencie de otros órdenes normativos. Estos criterios permitirán valorar si la *sharía* cumple con las exigencias de un ordenamiento jurídico desde una perspectiva comunicacional.

2. La *sharía* ante las herramientas racionalizadoras de la TCD

2.1. El lenguaje de los juristas como mecanismo delimitador

El punto de partida comunicacional para el estudio del derecho es el lenguaje de los juristas. Este método inicial guía el análisis de todas las cuestiones con significación jurídica dentro de la teoría de Robles. En coherencia con esta premisa, que se encuentra omnipresente en la teoría formal, en la teoría dogmática y en la teoría de las decisiones, Robles erige el elemento del *lenguaje de los juristas* como clave para determinar si un orden normativo puede ser consi-

derado un ordenamiento jurídico, más allá del cumplimiento de los elementos básicos exigibles (decisión, norma, institución y autoridad). Según el autor, se encuadra en la categoría de ordenamiento jurídico «toda realidad a la que así llamen el común de los juristas» (2007, 25).

Por consiguiente, el *lenguaje de los juristas* actúa, además de como punto de partida para el estudio del derecho, como criterio esencial para categorizar ciertos conceptos como propios del universo jurídico. Esta herramienta cumple una finalidad racionalizadora, evitando llegar a la consideración de que hay ordenamiento jurídico cuando se está ante cualquier atisbo de organización social.

Al establecer los requisitos de decisión, norma e institución como mínimos indispensables para que exista un ordenamiento jurídico, Robles adopta deliberadamente un marco amplio. Esta decisión responde, como se analizó en el capítulo dedicado a la caracterización del concepto de ordenamiento jurídico desde la perspectiva comunicacional, a su voluntad de superar el marco estatista propio de visiones monistas.

En decir, la definición de las condiciones para clasificar un sistema normativo como ordenamiento jurídico se enfrenta a un dilema: flexibilizar el concepto para permitir requisitos mínimos, lo que incluiría entidades que intuitivamente no deberían formar parte (como familias, clubes de petanca, etc.), o imponer restricciones estrictas que limitarían la categoría únicamente al derecho estatal. Ante esta encrucijada, el autor opta por la primera opción y, para garantizar coherencia y pragmatismo en los resultados, introduce el *lenguaje de los juristas* como herramienta delimitadora.

Cuando se recurre al lenguaje de los juristas, se excluyen de la categoría de ordenamientos jurídicos aquellos órdenes normativos que rigen, por ejemplo, en un club de lectura o en una banda terrorista, no porque carezcan de los elementos básicos (decisión, norma, institución y autoridad), sino porque los juristas no los consideran ni los tratan como tales. Así, el lenguaje jurídico opera como un mecanismo pragmático e implícito de delimitación de la categoría.

En cuanto a la *sharía*, atendiendo al lenguaje de los juristas, no hay grandes dudas de que es considerada un ordenamiento jurídico de manera generalizada tanto en la doctrina como entre los operadores jurídicos. Un rastreo rápido en cualquier motor de búsqueda por internet evidencia numerosos estudios de juristas reputados que analizan diversos aspectos de la *sharía*, en cuyos trabajos, la consideración de la *sharía* como ordenamiento jurídico suele ser un denominador común. Esto confirma que, desde la perspectiva del

lenguaje de los juristas, la *sharía* cumple con los requisitos para ser categorizada como tal.

Dado que partimos en este análisis desde el ordenamiento jurídico español, podemos citar, a modo de ejemplo, algunos trabajos de juristas españoles que, ya en el mismo título de sus obras, reflejan la consideración de la *sharía* como un ordenamiento jurídico. Entre ellos destacan: «Efectos jurídicos en España del acogimiento de derecho islámico (*kafala*)» (De Verda y Beamonte 2010), «Matrimonio islámico y derecho de familia español» (Tazón 2008), «Derecho de familia islámico» (Motilla, Ciaurriz y Vázquez 2002), «El matrimonio islámico ante el derecho español» (Moreno 2000), «Discriminación de la mujer en el derecho de familia islámico y orden público» (Nieto 2020), «La *kafala* de derecho islámico: concepto, naturaleza jurídica, caracteres y efectos jurídicos en España» (Ortega 2015), «Aproximación al derecho islámico y su regulación del velo» (Vázquez 2017).

En estos ejemplos observamos que el derecho islámico, o la *sharía*, es tratado por los autores como un ordenamiento jurídico. Asimismo, se asume, según se desprende de sus escritos, que la *sharía* mantiene relaciones interordinamentales con el ordenamiento jurídico estatal español. Esto refuerza la conclusión de que, desde la perspectiva del lenguaje de los juristas, la *sharía* cumple con los criterios necesarios para ser considerada un ordenamiento jurídico.

María J. Roca, en su trabajo anteriormente mencionado «¿La *sharía* como ley aplicable en virtud de la libertad religiosa?» (2011) analiza si, atendiendo a los criterios de Santi Romano, puede considerarse a la *sharía* como un ordenamiento jurídico aplicable en el ordenamiento jurídico español. El modo en que este trabajo aborda la aplicación de la *sharía* en España (atendiendo, antes de pasar a las cuestiones de fondo a si estamos ante un ordenamiento jurídico) es una *rara avis* en la doctrina española. El trabajo es original ya que son pocos los autores que han publicado análisis sobre la categoría de ordenamiento jurídico de la *sharía*. Lo habitual, como en los ejemplos citados, es darlo por sentado.

Cuando se analiza la *sharía* desde una visión occidental y asumiendo de antemano que estamos ante un ordenamiento jurídico, el estudio suele centrarse en cuestiones de fondo y, sobre todo, en su posible colisión con el orden público. Así, la literatura sobre el uso del velo, la poligamia, el repudio, etc., es vasta. Sin embargo, escasean los análisis sobre el estadio previo: aquellos en los que se determine qué tipo de relación puede establecerse entre el ordenamiento jurídico español y la *sharía* en función de si esta última es o

no un ordenamiento jurídico y, si lo es, de qué tipo. De ahí la importancia del análisis de Roca, quien con maestría examina la cuestión según los criterios del pluralista Santi Romano.

El hecho de que el común de los juristas considere que la *sharía* es un ordenamiento jurídico no es cuestión anodina. Hay instituciones, como la *ka-fala*, el *mahr* o el *talak*, cuyo origen se encuentra en los textos de la *sharía* y que son reconocidas, aplicadas y reguladas por los Estados de confesión islámica en nombre de la *sharía* y por razón de estar recogidas en los textos que la componen. Es cierto que, en el análisis de cualquier institución cuyo origen se encuentre en el derecho islámico, los autores terminan por referirse a las regulaciones de los Estados con régimen jurídico islámico (puesto que en ellos delega la *sharía* su aplicación efectiva), pero no puede obviarse que estas instituciones encuentran su origen, su legitimidad y su razón de ser en la *sharía*, no en el derecho estatal.

La doctrina toma en cuenta esta circunstancia y, por ello, asume que la *sharía* es un ordenamiento jurídico en sí mismo, con unas características propias que le distinguen del ordenamiento jurídico de los Estados en los que se aplica, por muy islámicos que estos sean, puesto que les trasciende.

Limitar la palabra *derecho*, y con ella el carácter jurídico, exclusivamente al derecho del Estado supone hacer caso omiso al lenguaje habitual de los juristas, tanto teóricos como prácticos. Supone, en definitiva, un concepto restringido de derecho, que no se adecua a las necesidades teóricas que plantea la realidad (Robles 2007, 60).

Son ordenamientos jurídicos, cuando atendemos al lenguaje de los juristas, el derecho internacional público, el ordenamiento comunitario de la Unión Europea, el de algunas religiones como la católica y, en lo que a este trabajo atañe, también la *sharía*.

2.2. La perspectiva propia y el principio de relatividad como características definitorias del ordenamiento jurídico

El hecho de gozar de una perspectiva propia se erige como una característica determinante en la TCD para catalogar como ordenamiento jurídico una determinada estructura, puesto que es lo que le otorga entidad más allá de ser un mero conjunto de normas. De hecho, es justamente esta característica de tener

una perspectiva propia la que resulta determinante para que Robles otorgue al derecho internacional la categoría de ordenamiento jurídico y, a nuestro entender, los mismos razonamientos pueden aplicarse *mutatis mutandis* a la *sharía*.

Siguiendo la estela de Ortega y Gasset (Liz 2017), Robles desarrolla su teoría del derecho asumiendo el perspectivismo inherente a todo el conocimiento humano. Ortega y Gasset presuponía que todo aquello que es analizado por los hombres está irremediabilmente ligado a unas coordenadas de espacio y de tiempo que determinan el modo de ver las cosas y, por consiguiente, las conclusiones a las que se llegue. El derecho no escapa a esta regla general y, por ello, «todo ordenamiento jurídico constituye una perspectiva desde la cual se contempla y enjuicia el mundo jurídico» (Robles 2015a, 721).

Un ordenamiento jurídico pretende «organizar una determinada sociedad y dirigir las acciones de los individuos. Es una totalidad textual que se compone de textos parciales y estos últimos solo adquieren sentido en relación con la totalidad, nunca individualmente considerados» (Robles 2015a, 721).

A partir de estas afirmaciones, la TCD desgaja ciertas implicaciones tanto a nivel interno como a nivel externo. A nivel interno, la primera de ellas es que todo ordenamiento jurídico constituye una perspectiva desde la que es posible calificar y enjuiciar la totalidad del mundo jurídico. En segundo lugar, implica también la condición autopoiética de todos los ordenamientos jurídicos. Es decir, cada ordenamiento jurídico se autorregula, genera sus propios elementos y se va construyendo a sí mismo de manera continua.

A nivel externo, el perspectivismo conlleva, en lo que al derecho se refiere, que todo ordenamiento tiene una perspectiva del mundo exterior, lo que se denomina «perspectiva *ad extra*». Esto supone que «todo ordenamiento jurídico regula sus propias relaciones con el resto de ordenamientos jurídicos existentes en el mundo» (Robles 2015a, 723).

Las perspectivas interna y externa suelen ser implícitas; no se recogen directamente en los textos del ordenamiento, sino que habitualmente son explicitadas por el sistema (es decir, por parte de la doctrina) al ordenar, completar y estructurar el ordenamiento jurídico, transformándolo en sistema jurídico. Un ejemplo evidente de esto se encuentra en el ordenamiento jurídico comunitario de la Unión Europea. En este caso, sus perspectivas interna y externa no se deducen de manera directa de los tratados fundacionales, sino que se han desarrollado y explicitado gracias al trabajo de la

doctrina comunitaria y a la retroalimentación entre esta y la jurisprudencia del TJUE (Robles 2007, 111-115).

En resumen, cada ordenamiento constituye una perspectiva concreta en el mundo del derecho, lo que equivale a reconocer el principio de relatividad de todo lo jurídico (Robles 2015a, 721). Si todo depende del ordenamiento jurídico desde el que se analice, todo es relativo.

Un ordenamiento jurídico no es solo un conjunto de decisiones, normas e instituciones de caracteres determinados. Es también una perspectiva, un prisma a través del cual contemplar la realidad para calificarla y enjuiciarla. Dicho de otra manera, todo ordenamiento jurídico constituye un discurso de referencia a cuya luz es enfocada la realidad toda (Robles 2007, 61).

Con este razonamiento, el autor defiende la condición de ordenamiento jurídico del derecho internacional público, y a nuestro parecer, tales argumentos son igualmente aplicables a la *sharía*. El derecho islámico ha de ser considerado un ordenamiento jurídico, en primer lugar, porque esta es la concepción que tiene de sí mismo. La *sharía* se estructura en unos textos de base cuyo propósito es dirigir las acciones de los fieles a través de un camino de virtud que les guíe hacia la excelencia. Si bien se apoya en los mecanismos, tribunales, etc. de los Estados islámicos para su aplicación efectiva, tiene una concepción propia de lo jurídico. Esto se manifiesta tanto hacia sí misma (al considerarse el ordenamiento de referencia de la *umma* en última instancia) como hacia los demás ordenamientos jurídicos, ya que prevé modos de interactuar y de relacionarse con ellos.

Por ello afirmamos que pueden aplicarse *mutatis mutandis* al derecho islámico las afirmaciones que hace Robles sobre el derecho internacional y la relación que este, en términos de perspectiva, tiene con los Estados:

...lo relevante es que el ordenamiento jurídico internacional implica, como cualquier otro ordenamiento, una perspectiva desde la cual se contempla el mundo jurídico, y que esa perspectiva, como es lógico, no coincide ni puede coincidir con la propia de los estados individualmente considerados. Como perspectiva diferenciada que es, es capaz de enjuiciar los hechos y las conductas que tienen lugar en la realidad atendiendo a sus propias peculiaridades y, por tanto, de manera diferente a como la pueda enjuiciar cada uno de los ordenamientos jurídicos estatales u otros ordenamientos jurídicos, como el de la Iglesia [...]. Esto quiere decir, entre otras cosas,

por poner un ejemplo, que una misma actuación de un gobierno de un estado puede ser perfectamente válida en el derecho de dicho estado, al conformarse a su constitución, mientras que, por el contrario, puede constituir una infracción del derecho internacional, o sea, ser un acto ilícito (2007, 61).

Como veíamos antes, el derecho islámico se aplica a través de las estructuras de los ordenamientos de los Estados, usando su red organizacional para imponerse. Desde esta óptica, podría considerarse que no existe el derecho islámico en sí mismo, sino Estados de confesión islámica que tienen a la *sharía* como fuente del derecho. Así, existiría el derecho saudí, el derecho marroquí, el derecho senegalés, etc., pero no el derecho islámico en sentido autónomo. Sin embargo, atendiendo a los mismos argumentos que sobre el derecho internacional público ofrece Robles, constatamos que no todo el derecho marroquí es derecho islámico, ni viceversa.

Hay determinadas instituciones que son características del islam y que trascienden los derechos de los Estados. Además, está claro que, en lo que respecta a las cuestiones relacionadas con la *sharía*, estas no se miden desde los mismos parámetros interpretativos que el derecho estatal. Para un musulmán viviendo en cualquier país del mundo, la *sharía* será siempre un ordenamiento jurídico de referencia; en cambio, el derecho estatal de referencia será el del Estado en el que resida o del que sea nacional (Backenköhler 2017). La *sharía* tiene sus propios criterios de aplicación, que a diferencia de lo que ocurre en el derecho estatal no son geográficos, sino personales.

Así, el derecho islámico necesita del derecho del poder político y secular para imponerse, pero no debe ser confundido con el ordenamiento de los Estados que lo aplican, aunque utilice algunas de sus estructuras.

2.3. Tipos de ordenamientos jurídicos: una clasificación amplia de miras y que supera la perspectiva estatalista

Desde una perspectiva marcadamente pluralista, que abarca la totalidad de posibles marcos legales y trasciende la perspectiva estatalista, Robles presenta una clasificación de los sistemas jurídicos basada en tres criterios: su origen, su conexión con la dinámica social de la humanidad y su validez.

Esta clasificación resulta particularmente útil en el caso de la *sharía*, pues si bien hemos establecido que sí puede ser considerada un ordenamiento jurí-

dico, la particularidad en el modo en que se implementa y organiza debe ser tomada en cuenta para determinar qué tipo de ordenamiento jurídico es y qué vías de relación pueden establecerse con el ordenamiento jurídico español.

La primera clasificación propuesta por el autor toma como punto de partida el origen. Así, son originarios los ordenamientos que emergen independientemente, que no provienen de un ordenamiento jurídico anterior, sino que «surgen desde sí mismos» (2007, 40). Por definición, los ordenamientos jurídicos vinculados a confesiones religiosas son considerados originarios, ya que encuentran su origen en la divinidad que los inspira o los crea *ex nihilo*. En este sentido, la *sharía* se clasifica como un ordenamiento jurídico originario debido a que su texto fundacional, el Corán, fue concebido por la divinidad sin basarse en ninguna fuente legal previa.

Por otra parte, también se consideran originarios los ordenamientos jurídicos propios de los Estados. En contraposición, se catalogan como no originarios aquellos ordenamientos jurídicos que surgen a partir de otros preexistentes, como el derecho internacional o el marco jurídico comunitario europeo, porque no emergen de manera espontánea, sino a partir de los ordenamientos jurídicos de los Estados.

La segunda categorización de los ordenamientos se basa en su relación con la vida social. En esta categoría, Robles distingue entre ordenamientos necesarios y ordenamientos contingentes. Es importante destacar que la necesidad aquí se aplica exclusivamente al ámbito de la vida social y que en nada se pretende hacer referencia a la necesidad de trascendencia, espiritual o religiosa. Es preciso aclarar, tal como lo hace el propio autor, que *contingente* no debe confundirse con *intrascendente*.

Hecha esta aclaración, podemos considerar que el derecho estatal (*estatal* en un sentido amplio que no se limita a la concepción moderna de Estado) se considera necesario, ya que una sociedad no puede existir sin un conjunto de normas que la rija, puesto que donde hay sociedad, hay derecho. Por otro lado, el derecho de la Iglesia católica (*derecho canónico*) se clasifica como contingente desde esta perspectiva, ya que puede ser necesario para alcanzar objetivos espirituales, pero no lo es para la convivencia humana en sociedad. Siguiendo esta línea de pensamiento, también se consideraría contingente la *sharía*, pues la vida social existía antes de la revelación del arcángel Gabriel a Muhammad y sigue existiendo en territorios donde la mayoría de la población no es musulmana, lo cual deja patente su carácter contingente.

El tercer y último criterio de clasificación aborda la cuestión de la validez, que en este punto Robles define como la «capacidad autónoma de ge-

nerar obligaciones jurídicas» (2007, 42). Para dar contenido a este criterio, se establece una distinción entre ordenamientos jurídicos independientes y ordenamientos jurídicos dependientes. Esta clasificación resulta esencial para determinar cómo se puede aplicar la *sharía* en el sistema jurídico español.

Los ordenamientos independientes son aquellos cuya existencia no está supeditada a otro ordenamiento. En otras palabras, son aquellos ordenamientos que son *autopoieticos* y cuyas normas no se encuentran subordinadas a las normas de otros sistemas legales. En esta categoría se incluyen los ordenamientos estatales y el de la Iglesia católica, pero también otros tipos de ordenamientos, como el derecho internacional o el derecho comunitario europeo. Aunque estos últimos no sean originarios en el sentido de haber sido creados directamente por los Estados, poseen sus propias fuentes jurídicas y un sistema institucional independiente. A pesar de derivar de otras instancias, una vez están en marcha, la validez de sus normas no está atada a la voluntad de los Estados.

En contraste, los ordenamientos dependientes son aquellos cuyas normas deben estar en consonancia con las normas de otro ordenamiento para ser consideradas válidas. Un ejemplo claro de esto se encuentra en los Estados federados, que tienen sus propios sistemas legales, pero cuya validez normativa está condicionada por su conformidad y coordinación con el ordenamiento del Estado federal. Esta misma forma de dependencia se manifiesta en el sistema legal de las comunidades autónomas en la estructura territorial española desde 1978.

Este punto es crucial en lo que respecta a la *sharía* ya que, dadas las características de su estructura, debe ser considerada un ordenamiento jurídico dependiente, es decir, un ordenamiento jurídico no autónomo. La interpretación de sus normas, así como la asignación última de su significado y su aplicación concreta, descansan en estructuras y autoridades seculares. Por lo tanto, existe una dependencia de la *sharía* hacia otros sistemas legales para delimitar y aplicar sus normas y, a fin de cuentas, para imponerse.

Tal como hemos visto a lo largo de estas páginas, es una característica del islam la ausencia de una estructura jerárquica encargada de la coordinación y organización de la comunidad musulmana. La *sharía* tiene vocación de aplicación efectiva y, ante la falta de medios propios, se vale en la actualidad de las estructuras de los Estados. El derecho islámico es, por lo tanto, un ordenamiento jurídico dependiente, ya que necesita de las autoridades y tribunales seculares para imponerse.

La manera en que se integran la religión y el poder político en el islam puede resultar extraño desde una perspectiva occidental contemporánea, pero

es necesario comprender que la dicotomía entre lo laico y lo clerical, que se asume con naturalidad desde Europa continental en la actualidad, constituye un punto de partida inadecuado para entender el funcionamiento y la estructura de las sociedades islámicas (Sbailo 2017).

De este modo, la comunidad musulmana residente en países islámicos, donde la *sharía* se coordina y aplica a través de las estructuras civiles y políticas, vive bajo el derecho islámico. En este contexto, se establece una relación percibida como natural, ya que la aplicación de la *sharía* en estos países forma parte inherente de su sistema normativo e institucional.

Esta integración propicia interacciones fluidas entre la *sharía* y otros aspectos del ordenamiento jurídico, pero también influencias mutuas que pueden tener efectos positivos, como el enriquecimiento de prácticas legales y sociales. Sin embargo, también puede dar lugar a malentendidos. En algunos casos, ciertas costumbres culturales o tradiciones específicas de una región se confunden o se atribuyen erróneamente a la *sharía*, pese a no estar fundamentadas en ella. Un ejemplo paradigmático es la práctica de la ablación, que no tiene justificación en las fuentes de la *sharía* y, a pesar de ello, a menudo se vincula incorrectamente con el islam debido a su prevalencia en ciertas comunidades musulmanas (Rouzi 2013).

Esta práctica en particular, la ablación, tiene su origen en tradiciones africanas anteriores al islam y se documenta su existencia en Egipto ya en el año 163 a. C. No obstante, la convivencia e influencia mutua entre el ordenamiento jurídico estatal, las tradiciones locales y la aplicación de la *sharía* puede difuminar las fronteras entre estos tres órdenes. Esto lleva a la percepción errónea de que prácticas como la ablación son parte de la *sharía*, cuando en realidad no lo son. Sociedades que adoptaron la religión musulmana integraron esta práctica, previamente existente, en su ámbito religioso, lo que ejemplifica cómo en muchas sociedades las fronteras entre el orden religioso, los usos sociales y el derecho pueden ser difusas o, incluso, inexistentes.

Regresando a la cuestión de la aplicación de la *sharía* a través de las estructuras del poder político, hay que destacar que mientras que en los Estados que se adhieren a la religión islámica esta implementación se realiza con naturalidad desde hace siglos, en las sociedades actuales, la *sharía* enfrenta dificultades para ser un ordenamiento jurídico de referencia para los musulmanes en aquellos países donde el Estado no se adhiere a la religión islámica y donde los musulmanes constituyen una minoría, como ocurre en los países europeos y, en particular, en España.

En países como el nuestro, la aplicación de la *sharía* podrá realizarse mediante las vías que se analizarán en los capítulos siguientes. No obstante, debido a la falta de una organización propia en el islam, no se tratará de relaciones de tipo interordinamental propiamente dicha, sino de una aplicación indirecta. Esto se logrará mediante la remisión, a través de las normas de derecho internacional privado, a los derechos de los países islámicos. En este caso, para el ordenamiento español se considerará la aplicación del derecho del Estado extranjero en cuestión, no del derecho islámico como tal, que penetrará en el sistema español de manera indirecta y limitada.

La otra vía de penetración será, no como ordenamiento jurídico, sino como orden normativo religioso a través del ejercicio del derecho a la libertad religiosa, especialmente protegido en el ordenamiento jurídico español.

La creación del sistema a partir del ordenamiento en el derecho islámico medieval

1. De la Arabia tribal a la jurisprudencia islámica: recorrido histórico y doctrinal

Para comprender el contexto histórico en el que surgió la doctrina islámica, es imprescindible retroceder a la época en que el Corán fue revelado al Profeta. En ese momento, la sociedad tribal que habitaba las tierras de Arabia se organizaba bajo un sistema social y político centrado en la institución de la tribu. La tribu constituía una unidad social fundamental y representaba el núcleo organizador de las normas y costumbres que regulaban la vida colectiva (Coulson 1998, 19). La autoridad para establecer normas recaía en el conjunto de la tribu, cuyo consejo de ancianos o líderes ejercía una función de mediación y resolución de conflictos, aunque sin un sistema formal de legislación. Cada individuo debía lealtad absoluta a su tribu, lo que garantizaba su inclusión y protección.

Las tribus árabes de la época carecían de estructuras políticas complejas y se regían por normas de carácter rudimentario, no codificadas, que eran transmitidas de manera oral. Este derecho consuetudinario, sustentado en las tradiciones y prácticas locales, establecía las bases para resolver disputas, garantizar la cohesión social y mantener el equilibrio interno del grupo. La administración de justicia era privada, lo que significaba que la persona agraviada, o en su defecto su familia o clan, tenía la responsabilidad de buscar reparación. Esta práctica se traducía a menudo en medidas de represalia, como el principio de talión (*qisas*), y contribuía a perpetuar conflictos intertribales en un entorno ya marcado por la escasez de recursos.

<https://dx.doi.org/10.5209/ejur.002.12>

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.

La sociedad tribal de Arabia se caracterizaba por su falta de una autoridad legislativa central (Coulson 1998, 20). No existían instituciones políticas que centralizaran el poder ni mecanismos que integraran a las tribus bajo un marco normativo común. Esta autonomía tribal, no obstante, proporcionaba a las tribus una flexibilidad que les permitía adaptarse a las condiciones extremas del entorno.

La lealtad al grupo tribal no era simplemente una obligación social; era el pilar sobre el que se sostenía la supervivencia individual. Quedar excluido de la tribu significaba, en términos prácticos, perder la protección física y los recursos que garantizaban la vida en un medio hostil. Un individuo expulsado de su tribu enfrentaba enormes dificultades para encontrar refugio y apoyo, a menos que fuese aceptado por otra tribu a través de adopción o filiación, procesos que solían implicar ceremonias simbólicas o alianzas políticas. Este sistema de lealtades fomentaba la cohesión interna de la tribu y, a su vez configuraba la dinámica de las relaciones intertribales, en las que las alianzas y los enfrentamientos estaban a la orden del día.

Esta sociedad tribal se desarrollaba en un entorno geográfico extremadamente adverso (Mosterín 2012, 15). La Arabia del siglo VII era predominantemente desértica, caracterizada por vastas extensiones áridas, temperaturas extremas y una escasez crónica de agua y de alimentos. Estas condiciones climáticas y geográficas moldearon profundamente la organización social y económica de las tribus. La economía se basaba principalmente en la ganadería nómada, especialmente de camellos, y en un comercio limitado, que incluía el intercambio de bienes como incienso, especias y tejidos. Las ciudades oasis, como La Meca y Medina, desempeñaban un papel crucial como puntos de comercio y peregrinación, ofreciendo cierta estabilidad económica y social en medio de la precariedad general.

Las condiciones de vida influyeron en las normas que regían las relaciones entre las personas. Las costumbres tribales reflejaban una ética de reciprocidad y redistribución, fundamentales para garantizar la supervivencia colectiva. La hospitalidad, por ejemplo, era un valor esencial, de entrada, como expresión de generosidad, pero también como una estrategia de seguridad mutua en un entorno donde el aislamiento podía ser fatal (Siddiqui 2016). Asimismo, las relaciones de parentesco jugaban un papel central en la organización social, definiendo derechos y obligaciones entre los miembros de un mismo clan y estableciendo redes de apoyo que mitigaban, en la medida de lo posible, las amenazas externas.

En este contexto, el islam surgió, por lo menos desde la perspectiva suní, que es en el que centramos nuestro análisis, no como una ruptura total con

estas estructuras tribales, sino como una transformación que introdujo un nuevo marco normativo, basado en la revelación divina, capaz de reorganizar y unificar a las tribus bajo un sistema más inclusivo y cohesionado. La doctrina islámica ofrecería respuestas a las limitaciones del derecho consuetudinario, estableciendo principios éticos y jurídicos que trascendían las fronteras tribales, sentando las bases para una comunidad religiosa y política más amplia: la *umma*.

El Corán es, ante todo, un texto religioso que guía a los musulmanes en su fe y práctica espiritual, pero cuyo contenido también tiene una marcada orientación ético-moral y jurídica. Esta naturaleza multidimensional se refleja en los numerosos pasajes que, además de transmitir principios éticos universales, regulan aspectos concretos de las relaciones humanas y la vida social. Entre los temas jurídicos abordados destacan la regulación de la propiedad, la protección de los derechos de los huérfanos, la distribución equitativa de herencias, las normas sobre matrimonio y divorcio, así como la definición de sanciones para delitos como el hurto y el homicidio. Estas disposiciones establecen pautas de conducta y buscan garantizar la justicia y el bienestar dentro de la comunidad musulmana. De hecho, existe un consenso entre los juristas islámicos, tanto clásicos como contemporáneos, en señalar que más de 500 versículos del Corán contienen disposiciones jurídicas, lo que subraya su importancia como fuente primaria del derecho islámico (Hallaq 1999).

Tras la muerte del Profeta en el año 632 d. C., la comunidad musulmana enfrentó una profunda crisis de liderazgo que derivó en disputas sobre quién debía sucederlo como líder político y religioso. Estas tensiones dieron origen a la división de los musulmanes en dos corrientes principales: los sunitas, que defendían un liderazgo basado en la elección y consenso comunitario, y los chiitas, quienes sostenían que el liderazgo debía recaer en los descendientes directos del Profeta. Esta fractura inicial marcó el desarrollo político y religioso del islam y sentó las bases de las diferencias doctrinales y jurídicas entre ambas corrientes. En este contexto, y tras el asesinato del califa Alí en 661 d. C., se instauró el califato omeya, el primero de carácter dinástico en la historia islámica.

Durante los primeros años del islam, tras la revelación del Corán y antes de la recopilación de los *hadices* o la formalización de la *sunnah*, no se desarrolló una doctrina jurídica plenamente estructurada. Las circunstancias del momento no favorecían este desarrollo, ya que la rápida expansión del califato omeya exigía una administración pragmática de los vastos territorios conquistados, que abarcaban desde la península ibérica hasta Asia Central.

Esta diversidad geográfica y cultural planteaba desafíos significativos para la unificación de normas, ya que las regiones sometidas tenían sus propias tradiciones legales y sociales (Coulson 1998, 43). Este contexto de constante emergencia y necesidad de adaptación no propiciaba una reflexión profunda ni incentivaba la elaboración de teorías jurídicas o filosóficas.

El califato omeya adoptó el islam como religión oficial, lo que influyó profundamente en su identidad y en su estilo de gobierno. Los califas omeyas no solo actuaban como líderes políticos, sino también como figuras clave en la dirección espiritual de la comunidad musulmana. Su legitimidad se sustentaba en su conexión con el Profeta y su linaje, lo que reforzaba su autoridad tanto en el ámbito religioso como en el político. A pesar de las tensiones internas y de los conflictos por la sucesión, los omeyas desempeñaron un papel fundamental en la consolidación y expansión del islam hacia regiones de África, Asia y Europa, contribuyendo a su desarrollo como una civilización global.

En el ámbito jurídico, la ausencia de una estructura formal de tribunales en los primeros siglos del islam implicó que la administración de justicia se apoyara en las instituciones políticas existentes. Los omeyas establecieron la figura de los *cadíes*, jueces encargados de resolver disputas y de aplicar las enseñanzas islámicas en casos concretos. Sin embargo, las decisiones de los *cadíes* no generaban precedentes ni se basaban en criterios interpretativos sistemáticos. Aunque este sistema práctico permitió una administración legal relativamente funcional, no dio lugar al desarrollo de una ciencia jurídica formal en esta etapa inicial (Coulson 1998, 57).

Desde una perspectiva comunicacional, puede afirmarse que bajo los omeyas existía un ordenamiento jurídico y un ámbito normativo definido, pero no se consolidaron sistemas doctrinales como tales. La falta de uniformidad en las decisiones judiciales reflejaba las condiciones de la época, marcadas por la coexistencia de costumbres locales diversas y la necesidad de respetar estas tradiciones en las regiones gobernadas. Los *cadíes* integraban las enseñanzas del Corán con las prácticas locales, buscando soluciones que, además de ser conformes al islam, resultaran aceptables para las comunidades afectadas, pero se llevaba a cabo la tarea sin sistematicidad ni metodologías interpretativas definidas.

Adicionalmente, los *cadíes* contaban con la facultad de ejercer el *ra'y*, un método de interpretación basado en el razonamiento lógico y la intuición personal. Este método interpretativo les permitía emitir juicios utilizando principios de justicia y sentido común, especialmente en ausencia de textos legales

específicos (Hallaq 1999). Hasta aproximadamente el siglo II de la era islámica (750 d. C.), el *ra'y* desempeñó un papel central en la jurisprudencia islámica. Más adelante su uso comenzó a declinar con la consolidación de fuentes legales, como la *sunnah*, y de métodos de interpretación más sistemáticos como el consenso, (*ijma'*) y la analogía (*qiyas*). Estas herramientas ofrecieron un marco interpretativo más riguroso y promovieron una mayor uniformidad en la aplicación del derecho islámico, fortaleciendo su carácter normativo y su cohesión doctrinal.

La transición hacia métodos más estructurados marcó un hito en la evolución del derecho islámico, reflejando un esfuerzo por equilibrar la flexibilidad inherente al *ra'y* con la necesidad de establecer un sistema jurídico más coherente y adaptable a una comunidad en expansión. Este proceso, aunque lento, sentó las bases para el desarrollo posterior de las escuelas jurídicas islámicas, que sistematizarían las enseñanzas y prácticas legales del islam.

2. El surgimiento de las escuelas jurídicas islámicas: de la crítica a los omeyas a la sistematización doctrinal

A partir del año 720 d. C., el califato omeya comenzó a ser cuestionado tanto por amplios sectores de la población musulmana como por destacados eruditos islámicos, quienes consideraban que los tribunales establecidos bajo el Gobierno omeya no lograban reflejar adecuadamente el espíritu de las leyes contenidas en el Corán. Estas críticas no se limitaban a los aspectos formales de la justicia, sino que apuntaban también a un trasfondo más profundo: la percepción de que las prácticas judiciales y políticas de los omeyas se alejaban de los principios éticos fundamentales del islam. Este descontento dio lugar al surgimiento de un movimiento de eruditos piadosos, quienes se autoproclamaron guardianes de la verdadera ética islámica, que se situaban en clara oposición a las políticas implementadas por los gobernantes omeyas. Este movimiento intelectual, moral y religioso fue decisivo para el nacimiento de las primeras escuelas jurídicas islámicas, marcando un giro importante en la evolución del derecho islámico (Coulson 1998, 31-44).

La doctrina islámica, tal como comenzó a desarrollarse en esta etapa, no surgió como una reflexión o análisis de las prácticas judiciales imperantes, sino como una respuesta alternativa a ellas. Es decir, se dio un esfuerzo por desvincular la legalidad islámica de las instituciones y políticas omeyas, proponiendo en su lugar una estructura legal basada directamente en los princi-

pios revelados en el Corán y la *sunnah*. No obstante, algunos autores, como Janin y Kahlemeyer (2007, 31), han señalado que este origen doctrinal, alejado de las realidades prácticas de la administración judicial, introdujo una debilidad inherente en el sistema legal islámico. Según estos críticos, la falta de pragmatismo en las propuestas doctrinales iniciales dificultaba su implementación efectiva en las complejas dinámicas de la vida cotidiana de las comunidades musulmanas.

El califato omeya, debilitado por estas críticas y por su incapacidad para reconciliar sus políticas con las expectativas religiosas de la comunidad, sufrió una progresiva pérdida de legitimidad. Este deterioro facilitó la ascensión del califato abasí, que se presentó como una alternativa más alineada con los principios islámicos. Los abasíes, tras eliminar a la dinastía omeya, inauguraron un periodo en el que los eruditos ocuparon un lugar central en la construcción y aplicación de la ley. Bajo el liderazgo de los primeros califas abasíes, se promovió una integración más efectiva entre la doctrina legal y la práctica judicial, marcando el inicio de un proceso que consolidaría el sistema doctrinal islámico.

Este periodo también marcó el surgimiento de las principales escuelas jurídicas islámicas, cada una con características y enfoques particulares. Entre estas, destacaron las escuelas de Kufa y Medina, que desempeñaron un papel crucial en la configuración inicial de la dogmática islámica (Schacht 1983). Los juristas de estas escuelas se dedicaron a interpretar el Corán y a desarrollar métodos de razonamiento como el *ra'y* (razonamiento personal) y el *qiyas* (analogía). Además, comenzaron a sistematizar y codificar la *sunnah*, transformándola en una fuente normativa fundamental del derecho islámico. Este proceso refleja lo que Robles describe como una interacción dinámica y en espiral entre el ordenamiento jurídico y el sistema doctrinal (2015a, 144).

La *sunnah*, considerada la segunda fuente de la *sharía* junto con el Corán, adquirió un papel cada vez más destacado durante este periodo. Inicialmente, consistía en relatos transmitidos oralmente que recogían palabras, acciones y enseñanzas atribuidas a Muhammad. Estos relatos, preservados por los discípulos y seguidores del Profeta, formaban una tradición oral que más tarde sería recopilada y documentada. La *sunnah* no solo complementaba las enseñanzas del Corán, sino que también servía como un medio para legitimar y consolidar las prácticas legales y sociales en las comunidades musulmanas. Además, al reforzar la autoridad del Profeta, la *sunnah* se convirtió en una herramienta poderosa para cuestionar la legitimidad del poder político omeya y transferir la autoridad última a las enseñanzas del islam.

Los juristas de Kufa y de Medina desempeñaron un papel central en este proceso. Aunque compartían el mismo material básico, el Corán y la *sunnah*, sus métodos interpretativos y estructuras de fuentes divergían significativamente debido a diferencias geográficas, culturales y sociales (Melchert 1997, 52-64). Kufa, una ciudad caracterizada por su diversidad social y su apertura a influencias externas, adoptó un enfoque más flexible, incorporando elementos de otros sistemas legales, como el derecho romano. En contraste, Medina, con una población más conservadora, se apegaba a las tradiciones y leyes consuetudinarias preislámicas.

Por ejemplo, en Medina, la intervención de un tutor era indispensable para validar un matrimonio, mientras que en Kufa, las mujeres podían negociar y formalizar sus contratos matrimoniales de manera independiente. Asimismo, en cuestiones de propiedad de esclavos, Medina permitía que los esclavos poseyeran bienes, mientras que en Kufa, siguiendo modelos romanos, todos los bienes de los esclavos pasaban automáticamente a sus amos (Coulson 1998, 53).

Con el tiempo, las escuelas jurídicas dejaron de estar estrictamente vinculadas a sus lugares de origen y pasaron a depender de la autoridad intelectual de sus maestros. Este cambio fue posible gracias a la transición de la tradición oral a la escritura, lo que permitió la difusión de las ideas de cada escuela. Así, la escuela de Kufa se transformó en la escuela hanafí, liderada por Abu Hanifa, mientras que la escuela de Medina se consolidó como la escuela malikí, bajo la influencia de Anas Malik. Esta evolución refleja la flexibilidad y adaptabilidad de la doctrina islámica, así como también la humildad de los juristas que atribuyeron sus desarrollos a sus maestros, asegurando la preservación y expansión de sus ideas (Hallaq 1999).

3. Ash-Shafi, el artífice del sistema jurídico islámico

En el año 750 d. C., la dinastía omeya fue derrocada por una rebelión liderada por los abasíes, quienes justificaron su ascenso al poder presentándose como defensores del islam auténtico y como promotores de una administración más justa y acorde con los principios religiosos. Este cambio de régimen representó un giro político y un cambio en la relación entre el poder político y la doctrina religiosa. Los abasíes adoptaron una política inicial de apoyo a los eruditos islámicos, respetando el principio de que el poder político debía subordinarse a los preceptos del islam, y no al contrario. Este compromiso

generó un ambiente fértil para el desarrollo intelectual, facilitando el florecimiento de diversas escuelas jurídicas, cada una con interpretaciones propias de las fuentes del derecho islámico.

Sin embargo, esta diversidad doctrinal, que inicialmente era vista como una expresión de riqueza intelectual, pronto se convirtió en un desafío para la cohesión política del califato. Las discrepancias entre las escuelas jurídicas generaban dificultades para la implementación uniforme de políticas y provocaban tensiones entre regiones con diferentes tradiciones jurídicas (Kamali 1991, 42-48). A medida que estas divergencias amenazaban la estabilidad del Estado, los abasíes se vieron obligados a buscar una solución que permitiera unificar el sistema jurídico sin comprometer la autoridad de los eruditos, cuyo prestigio era esencial para la legitimidad del califato.

En este contexto de fragmentación jurídica y de necesidad de cohesión, emergió la figura de ash-Shafi, considerado uno de los grandes sistematizadores del islam. Su gran contribución fue la creación del *usul al-fiqh*, o teoría general del derecho islámico, que proporcionó un marco teórico unificado para la interpretación y aplicación de las fuentes del derecho islámico. Este sistema buscaba, además de resolver la fragmentación jurídica, garantizar la coherencia interna del derecho islámico frente a las necesidades cambiantes de la sociedad.

Aunque en el momento en que ash-Shafi desarrolló su obra ya existían escuelas como la hanafí y la malikí, estas se centraban principalmente en aspectos ético-religiosos, con planteamientos menos avanzados en lo relativo a la regulación de las relaciones interpersonales y la resolución de conflictos. Ash-Shafi, en cambio, introdujo una metodología sistemática que trascendió la orientación ética predominante, consolidando los fundamentos teóricos que marcarían la evolución del derecho islámico. Tal como señala Coulson (1998, 85), la obra de ash-Shafi marcó un hito al establecer una doctrina jurídica con entidad propia.

El logro más destacado de ash-Shafi fue la creación de un sistema jerárquico de fuentes del derecho, plasmado en su obra *Al-Risala*. Este sistema establece al Corán como la fuente suprema, otorgándole una autoridad indiscutible y vinculando directamente su contenido con la *sunnah*. Según el esquema de ash-Shafi, las palabras y acciones del Muhammad no solo complementan al Corán, sino que también forman parte de la revelación divina. Este planteamiento jerárquico permitió establecer una relación directa entre ambas fuentes, en la que la *sunnah* no podía contradecir al Corán, pero sí podía interpretarlo y expandirlo de manera coherente.

Antes de la sistematización de ash-Shafi, las escuelas malikí y hanafí daban prioridad a menudo a las costumbres locales sobre la *sunnah*. Esto se debía a que, en el sunismo, el Corán no rechazaba las tradiciones consuetudinarias preislámicas, sino que las adaptaba. Ash-Shafi, en cambio, relegó la costumbre a un papel secundario, subordinándola al Corán y la *sunnah*. Esta modificación fue crucial para unificar las interpretaciones jurídicas y garantizar la consistencia en la aplicación del derecho islámico.

Además, ash-Shafi incorporó dos herramientas metodológicas esenciales: el consenso (*ijma'*) y la analogía (*qiyas*), que no eran fuentes textuales en sí mismas, pero se convirtieron en pilares fundamentales para la interpretación y expansión del derecho islámico a nuevos contextos y territorios. El *ijma'* representaba la capacidad de la comunidad musulmana para alcanzar acuerdos colectivos sobre cuestiones legales, mientras que el *qiyas* permitía aplicar principios legales a situaciones no contempladas explícitamente en las fuentes primarias. Aunque estas herramientas no fueron adoptadas de manera uniforme por todas las escuelas, fortalecieron la flexibilidad del derecho islámico y su capacidad de adaptación.

La obra de ash-Shafi también contribuyó de manera decisiva a la consolidación de la *sunnah* como una fuente esencial del derecho islámico. Este proceso alcanzó su culminación hacia el año 900 d. C., cuando los relatos que componían la *sunnah* fueron clasificados y codificados según su grado de autenticidad (Al-Bujari 2008). La clasificación de estos relatos, que incluía categorías como *sahih* (auténticos) y *da'if* (débiles), garantizó que solamente las enseñanzas más confiables del Profeta fueran utilizadas como base para el desarrollo jurídico.

Ash-Shafi subrayó que la *sunnah* no era simplemente un conjunto de tradiciones, sino una fuente normativa que debía ser interpretada en estrecha conexión con el Corán. Su insistencia en esta relación simbiótica reforzó la autoridad de ambas fuentes y sentó las bases para la interpretación coherente y sistemática de la ley islámica. En su visión, la *sunnah* no podía contradecir al Corán, pero sí era esencial para aclarar y aplicar sus mandatos en contextos específicos (Dupret 2014, 76).

El planteamiento sistemático de ash-Shafi no triunfó de inmediato, pero con el tiempo su visión se impuso como el estándar para las escuelas jurídicas islámicas. Hacia el siglo X, los principios de ash-Shafi habían sido aceptados por la mayoría de las escuelas, consolidando un marco común para la interpretación y aplicación del derecho islámico. Su propuesta unificó las fuentes y reconciliaba razón y revelación, lo

que ofreció una base sólida para la evolución del derecho islámico en los siglos posteriores.

Además, su insistencia en un equilibrio entre la razón y la fidelidad a las fuentes reveladas permitió que el derecho islámico se mantuviera relevante frente a los desafíos de una sociedad en constante cambio. Esta propuesta, que combinaba rigor teórico con adaptabilidad práctica, marcó un hito en la historia del derecho islámico, consolidando a ash-Shafi como una de las figuras más influyentes en su desarrollo.

En este contexto, acertadamente señala Hallaq:

Shafi desarrolló su concepto de cómo debería formularse la ley en el contexto de una realidad completamente impregnada por el conflicto entre los tradicionalistas y los racionalistas. Su concepto constituía en efecto una teoría rudimentaria del derecho, una teoría que en un sentido fue causada por, y en otro fue el resultado de, ese conflicto (1999).

Queda claro que entre las aspiraciones de ash-Shafi estaba la de integrar las diversas tendencias del pensamiento islámico en un modelo doctrinal unificado. Pero, además, como artífice de la teoría del derecho islámico, buscaba también unificar la doctrina, convertirla en una herramienta útil para la resolución uniforme de casos concretos. Sin embargo, este último objetivo no se logró plenamente. De hecho, las discrepancias sobre los métodos de interpretación pusieron de relieve las diferencias entre la escuela de ash-Shafi y las escuelas hanafi y maliki. Y no solo eso, sino que surgieron nuevas escuelas jurídicas, aunque algunas de ellas desaparecerían con el tiempo, lo que dejaba patente que la diversidad interpretativa seguía siendo una característica fundamental del derecho islámico.

4. Las cuatro escuelas suníes: diversidad en la interpretación y aplicación de la *sharí*

En el amplio panorama del pensamiento jurídico islámico, las cuatro grandes escuelas suníes han desempeñado un papel central en la interpretación y aplicación de la *sharí*. Estas escuelas, establecidas en los primeros siglos del islam, representan aproximaciones particulares para derivar las leyes islámicas a partir de las fuentes primarias, como el Corán y la *sunnah*, y también reflejan la riqueza y diversidad inherentes al derecho islámico. Cada una de

estas escuelas ha desarrollado principios y metodologías distintivos, dando lugar a interpretaciones adaptadas a las particularidades culturales, sociales y políticas de las regiones en las que se han consolidado (Morales 2017, 63-69).

Este pluralismo jurídico es una característica singular del islam, que pone de manifiesto la capacidad del derecho islámico para ser flexible sin perder su esencia unificadora. Aunque en términos generales se habla de un único ordenamiento jurídico islámico, este se manifiesta en múltiples sistemas jurídicos específicos que varían según las interpretaciones y los métodos adoptados por cada escuela. Este fenómeno puede entenderse como la coexistencia de un núcleo común, basado en las fuentes primarias, junto con la diversidad de aplicaciones prácticas derivadas de los contextos locales y de las herramientas interpretativas empleadas por los juristas.

De hecho, puede afirmarse que existen tantas *sharías* como escuelas, e incluso tantas interpretaciones como juristas dentro de cada una de ellas. Esto no solo refleja la profundidad del pensamiento jurídico islámico, sino también su capacidad para responder a las necesidades y desafíos de comunidades muy diversas a lo largo de los siglos. Este dinamismo ha permitido que el derecho islámico se mantenga relevante en contextos tan variados como los imperios medievales, las naciones-Estado modernas y las comunidades musulmanas en la diáspora.

El pluralismo jurídico en el islam también evidencia una tensión constructiva entre unidad y diversidad. Por un lado, la base común de la *sharía* proporciona un marco ético y normativo compartido, que unifica a los musulmanes bajo principios fundamentales de justicia, equidad y adoración divina. Por otro lado, la existencia de diferentes escuelas y metodologías fomenta una pluralidad interpretativa que enriquece el derecho islámico, adaptándolo a las realidades concretas de cada tiempo y lugar. Este equilibrio entre universalidad y particularidad es uno de los aspectos más destacados del pensamiento jurídico islámico, permitiendo la convivencia de interpretaciones diversas dentro de un marco común.

No obstante, esta diversidad también plantea desafíos, especialmente en contextos en los que coexisten comunidades que siguen diferentes *madhahib* o escuelas jurídicas. En algunos casos, las discrepancias interpretativas pueden generar tensiones en la aplicación de la *sharía*, lo que resalta la importancia del diálogo y la coordinación entre las distintas tradiciones jurídicas. A pesar de estos desafíos, el pluralismo jurídico suní es visto como una fortaleza, ya que demuestra la capacidad del islam para integrar diferentes perspectivas y tradiciones en un marco jurídico inclusivo.

A continuación, se explorará de manera más detallada la naturaleza y aproximación jurídica de las cuatro grandes escuelas suníes, que representan las principales corrientes interpretativas del pensamiento jurídico islámico.

4.1. Escuela hanafí

La escuela hanafí, fundada por Abu Hanifa (699-767 d. C.) y conocida inicialmente como escuela de Kufa, se distingue por su carácter racionalista y su flexibilidad, características que han garantizado su impacto histórico y su amplia difusión territorial. Desde sus orígenes, esta escuela se consolidó como una de las principales corrientes jurídicas del islam suní, y su adopción como base legal por parte del Imperio otomano marcó un hito en su historia. Este respaldo imperial definió el ámbito geográfico de su influencia y le otorgó un papel central en la configuración de la identidad legal otomana. Durante siglos, la escuela hanafí sirvió como el pilar normativo del vasto imperio, contribuyendo a la institucionalización del derecho islámico en un contexto multiétnico y multicultural.

La elección de la escuela hanafí por parte de los otomanos no fue fortuita. Su capacidad para incorporar las costumbres locales y adaptarse a las necesidades específicas de comunidades diversas la hizo ideal para un imperio que abarcaba territorios con tradiciones jurídicas variadas. Además, su racionalismo y su apertura al uso de herramientas interpretativas, como la analogía (*qiyas*) y la preferencia jurídica (*istihsân*), proporcionaron a los juristas otomanos la flexibilidad necesaria para responder a los desafíos administrativos y legales de gobernar un vasto territorio. Este modelo permitió que el derecho islámico coexistiera con leyes locales y estatales, creando un sistema jurídico híbrido que facilitaba la cohesión política del imperio (Morales 2017, 63).

Uno de los conceptos más distintivos de la escuela hanafí es la *istihsân*, traducida comúnmente como *preferencia jurídica*. Este principio permite a los juristas optar por soluciones legales que sean más justas o equitativas, incluso cuando estas se apartan de las conclusiones derivadas de la analogía estricta (*qiyas*). La *istihsân* es un ejemplo claro de cómo la escuela hanafí prioriza la equidad sobre un formalismo rígido, siempre dentro de los límites establecidos por los principios fundamentales del islam (Kamali 1991). Este método ha permitido a la escuela hanafí abordar cuestiones legales complejas y adaptarse a los desafíos contemporáneos sin perder de vista su conexión con las fuentes primarias del derecho islámico.

En resumen, la escuela hanafí se caracteriza por su racionalismo, flexibilidad y capacidad de adaptación. Continúa siendo un ejemplo de cómo el derecho islámico puede combinar tradición y modernidad para ofrecer soluciones en el marco de la sociedad actual.

4.2. Escuela malikí

La escuela malikí, fundada por Malik ibn Anas (711-795 d. C.) y conocida inicialmente como la escuela de Medina, se caracteriza por su estrecha conexión con las tradiciones de la ciudad del Profeta y su énfasis en el consenso de la comunidad de Medina (*amal ahl al-Madina*) como una fuente clave de jurisprudencia (Laghman 2012, 48). Esta conexión histórica y metodológica le confiere un carácter distintivo dentro del pensamiento jurídico islámico, basado en la interpretación de las prácticas establecidas por los primeros musulmanes en la ciudad que fue el centro del islam durante la vida de Muhammad.

La influencia de la escuela malikí se expandió más allá de Arabia en los primeros siglos del islam, alcanzando un lugar destacado en Al-Ándalus, donde se convirtió en la escuela predominante durante los casi ocho siglos de presencia islámica en la región. Este predominio marcó profundamente la vida jurídica, social y cultural de Al-Ándalus, un territorio que se convirtió en uno de los principales centros de difusión del islam en Occidente. La escuela malikí fue adoptada por las élites gobernantes andalusíes, pero también por destacados juristas y filósofos como Averroes (Ibn Rushd), quien no solo fue un referente en filosofía, sino también un brillante jurista que operó dentro del marco malikí.

El impacto de esta escuela en Al-Ándalus se refleja claramente en *Al-Muwatta*, un tratado de derecho compilado por Malik ibn Anas. Este texto, considerado uno de los primeros manuales de jurisprudencia islámica, sirvió como referencia legal en el territorio andalusí y marcó la pauta para la jurisprudencia malikí en otros lugares. *Al-Muwatta* destaca por su combinación de narraciones de la *sunnah* con las prácticas legales de Medina, ofreciendo unos rasgos normativos que se convirtieron en un estándar en los dominios de la escuela malikí (Martos 2008, 438).

A pesar de los cambios históricos y de las transformaciones políticas en el mundo islámico, la escuela malikí ha mantenido una notable vigencia. En la actualidad, es la corriente dominante en el Magreb (Argelia, Marruecos,

Túnez y Libia), el Sahel (incluido el Sahel sudanés) y en amplias regiones de África occidental y central, como Senegal, Malí y Nigeria.

Una de las doctrinas más distintivas de la escuela malikí es el *istislah*, o búsqueda del interés común y del beneficio público. Este principio permite a los juristas derivar normas legales en ausencia de un texto explícito en el Corán o la *sunnah*, basándose en la consideración de lo que es mejor para la comunidad en su conjunto. El *istislah* refleja la capacidad de la escuela malikí para combinar el respeto por las fuentes primarias del islam con un enfoque práctico que prioriza las necesidades y el bienestar de la sociedad.

El *istislah* facilita la adaptación del derecho islámico a situaciones cambiantes y subraya el compromiso de la escuela malikí con los principios de justicia y equidad. Por ejemplo, en contextos donde una interpretación estricta de las fuentes podría llevar a resultados perjudiciales o injustos, el *istislah* ofrece una herramienta para encontrar soluciones que sean coherentes con el espíritu de la ley islámica, sin comprometer su aplicabilidad práctica. Estas metodologías interpretativas han sido particularmente relevantes en contextos africanos, donde las estructuras sociales y económicas requieren una mayor flexibilidad en la aplicación de las normas islámicas.

La capacidad de adaptación de la escuela malikí no se limita a su doctrina jurídica, sino que también se refleja en su interacción con otras tradiciones culturales y legales. Durante su predominio en Al-Ándalus, por ejemplo, la escuela malikí absorbió influencias del entorno multicultural de la península ibérica, interactuando con tradiciones legales romanas y visigodas. Este sincretismo enriqueció su jurisprudencia y consolidó su reputación como una escuela capaz de responder a las necesidades locales sin comprometer los principios islámicos.

En el Magreb contemporáneo, la escuela malikí sigue siendo un pilar fundamental de las normativas relacionadas con el derecho familiar y los asuntos personales, mientras que en África occidental ha desempeñado un papel esencial en la mediación de disputas comunitarias y en la resolución de conflictos mediante métodos tradicionales integrados en el marco islámico.

4.3. Escuela shafí

La escuela shafí, fundada por ash-Shafi (767-820 d. C.), representa un hito en la historia del derecho islámico gracias a su rigor metodológico y a las contribuciones de su fundador en la sistematización de las fuentes del derecho.

Ash-Shafi, cuya obra *Al-Risala* estableció los principios fundamentales del *usul al-fiqh*, la teoría general del derecho islámico, consolidó un marco teórico que jerarquizaba las fuentes del derecho, sistematizando su uso y relación. Esta propuesta innovadora marcó un punto de inflexión, no solo para la escuela shafi, sino también para el conjunto de la doctrina islámica en general, proporcionando un modelo que influyó en otras escuelas jurídicas del islam suní (Coulson 1998, 62-67).

Una de las características distintivas de la escuela shafi es su énfasis en la metodología precisa y coherente para la interpretación de las fuentes legales. Esto se refleja en su adopción de principios como el *istishab*, o presunción de continuidad. Este concepto establece que una situación existente debe considerarse válida y mantenida hasta que se presente evidencia clara y concluyente que indique un cambio en las circunstancias (Martos 2008, 438). Este principio es particularmente relevante en áreas del derecho donde la certeza es esencial, como las transacciones financieras y las relaciones contractuales, ya que ofrece estabilidad y predictibilidad en la aplicación de la ley.

El *istishab* es también un ejemplo del equilibrio entre razón y revelación que caracteriza a la escuela shafi. Aunque las fuentes textuales, como el Corán y la *sunnah*, son primordiales, el *istishab* permite a los juristas manejar situaciones en las que las fuentes no ofrecen respuestas explícitas, asegurando que las normas no se suspendan innecesariamente mientras se busca evidencia para resolver un caso. Este principio ha sido reconocido como una herramienta clave para preservar la coherencia y evitar decisiones arbitrarias en la jurisprudencia islámica.

La escuela shafi, aunque no es la más numerosa en términos de seguidores, ha tenido una influencia significativa en diversas regiones del mundo islámico. Su enfoque metódico y su claridad han sido particularmente valorados en regiones como Egipto, Yemen, el este de África, y el sudeste asiático, incluyendo países como Indonesia y Malasia. En estas áreas, la escuela shafi no solo ha moldeado el pensamiento jurídico, sino que también ha desempeñado un papel fundamental en la unificación de comunidades musulmanas que anteriormente seguían tradiciones más fragmentadas.

4.4. Escuela hanbalí

La escuela hanbalí, fundada por Ahmad ibn Hanbal (780-855 d. C.), es la más reciente de las cuatro grandes escuelas suníes y se caracteriza por un carác-

ter marcadamente conservador y centrado en las fuentes primarias del islam, especialmente en la *sunnah* y los *hadices*. A diferencia de las otras escuelas jurídicas, que suelen hacer un uso más amplio de herramientas interpretativas como la analogía (*qiyas*) o la preferencia jurídica (*istihsān*), los hanbalitas se distinguen por su interpretación literalista de las fuentes, evitando cualquier tipo de especulación o elaboración que se aparte de la literalidad de los textos (Morales 2017, 67).

La escuela hanbalí sitúa la *sunnah* y el ejemplo de vida del Profeta Muhammad en el centro de todos sus planteamientos jurídicos y éticos. Los juristas hanbalitas dedican un esfuerzo significativo a la autenticación de los *hadices* y a su aplicación rigurosa, considerando que los dichos y acciones del Profeta constituyen la guía fundamental para la vida personal y la organización social. Este compromiso con la tradición ha llevado a la escuela hanbalí a rechazar desarrollos teóricos complejos o herramientas interpretativas que puedan diluir la autoridad directa de las fuentes primarias.

El rechazo al uso extensivo de la analogía (*qiyas*) y la limitación del consenso (*ijma'*) a los sabios de Medina son dos de las características distintivas de esta escuela. Mientras que otras escuelas, como la hanafí o la malikí, permiten un grado mayor de flexibilidad en la interpretación, los hanbalitas consideran que cualquier desviación de los textos literales puede comprometer la pureza de las enseñanzas islámicas (Martos 2008, 439), lo que refuerza su identidad como una escuela profundamente arraigada en la tradición y la fidelidad a las fuentes originales del islam.

Aunque históricamente la escuela hanbalí no ha sido la más numerosa en términos de seguidores, su importancia creció significativamente a partir del siglo XVIII con el surgimiento del movimiento wahabí. Este movimiento, liderado por Muhammad ibn Abd al-Wahhab, encontró afinidad con la interpretación estricta y literalista de los hanbalitas, adoptándola como su base doctrinal. La alianza entre los wahabíes y la familia Al Saud consolidó la escuela hanbalí como la corriente oficial en Arabia Saudí, un hecho que le otorgó una influencia considerable debido a la importancia económica, política y religiosa del reino saudí.

Arabia Saudí, como guardiana de los lugares más sagrados del islam (La Meca y Medina), y gracias a su posición como un actor clave en el mundo islámico, ha promovido activamente los principios de la escuela hanbalí a nivel global. Esto ha llevado a un aumento en la visibilidad y aceptación de los planteamientos hanbalitas, especialmente en temas relacionados con la ética, la adoración y las normativas sociales. Esta expansión también ha generado

críticas y tensiones en contextos donde las interpretaciones más flexibles del islam tienen mayor aceptación.

Uno de los principios centrales de la escuela hanbalí es la consideración de que el Corán y la *sunnah* son fuentes normativas completas y autosuficientes. Los hanbalitas tienden a desconfiar de herramientas interpretativas que puedan introducir elementos externos o desviarse de la literalidad de los textos. En este sentido, su metodología se centra más en la autenticación y aplicación de los *hadices* que en la elaboración de principios teóricos del derecho (Martos 2008, 439). Su énfasis en la pureza doctrinal y su rechazo a las innovaciones legales han influido en movimientos reformistas como el wahabismo y el salafismo, que comparten la aspiración de regresar a las enseñanzas originales del islam.

5. Del *ijtihad* al *taqlid*: la consolidación del derecho islámico suní

Las cuatro escuelas suníes que sobrevivieron a partir del siglo XIV representan el núcleo consolidado del pensamiento jurídico islámico en el ámbito suní. Estas escuelas alcanzaron, aproximadamente hacia el siglo XI, un consenso generalizado de que el desarrollo doctrinal de la *sharía* había alcanzado su culmen. Este momento marcó un punto de inflexión en la historia del derecho islámico, ya que a partir de entonces se estableció la idea de que el esfuerzo interpretativo independiente, conocido como *ijtihad*, debía considerarse cerrado (Schacht 1983, 70-71). En otras palabras, se asumió que las aportaciones doctrinales realizadas hasta ese momento eran suficientes para resolver cualquier conflicto o problema futuro. Este cambio dio paso a una nueva etapa en la que el papel de los juristas se limitaba al *taqlid* (imitación), es decir, a la conservación y aplicación de las normas establecidas.

Esta situación prevaleció durante varios siglos, desde el siglo XI hasta el XIX, y fue caracterizada por una ausencia de innovaciones significativas en la teoría del derecho islámico. Durante este periodo, el *fiqh* (sistema jurídico islámico) fue visto como un cuerpo normativo completo y definitivo, donde la labor de los juristas se centraba en interpretar y aplicar las normas dentro de los marcos preexistentes. Si bien se elaboraron tratados prácticos y codificaciones sobre cuestiones específicas, como el derecho de propiedad y el derecho de familia, estas actividades no representaron avances teóricos sig-

nificativos, sino más bien un esfuerzo por consolidar y preservar el corpus normativo ya desarrollado.

La instauración del *taqlid* implicó una reducción en la flexibilidad interpretativa de los juristas, quienes ya no estaban llamados a realizar esfuerzos independientes para reinterpretar las fuentes primarias del islam, como el Corán y la *sunnah* (Schacht 1983). Tal vez podría matizarse que esta rigidez no era absoluta, ya que los juristas podían ejercer cierta flexibilidad mediante el cambio de escuela (*madhhab*). En este sentido, la coexistencia de las cuatro grandes escuelas suníes ofrecía un margen de adaptabilidad dentro del marco jurídico islámico. Cada escuela, con sus principios y metodologías específicas, proponía soluciones diferentes a cuestiones legales, permitiendo a los juristas y gobernantes optar por la interpretación que mejor se ajustara a las necesidades concretas de una comunidad o contexto determinado.

Por ejemplo, en situaciones donde una escuela adoptaba una aproximación particularmente restrictiva, otra podría ofrecer una solución más práctica o adaptada a las circunstancias locales. Este pluralismo jurídico, aunque limitado por el predominio del *taqlid*, permitió una cierta flexibilidad en la aplicación del derecho islámico, especialmente en sociedades con diversidad cultural, social y económica.

El cierre de las puertas al *ijtihad* para, en su lugar, centrarse en el uso del *taqlid* para el trabajo doctrinal tuvo implicaciones significativas en el desarrollo del derecho islámico. Por un lado, esta consolidación doctrinal garantizó la preservación de las enseñanzas y principios fundamentales del islam, evitando posibles desviaciones o fragmentaciones dentro del pensamiento jurídico suní. Por otro lado, esta misma rigidez limitó la capacidad del derecho islámico para adaptarse a los cambios sociales, económicos y políticos que surgieron con el tiempo, especialmente durante los siglos posteriores.

Entre los siglos XI y XIX, las sociedades islámicas experimentaron transformaciones profundas, incluyendo la expansión de contactos con otras civilizaciones, la colonización y la modernización. Sin embargo, el derecho islámico, al estar en gran medida restringido al *taqlid*, enfrentó dificultades para responder a estas nuevas realidades de manera dinámica. Este periodo de estancamiento teórico dejó al islam suní en una posición de desventaja frente a los sistemas legales occidentales que se desarrollaban rápidamente, especialmente durante la era colonial.

Con todo, si bien no se desarrollaron nuevos sistemas jurídicos islámicos durante este periodo, la coexistencia de las cuatro escuelas suníes proporcionó un mecanismo de adaptabilidad dentro del marco existente. La posibilidad de elegir

entre las interpretaciones de las diferentes escuelas permitió abordar problemas de manera ajustada a las necesidades específicas de cada contexto (Coulson 1998, 105-127). Este pluralismo jurídico no solo enriqueció el pensamiento islámico, sino que también sirvió como una herramienta práctica para mantener la relevancia del derecho islámico en sociedades complejas y diversas.

Por ejemplo, en regiones donde la escuela hanafí era predominante, las normas malikíes podían ser adoptadas en circunstancias específicas si ofrecían una solución más adecuada. Este tipo de interacción entre las escuelas contribuyó a una forma de flexibilidad limitada pero efectiva, que permitió al derecho islámico mantenerse funcional incluso en contextos cambiantes.

El cierre del *ijtihād* y la institucionalización del *taqlid* marcaron una etapa de conservación y consolidación en el derecho islámico suní. Aunque esta práctica garantizó la estabilidad y uniformidad del *fiqh* durante varios siglos, también limitó su capacidad para innovar y para adaptarse a los cambios sociales y políticos. La coexistencia de las cuatro escuelas suníes, con sus metodologías y aproximaciones diversas, ofreció una alternativa parcial a esta rigidez, permitiendo cierta adaptabilidad dentro de un marco doctrinal fijo.

En última instancia, esta etapa de conservación dejó un legado mixto: por un lado, una tradición jurídica robusta y coherente que preservó los principios fundamentales del islam; por otro, un desafío continuo para reconciliar la tradición con las demandas de la modernidad, especialmente a medida que las sociedades islámicas enfrentaban nuevos contextos y retos globales. Este balance entre continuidad y cambio sigue siendo un tema central en el debate contemporáneo sobre el futuro del derecho islámico.

A pesar de todo lo expuesto, cabe señalar que algunos autores contemporáneos cuestionan la tesis comúnmente aceptada de que se cerrara la puerta del *ijtihād* en el siglo XI, tal es el posicionamiento de Hallaq. Así lo defiende, de manera particular en *Was the Gate of Ijtihad Closed?* (Hallaq 1984). Según este autor, el *ijtihād* siguió practicándose a lo largo de la historia islámica premoderna, aunque sí acepta que existió una institucionalización progresiva de las escuelas y un aumento de la importancia del *taqlid*.

6. Pluralidad en la unidad: diversidad de sistemas a partir de un ordenamiento único

Las diferencias entre las escuelas jurídicas islámicas son lo suficientemente significativas como para afirmar que, aunque en el derecho islámico clásico

existiera un único ordenamiento jurídico basado en una misma totalidad textual, en la práctica coexistían varios sistemas jurídicos doctrinales y varios sistemas propiamente dichos. Esta coexistencia no se limita a matices, sino que da lugar a sistemas jurídicos sustantivamente distintos en aspectos cruciales, lo que refleja la diversidad inherente al pensamiento islámico en su aplicación práctica.

A menudo se argumenta que estas diferencias son mínimas en comparación con los acuerdos fundamentales, ya que todas las escuelas comparten una estructura básica común y las mismas instituciones esenciales. Esto no sorprende, dado que todas parten del mismo cuerpo de textos, el Corán y la *sunnah*, y comparten herramientas interpretativas como el consenso (*ijma'*) y la analogía (*qiyas*). Sin embargo, las discrepancias en los métodos y perspectivas jurídicas son lo suficientemente notables como para generar variaciones significativas, que se traducen en prácticas diferentes según la escuela. Estas diferencias enriquecen el pluralismo del derecho islámico, pero también plantean desafíos en la búsqueda de una uniformidad jurídica.

Por ejemplo, la escuela hanafí, caracterizada por su flexibilidad metodológica, concede un peso considerable a las coordenadas de tiempo y lugar, lo que permite a sus juristas adaptar las normas a las necesidades cambiantes de las sociedades. En contraste, la escuela shafí se distingue por su rigor metodológico y un fuerte apego a la tradición, aplicando un marco jerárquico estricto en la interpretación de las fuentes. Mientras tanto, la escuela hanbalí limita el consenso únicamente a los sabios de Medina y restringe tanto el uso de la analogía que algunos autores han llegado a considerar que, en la práctica, esta escuela rechaza dicho método casi por completo. Estas diferencias metodológicas, lejos de ser triviales, configuran aproximaciones únicas que tienen un impacto directo en la interpretación y aplicación de la ley.

Estas divergencias afectan la teoría jurídica y, además, se traducen en diferencias sustantivas con consecuencias prácticas. Un caso ilustrativo es el del divorcio. En la escuela hanafí, la esposa puede solicitar el divorcio judicial únicamente si el marido es incapaz de consumar el matrimonio, lo que significa que la causa debe ser un defecto presente desde el inicio. En cambio, la escuela malikí amplía considerablemente las posibilidades, permitiendo a la esposa solicitar el divorcio por una variedad de razones sobrevenidas, como la falta de manutención, el trato cruel o la impotencia sexual desarrollada tras el matrimonio (Coulson 1998, 107). Estas diferencias no solo configuran instituciones jurídicas distintas, sino que también reflejan las distintas priorida-

des éticas y sociales de cada escuela, adaptadas a las realidades culturales y geográficas en las que operan.

Otro aspecto importante donde las escuelas suníes muestran diferencias es en el peso otorgado al formalismo frente a la intención. La escuela hanafí, conocida por su orientación formalista, considera que, si se cumplen los requisitos establecidos en los textos, las intenciones subyacentes no deben tener relevancia jurídica. Por el contrario, la escuela malikí otorga un papel destacado a la intención, incluso cuando se cumplen los formalismos. Un ejemplo claro de esta diferencia es el caso de los esposos divorciados por repudio que desean reconciliarse y volver a casarse. Según la ley islámica, esto solo es posible si la mujer ha contraído matrimonio y se ha divorciado de un tercero. Mientras que la escuela malikí analiza las intenciones detrás del matrimonio intermedio, declarando inválido el matrimonio si se realizó únicamente para permitir una nueva unión con el marido inicial, la escuela hanafí considera válido el matrimonio intermedio siempre que se hayan cumplido los requisitos formales (Coulson 1998, 109). Este contraste evidencia metodologías profundamente diferentes hacia la interpretación de las normas, con implicaciones prácticas significativas.

A pesar de estas diferencias, todas las escuelas comparten un marco de referencia común basado en las fuentes principales del islam, pero, cuando se examina cómo se traducen estas interpretaciones en sistemas jurídicos prácticos, queda claro que la *sharía* no puede considerarse un bloque homogéneo. Cada escuela aporta su propia perspectiva y método, dando lugar a un pluralismo que, lejos de ser un defecto, ha sido interpretado como una fortaleza del derecho islámico. Este pluralismo permite a los juristas y fieles elegir entre diferentes soluciones según las necesidades y circunstancias específicas, una característica que ha facilitado la adaptabilidad del derecho islámico a lo largo de los siglos.

La coexistencia de varias escuelas ofrece flexibilidad y refleja la idea de que la diversidad en la interpretación es un signo de la generosidad divina, como se atribuye al Profeta en la *sunnah*: «La diferencia de opinión en el seno de mi pueblo es un signo de la generosidad de Dios». Esta manera de aceptar la diversidad avala la pluralidad de sistemas como expresiones legítimas del ordenamiento jurídico islámico, demostrando que la diversidad no solo es aceptable, sino también deseable.

En síntesis, las diferencias entre las escuelas suníes ilustran la distinción entre ordenamiento y sistema jurídico y, además, sirven para poner de manifiesto la capacidad del derecho islámico para equilibrar la estabilidad nor-

mativa con la flexibilidad práctica. Este modelo permite que se preserve la relevancia del islam mientras, paralelamente, se garantiza su aplicabilidad a contextos variados, mostrando una resiliencia considerable frente a los desafíos de un mundo cambiante.

Relaciones intersistémicas entre Estados: las relaciones de los particulares en el marco del derecho internacional privado

1. El pluralismo jurídico como premisa para abordar las relaciones entre el sistema jurídico español y la *sharí*

1.1. Pluralismo jurídico: de su irrelevancia en la Edad Media al cuasi-consenso en la actualidad

En nuestra concepción del derecho asumimos que en el mundo han existido y existen una pluralidad de ordenamientos jurídicos. Esta tesis, que en la actualidad es ampliamente aceptada por la mayoría de la doctrina, aunque sea de manera implícita, no siempre ha sido considerada evidente ni mayoritaria. Por ello, vamos a dedicarle las siguientes líneas.

Tal como hemos visto a lo largo de este trabajo, la TCD parte de una concepción pluralista del derecho⁵, pues sostiene que existen una pluralidad de ordenamientos jurídicos tanto en el mundo actual como en las sociedades del pasado. Es importante destacar que, al definirse como una teoría pluralista, utiliza este término en el sentido mencionado, es decir, para referirse a la coe-

⁵ A pesar de que el pluralismo jurídico también puede aludir a estos aspectos sociales o políticos, no es este el enfoque al que se refiere Robles al caracterizar la TCD como una teoría pluralista. Esta distinción es explicitada por el autor al abordar la cuestión, dejando claro el alcance específico de su planteamiento (Robles 2015a, 704).

xistencia de múltiples ordenamientos jurídicos, y no a la diversidad política o social que pueda subyacer en cada uno de ellos.

El monismo jurídico, defendido tanto por autores iusnaturalistas como por autores positivistas, está vinculado a una concepción esencialista u ontologista del derecho. Esta postura sostiene que en nuestro mundo existe un único ordenamiento jurídico que, aunque complejo y manifestado de diversas formas, posee un elemento unitario que permite considerar que toda expresión con significación jurídica puede, y debe, ser conectada a un único ordenamiento. Este ordenamiento único actuaría como un gran paraguas que abarca todos los ámbitos jurídicos existentes.

La visión unitaria del derecho, que sí admite cierta pluralidad interna, tiene su origen en la Edad Media y en las tesis iusnaturalistas características de esa época. Tomás de Aquino, al vincular el derecho positivo con la ley natural y a esta, a su vez, con la ley eterna, establece una concepción unitaria del derecho. Según esta visión, todo derecho generado por los humanos se encuentra ineludiblemente subordinado, de manera jerárquica, al derecho natural y a la ley eterna. Así, el monismo jurídico asume que, aunque existan diversas expresiones concretas del derecho, todas ellas son en realidad manifestaciones de un único derecho.

A lo largo de los siglos posteriores, y especialmente en la Edad Moderna, se produce una evolución que seculariza el fenómeno jurídico, desvinculándolo de la religión. Sin embargo, persiste una estructura de pensamiento monista, fundamentada en la idea iusnaturalista de que existen derechos preexistentes al ordenamiento jurídico positivo. Este derecho natural, al cual deben ajustarse todos los ordenamientos, proporciona unidad al concepto de derecho pese a la variedad de sus manifestaciones.

El positivismo aspira a realizar una aproximación *científica* al estudio del derecho, buscando romper con las tesis iusnaturalistas y con la manera que aquellas tienen de entender la ciencia jurídica. Con todo, el positivismo normativista, y particularmente en la obra del que es considerado su máximo exponente, Hans Kelsen, mantiene en esencia las estructuras básicas del iusnaturalismo en sus propuestas sobre teoría del derecho. Por consiguiente, en lo relativo al monismo, el positivismo normativista sigue la línea trazada por el iusnaturalismo y defiende una postura próxima.

Kelsen examina el dilema entre monismo y pluralismo a partir de dos expresiones jurídicas concretas: el derecho estatal y el derecho internacional. Al centrarse en estas manifestaciones específicas y prescindir de otras, como el derecho de ciertas confesiones religiosas, desarrolla una postura teórica a

favor del monismo. En su análisis de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho estatal, concluye que ambas manifestaciones forman parte de una misma unidad, y aunque Kelsen no lo declara explícitamente, esta conclusión parece aplicable a cualquier otro tipo de ordenamiento jurídico.

El jurista vienés defiende que el estudio científico del derecho exige considerar la ciencia jurídica como una unidad. Esta visión del derecho como unidad conlleva que tanto los derechos estatales como el derecho internacional formen parte de un único sistema jurídico. En este esquema, el derecho internacional actúa como un sustituto del derecho natural, ya que, en cierto modo, se sitúa por encima del resto de manifestaciones jurídicas. Como una bóveda que las cubre y conecta, el derecho internacional crea la unidad de objeto necesaria para una aproximación científica al derecho (Robles 2015a, 709).

Esta manera de concebir el derecho, que podría calificarse como reduccionista, presupone la existencia de una unidad de objeto y de método. Así, de manera general, se afirma que cada ciencia (como la física, la química o la sociología) es una, aunque se manifieste de modos, tiempos y lugares distintos. En este sentido, Kelsen, desde su perspectiva normativista, considera que el objeto de estudio de la ciencia jurídica son las normas jurídicas. Por lo tanto, todo aquello compuesto por normas jurídicas pertenece necesariamente a esa unidad que es el derecho.

Robles, en cambio, se distancia radicalmente de los postulados monistas, tanto de los derivados del iusnaturalismo como de los sostenidos por el positivismo. Para él, «con el nombre de derecho no queremos sino designar una realidad plural: los ordenamientos jurídicos» (2015a, 711).

La TCD, en consonancia con la afirmación de su autor, adopta una concepción pluralista del derecho según la cual la realidad de los hechos evidencia la existencia de un pluralismo jurídico, tanto en el presente como a lo largo de la historia. En el mundo actual es evidente la pluralidad de ordenamientos jurídicos. Incluso desde las perspectivas más reduccionistas, resulta innegable que cada estado soberano cuenta con un ordenamiento jurídico propio, distinto al de otros Estados.

La complejidad del derecho está en su composición, pues los elementos que lo componen son numerosos y heterogéneos, lo que hace imposible una definición breve y precisa. Esta heterogeneidad no solo se refleja en la variedad de elementos que conforman cada ordenamiento jurídico, sino también en la coexistencia de múltiples ordenamientos (Robles 2015a, 712) y, en consecuencia, de sistemas doctrinales, sistemas jurídicos y ámbitos jurídicos diversos.

El predominio de las tesis monistas en la Edad Media puede explicarse por la composición social y jurídica de la época, caracterizada por una marcada homogeneidad (Jiménez 2025). En contraste, la realidad actual viene a ser lo opuesto, pues la globalización ha generado la necesidad de hacer coexistir diversas realidades jurídicas. Fenómenos como la inmigración y el desplazamiento generalizado de personas han contribuido a esta situación. Además, la disponibilidad de una gran cantidad de información y la rapidez con la que esta circula han ampliado nuestro conocimiento sobre la diversidad jurídica en el mundo (Backenköhler 2017). En este contexto, resulta evidente la existencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos, lo que ha llevado a que las tesis pluralistas sean compartidas por la mayoría de la doctrina contemporánea.

La Europa medieval, en cambio, presentaba una situación muy distinta, marcada por una percepción de unidad político-religiosa que englobaba el mundo conocido por los habitantes de sus tierras en aquella época. Esta sensación de unidad no se desvaneció hasta la aparición de los Estados-nación y, con ellos, del derecho internacional. Este último, encargado de regular la coexistencia y coordinación entre Estados, constituye una constatación de la existencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos, al menos en lo que respecta a los ordenamientos estatales.

Desde una perspectiva teórica, podría imaginarse una situación en la que existiera un único ordenamiento jurídico en el mundo. Este escenario requeriría que los países actuales cedieran sus competencias a una gran entidad supranacional que unificara a la humanidad bajo una totalidad textual común, aplicable mediante un sistema jurisdiccional unitario, lo cual llevaría, más allá de la unidad de ordenamiento, a la unidad incluso de sistema. No obstante, este planteamiento se sitúa en el plano de lo hipotético y no refleja ni las diferentes situaciones que se han dado a lo largo de la historia, ni la situación actual. Por lo tanto, la evidencia no puede llevarnos más que a reconocer la existencia del pluralismo jurídico en las realidades que hasta ahora han existido.

Este pluralismo implica la coexistencia de ordenamientos con características y cualidades distintas. La TCD propone una clasificación de los ordenamientos jurídicos basada en tres criterios: su génesis, su cualidad de necesario o contingente, y su independencia o dependencia respecto de otros ordenamientos.

1.2. Las relaciones intersistémicas como relaciones intertextuales

Una vez establecido que existen una pluralidad de ordenamientos jurídicos, lo que conlleva también la existencia de una pluralidad de sistemas jurídicos, re-

sulta evidente que entre ellos se generan relaciones. Estas relaciones intersistémicas, es decir, las que se producen entre sistemas jurídicos, adquieren una dimensión específica cuando se analizan desde la TCD: dichas relaciones se configuran necesariamente como relaciones intertextuales. Para fundamentar este razonamiento, es necesario partir de dos premisas clave.

La primera premisa consiste en la constatación de que cada ámbito jurídico se configura como un conjunto de procesos de comunicación cuyo eje central se articula en torno a la dualidad entre el ordenamiento jurídico (ORD) y el sistema jurídico (SIS) (Robles 2015a, 727). Tanto el ordenamiento como el sistema se entienden como totalidades textuales que se componen de textos parciales, lo que permite afirmar que el derecho no solo se expresa mediante textos, sino que además se organiza y estructura como una construcción de naturaleza eminentemente textual.

La segunda premisa señala que las interacciones entre las tres realidades fundamentales derivadas del ámbito jurídico (el ordenamiento [ORD], las doctrinas sistematizadas [DOCs] y el sistema jurídico en sentido estricto [SIS]) tienen lugar necesariamente a través de textos. En este sentido, las relaciones entre estos elementos se desarrollan exclusivamente mediante comunicaciones textuales, lo que refuerza la idea de que el derecho opera como un sistema que se define, se interpreta y se aplica a través de su materialización textual.

Este planteamiento tiene implicaciones significativas para la comprensión de las relaciones jurídicas. Al considerar que el derecho se manifiesta como texto, se concluye que todas las relaciones en el ámbito jurídico, independientemente de su modalidad o contexto, son esencialmente relaciones textuales. Así, la afirmación de Robles que reza «el derecho se manifiesta como texto» puede ampliarse para incluir esta dimensión relacional, reformulándose como: «el derecho se manifiesta y se relaciona como texto». Este ajuste, además de subrayar la naturaleza textual del derecho, también pone de relieve su carácter comunicacional, especialmente en lo que respecta a las dinámicas intersistémicas e intertextuales que son inherentes al ámbito jurídico.

En este capítulo se analiza cómo se establecen las relaciones intersistémicas desde la TCD y qué mecanismos las configuran.

Al examinar los sistemas jurídicos actuales clasificados por la teoría formal como tales, se identifican, entre otros, los sistemas jurídicos de los Estados, el derecho internacional, el derecho canónico y el derecho de la Unión Europea. La interacción entre estos sistemas presenta particularidades que dependen de los actores involucrados y de las dinámicas

específicas que los vinculan. En su obra *Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas* (2007), Robles analiza con detalle diversas formas de estas interacciones, destacando varios tipos de relaciones: las que se producen entre el derecho internacional y el derecho estatal, las que tienen lugar entre el derecho comunitario y el derecho de los Estados miembros, así como aquellas que ocurren entre sistemas jurídicos estatales en el contexto de relaciones privadas.

Cada modalidad de relación intersistémica presenta características y mecanismos propios que requieren un análisis específico. Robles aborda estas interacciones desde el análisis del derecho positivo, aplicando los fundamentos teóricos de la TCD. Las relaciones intersistémicas deben ser comprendidas en el marco de la teoría formal del derecho, especialmente en lo que respecta a los tres pilares que estructuran su teoría jurídica (Robles 2015a, 736), porque esta aproximación permite explorar cómo los sistemas jurídicos interactúan formalmente y qué dinámicas textuales y comunicacionales subyacen a estas relaciones, proporcionando una base para comprender los vínculos que pueden establecerse entre el derecho español y la *sharía*.

En lo que respecta al tema que abordamos en este trabajo, que son las relaciones y la posible aplicabilidad de la *sharía* en el marco del sistema jurídico español, nos situaremos, cuando tratemos exclusivamente de relaciones intersistémicas, en el ámbito del derecho internacional privado (Roca 2009, 98). Dado que la *sharía* se implementa a través del derecho de los Estados que adhieren a la religión islámica y que han incorporado, total o parcialmente, esta ley en sus sistemas jurídicos estatales, su aplicación en España solo puede darse de manera indirecta. Esto se realiza mediante la aplicación del derecho de dichos Estados en el marco de las normas de conflicto del derecho internacional privado español.

Este mecanismo supone una aplicación limitada de la ley islámica, ya que no se produce dentro de un marco institucionalizado que permita considerar a la *sharía* como un sistema jurídico reivindicable por cualquier ciudadano de confesión musulmana en España. Solo será posible que la *sharía* se aplique a determinadas relaciones jurídicas de carácter privado, en las que concurren uno o varios elementos de extranjería que conduzcan a que las normas de conflicto españolas remitan a un derecho estatal basado en la *sharía*.

En este contexto, la relación entre sistemas jurídicos se manifiesta como una relación entre ordenamientos jurídicos estatales, con la particularidad de que, en algunos de estos Estados, el derecho islámico (o *sharía*) forma parte del ordenamiento jurídico estatal.

2. El derecho internacional privado: la rama que se ocupa de las relaciones de los sistemas jurídicos de los Estados en el marco de las relaciones privadas

2.1. Objeto y ejes del derecho internacional privado

El derecho se ocupa de ofrecer soluciones y herramientas para resolver conflictos sociales típicos. Como explica Garcimartín, «lo que hace es replicar el mundo real, pero lo hace en un mundo virtual, el jurídico» (2021, 42). Este universo jurídico se compone de derechos subjetivos, de obligaciones, de cargas o de procedimientos, entre otros elementos. Es un mundo con reglas y realidades propias, que no siempre coinciden con las del mundo físico, ya que en el mundo físico, por ejemplo, no existen las personas jurídicas ni los bienes intangibles (Garcimartín 2021, 35).

De manera general, el legislador diseña este mundo jurídico, mientras que el aplicador, que normalmente es el juez (aunque también pueden ser registradores, notarios, etc.), se encarga de proyectar dicho mundo jurídico en la realidad. El derecho internacional privado, en particular, se organiza en tres sectores fundamentales, diseñados para responder a tres grandes interrogantes básicos que surgen en las relaciones privadas internacionales (Milans del Bosch 2016, 43-50). Estas cuestiones pueden esquematizarse del siguiente modo:

- Competencia judicial internacional: en la medida en que la relación se vincula con los ordenamientos jurídicos de varios Estados, ¿qué tribunales estatales serán competentes para conocer de un posible litigio derivado de la relación?
- Ley aplicable: en la medida en que la relación se vincula con varios ordenamientos jurídicos estatales, ¿qué ley material deberá aplicarse para resolver el fondo del litigio?
- Reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras: ¿qué eficacia tendrá, en otros Estados, la eventual sentencia dictada por el juez que haya conocido el litigio de naturaleza privada con elementos internacionales?

Estos tres sectores están claramente diferenciados, pues cada uno aborda un aspecto específico del conflicto internacional y se rige por normas propias.

Dado que estamos analizando la cuestión desde la perspectiva concreta del sistema jurídico español, las normas de competencia judicial internacional

nos indicarán en qué casos los tribunales españoles serán competentes para conocer de un determinado asunto. Si del análisis resulta que los tribunales españoles son competentes, será necesario recurrir a las normas de conflicto previstas en el ordenamiento jurídico español para determinar qué ley estatal deberá aplicar el juez español para resolver el fondo del caso.

A primera vista, puede parecer sorprendente que existan situaciones en las que un juez español sea competente para conocer de un asunto pero que, en lugar de deber aplicar normas del derecho español, deba aplicar las normas de un sistema jurídico perteneciente a un Estado distinto de España. Sin embargo, desde un punto de vista teórico, no hay impedimento alguno para que, ante una situación privada con elementos de extranjería, un juez español esté obligado a resolver la cuestión aplicando una ley diferente de la española.

2.2.Principios de funcionamiento del derecho internacional privado

2.2.1. Fraccionamiento

Si observamos el mapa político mundial, lo primero que destaca es la división territorial. El mundo está dividido en Estados, cada uno con un territorio delimitado por fronteras, sobre el que ejerce su soberanía. No existe ningún lugar del planeta que no pertenezca a un Estado, y, en consecuencia, no hay ningún lugar en el que no rija un ordenamiento jurídico estatal. Cada Estado cuenta con sus propias normas, que asignan de manera abstracta derechos subjetivos, obligaciones y cargas, así como con su propio poder jurisdiccional, encargado de resolver los litigios concretos relativos a los derechos y cargas establecidos por las normas.

En el mundo político actual, la estructura de los Estados se basa en la territorialidad y, como consecuencia, los ordenamientos jurídicos estatales están diseñados sobre una base territorial. Este principio tiene implicaciones directas para el islam, una religión que, también en su dimensión jurídica, aspira a regirse por criterios de personalidad (es decir, aplicarse en función de la pertenencia a una comunidad de creyentes) en lugar de criterios de territorialidad.

A pesar de ello, al implementarse a través de los sistemas jurídicos de los Estados, que ejercen su soberanía dentro de límites territoriales, la *sharía* se aplica hoy en día, en términos prácticos, de manera predominantemente terri-

torial. Es importante matizar esta afirmación, ya que algunos Estados, como Arabia Saudí o Marruecos, combinan ambos criterios: aunque aplican el derecho dentro de su territorio, distinguen entre grupos de población basándose en criterios de personalidad para establecer normas diferenciadas.

No obstante, incluso en estos casos, el marco general sigue siendo territorial, ya que todos los Estados delimitan la aplicación de su derecho a las fronteras que definen su soberanía. Así, el derecho internacional privado no puede más que partir de esta realidad evidente: un mundo estructurado política y jurídicamente en torno a la territorialidad y, por ello, el punto de partida de esta disciplina es el fraccionamiento jurídico (Garcimartín 2021, 34-37).

2.2.2. Relatividad

Si en el apartado anterior se mencionaba el principio de fraccionamiento como una característica fundamental del derecho internacional privado, en este punto corresponde abordar el principio de relatividad, también propio de esta disciplina. Este principio sostiene que no existe un derecho internacional privado universal: cada Estado dispone de sus propias normas para determinar la competencia de sus tribunales, regular los conflictos de leyes y establecer los criterios de reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales (Garcimartín 2021, 35). En consecuencia, la relatividad incide directamente en los tres sectores principales que regula el derecho internacional privado.

El principio de relatividad debe ser considerado como un punto de partida teórico porque en la práctica la creciente interacción entre ciudadanos y empresas de diferentes Estados, propia de un mundo globalizado, ha generado una tendencia hacia la coordinación entre los Estados para lograr que sus normas de derecho internacional privado sean, en muchos casos, comunes o relativamente uniformes. Esta coordinación puede darse mediante acuerdos bilaterales, convenios internacionales o mediante la adhesión a sistemas supranacionales. Un ejemplo destacado de este último caso es el marco de la Unión Europea, donde los Estados miembros han transferido la competencia para establecer normas de derecho internacional privado a instituciones supranacionales, lo que garantiza la uniformidad normativa en todos los Estados miembro y promueve una política jurídica coherente en la resolución de conflictos internacionales. Además, contribuye a la mejora del principio de tutela judicial efectiva al facilitar soluciones más previsibles y consistentes.

En la actualidad, esta tendencia se ha consolidado en España, donde la mayoría de las normas de derecho internacional privado se encuentran codificadas en reglamentos de la Unión Europea o en convenios internacionales. Este desarrollo refleja un avance significativo hacia la integración y armonización en esta materia, sin perder de vista la autonomía de los Estados en cuestiones que no han sido delegadas.

2.2.3. Función facilitadora

De lo expuesto hasta ahora se desprende que el derecho internacional privado es, como su nombre indica, una rama del derecho privado, lo que significa que debe regirse por los principios propios de esta disciplina, centrada en regular las relaciones entre particulares. Esto conlleva que las consecuencias del derecho internacional privado recaen directamente sobre los ciudadanos y no sobre los Estados, que solo se ven implicados de forma indirecta en las cuestiones que este derecho regula. Sin embargo, el hecho de que ciertos asuntos involucren dos o más sistemas jurídicos introduce una dinámica particular para el legislador, quien, en lugar de actuar desde una posición de monopolio normativo, se encuentra en un escenario de concurrencia con otros sistemas legales (Garcimartín 2021, 55).

En este contexto, el derecho internacional privado debe ir más allá de la lógica tradicional del derecho privado e integrar una perspectiva internacional que permita gestionar adecuadamente las interacciones entre distintos ordenamientos. Esto plantea el desafío de diseñar normas que respeten la autonomía y las decisiones de los particulares, pero que, al mismo tiempo, faciliten su aplicación en un marco de relaciones transnacionales. Así, el legislador debe garantizar la coherencia interna del derecho internacional privado y, a su vez, debe garantizar también su eficacia en un entorno marcado por la interacción constante entre ciudadanos y empresas de diferentes jurisdicciones.

Este carácter facilitador del derecho internacional privado es especialmente relevante, ya que no tiene una vocación directiva en relación con los ciudadanos. No busca influir en decisiones personales, como con quién casarse, a qué empresa vender productos o para qué empleador trabajar. Por el contrario, su misión es aceptar las decisiones de los ciudadanos dentro del marco de su libertad y ofrecer herramientas jurídicas que permitan adoptarlas de manera racional. Además, su objetivo es proporcionar soluciones que resuelvan

posibles conflictos de forma adecuada y en sintonía con el marco normativo de cada caso.

En cambio, en su relación con las autoridades, como los jueces, sí adopta una dimensión directiva. El derecho internacional privado establece claramente cuestiones fundamentales, como la competencia de los tribunales, el sistema jurídico aplicable o las reglas para reconocer y ejecutar decisiones judiciales extranjeras. En este sentido, su función respecto a las autoridades es normativa y prescriptiva, mientras que, para los ciudadanos, mantiene su rol facilitador.

Para que este espíritu funcione de manera efectiva, es esencial que el legislador tenga en cuenta las normas de derecho internacional privado de otros Estados. La falta de coordinación puede dar lugar a las llamadas *soluciones claudicantes*, que dificultan la continuidad geográfica y jurídica de los derechos subjetivos otorgados por un sistema determinado. Este problema es particularmente complejo en escenarios donde existen grandes disparidades entre los ordenamientos jurídicos, como ocurre entre el sistema español y la *sharía*. En tales casos, la interacción entre ambos sistemas plantea retos significativos, ya que es necesario equilibrar los valores y principios fundamentales del derecho interno con las exigencias propias de una lógica internacional que permita una regulación eficiente y coherente de las relaciones transnacionales.

3. Normas de derecho internacional privado: tipología y características

3.1. Tipos de normas para situaciones de tráfico jurídico externo

Las relaciones reguladas por el derecho internacional privado son aquellas calificadas como de tráfico jurídico externo, es decir, las relaciones jurídicas entre personas privadas que incluyen al menos un elemento internacional. En este sentido, constituye tráfico externo cualquier relación que esté conectada con dos o más ordenamientos jurídicos (Robles 2007, 136). Por el contrario, se consideran de tráfico interno las relaciones en las que únicamente concurren elementos vinculados a un único ordenamiento jurídico o, en términos comunicacionales más precisos, a un único sistema jurídico. Por ejemplo, si un joven de Cuenca, con nacionalidad española, contrae matrimonio con una mujer también española, vecina del mismo municipio, celebran su matrimonio y fijan su residencia en Cuenca, se tratará, sin duda, de una relación jurídica de tráfico interno. En cambio, si una española contrae matrimonio con

un ciudadano tailandés y celebran su matrimonio en Alemania, desde la perspectiva de los tribunales españoles, estaríamos ante una relación de tráfico jurídico externo.

Cuando los tribunales españoles aborden conflictos de tráfico interno, aplicarán las normas materiales españolas que regulen el asunto en cuestión, siguiendo el procedimiento habitual. No obstante, si los tribunales españoles, tras declararse competentes, deben resolver una cuestión de tráfico externo, entonces deberán recurrir a las normas de derecho internacional privado. Estas normas pueden clasificarse en dos tipos: normas materiales, que ofrecen una solución directa al conflicto, y normas de remisión, que indican qué ordenamiento jurídico debe aplicarse para resolver el fondo del asunto.

Las normas materiales de derecho internacional privado, aunque existentes, son actualmente escasas y se limitan a regular materias específicas y muy concretas. Un ejemplo recurrente citado por los autores es el *ius gentium* del derecho romano, considerado la primera rama del derecho dedicada propiamente al derecho internacional privado en un ordenamiento jurídico próximo a nuestra tradición. Este ejemplo se utiliza por su relevancia histórica, pero también por la escasez de ejemplos en las normas materiales de los ordenamientos jurídicos actuales. Otro caso de normas materiales lo constituyen aquellas acordadas por vía convencional entre Estados, como los tratados internacionales, que en ocasiones proporcionan soluciones materiales para situaciones con elementos de extranjería. Sin embargo, la mayoría de las normas que regulan situaciones de tráfico externo en España son de tipo indirecto, conocidas comúnmente como normas de conflicto o normas de colisión.

Desde una perspectiva comunicacional, puede afirmarse que las normas de conflicto

presuponen la existencia de totalidades textuales sistémicas (ordenamientos jurídicos) que entran en relación por medio de dichas normas. La norma de conflicto es un instrumento de intertextualidad. En su virtud, un texto sistémico remite a otro texto sistémico, generando entre ambos una relación intersistémica de naturaleza textual (Robles 2007, 141).

Todo esto pone de relieve que, a pesar de su denominación como *internacional*, las normas de derecho internacional privado pertenecen al ámbito del derecho interno de cada Estado, lo que las convierte esencialmente en derecho estatal. La internacionalidad reside, no en las normas en sí mismas, sino en las relaciones jurídicas que estas están destinadas a regular, las cua-

les implican elementos o conexiones con más de un ordenamiento jurídico. Pero las normas que componen esta disciplina, por el contrario, forman parte del sistema jurídico interno de cada país, salvo en los casos en que han sido adoptadas en el marco de organismos supranacionales (como sucede con las normas de conflicto elaboradas en el contexto comunitario) o cuando derivan de tratados internacionales.

El hecho de que parte de las normas de conflicto sean reguladas por normativa comunitaria no debe llevarnos a confundir esta característica con la atribución de un carácter de ordenamiento jurídico autónomo al derecho internacional privado. Aunque existe una dualidad de fuentes (normas internas –Constitución, LOPJ, Código civil, entre otras–, normas internacionales –como los Tratados de la Haya– y normativa comunitaria –como los reglamentos Bruselas I bis o Bruselas II ter–), las normas de derecho internacional privado, en su conjunto, siguen siendo normas de derecho estatal, independientemente de que su fuente originaria sea un tratado internacional o un reglamento comunitario.

La confusión entre el derecho internacional público y el derecho internacional privado, así como la asimilación errónea de sus características, puede atribuirse, en parte, a la propia denominación de este último. La inclusión del término *internacional* induce a error, ya que se trata en esencia de derecho interno, aunque regule situaciones con elementos de extranjería. Por otro lado, la denominación *privado* también resulta problemática. Aunque el término da una idea aproximada, útil en tanto alude a relaciones de alteridad entre particulares, no refleja plenamente la naturaleza de algunas normas del derecho internacional privado. Por ejemplo, las normas de competencia judicial o de reconocimiento de sentencias, de carácter procesal, pertenecen al ámbito público.

La propia distinción entre derecho público y derecho privado es, hoy en día, cada vez más cuestionable. Muchas ramas tradicionalmente clasificadas como *privadas*, como el derecho laboral, cuentan con una intervención pública tan significativa que esta división parece responder más a la tradición que a la realidad jurídica contemporánea. Por ello, no solo es discutible la presencia del término *internacional* en la denominación de la disciplina, sino también la de *privado*, dado que ambas palabras generan una percepción imprecisa sobre su naturaleza y alcance.

Una alternativa a la denominación *derecho internacional privado* se encuentra en la doctrina anglosajona, donde parte de los autores utilizan el término *conflict of laws* para referirse a esta disciplina. No obstante, esta deno-

minación también resulta controvertida, ya que sugiere una relación de confrontación entre las normas de diferentes ordenamientos jurídicos, lo cual no refleja con precisión la realidad. Las normas de derecho internacional privado no pretenden crear conflictos, sino proporcionar soluciones para las situaciones en las que concurren múltiples sistemas jurídicos.

Desde la perspectiva de la TCD, mientras que el derecho internacional público puede considerarse un ordenamiento jurídico autónomo, esto no ocurre con el derecho internacional privado, ya que este último no constituye un ordenamiento jurídico independiente, sino que es una rama del ordenamiento jurídico interno, cuya función principal es regular las relaciones entre los diferentes ordenamientos jurídicos estatales en lo que respecta a relaciones privadas con elementos de extranjería. Por lo tanto, según los criterios de la teoría comunicacional, el derecho internacional privado no puede calificarse como un ordenamiento jurídico, sino como una especialidad dentro del derecho interno.

Tradicionalmente, se ha concebido que las normas jurídicas tienen una estructura homogénea de tipo *bimembre*, formada por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. Este modelo básico ha sido utilizado ampliamente en la teoría jurídica para describir cómo funcionan las normas dentro de un ordenamiento, pero cuando se analizan normas de derecho internacional privado, como las normas de conflicto, esta concepción puede resultar insuficiente para captar toda su complejidad y el papel intertextual que desempeñan en la regulación de relaciones internacionales.

La concepción homogénea de las normas, centrada en su estructura bimembre, no se corresponde con la realidad jurídica de la mayoría de los sistemas jurídicos, ya que es propia de las normas sancionadoras. Estas normas, aunque relevantes, solo constituyen una parte del derecho y, además, ni siquiera representan su mayoría. Para dar cuenta de la diversidad y de la complejidad de las normas jurídicas, la teoría comunicacional del derecho propone una clasificación heterogénea basada en la acción, elemento omnipresente en el derecho, según la cual las intenciones, por sí solas, carecen de significación jurídica, pues requieren ser materializadas en acciones para adquirir relevancia legal.

Partiendo de esta premisa, Robles clasifica las normas en dos grandes categorías en función de su relación con la acción: normas directas de la acción y normas indirectas de la acción. Las primeras regulan directamente las acciones humanas y se dividen en tres subtipos: normas potestativas, que autorizan la realización de una acción; normas deónticas, que exigen la realización

de una acción; y normas procedimentales, que determinan las características específicas que debe tener una acción para adquirir significación jurídica. Por otro lado, las normas indirectas de la acción no se centran directamente en las acciones humanas, sino en elementos relacionados con ellas, como el tiempo, el espacio o la distribución de competencias. Estas se denominan normas ónticas (Robles 2015, 177-245).

Esta visión heterogénea de las normas, central en la TCD, ofrece un marco más flexible y ajustado a la realidad jurídica. En el análisis de las normas propias del derecho internacional privado que regulan las relaciones intersistémicas (específicamente, las normas de conflicto), la visión comunicacional genera ciertas diferencias respecto a la doctrina tradicional que merecen destacarse.

Considerando la categorización comunicacional de las normas, en la que se asume la heterogeneidad de estas, resulta imprescindible analizar en qué categoría encajan las normas de derecho internacional privado para, a partir de ahí, examinar cómo se relaciona el sistema jurídico español con la *sharía* y qué grado de aplicabilidad tiene esta última en el derecho español.

Dado que las normas materiales directas son prácticamente inexistentes en nuestro ordenamiento y no presentan particularidades significativas respecto a las equivalentes en derecho interno, centraremos nuestro análisis en un tipo específico de normas del derecho internacional privado: las normas de conflicto. Estas normas constituyen el núcleo de las relaciones intersistémicas, ya que establecen cómo se relacionan los sistemas jurídicos, un aspecto clave para comprender la interacción entre el sistema jurídico español y la *sharía*.

3.2. Visión tradicional y visión comunicacional de las normas de conflicto

Las normas de conflicto, como se ha señalado, constituyen una tipología exclusiva y distintiva del derecho internacional privado. Desde una perspectiva comunicacional, estas normas son clasificadas como indirectas, ya que no abordan directamente el fondo de las cuestiones planteadas. Su propósito principal es determinar, entre los diversos ordenamientos jurídicos vinculados a un caso con elementos de extranjería, cuál de ellos debe regir la resolución material del conflicto. De este modo, estas normas no confieren derechos ni imponen obligaciones de manera directa, sino que funcionan como directrices

orientadoras que señalan el sistema jurídico aplicable para identificar y establecer tales derechos y obligaciones.

Dicha particularidad de las normas de conflicto da lugar a una situación que, aunque poco común en el derecho interno, es plenamente admisible en el ámbito del derecho internacional privado. Así, un juez de un determinado Estado puede verse en la necesidad de aplicar el derecho de otro Estado para resolver un caso concreto con elementos transnacionales. Esta dinámica refleja la naturaleza intrínsecamente relacional de las normas de conflicto, cuyo objetivo es facilitar la interacción entre sistemas jurídicos en un entorno de diversidad normativa.

El concepto moderno de norma de conflicto está profundamente influenciado por la obra de Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, publicada en 1849. Hasta la época de Savigny, las soluciones en cuestiones de derecho internacional privado estaban principalmente orientadas a proteger los intereses de los Estados. Savigny introduce un cambio de paradigma, proponiendo un sistema en el que la ley aplicable se determina en función de los intereses de los particulares involucrados en el conflicto, y no únicamente de los Estados.

El jurista alemán desarrolló un método sistemático que permite designar la ley aplicable en casos internacionales. Este enfoque marcó un antes y un después, ya que, a partir de sus aportaciones, se abandona la práctica asistemática de decidir caso por caso según los intereses estatales. En su lugar, se establece un conjunto de reglas racionales y coherentes que aspiran a tener carácter universal (Ruiz 2013), proporcionando un marco más predecible y equitativo para las relaciones privadas con elementos internacionales.

En realidad, según Robles pone de manifiesto, si atendemos a su función se trata de normas de remisión o de atribución, puesto que no dan la solución material a un asunto, sino que señalan cuál es el sistema jurídico en el que hay que buscar y hallar esa solución. Cuando las normas a las que señala como aquellas que deben ser las aplicadas para resolver el conflicto coincidan con las del juez que está conociendo del asunto, se dirá que remiten a la *lex fori* o ley del foro.

La particularidad de que la norma de conflicto sea una norma de remisión que usa un método indirecto para ofrecer solución hace que la doctrina tradicional, cuya visión de las normas jurídicas en general es de tipo bimembre, considere que las normas de conflicto, dadas sus particularidades, tengan un tercer elemento añadido, el punto de conexión. Así, las normas de conflicto, por tener este tercer elemento añadido, se convierten en normas trimembres

y, a ojos de la doctrina tradicional, se distinguen por ello de la generalidad de las normas.

La estructura de las normas de conflicto, según la visión tradicional, puede resumirse como sigue:

- **Supuesto de hecho:** es la categoría en la que se enmarca el litigio concreto. Es la institución en la que se clasifica el asunto que se dirime: sucesión, obligaciones contractuales, matrimonio, nacionalidad, etc. Estas categorías han ido acotándose. Eran bastante amplias desde que Savigny estableció el sistema de atribución y han ido especializándose con el tiempo, quedando más acotadas con la finalidad de que se ajuste al caso el máximo posible la categorización. Frente a esta concepción tradicional, Robles hace ciertas precisiones basándose en el lenguaje de los juristas. En primer lugar, considera que el *supuesto de hecho* en la norma de conflicto no es propiamente hablando un supuesto fáctico, sino que se trata en realidad de un concepto jurídico. El supuesto de hecho hace referencia a la capacidad de obrar de las personas, a su estado civil, etc., y desde el punto de vista de Robles esto «no son meros hechos, sino situaciones y relaciones jurídicas» (2007, 168). No parece que haya modo de contradecir esta afirmación de Robles, pues, de toda evidencia, la relación matrimonial o la relación paterno-filial son relaciones jurídicas y, asimismo, la celebración de un matrimonio es un acto jurídico. Por su parte, la adopción, la sucesión por causa de muerte o la tutela son instituciones jurídicas. Por lo tanto, en el denominado *supuesto de hecho* estamos, en realidad, ante conceptos jurídicos.
- **Punto de conexión:** es la parte de la norma que es específica a la norma de conflicto y que la distingue del resto de normas según la teoría homogénea de las normas sobre la que se asienta el modelo. Consiste en la circunstancia que manifiesta la existencia de un vínculo entre el supuesto de hecho y un determinado ordenamiento jurídico.
- **Consecuencia jurídica:** consiste en la remisión a un sistema jurídico material, aquél que ofrecerá la solución para el asunto en cuestión y que puede ser el del foro o el de una jurisdicción extranjera. El juez español (asumimos cuando estamos en este punto que los tribunales españoles ya han sido considerados como competentes para conocer del caso) deberá resolver el fondo del litigio con el sistema jurídico que la norma de conflicto designe, que podrá ser uno distinto del suyo propio.

Frente a esta visión tradicional, muy escuetamente expuesta, la TCD ofrece un punto de vista diferente. Para Robles, la norma de conflicto debe cumplir una función que, en esencia, consiste simplemente en «señalar o determinar la ley relevante en una materia determinada sobre la cual incide algún elemento de extranjería» (2007, 170). No es necesario considerar que la norma de conflicto sea una norma imperativa dirigida a los jueces conminándoles a aplicar un determinado ordenamiento, especialmente cuando, en la actualidad, muchas normas de conflicto incluyen puntos de conexión flexibles que otorgan margen tanto a las partes como al juez para que se pueda realizar la remisión al sistema jurídico que mejor se acomode a la naturaleza y particularidades del asunto. Tal es el caso, por ejemplo, del artículo cuarto del Reglamento Roma II sobre responsabilidad extracontractual⁶.

En la TCD la norma de conflicto no se limita únicamente a proporcionar instrucciones a los jueces (aunque este sea uno de sus roles), sino que, de manera más general, facilita la determinación de cuál de los sistemas jurídicos en juego, vinculados a los hechos concretos, es el más relevante para el conflicto. Este sistema será, por tanto, el que deberá utilizarse para buscar la solución material. Por este motivo, estas normas pueden definirse como normas de remisión, ya que no ofrecen una solución material directa, sino que *remiten* al ordenamiento donde debe encontrarse dicha solución. Conceptualmente, este tipo de normas determina las fuentes del derecho aplicables a un caso concreto y, según Robles, su naturaleza es comparable a la norma que se deriva del artículo primero del Código Civil español, que reza: «Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho».

En clave comunicacional, las normas que establecen las fuentes del derecho se clasifican como normas indirectas de la acción, dado que no regulan directamente las acciones humanas, sino que delimitan las características

⁶ El artículo establece: «1. Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión. 2. No obstante, cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su residencia habitual en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplicará la ley de dicho país. 3. Si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país. Un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país podría estar basado en una relación preexistente entre las partes, como por ejemplo un contrario, que esté estrechamente vinculado con el hecho dañoso en cuestión».

del ordenamiento jurídico correspondiente, señalando sus componentes. Las normas de conflicto pertenecen a esta misma categoría. Se distinguen por su expresión profunda mediante el verbo *ser* de carácter regulativo (a diferencia de las normas deónticas, que emplean verbos como *deber*) y se consideran normas indirectas de la acción.

Estas normas indirectas cumplen dos funciones fundamentales: la remisión y la incorporación. La función de remisión consiste en señalar a qué ordenamiento jurídico se debe acudir para hallar la solución material del caso. La función de incorporación implica que, en aquellos casos en los que la norma de conflicto remite a un sistema jurídico de otro Estado, se produce, para ese caso concreto, la incorporación de las normas de un derecho extranjero al sistema jurídico español (Robles 2007, 173). Por ejemplo, imaginemos un divorcio entre ciudadanos de nacionalidad marroquí, cuyo matrimonio fue celebrado en Marruecos y que solicitan el divorcio ante un juez español por residir en España. Si la norma de conflicto establece que el derecho marroquí debe aplicarse para resolver dicho divorcio, se produce una incorporación del derecho marroquí al sistema jurídico español, aunque esta incorporación esté limitada al caso concreto.

No obstante, esta incorporación está sujeta a ciertos límites, entre los cuales destaca el *orden público internacional*, especialmente controvertido cuando la remisión lleva a un sistema jurídico islámico, extremo que será analizado en mayor detalle más adelante.

3.3. Fuentes del derecho privado español

Como se anticipó en el apartado anterior, las fuentes del derecho internacional privado español se componen, en gran medida, de tratados internacionales y de reglamentos europeos que han sido incorporados al ordenamiento jurídico nacional. Para entender sus características fundamentales, es necesario examinar con cierto detalle este conjunto normativo.

La Constitución española aborda las cuestiones de derecho internacional privado en su artículo 149.1.8, donde atribuye al Estado la competencia exclusiva para resolver los conflictos de leyes. Aunque esta es la única mención explícita en el texto constitucional, su influencia en esta materia es notable. Muchas de las normas de derecho internacional privado vigentes fueron promulgadas antes de la aprobación de la Constitución y, tras la entrada en vigor de esta, han sido objeto de interpretación y adecuación a los principios establecidos en este marco normativo.

Es esencial destacar, no obstante, que estas normas tienen rango legal, no constitucional, lo que significa que su validez material está condicionada al respeto de la Constitución, que actúa como límite infranqueable. En consecuencia, aunque las normas de derecho internacional privado derivan de fuentes diversas, su interpretación y aplicación deben alinearse siempre con los principios fundamentales del ordenamiento constitucional español.

De forma esquemática, el sistema vigente de derecho internacional privado español puede resumirse así:

- Normas de derecho comunitario europeo: actualmente, una parte considerable de las normas de derecho internacional privado provienen del derecho europeo, lo que fomenta la uniformidad de soluciones entre los Estados miembros de la Unión Europea. Entre las normas más destacadas se encuentran el Reglamento de Bruselas I, el Reglamento Bruselas II y el Convenio de Lugano.
- Convenios internacionales ratificados por España: aunque el derecho internacional público no suele imponer límites generales a la competencia judicial o legislativa de los Estados, los convenios internacionales (tanto multilaterales como bilaterales) son una fuente relevante para el derecho internacional privado. Por ejemplo, España ha ratificado numerosos convenios aprobados en el seno de la Conferencia de la Haya, que contienen normas específicas sobre esta materia.
- Acuerdos de la Unión Europea con países terceros: en virtud de las competencias cedidas por los Estados miembros, la Unión Europea suscribe acuerdos con países terceros, algunos de los cuales incluyen normas de derecho internacional privado.
- Derecho interno español: el ordenamiento jurídico español también contiene normas de derecho internacional privado, principalmente en el Código Civil, la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Cooperación Jurídica Internacional. No obstante, conforme la Unión Europea ha asumido competencias en esta materia, parte de la legislación interna ha quedado relegada, aplicándose solo en ausencia de regulación europea.

Esta pluralidad de fuentes evidencia que las normas de derecho internacional privado se encuentran dispersas en diferentes tipos de textos. Por lo

tanto, es esencial identificar con precisión las normas aplicables en cada caso. Esto requiere atender a cómo las normas delimitan material, temporal y territorialmente sus ámbitos de aplicación, así como a los criterios generales de concurrencia normativa. En este contexto, los principios de *lex superior*, *lex specialis* y *lex posterior* deben ser constantemente considerados para resolver las posibles interacciones entre las normas (Zorzetto 2012, 62).

4. La *sharía* en los países islámicos

4.1. El peso de la historia en las regulaciones actuales

Hasta aquí hemos revisado las normas de conflicto de derecho internacional privado español y hemos visto que, a través de ellas, cuando remitan a un sistema jurídico estatal que aplique la *sharía*, podrá darse una aplicación indirecta de la ley islámica en el derecho español. A partir de ello, resulta pertinente analizar en qué Estados se aplica actualmente la *sharía* y bajo qué modalidades puesto que, al implementarse a través de las estructuras del poder civil y político, es imprescindible considerar brevemente cómo son en la actualidad estas estructuras seculares que imponen su aplicación y que, a través de las normas de conflicto españolas, podrían potencialmente relacionarse con el sistema jurídico español.

La historia de los Estados musulmanes modernos está profundamente influenciada por la caída del Imperio otomano, los periodos de colonialismo francés y británico, y la subsiguiente reconfiguración geopolítica de Oriente Medio. Esta compleja interacción de eventos históricos ha tenido efectos profundos y duraderos en la región, moldeando su panorama político, social y cultural (Sánchez 2018, 674).

El Imperio otomano, que alcanzó su apogeo entre los siglos xvi y xvii, se distinguía por su vasta extensión territorial que abarcaba partes de tres continentes, y por ser gobernado por una diversidad de grupos étnicos y religiosos. Su declive comenzó a manifestarse en el siglo xix debido a conflictos internos, a desafíos económicos y a derrotas militares. Este proceso coincidió con la expansión de las potencias europeas, especialmente Francia y Gran Bretaña, que buscaban incrementar su influencia en Oriente Medio y el norte de África.

Durante los siglos xix y principios del xx, Francia y Gran Bretaña llevaron a cabo procesos de colonización e imperialismo en estas regiones. Establecieron protectorados, esferas de influencia y control directo sobre

varios territorios estratégicos. El Acuerdo Sykes-Picot de 1916 dividió sus esferas de influencia propuestas en Oriente Medio tras la Primera Guerra Mundial y fue el fundamento para el rediseño posterior de las fronteras y la creación de nuevos Estados nacionales, cuyas dinámicas internas y externas siguen estando profundamente marcadas por esta historia de intervención y partición territorial.

El fin de la Primera Guerra Mundial marcó un punto de inflexión en la historia de la región que estaba bajo el régimen islámico del Imperio otomano, que fue desmembrado mediante el Tratado de Sèvres en 1920, que buscaba dividir sus territorios entre los aliados victoriosos. Sin embargo, la resistencia al tratado desencadenó la Guerra de Independencia de Turquía, liderada por Mustafa Kemal Atatürk. Este conflicto culminó con la firma del Tratado de Lausana en 1923, que reconoció a la República de Turquía y sus fronteras modernas, sellando así el fin definitivo del Imperio otomano (Ruiz 2024, 203-204).

El colapso del Imperio otomano creó un vacío de poder que Francia y Gran Bretaña aprovecharon para expandir sus ambiciones coloniales. Estas potencias establecieron mandatos y control sobre territorios en el mundo árabe, abarcando áreas de los actuales Irak, Siria, Líbano, Palestina y Jordania. En este contexto, emergieron diversos movimientos que reivindicaban la autodeterminación y la independencia en toda la región.

La interacción de estas dinámicas históricas facilitó la creación de los Estados musulmanes modernos. Con la retirada de las potencias coloniales tras la Segunda Guerra Mundial, una ola de descolonización recorrió Oriente Medio y el norte de África. Surgieron nuevos Estados independientes, a menudo definidos por las fronteras establecidas por las antiguas potencias coloniales, como Irak, Siria, Líbano y Jordania, entre otros.

El legado del colonialismo, junto con las fronteras artificiales trazadas durante este periodo, dejó consecuencias profundas y duraderas. Diversos grupos étnicos, religiosos y tribales quedaron englobados dentro de estas nuevas delimitaciones, lo que en ocasiones generó tensiones y conflictos internos. Además, la persistente influencia de las antiguas potencias coloniales y los intereses geopolíticos globales han continuado moldeando el panorama político de la región, alimentando desafíos y disputas que perduran.

Así, el colapso del Imperio otomano, la era del colonialismo francés y británico, y la subsiguiente formación de los Estados musulmanes modernos son capítulos intrincadamente interconectados en la historia de Oriente Medio y del norte de África.

En este panorama, la característica fundamental de la *sharía* en la actualidad es que se aplica, no a través de un único poder secular como ocurría en la época del Profeta (y como, en cierta medida y con todos los matices posibles, podría considerarse que ocurrió de modo imperfecto durante los imperios omeya, abasí u otomano), sino que se implementa a través de una pluralidad de Estados, cada uno con sus particularidades, su adhesión a una determinada escuela, y la influencia más o menos marcada de los sistemas jurídicos occidentales, entre otros factores.

Además, las diferencias actuales no se limitan únicamente a cuestiones de interpretación o delimitación, como sucedía en el derecho islámico clásico con el surgimiento y desarrollo de las diferentes escuelas. En su lugar, cada país otorga a la *sharía* un lugar específico dentro del marco de su sistema jurídico estatal, y ese lugar varía de un Estado a otro en aspectos como el rango jerárquico, la fuerza normativa, los ámbitos de aplicación, las vías de implementación, etc. Tal como afirma el islamólogo Ramadan: «El concepto de *sharía* no se entiende ni se aplica de la misma manera en todos los países musulmanes» (2017, 154).

4.2. Ámbito de aplicación y lugar en la jerarquía normativa en los sistemas jurídicos islámicos actuales

La *sharía* no desempeña el mismo papel, ni tiene el mismo ámbito de aplicación ni la misma posición en la jerarquía normativa en los diversos Estados donde forma parte del sistema de fuentes jurídicas. Generalmente, su aplicación se da en aquellos Estados que se adhieren formalmente al islam; es decir, donde el islam es religión de Estado, aunque esta regla hay que matizarla con la notable excepción de Indonesia, ya que este país, aunque formalmente es no confesional, aplica la *sharía* incluso mediante tribunales específicos dedicados a su implementación. Además, Indonesia merece especial mención por ser el país con la mayor población musulmana del mundo.

Al margen de este caso particular, se pueden distinguir, de manera simplificada, dos grandes grupos: por un lado, aquellos Estados donde la *sharía* es la principal fuente del derecho, como Arabia Saudí y, por otro, aquellos donde su vigencia se limita mayoritariamente a cuestiones de estatuto personal y derecho de familia, como Marruecos, el país de origen de la mayor parte de la población musulmana residente en España.

Un resumen acertado de la situación actual lo ofrecen las palabras de Vázquez Costa:

En la actualidad, la mayor parte de países musulmanes integran la *sharía* tradicional en sus códigos legales, especialmente en el ámbito del estatuto personal. En otras ramas del derecho, como la penal, la mayoría de Estados musulmanes han intentado limitar su aplicación, sustituyéndola por leyes que comportan una interpretación moderna o actualizada de la *sharía* tradicional. Irán y Arabia Saudí persisten como núcleos donde se apela a una aplicación estricta de la ley islámica en todas las parcelas del derecho. En general, cada nación presenta su propio sistema jurídico, con códigos singulares y únicos que reflejan la variedad de influencias históricas y culturales existentes (2016, 186).

Para comprender mejor el papel que el derecho islámico desempeña en los Estados de mayoría musulmana, resulta útil clasificar los sistemas jurídicos actuales en cinco categorías:

- Países con aplicación total de la *sharía*: Arabia Saudí (con islam suní) e Irán (con islam chií) son ejemplos destacados. En estos Estados, alguna interpretación del derecho islámico se aplica de manera íntegra a todas las áreas del derecho.
- Países con sistemas judiciales híbridos: aquellos, como Egipto, coexisten el derecho secular y la *sharía*, integrándose ambos en el sistema judicial.
- Países con sistemas totalmente occidentales: algunos Estados, como Turquía, que han adoptado un modelo jurídico completamente laico, desvinculado del derecho islámico.
- Países con sistemas jurídicos mixtos: en muchos países africanos, el sistema jurídico actual resulta de la confluencia entre el derecho europeo de origen colonial, la *sharía* y las costumbres locales.
- Países con aplicación simbólica o arbitraria de la *sharía*: en estos casos, aunque oficialmente se declara la aplicación de la *sharía*, la realidad es que las normas y su implementación carecen de coherencia jurídica, siendo utilizadas de manera arbitraria. Un ejemplo es el Afganistán actual, donde grupos violentos invocan la *sharía* más como pretexto político o moral que como un sistema jurídico estructurado y funcional.

A pesar de que la clasificación realizada resulta útil para comprender la situación actual, es fundamental recordar que el islam abarca mucho más que aspectos jurídicos. La *sharía* se aborda en este trabajo exclusivamente desde su vertiente jurídica, refiriéndose al conjunto de reglas y prescripciones contenidas en los textos sagrados islámicos, pero no hay que perder de vista que existen aproximaciones más holísticas del término, que no son incorrectas ni contradicen su vertiente jurídica.

Entre estas interpretaciones más globales, destaca la identificación de *sharía* con islam. Esta visión entiende la *sharía* como sinónimo del hecho religioso islámico en su totalidad, no limitándola a los aspectos con significación jurídica, sino incluyendo también todos los elementos que conforman la relación del individuo con la divinidad. Al interpretarlo en este sentido, en el término se comprenden tanto las obligaciones del musulmán consigo mismo y con Dios, como las relacionadas con las interacciones con otros. En el lenguaje cotidiano, incluso entre los propios musulmanes, esta interpretación amplia de la *sharía* es habitual (Ramadan 2017, 147).

Con todo, cuando nos situamos en el lenguaje de los juristas, que es el método adoptado desde la TCD, nos referimos exclusivamente a la *sharía* en su dimensión jurídica. Esto implica centrarse en las instituciones que regulan cuestiones de alteridad y que, por ende, tienen relevancia jurídica, lo que permite delimitar con precisión el ámbito de análisis al tratar la *sharía* desde una perspectiva jurídica y sistemática.

La diversidad en la aplicación de la *sharía* en los Estados islámicos contemporáneos refleja la interacción de las tradiciones jurídicas locales, las influencias coloniales y las particularidades políticas de cada nación. A continuación, se presentan algunos ejemplos ilustrativos:

- Egipto: con una población mayoritariamente musulmana suní, Egipto cuenta con un sistema jurídico híbrido que combina influencias del *common law* británico y del modelo napoleónico francés, resultado de su historia colonial y su relación con potencias europeas. Este sistema se caracteriza por su fuerte orientación hacia la codificación, lo que se refleja en la existencia de códigos civiles y penales que buscan proporcionar un marco normativo claro y uniforme para el país.

La Constitución egipcia, en su forma actual, establece al islam como religión de Estado y reconoce explícitamente a la *sharía* como la principal fuente del derecho, una disposición que refuerza la centralidad de los principios islámicos en el marco legal del país. Este

mandato constitucional, que se introdujo por primera vez en 1980 y que ha sido reafirmado en sucesivas revisiones, establece un fundamento religioso para las leyes egipcias, aunque su implementación varía según las áreas del derecho (Maugiron 2012).

En la práctica, la *sharía* tiene una aplicación destacada en el ámbito del estatuto personal, que abarca cuestiones como el matrimonio, el divorcio, la herencia y la tutela de menores. En este campo, las normas de la *sharía* se basan principalmente en la interpretación suní y se integran en el derecho nacional a través del Código de Estatuto Personal. El país no cuenta con tribunales específicos para aplicar estas normas; en su lugar, las cortes generales son las encargadas de resolver los casos relacionados con el estatuto personal, siguiendo las disposiciones legales basadas en la *sharía*. Este método refuerza la integración de las normas islámicas dentro del sistema judicial estatal.

El sistema jurídico egipcio refleja un delicado equilibrio entre la tradición islámica y las influencias modernas. Por un lado, la referencia constitucional a la *sharía* y su aplicación en el estatuto personal buscan preservar los valores religiosos y culturales de la mayoría musulmana del país. Por otro lado, las influencias del derecho europeo y británico, evidentes en áreas como el derecho civil y comercial, subrayan el compromiso de Egipto con la modernización y la participación en la economía global (Berger y Sonnenveld 2012, 65-70).

Este modelo híbrido también ha sido objeto de debate y tensión. Mientras que algunos sectores abogan por una mayor implementación de la *sharía* en todas las áreas del derecho, otros sectores, incluidos movimientos progresistas y defensores de los derechos humanos, llaman a una mayor secularización del sistema jurídico. Estas tensiones reflejan el desafío constante de Egipto para reconciliar su identidad islámica con los principios de un Estado moderno y pluralista.

En definitiva, Egipto ejemplifica cómo un sistema jurídico puede adaptarse a múltiples influencias históricas y culturales, integrando elementos de la *sharía* con modelos jurídicos occidentales. Esta configuración, que responde a la composición demográfica y religiosa del país, subraya su papel como puente entre el mundo islámico y las tradiciones legales de Occidente.

- Indonesia: aunque formalmente es un Estado aconfesional, es el país con la mayor población musulmana del mundo, lo que otorga al islam

una presencia significativa en su vida política, social y cultural. Su sistema legal, heredado en gran parte del periodo colonial bajo el dominio neerlandés, está basado en el *ius civile*, pero ha evolucionado para incorporar elementos islámicos y tradicionales propios del contexto indonesio.

En Indonesia, los tribunales de *sharía* forman parte del sistema judicial estatal y tienen competencias específicas en cuestiones de derecho civil y de estatuto personal, como el matrimonio, el divorcio, la herencia y la tutela. Estos tribunales operan dentro de un marco pluralista que combina normas islámicas con disposiciones legales nacionales, reflejando la coexistencia de diversos sistemas normativos en el país. La aplicación de la *sharía* en Indonesia está limitada a los ciudadanos musulmanes y no afecta a las comunidades que profesan otras religiones, en línea con los principios de diversidad religiosa y tolerancia que caracterizan a la sociedad indonesia.

La mayoría de los musulmanes en Indonesia son suníes y siguen la escuela jurídica shafí. Esta tradición influencia profundamente la jurisprudencia aplicada en los tribunales de *sharía*, especialmente en cuestiones relacionadas con el estatuto personal, a partir del artículo 63 de la ley 1/1974 (Utriza 2012). No obstante, el derecho islámico en Indonesia convive con sistemas normativos locales y costumbres tradicionales (*adat*), que también tienen relevancia en determinadas áreas del derecho, configurando un sistema legal altamente diverso.

Aunque la Constitución no declara al islam como religión oficial (Utriza 2012), reconoce la importancia de la religión en la vida pública y establece principios que permiten la incorporación de normas islámicas dentro de un marco legal secular, lo que ha generado debates internos sobre la relación entre el islam y el Estado, especialmente en lo que respecta a los límites de la aplicación de la *sharía* y su interacción con los derechos humanos y la igualdad de género.

Indonesia destaca como un ejemplo de cómo un país puede integrar aspectos de la *sharía* en un sistema legal que también responde a influencias coloniales y a la diversidad cultural interna. Este modelo pluralista permite que el derecho islámico coexista con normas seculares, con costumbres locales y con otras confesiones religiosas, ofreciendo soluciones adaptadas a la complejidad de una nación con una amplia diversidad étnica, religiosa y cultural.

- Marruecos: con una población mayoritariamente musulmana suní que sigue la tradición jurídica malikí, Marruecos posee un sistema jurídico que combina influencias francesas heredadas del periodo colonial con elementos locales e islámicos profundamente arraigados en su historia. Este modelo híbrido permite la coexistencia del derecho positivo con las normas basadas en la *sharía*, creando un marco legal adaptado a las particularidades culturales y religiosas del país.

La Constitución marroquí declara al islam como religión de Estado, lo que rinde cuenta de su centralidad en la vida pública y en la formación de las instituciones del país (Mouaquit 2012). Aunque el derecho positivo, influido por el modelo francés, prevalece en la mayoría de las áreas del sistema legal, el ámbito del derecho de familia constituye una notable excepción. En esta materia rige la Mudawana, un código reformado en 2004 que adapta principios tradicionales islámicos a los valores contemporáneos de igualdad y justicia social. Mientras se escriben estas líneas, el parlamento marroquí debe someter a revisión y a potencial aprobación una nueva Mudawana que presenta como novedades la limitación de la poligamia y el matrimonio con menores, lo cual se enmarca en la línea que el país sigue desde hace tiempo: la interpretación malikí de la *sharía* puesta en relación con las demandas de la sociedad marroquí actual (Sanz 2024).

El sistema jurídico marroquí refleja un esfuerzo por integrar sus raíces islámicas con los principios del derecho moderno, buscando responder a las demandas de un mundo globalizado sin renunciar a su identidad cultural y religiosa. Esta combinación de influencias ha generado debates internos y externos, particularmente en lo que respecta a la igualdad de género y los derechos humanos, temas que a menudo chocan con las interpretaciones más conservadoras de la *sharía*. No obstante, Marruecos sigue siendo un ejemplo destacado de cómo un país de mayoría musulmana puede articular un modelo jurídico que combine tradición y modernidad, promoviendo reformas dentro de un marco culturalmente aceptable.

En definitiva, el sistema legal de Marruecos, y en particular la forma en que regula el derecho de familia, ilustra cómo la interacción entre el derecho islámico y las influencias contemporáneas puede ofrecer soluciones jurídicas que reflejan tanto los valores religiosos como las aspiraciones sociales de una nación diversa y en evolución.

- Arabia Saudí: este reino es único en la medida en que la *sharía* ha sido aplicada de manera continua desde la época del Profeta. Su sistema jurídico, mayoritariamente exento de influencias occidentales, carece de códigos de derecho positivo y de un poder legislativo, pues se considera que la divinidad es el único legislador. La constitución del país es la propia *sharía*, que se aplica en todas sus vertientes, incluyendo la penal. El poder judicial no está jerarquizado y no existe separación de poderes, pues el rey asume la máxima autoridad judicial. Arabia Saudí adhiere a la escuela hanbalita y es reconocida como estandarte del islam suní.

Estos ejemplos ilustran la pluralidad en la forma en que la *sharía* se integra y aplica en los sistemas jurídicos estatales, evidenciando cómo cada nación adapta las normas islámicas a sus contextos culturales, históricos y políticos específicos. Esta diversidad refleja las distintas interpretaciones jurídicas dentro del islam, así como las interacciones de estas tradiciones con factores externos, como la influencia colonial, los procesos de modernización y las dinámicas sociopolíticas contemporáneas.

El matrimonio islámico y su recepción en el sistema español a través del derecho internacional privado. Especial mención a la poligamia

1. Características fundamentales del derecho de familia y de la persona en la *sharí*a

1.1. La preeminencia del principio de equidad en las instituciones de derecho de familia islámico

En el sistema jurídico español, el principio de igualdad, consagrado en el artículo 14 de la Constitución, se erige como un valor rector fundamental. Este principio constituye uno de los ejes de referencia para el conjunto del derecho español, de modo que todas las normas y actos del ámbito jurídico deben ajustarse a él (Robles 2021, 885-921).

Cuando se analiza la *sharí*a surge con frecuencia en la doctrina jurídica la cuestión de su compatibilidad con el principio de igualdad, particularmente en lo relativo a la igualdad entre hombres y mujeres, así como a la igualdad sin discriminación por motivos religiosos. Por esta razón, comenzamos este capítulo examinando el lugar que ocupa el principio de igualdad en el derecho de los Estados que aplican la ley islámica en la actualidad. Antes de abordar la compatibilidad de ciertas figuras concretas, es necesario establecer si el principio de igualdad existe en el derecho islámico, y, en su caso, determinar su configuración y delimitación. Una vez sentadas estas bases, podremos analizar cómo se articula esta cuestión en el derecho islámico y, posteriormente, la aplicabilidad de este último en el derecho español mediante las normas de derecho internacional privado.

<https://dx.doi.org/10.5209/ejur.002.14>

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.

Si acudimos al Corán, texto fundador del islam, encontramos evidencias que permiten afirmar que en términos de dignidad, hombres y mujeres se sitúan en un plano de igualdad. Tal como sostienen numerosas corrientes progresistas dentro del islam, en la Arabia preislámica donde surgió esta religión, la situación de las mujeres era equiparable a la de un objeto, ya que los hombres podían disponer de ellas con total libertad. El mensaje del Profeta irrumpió en este contexto como una auténtica revolución en términos de autonomía y capacidad de obrar para las mujeres. En el Corán, las mujeres son equiparadas a los hombres en deberes y obligaciones espirituales (33:35), en los castigos (5:38 y 24:2) e incluso en la recompensa merecida por las acciones lícitas (16:97) (Bermejo 2012, 47).

Esto significa que, en lo relativo al valor intrínseco de los seres humanos, ambos sexos son iguales. De hecho, el islam es la única de las tres religiones del libro que establece explícitamente la igualdad entre hombres y mujeres (Badran 2010). Así lo refleja, según la mayoría de los autores, la aleya 3:195: «No dejaré que se pierda obra de ninguno de vosotros, lo mismo si es varón que si es hembra, que habéis salido los unos de los otros».

Tal como señala Bermejo, esta consideración del Corán no encuentra un reflejo directo en la *sunnah*, ya que en algunas recopilaciones de Al-Bujari las mujeres son descritas con una capacidad menor que los hombres para la práctica religiosa y para las actividades intelectuales en general (2008, 56-59). Por tanto, existe una diferencia significativa entre la valoración que se desprende del texto coránico y la que proviene de los *hadices*, los cuales no son obra de Dios, sino de los hombres, y que a menudo reflejan la influencia de las prácticas consuetudinarias de las tribus preislámicas de Arabia.

A pesar de que el Corán contiene numerosos pasajes que dignifican a las mujeres y que las sitúan en un plano de valor intrínseco equivalente al de los hombres, el texto también sostiene que, tanto en la sociedad como en la familia, existe una diferenciación de roles. En esta diferenciación se otorga primacía al varón, quien ostenta la autoridad, pero conlleva también las obligaciones derivadas de dicha facultad. Esto se refleja, entre otras, en la siguiente aleya:

Ellas (referido a las mujeres) tienen derechos equivalentes a sus obligaciones, conforme al uso, pero los hombres tienen autoridad sobre las mujeres en virtud de la preferencia que Alá ha dado a unos más que a otros y de los bienes que gastan. Las mujeres virtuosas son devotas y cuidan, en ausencia de sus maridos, de lo que Alá manda que cuiden.

¡Amonestad a aquellas de quienes temáis que se rebelen, dejadlas solas en el lecho, pegadles! Si os obedecen, no os metáis más con ellas. Alá es excelso, es grande (Corán 4:34)⁷.

En esta aleya se establece de manera clara que las mujeres deben obedecer a los varones, mientras que los hombres tienen la obligación de pagar una dote a sus esposas y de sostenerlas económicamente durante el matrimonio (*nafaqa*). Incluso en el caso de que la mujer posea más recursos que su esposo, estos seguirán siendo exclusivamente suyos, ya que el matrimonio islámico no trae consigo ninguna modificación en el patrimonio de los cónyuges. Así, aunque la esposa tenga una posición económica muy superior a la del marido, conserva el derecho a exigir que él se haga cargo íntegramente de su manutención durante la vida matrimonial. Paralelamente, ella asume las obligaciones de cuidar del hogar y de obedecer al marido.

En lo que respecta a las actividades profesionales, la *sharía* no impide que las mujeres participen en actividades económicas y laborales, quienes pueden desempeñarse profesionalmente por cuenta ajena o propia si así lo desean, y en tales casos deben recibir una remuneración justa y proporcional a la de los hombres por un trabajo equivalente. Así lo establece, según la doctrina mayoritaria, el propio texto coránico: «Los hombres tienen una parte de lo que han adquirido. Las mujeres tienen una parte de lo que han adquirido» (4:32). Sin embargo, se impone un límite, pues estas actividades no deben interferir con la obligación principal de las mujeres, que es el cuidado del hogar.

El ejemplo de vida de Muhammad refuerza esta idea, ya que su primera esposa, Jadiyah, era una destacada mujer de negocios dedicada al comercio, quien además participó activamente en la instauración del islam. Asimismo, durante la vida del Profeta, cuando asumió el liderazgo político, hubo mujeres que desempeñaron roles significativos en la gestión y los asuntos políticos, lo que evidencia que Muhammad entendía tales funciones como legítimas para las mujeres. La diferencia fundamental, según el Corán y el ejemplo profético, radica en que para las mujeres la actividad profesional es opcional, siempre que no interfiera con sus obligaciones domésticas, mientras que para los hombres constituye un deber ineludible.

⁷ Hay que tomar en cuenta que esta aleya ha sido objeto de controversia respecto a las traducciones que desde el árabe se hacen a otras lenguas. El vocablo usado para justificar el castigo físico es polisémico en lengua árabe y puede también traducirse como «alejamiento físico de la mujer durante una disputa con su cónyuge». Por ello, hay autores que entienden que debería, en lugar de traducirse como «¡Pegadles!», traducirse como «alejaos de ellas!».

En cuanto a la educación académica, existe cierta controversia dadas las políticas llevadas a cabo en la actualidad por algunos Estados autodenominados islámicos. Así, algunos Estados que se definen como islámicos sostienen que, en virtud de la aplicación de la *sharía*, las mujeres deben ser excluidas de los sistemas educativos. Afganistán es un ejemplo claro de esta postura. Tal interpretación tiene difícil encaje en los textos de la *sharía*, especialmente en el Corán, pues como señala Combalía, la *sharía* establece un deber y un derecho a la educación para hombres y mujeres por igual, lo que le lleva a la autora a afirmar que «las diferencias entre los derechos de ambos no responden tanto a que la mujer se considere inferior al hombre en cuanto a dignidad, sino a la distinta función que se les atribuye a cada uno y a la capitalidad o primacía del varón» (2009).

De lo anterior se deduce que en el islam la igualdad no se erige como un principio rector desde la perspectiva jurídica pues, aunque desde un punto de vista ético-moral hombres y mujeres poseen el mismo valor intrínseco, esto no se traduce en una igualdad jurídica atendiendo a las interpretaciones mayoritarias. Esta interpretación de los textos se refleja en el derecho positivo de los Estados que aplican la Ley islámica, los cuales, en virtud de la *sharía*, fundamentan sus sistemas jurídicos en el principio de equidad dentro de un modelo patriarcal, en lugar de hacerlo en el principio de igualdad.

A efectos prácticos, esta concepción implica que «hombres y mujeres tienen atribuidos deberes y obligaciones distintos en virtud de la distinta función que cada uno desempeña en la sociedad» (Combalía 2009). Esto conlleva que el principio de no discriminación se entienda de manera diferente en el mundo islámico y en Occidente. Mientras que en Occidente la discriminación se mide según los principios de igualdad y equidad, en el mundo islámico se evalúa únicamente desde el prisma de la equidad. Según esta visión,

el derecho islámico, en virtud de su inspiración patriarcal, no acoge la igualdad entre el hombre y la mujer, sino la equidad, que consiste en que a cada uno se le atribuyen los derechos y deberes que le corresponden en virtud de la distinta función que desempeñan en la sociedad. De este modo, mientras que en Occidente la no discriminación se traduce en el reconocimiento de iguales derechos y obligaciones sin distinción por sexo, el islam considera que no hay discriminación por otorgar a cada uno los derechos que le corresponden, que no son los mismos, sino que están en consonancia con la diferente función que el varón y la mujer desempeñan.

Por ello, no cabe hablar de derechos y deberes iguales, sino complementarios, y desde este planteamiento islámico, es esa complementariedad la que garantiza la armonía y el equilibrio social (Combalía 2009).

Desde los textos coránicos, al abordar el derecho islámico en clave hermenéutico-analítica, el significado último que se atribuya a los mismos, así como la delimitación definitiva de sus normas, dependerá de la interpretación que de ellos se haga. En este sentido, aunque no sean tendencias predominantes, resulta relevante mencionar las corrientes que defienden que el principio de igualdad puede constituirse como un principio rector del derecho islámico. Así lo recoge Badran al analizar el feminismo en el islam, destacando las tesis de islamólogos que sostienen que el Corán aborda las diferencias entre hombres y mujeres única y exclusivamente en el ámbito biológico de la procreación, donde estas diferencias son significativas, pero no en el resto de ámbitos y, de manera particular, no en la atribución de roles sociales o familiares (2010).

Esta corriente argumenta que el principio de equilibrio y el principio de igualdad, al considerarse conjuntamente, emergen de una lectura holística del Corán. Según esta interpretación, el Corán no especifica un reparto concreto de tareas, pero sí subraya «la noción de mutualidad en la relación conyugal: que los cónyuges son protectores el uno del otro o que se ayudan mutuamente». Badran afirma que «es el pensamiento patriarcal el que establece e impone papeles, y lo hace en un orden social que sitúa a los hombres por encima de las mujeres en una red de poder jerárquica y compleja, justificando esto en el nombre del islam. La designación de papeles específicos en la familia y en la sociedad es simplemente el producto de la construcción social o cultural» (Badran 2010).

Esta interpretación, que sugiere planteamientos convergentes con el ideal de la justicia ambital española actual, es defendida por algunas corrientes, pero sigue siendo minoritaria en la doctrina y prácticamente residual en los sistemas jurídicos de los Estados islámicos actuales.

1.2. Características específicas de la institución del matrimonio

1.2.1. *El matrimonio como fundamento de la estructura social musulmana*

La *sharía*, como ordenamiento jurídico, se compone de los textos del Corán y la *sunnah*. En ellos se encuentran los principios que regulan todos los aspectos de la vida de los musulmanes, incluidos aquellos de contenido jurídico.

Estos textos establecen instituciones que contemplan relaciones de alteridad, como el derecho de familia, el derecho penal o el derecho financiero. En este capítulo, pretendemos ilustrar cómo se configuran las relaciones intersistémicas entre el sistema jurídico español y los sistemas de los Estados islámicos, centrándonos en la recepción de la *sharía* en el derecho español y, para ello, nos focalizaremos en la institución del matrimonio.

La elección del matrimonio como objeto de análisis responde a varios motivos. En primer lugar, su importancia en términos cuantitativos, dado que afecta a una gran parte de los musulmanes residentes en España. En segundo lugar, su relevancia jurídica, pues se enfrentan algunas de sus características a la excepción de orden público. Y, en tercer lugar, el hecho de que es una de las instituciones jurídicas más detalladamente reguladas en el Corán. Además, el matrimonio es la única institución jurídica islámica que el derecho interno español regula. Estas razones nos llevan a considerar al matrimonio como la figura más relevante para examinar las relaciones interordinamentales e intersistémicas que se producen, mediante el derecho internacional privado, entre el derecho islámico y el derecho español.

Lo primero que debemos destacar respecto al matrimonio islámico es su centralidad en la estructura familiar y, a su vez, la posición de la familia como núcleo de la organización social. Desde una perspectiva musulmana, la familia es la principal institución de la sociedad y constituye la base sobre la que se construye cualquier opción de desarrollo (Olmos 2008). Es en la familia donde recae la fortaleza de la civilización, ya que la persona, en esta visión, no encuentra su razón de ser en sí misma, sino como parte de una estructura familiar que gira en torno al matrimonio.

La importancia de la familia está claramente reflejada en los textos sagrados, ya que el Corán destaca su relevancia, generando en este punto una ruptura respecto al modelo social preislámico centrado en la tribu. En el derecho positivo actual esta importancia también se reconoce, como lo demuestra la Declaración Islámica Universal de los Derechos del Hombre de 1981, cuyo preámbulo establece que la sociedad islámica busca «preservar, proyectar y honrar la institución familiar en cuanto fundamento de toda la vida social». Asimismo, el artículo 5º de la Declaración de Derechos Humanos en el islam de 1990 refuerza esta idea al afirmar: «La familia es el núcleo de la sociedad y el matrimonio es el fundamento de su civilización [...]».

Atendiendo a la interpretación mayoritaria, la estructura familiar islámica se organiza de manera patriarcal, asignando roles definidos a cada miembro. Al hombre le corresponde ostentar la autoridad y asumir la responsabi-

lidad de procurar y proveer económicamente a la familia. Por su parte, las mujeres tienen asignado el rol de cuidado del hogar. No están obligadas a trabajar ni a contribuir económicamente, pero, en contrapartida, deben obedecer al marido.

En el islam, el matrimonio es la única vía legítima para la creación de una familia. Cualquier relación sexual fuera del matrimonio es considerada *haram*, es decir, pecaminosa y prohibida. Dado que el matrimonio sostiene la organización social, no es inusual que sea concebido como una unión no solo de dos individuos, sino también de sus familias. Por ello, es habitual que los matrimonios sean organizados y preparados por los padres de los contrayentes.

Aunque el Corán regula el matrimonio, no ofrece una definición explícita del mismo. No obstante, ciertos códigos de familia de países islámicos sí lo hacen, como el caso del Código de Familia argelino de 1984, cuyo artículo cuarto establece: «El matrimonio es un contrato consensuado que se establece entre un hombre y una mujer según la forma legal islámica. Tiene entre sus objetivos formar una familia basada en el afecto, la bondad y la ayuda mutua, proteger la honestidad de los esposos y preservar el parentesco».

A pesar de la relevancia social y religiosa que se le otorga, el matrimonio en el islam no es un sacramento ni tiene un carácter trascendente, como ocurre en la religión católica. Se estructura, en cambio, como un contrato, comparable en algunos aspectos a un contrato de compraventa, como señala Labaca Zabala: «El matrimonio en el islam tiene una naturaleza contractual, requiere el mutuo consentimiento, está abierto a condiciones adicionales que se pueden negociar, puede disolverse y sus términos pueden alterarse dentro de los límites legales» (2009).

Al tratarse de un contrato, los contrayentes tienen la posibilidad de incluir cláusulas que determinen aspectos específicos de su relación, dentro de los límites legales establecidos por las diferentes escuelas jurídicas suníes. De manera general, estas cláusulas pueden regular cuestiones controvertidas desde el punto de vista del sistema jurídico español, como la monogamia o poligamia y el repudio. También, aunque de forma más restringida, pueden abarcar aspectos relacionados con la educación de los hijos, entre otros. Cabe destacar que, para ser válido, el contrato matrimonial islámico debe cumplir con ciertas formalidades específicas.

Aunque no se prevea una sanción específica para quien no lo lleve a cabo, el matrimonio se configura para los musulmanes como una obligación más que una opción. Esto se desprende directamente del Corán, como se observa

en la aleya (4:32), que exige de manera directa: «Casad a los que aún no están casados». Hay consenso en la doctrina sobre este mandato, ya que las cuatro escuelas tradicionales están de acuerdo en considerar que el estado natural de la vida adulta es estar casado. Este principio se refuerza con algunos *hadices* de la *sunnah*, entre ellos: «Los solteros sirven de juego a Satanás, pues hace con ellos lo que quiere» (Al-Bujari 2008).

Uno de los puntos más controvertidos desde una visión occidental sobre el matrimonio islámico es la poligamia, que la doctrina mayoritaria entiende que se establece como una opción en el Corán. Actualmente, los sistemas jurídicos de los Estados musulmanes ofrecen interpretaciones variadas sobre los límites exactos que deben atribuirse a la poligamia coránica. En el capítulo IV, versículo tercero del Corán, se establece: «Si teméis no ser equitativos con los huérfanos, desposad las mujeres que os gusten: dos, tres o cuatro: Si teméis no ser justos, casad con una». Este pasaje ha sido objeto de interpretaciones diversas e incluso contradictorias entre sí.

Algunas regulaciones actuales no establecen un límite numérico, considerando que la mención de «dos, tres o cuatro» es un mero ejemplo y que, en consecuencia, un varón puede contraer matrimonio con tantas mujeres como pueda tratar de manera equitativa. Otros sistemas, en contrapartida, entienden que el número máximo permitido es cuatro, pues consideran que la precisión en el texto coránico implica un límite que debe respetarse. Esta última interpretación es la más extendida en los Estados cuyo derecho de familia se basa en la *sharía* en la actualidad.

En el extremo opuesto se encuentra Túnez, que prohíbe la poligamia. La doctrina que ha seguido el legislador en este país interpreta que el Corán exige un trato equitativo entre las esposas y, dado que en la práctica resulta imposible garantizar esa equidad, la poligamia debe estar prohibida para respetar el espíritu del texto coránico, pues no hay manera humanamente posible de tratar de manera absolutamente igualitaria a más de una esposa. Túnez es el único país islámico que ha prohibido la poligamia en virtud de esta interpretación, consagrada en el artículo 18 de su Código del Estatuto Personal. La propuesta interpretativa tunecina ha sido objeto de numerosos análisis y es frecuentemente citada por movimientos reformistas dentro del islam, pero en la actualidad sigue siendo una interpretación minoritaria entre los Estados musulmanes.

A partir de lo expuesto, se puede concluir que, aunque existen distintas formas de interpretar la poligamia según el Corán, su práctica está permitida, con mayor o menor número de requisitos y restricciones, en la mayoría de los

países de confesión musulmana cuyo derecho de familia se fundamenta en la *sharía*, salvo en contadas excepciones, como es el caso de Túnez.

Otra característica del matrimonio islámico es su vocación de estabilidad, fruto de lo cual el Corán, ante situaciones de crisis, insta a buscar soluciones e introduce periodos de reflexión antes de proceder a una ruptura definitiva. A pesar de ello, cuando no es posible encontrar un remedio, la disolución del vínculo matrimonial se asume con normalidad, y se permite por diversas vías.

La disolución más controvertida desde la mentalidad jurídica occidental es el repudio, que permite al marido romper el vínculo de manera unilateral y sin necesidad de intervención judicial. Por el contrario, la mujer solo puede solicitar el divorcio en los países que siguen las escuelas malikí y shafí, y para ello debe recurrir a la vía judicial, aportando motivos legales como la impotencia del marido, el incumplimiento del pago de la dote o situaciones de trato cruel y degradante, entre otros. Estas opciones no están presentes en las escuelas hanbalí y hanafí y, por lo tanto, no suelen estar presentes en los Estados que basan sus interpretaciones de la *sharía* en estas escuelas, lo que acentúa las diferencias entre hombres y mujeres en cuanto a las posibilidades de disolver el matrimonio.

A pesar de las diferencias señaladas (y otras que no se han mencionado aquí), los principios fundamentales del matrimonio en el islam comparten una base común entre las distintas escuelas suníes y también en el islam chií, aunque en este último se contempla una figura jurídica que no solo es inexistente, sino abiertamente rechazada por el islam suní: el matrimonio por tiempo determinado, conocido como *mut'a*. Este tipo de unión, aunque no será objeto de análisis en este trabajo, merece una breve mención debido a su relevancia actual, ya que ha suscitado una considerable controversia por los posibles abusos y distorsiones en su práctica en algunos países como Irak, lo que ha llevado a un amplio debate tanto entre juristas como en distintos sectores de la sociedad.

Habiendo delineado de forma breve los rasgos definitorios del matrimonio islámico, corresponde ahora analizar sus condiciones necesarias y efectos.

1.2.2. Condiciones necesarias del matrimonio islámico

El matrimonio en el islam se configura como un contrato y, como tal, requiere de una serie de condiciones indispensables para su validez. Estas condiciones, cuatro en total, incluyen: el consentimiento de ambas partes, la ausencia de

impedimentos, la fijación y entrega de la dote (*mahr*) a la esposa y el cumplimiento de ciertas formalidades. A continuación, se abordan brevemente:

- Consentimiento de las partes: este requisito puede ser causa de dificultades para el *exequatur* en España de matrimonios celebrados en el extranjero. Mientras que el consentimiento del varón es siempre necesario, el de la mujer no lo es en todas las escuelas, pues se exige el consentimiento de ambas partes pero en el caso de la mujer puede venir por parte de su *mahram* en lugar de venir de ellas mismas. Algunas escuelas permiten incluso matrimonios válidos en contra de la voluntad de la mujer. En las escuelas malikí, hanbalí y shafí, el tutor (*wali*) puede otorgar el consentimiento en nombre de la mujer, incluso sin su presencia física. Actualmente, cada país fija la edad mínima según sus propios criterios, generalmente establecida en dieciocho años, aunque se permite antes de esa edad con dispensa judicial (por ejemplo, a partir de los catorce años en Irak).
- Ausencia de impedimentos: los impedimentos para contraer matrimonio pueden ser permanentes o temporales. Los permanentes incluyen relaciones de consanguinidad, como el matrimonio entre parientes en línea recta. Los temporales, en cambio, son aquellos que pueden superarse, como el impedimento por *idda*, el periodo de continencia legal que debe observar una mujer tras la disolución de un matrimonio anterior. Además, existe un impedimento de tipo religioso: la *sharía*, aplicándose con criterio de personalidad, prevé limitaciones para los matrimonios entre musulmanes y no musulmanes (Combalía 2001). En este caso, los hombres pueden casarse con musulmanas o con mujeres del libro (cristianas y judías), mientras que las mujeres musulmanas solo pueden casarse con hombres musulmanes.
- Fijación y entrega de la dote (*mahr*) a la esposa: la dote es una suma de dinero o bienes que el esposo entrega a la esposa como garantía de su aceptación matrimonial. Es un requisito indispensable que no puede obviarse ni consistir en una cantidad simbólica. El contrato matrimonial debe especificar la cantidad y modalidad de entrega, que puede ser íntegra en el momento de la celebración (*nacd*) o parcialmente diferida hasta la disolución del vínculo (*cali*). La dote debe ser «proporcionada, determinada, efectiva y real» (Tazón 2008, 40), y su finalidad es proteger a la esposa de quedar desamparada en caso de divorcio o viudedad. A diferencia del régimen tribal preislámico,

donde la dote quedaba en poder de la familia de la esposa, en el islam pertenece exclusivamente a la mujer. Su cuantía varía según la posición social de los contrayentes. La naturaleza jurídica de la dote difiere entre escuelas: para las escuelas hanafí, shafí y hanbalí, es un efecto del matrimonio y su falta no invalida el contrato; en cambio, la escuela malikí, seguida en países como Marruecos o Argelia, la consideran una condición necesaria para la validez del matrimonio.

- Forma de celebración: el consentimiento debe manifestarse públicamente ante dos testigos varones musulmanes que hayan alcanzado la pubertad. Si a esto se añade la firma del contrato matrimonial y la recitación de la *fatiha*, ya se dan los elementos suficientes para la validez del matrimonio (Olmos 2008, 502). En el islam no es necesaria la intervención de autoridades civiles o religiosas. A pesar de ello, en la mayoría de los Estados musulmanes actuales, debido al papel de la administración pública en el derecho de familia, se exige la formalización del acta matrimonial ante un notario, funcionario público o equivalente legalmente habilitado.

Estas condiciones reflejan el carácter contractual del matrimonio islámico, dotándolo de elementos específicos que garantizan su validez y funcionalidad dentro del sistema jurídico islámico.

1.3. La Mudawana marroquí como ejemplo de la búsqueda de la adaptación a la sociedad marroquí actual y el respeto a los textos

En 2004 se aprobó en Marruecos el actual Código de la Familia y del Estatuto Personal, conocido como Mudawana. Este código representa el resultado de un esfuerzo por equilibrar dos objetivos fundamentales. Por un lado, responde a las demandas de igualdad que una parte de la sociedad marroquí, especialmente colectivos de mujeres, planteaba para transformar la estructura familiar, alejándola de la autoridad exclusiva del hombre y orientándola hacia la corresponsabilidad entre ambos cónyuges. Por otro lado, busca respetar escrupulosamente las prescripciones derivadas de los textos de la *sharía*, considerando los objetivos del islam y promoviendo su cumplimiento.

El preámbulo del texto destaca la labor interpretativa del *ijtihad* como herramienta jurisprudencial clave. A través de las decisiones judiciales, se puede realizar una interpretación de los textos religiosos que permita resolver casos

concretos de manera compatible tanto con los principios islámicos como con los compromisos internacionales de Marruecos, en especial aquellos relacionados con los derechos humanos.

El preámbulo de la Mudawana incluye fragmentos del discurso que el rey Mohammed VI pronunció durante la apertura del segundo año de la séptima legislatura. En este discurso, el monarca expuso la vocación y los objetivos del nuevo código de familia. A continuación, se ofrece un resumen de este discurso, en el cual se reflejan las principales modificaciones introducidas respecto al código anterior. Asimismo, estas modificaciones revelan el esfuerzo por alcanzar un delicado equilibrio entre el respeto a los textos sagrados, tanto en su literalidad como en su espíritu, y la necesidad de responder a las crecientes demandas de respeto al principio de igualdad expresadas por una parte significativa de la sociedad marroquí (Esteban *et al.* 2004).

Referimos a continuación los extractos del preámbulo de la Mudawana que, a nuestro juicio, ilustran de manera más clara el esfuerzo por equilibrar el respeto a la *sharía* con las demandas contemporáneas de igualdad⁸:

- La primera finalidad del texto, según las palabras literales de Mohamed VI, consistía en
 - adoptar una formulación moderna, en lugar de los conceptos que vulneran la dignidad y la condición humana de la mujer, así como que la responsabilidad de la familia recaiga conjuntamente sobre los dos cónyuges. A este respecto, Nuestro Antepasado el Profeta Sidna Mohammed –que la Paz y la Salvación estén con Él– dijo: «las mujeres son iguales a los hombres ante la ley». Asimismo, se refiere que dijo: «es digno el hombre que las honra, e innoble aquel que las humilla».
- La Mudawana de 2004 eliminó la posibilidad de que las mujeres puedan ser obligada a casarse contra su voluntad: «No les impidáis reanudar los vínculos del matrimonio con sus maridos si los dos esposos concuerdan en lo que consideran justo».
- Una de las novedades del texto fue establecer la igualdad entre hombres y mujeres respecto a la edad mínima para contraer matri-

⁸ El texto completo traducido al español puede encontrarse, entre otros, en la página web de la Junta de Andalucía a través del link: https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/1_2030_nueva_mudawwana_marroqui.pdf

monio, fijada en dieciocho años para ambos sexos en el artículo 19. Sin embargo, de conformidad con algunas prescripciones del rito malikí, en el artículo 20 del texto legal se permite al juez reducir esta edad en casos justificados.

- En cuanto a la poligamia, que se regula en sus artículos 40 a 46, retomamos literalmente el discurso de Mohamed VI, que ilustra la intención de conciliar el texto coránico con las necesidades de la sociedad marroquí contemporánea:

Hemos velado por que se tengan en cuenta los designios tolerantes del islam, en cuanto a la noción de justicia, hasta tal punto que el Todopoderoso une a la posibilidad de poligamia una serie de restricciones severas: «Si teméis ser injustos, casaos con una sola». Pero el Altísimo descarta la hipótesis de una equidad perfecta, diciendo básicamente: «No podéis tratar a todas vuestras mujeres con igualdad, aunque pongáis empeño en ello»; lo que hace la poligamia prácticamente imposible legalmente. Asimismo, hemos tenido presente esa sabiduría destacable del islam que autoriza al hombre a tomar una segunda esposa legalmente por razones de fuerza mayor, según estrictos y severos criterios, y además con autorización del juez, para evitar que, en caso de prohibición formal de la poligamia, el hombre recurriera a una poligamia de hecho, pero ilícita. En consecuencia, la poligamia sólo está autorizada en ciertos casos y bajo las siguientes condiciones legales: el juez sólo autorizará la poligamia después de asegurarse de la capacidad del marido para tratar a la otra esposa y a sus hijos equitativamente y garantizarles las mismas condiciones de vida que a la primera esposa, y sólo si dispone de un argumento objetivo excepcional para justificarla. Además, la mujer podrá supeditar su matrimonio a la condición, consignada en acta, de que su marido se comprometa a abstenerse de tomar otras esposas. Esta condición se asimila, de hecho, a un derecho que le corresponde. A falta de esta condición, el juez deberá convocar a la primera esposa y solicitar su consentimiento, avisar a la segunda esposa de que su cónyuge ya está casado y recabar asimismo su consentimiento. Por otra parte, la mujer cuyo marido acaba de tomar una segunda esposa podrá pedir el divorcio por el perjuicio sufrido (Mudawana 2004).

- El divorcio, tradicionalmente previsto en la escuela malikí como una opción tanto inicial como sobrevenida para las mujeres, quedó regulado casi en igualdad con los hombres. El texto estableció que la disolución del matrimonio requiere resolución judicial, limitando en la práctica el repudio. Mohamed VI afirmó: «El Profeta —que la paz sea

con el— dice a este respecto: “El más detestable (de los actos) lícitos, para Dios, es el divorcio”»⁹.

- Se amplió, a partir del artículo 98 y siguientes, el derecho de las mujeres a solicitar el divorcio judicial en casos de incumplimiento de las condiciones estipuladas en el contrato matrimonial o de perjuicio sufrido, como falta de manutención, abandono, violencia o cualquier otra causa conforme a la regla jurisprudencial de equilibrio y equidad en las relaciones conyugales. Además, se instituyó el divorcio de mutuo acuerdo bajo control judicial.
- Respecto a la administración de bienes, aunque se mantiene la norma de separación de patrimonios, se permite a los cónyuges establecer acuerdos sobre la gestión de bienes comunes, los cuales deben constar en un documento independiente al acta matrimonial. En caso de desacuerdo, el juez aplicará las reglas generales de prueba para evaluar la contribución de cada uno.

La Mudawana resulta especialmente relevante para analizar la aplicabilidad de la *sharía* en el sistema jurídico español. Esto se debe, por un lado, a que la mayoría de los musulmanes en España son de origen marroquí, lo que hace probable la remisión al derecho marroquí a través de las normas de derecho internacional privado, y, por otro lado, a que constituye un ejemplo destacado del esfuerzo por equilibrar los principios de la *sharía* con las exigencias contemporáneas de igualdad.

Durante los últimos años colectivos de mujeres en Marruecos ejercen presión para prohibir los matrimonios de menores, eliminar la poligamia e igualar los derechos sucesorios. Con el vigésimo aniversario de la Mudawana de 2004 cercano, Mohamed VI instó al Gobierno a revisar la legislación para reforzar el principio de igualdad entre hombres y mujeres (Sanz 2024).

Está previsto que se someta a aprobación del parlamento de Marruecos en 2025 una reforma legislativa que, entre otras cosas, estipula que el matrimonio solo puede contraerse a partir de la mayoría de edad, fijada en dieciocho años, aunque en algunas ocasiones excepcionales podría darse opción de contraer matrimonio a menores de diecisiete años. La poligamia, por su parte, no desaparece en esta propuesta de modificación, pero queda sometida a la au-

⁹ La traducción más común de esta aleya suele ser «el más detestable de los actos lícitos para Dios es el repudio», pero hemos mantenido en la cita la palabra divorcio en lugar de repudio por ser la empleada en la traducción oficial a la versión en español ofrecida por el Gobierno marroquí del discurso del Rey y de la mencionada aleya.

torización de la esposa, que puede otorgar o denegar esta posibilidad cuando formaliza la unión (Cembrero 2024).

2. La recepción en España del matrimonio islámico

2.1. El orden público: un límite con carácter excepcional

La noción de orden público opera como un límite específico frente a los efectos que pueden producir en España instituciones procedentes de ordenamientos de otros países. Para entender adecuadamente esta función restrictiva es necesario analizar primero la configuración general de la cláusula y el modo en que se activa, lo que permitirá situar su papel dentro del régimen español de recepción de instituciones islámicas.

2.1.1. El dique de contención para proteger los principios esenciales del sistema jurídico

El orden público se define como «el conjunto de principios y valores imperativos que inspiran un ordenamiento jurídico nacional y cuyo principal objetivo es la protección de la cohesión social de la nación» (Embeita 2022). En el sistema jurídico español, la cláusula de orden público internacional, que resulta aplicable en las relaciones con otros ordenamientos jurídicos, está prevista en el artículo 12.3 del Código Civil, que establece: «En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público», y que funciona como un mecanismo de salvaguarda de los principios y valores fundamentales del sistema jurídico español (Garcimartín 2021, 576).

Mientras que las leyes de policía actúan de manera directa, superponiéndose automáticamente a la ley extranjera, la excepción de orden público opera de forma negativa y excepcional, pues se activa únicamente cuando la aplicación de la ley extranjera designada por la norma de conflicto podría conducir a resultados materiales que se consideran injustos desde la perspectiva de los parámetros de justicia vigentes en nuestro sistema.

Es precisamente en esta cláusula donde, en algunos casos, se encuentra un límite a la aplicabilidad en el sistema jurídico español de las instituciones del derecho islámico a través del derecho internacional privado. Como señala Garcimartín, la excepción de orden público actúa como un *seguro* para nuestro ordenamiento frente al *salto a lo desconocido* que implica la aplicación de

las normas de conflicto (2021, 576). Estas normas reflejan una notable apertura, ya que designan qué norma debe aplicarse para resolver un conflicto sin requerir un conocimiento previo del contenido material de dicha norma. Por este motivo, se establecen mecanismos como la excepción de orden público, que delimitan los resultados materiales que el sistema jurídico español está dispuesto a admitir, diferenciándolos de aquellos que no son aceptables.

El contenido efectivo de la cláusula de orden público se determina a partir de los principios y valores fundamentales de nuestro sistema jurídico. Estos principios emanan, principalmente, de los contenidos en la Constitución y de los convenios internacionales ratificados por España, especialmente aquellos relativos a los derechos humanos. Asimismo, la excepción de orden público actúa como un límite frente a resultados contrarios a los intereses públicos o generales, ya sean los expresamente recogidos en la Constitución o los que se desprenden de otras normas de rango legal.

En este marco jurídico, es necesario evaluar hasta qué punto puede aplicarse el matrimonio islámico en España a través de las normas de derecho internacional privado y, por otro lado, en qué medida ciertos aspectos de dicha institución podrían contravenir el orden público, impidiendo su aplicación y su reconocimiento en nuestro sistema jurídico.

De manera general, el derecho español incorpora las instituciones islámicas y, en aquellos casos donde no existe una correspondencia exacta, como ocurre con la *kafala*, se realizan adaptaciones para integrarlas, preservando su esencia y buscando garantizar el cumplimiento de principios fundamentales, como el bienestar de los menores (Diago 2010).

El propósito de esta integración es, por un lado, respetar la ley material aplicable y la voluntad que esta refleja y, por otro, limitar la aplicación de la excepción de orden público a los casos en los que resulte estrictamente indispensable. En este contexto, el matrimonio islámico es reconocido en gran medida en España, con la excepción de aquellos elementos que resultan incompatibles con el principio de igualdad entre hombres y mujeres, tal como se entiende y aplica dentro del sistema jurídico español. Hay dos figuras que, actualmente, resultan incompatibles con el principio de igualdad, o al menos con la interpretación que nuestros tribunales hacen del mismo en el momento presente: la poligamia y el repudio.

En este trabajo nos centraremos exclusivamente en el análisis de la poligamia, ya que entendemos que esta delimitación permite profundizar en los conceptos generales de la teoría comunicacional tratados previamente, y que también sirve como un ejemplo ilustrativo para comprender el marco legal y social

en el que se inscribe el matrimonio islámico, así como las posibles dificultades que plantea su reconocimiento y aplicación en el sistema jurídico español.

2.1.2. El rechazo absoluto de los efectos nucleares del matrimonio polígamico en España en virtud de la excepción de orden público internacional

En la mayoría de los países islámicos se contempla el matrimonio polígamico, que permite al varón contraer matrimonio con varias mujeres de manera simultánea, generalmente con un límite máximo de cuatro esposas. Esta posibilidad no es recíproca, ya que las mujeres no pueden estar casadas con más de un varón al mismo tiempo. Conviene aclarar que la poligamia no es una obligación religiosa ni una práctica explícitamente promovida en el Corán (Adam 2023, 338), aunque sí está regulada dentro de ciertos parámetros específicos. A pesar de su asociación frecuente con el matrimonio musulmán en el imaginario colectivo, la poligamia no constituye una práctica común en la mayoría de las comunidades musulmanas, siendo adoptada únicamente por una minoría.

En los países donde la poligamia tiene mayor presencia, como Arabia Saudí o Sudán, los datos reflejan que hay ciento veinte y ciento sesenta y ocho varones polígamos, respectivamente, por cada mil hombres casados. En el Magreb, la práctica ha disminuido considerablemente debido a restricciones legales y cambios sociales. Por ejemplo, en Marruecos se registran sesenta y seis varones polígamos por cada mil casados, mientras que en Argelia esta cifra se reduce a dieciocho (Adam 2023, 339). Túnez prohibió la poligamia en 1956, basándose en el sura 4, aleya 129 del Corán: «no podéis ser justos con vuestras mujeres, aún si lo deseáis». Esta aleya, junto con la condición coránica de trato equitativo entre esposas, llevó a las autoridades tunecinas a interpretar que la *sharía*, en esencia, prohíbe la poligamia, y en virtud de ello se establece su ilegalidad en el sistema jurídico tunecino.

En España, por su parte, el matrimonio está reconocido como un derecho en el artículo 32 CE, que establece su regulación basada en el principio de igualdad entre hombres y mujeres. Este principio, junto con la monogamia, constituye un eje rector del concepto de matrimonio en el sistema jurídico español. En este marco jurídico, se asume que la monogamia es esencial para garantizar la igualdad entre los cónyuges. Esta concepción, que vincula igualdad y monogamia, es compartida por los sistemas jurídicos occidentales en general y por los sistemas europeos en particular (Gaudemet 1991, 99).

La jurisprudencia española es clara y unánime al considerar que el matrimonio poligámico es contrario al orden público, ya que lo entiende incompatible con los valores fundamentales que rigen el sistema jurídico español. Entre estos valores destacan la concepción del matrimonio como una institución basada en la monogamia y la igualdad entre hombres y mujeres. Y, por su incompatibilidad con ellos, el matrimonio poligámico es visto como una práctica que atenta contra la percepción occidental del matrimonio (Carras-cosa 2022). Este criterio ha sido mantenido de manera consistente por los tribunales, lo que excluye la posibilidad de reconocimiento formal del matrimonio poligámico en España.

Una evidencia de la incompatibilidad del matrimonio poligámico con los valores del sistema jurídico español es la tipificación de la bigamia como delito en el Código Penal. Así, y en lógica jurídica con esto, los matrimonios poligámicos no son susceptibles de inscripción en el Registro Civil, como reiteradamente han señalado las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN). Asimismo, el orden público internacional actúa como barrera para impedir el reconocimiento en España de actas registrales extranjeras que acrediten la celebración de matrimonios poligámicos.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha manifestado en numerosas ocasiones que la poligamia no solo es contraria a la legislación española, sino que además «supone la desigualdad entre hombres y mujeres, así como la sumisión de aquéllas a éstos» (STS de 19 de junio de 2008, RJ/2008/6478)¹⁰.

Sin embargo, aunque los matrimonios poligámicos celebrados en el extranjero no son reconocidos como válidos en nuestro sistema jurídico, la doctrina del orden público atenuado permite que se otorguen ciertos efectos indirectos a estos matrimonios. Este reconocimiento parcial tiene como objetivo evitar el desamparo de las segundas y sucesivas esposas en lo relativo a derechos básicos, preservando, dentro de lo posible, su protección jurídica sin comprometer los principios fundamentales de nuestro ordenamiento.

Pero en lo que a los efectos nucleares respecta, el rechazo a la poligamia en España es tan contundente que su práctica, incluso cuando es completamente legal en el país de origen del individuo, puede considerarse como una falta de integración en los valores fundamentales de la sociedad española, lo que ha llevado, en casos concretos, a la denegación de la nacionalidad española a individuos que mantienen una condición de polígamos.

¹⁰ Asimismo, STS de 26 de febrero de 2010 (RJ/2010/1571); STS núm. 1982/2017 de 14 de diciembre (JUR/2017/313735).

Un ejemplo ilustrativo es la Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de septiembre de 2017, en la que se denegó la nacionalidad española a un ciudadano de la República de Guinea. Aunque el solicitante cumplía con los requisitos legales, como la residencia continuada en España durante más de diez años, se acreditó que practicaba la poligamia de forma efectiva (Castellanos 2018). El tribunal consideró que esta circunstancia demostraba la falta de «suficiente grado de integración en la sociedad española» (SAN [Sala de lo Contencioso-Administrativo] de 11 de septiembre de 2017). En términos comunicacionales, la Audiencia entendió que los valores del solicitante no correspondían con los principios fundamentales que configuran los parámetros de justicia ambital en España, lo que justificó la denegación de su solicitud.

En resumen, no se reconocen bajo ningún concepto los denominados *efectos nucleares* del matrimonio poligámico, al punto incluso de que se deniega la nacionalidad de aquel sujeto que, pese a cumplir con los requisitos legales, se acredita que es polígamo. No obstante, sí se reconocen en ocasiones algunos de sus efectos indirectos, también denominados *periféricos* por la DGRN. Así, en resolución de la DGRN de 2009 esta afirma:

tampoco los matrimonios poligámicos son inscribibles en España por ser contrarios a nuestro orden público internacional y, sin embargo, tanto la doctrina oficial de esta Dirección General de los Registros y del Notariado como la jurisprudencia admiten que tales matrimonios pueden producir *ciertos efectos legales* en España, los llamados *efectos legales periféricos* que el matrimonio poligámico surte en otros órdenes jurídicos distintos del propio del estado civil, por razones de seguridad jurídica internacional. Así, como ha destacado la mejor doctrina científica, un matrimonio poligámico puede ser considerado en España como institución jurídica válida a ciertos efectos, por ejemplo, a efectos sucesorios, de solicitud de alimentos por parte de la segunda esposa, o a los efectos de la determinación de la pensión de viudedad de la segunda esposa [...], entre otros efectos.

Esta manera de razonar se inspira de la teoría francesa de los *efectos atenuados* (Gannagé 2006) y de la doctrina alemana de la *Inslanbeziehung* (Embeita 2022, 160). Estas doctrinas consisten en aplicar la excepción de orden público de manera flexibilizada, aceptando que puedan admitirse algunos aspectos periféricos de la situación litigiosa cuya base debe rechazarse por ser contraria al orden público. Si los aspectos nucleares son aquellos que derivan de la propia constitución del matrimonio y que el sistema español, de manera

frontal y rotunda, rechaza; los periféricos son aquellos efectos que se conforman de las consecuencias jurídicas que:

derivándose del matrimonio, no afectan a su propia esencia o existencia: reagrupación familiar, derecho de alimentos, pensión de viudedad, régimen económico matrimonial, filiación, derechos sucesorios, etc. Pese al no reconocimiento de los efectos nucleares del matrimonio, el juego de la doctrina del orden público atenuado permite conceder ciertos efectos en este segundo ámbito, en aras a la protección de las partes más débiles de este vínculo matrimonial: la esposa y los hijos (Embeita 2022, 206).

La doctrina del orden público atenuado va a permitir una cierta modulación a la cláusula de orden público tal como se contiene en el artículo 12.3 del Código Civil, que muestra un carácter estricto. Los efectos periféricos se regirán, con cierta autonomía, por su propia ley aplicable en virtud del juego de las normas de conflicto. La jurisprudencia demuestra que la negativa a reconocer un determinado matrimonio poligámico no es incompatible con dar cabida al reconocimiento de ciertos efectos periféricos del mismo en aras de alcanzar una resolución justa para el asunto en concreto. El rechazo a la poligamia no debe implicar ignorarla, puesto que de hecho a ella se enfrentan nuestros tribunales de manera recurrente, sino que puede consistir en darle el menor efecto jurídico posible.

Además, a nuestro modo de ver, no puede sostenerse que admitir en España un efecto jurídico meramente colateral derivado de un matrimonio poligámico válidamente celebrado en Marruecos produzca un daño sustancial a la estructura básica y a la cohesión de la sociedad española.

2.1.3. El reconocimiento de los efectos periféricos del matrimonio poligámico válidamente constituido

La sentencia del TS (sala de lo Contencioso-administrativo) de 24 de enero de 2018 (Rec. 98/2017) objeto de numerosos comentarios doctrinales, ha venido a unificar criterios respecto a los efectos periféricos que en materia de pensión de viudedad el Estado español reconoce respecto de los matrimonios poligámicos. Esta sentencia, que supone un logro para las viudas de la poligamia del antiguo Sáhara español,

gira alrededor de si se debe admitir como beneficiaria de una pensión de viudedad del régimen de clases pasivas español a las esposas que, de conformidad con su ley personal, que en el caso concreto es la ley marroquí, estuvieran simultáneamente casadas con el causante perceptor de una pensión a cargo del erario español (Valverde y Carrascosa 2018).

En esta decisión, el TS reconoce, por primera vez, el derecho de una segunda esposa a recibir la pensión de viudedad correspondiente al cónyuge polígamo, estableciendo que dicha pensión debe repartirse en partes iguales entre ambas esposas. Este fallo representa un hito jurídico, ya que implica el reconocimiento de ciertos efectos económicos derivados de un matrimonio poligámico celebrado conforme a las leyes de otro país, incluso cuando la poligamia es incompatible con el orden público español. La sentencia, sin cuestionar la prohibición de la poligamia en España, aborda de manera pragmática las consecuencias materiales de la situación, priorizando la protección de las personas afectadas frente a posibles desamparos económicos.

El alto tribunal considera que el hecho de admitir un efecto (la pensión de viudedad), que es meramente periférico, de un matrimonio poligámico válidamente constituido en Marruecos, no ocasiona un daño significativo a la cohesión de la sociedad española ni a su estructura básica. Pero yendo incluso más allá, el alto tribunal señala que solamente con el reconocimiento de tal efecto periférico es posible llegar a un resultado justo. Así, sería injusto para las partes, según lo entiende el TS, que un matrimonio válidamente constituido en base a su ley personal dejara de existir y se evaporase como por arte de magia al cruzar la frontera española. Tal como defiende parte de la doctrina, uno de los objetivos del derecho internacional privado es facilitar que los derechos tengan continuidad geográfica (Garcimartín 2021, 57). Es justamente para garantizar tal objetivo que se ha ido desarrollando la teoría del orden público atenuado, pues a través de él se puede llegar a soluciones ecuanímes y equitativas a las que no es posible llegar mediante una aplicación estricta y severa de la excepción de orden público. Tal como lo entiende Valverde, el TS viene a establecer que «el orden público internacional debe operar, siempre, de modo restrictivo, por lo que debe acogerse un efecto atenuado del mismo siempre que sea posible, exista o no exista un precepto legal que así lo indique de modo expreso» (Valverde y Carrascosa 2018, 729).

Esta decisión viene a poner remedio a algunos problemas que la excepción del orden público internacional estaba planteando, puesto que su aplicación

estricta terminaba por ir en contra de los valores y principios que la cláusula está pensada para proteger, que en el caso de la poligamia son el principio de igualdad y la dignidad de las mujeres. En virtud de la excepción de orden público algunos tribunales en España estaban dejando en situación de desprotección a la segunda esposa, que se veía claramente discriminada respecto a la primera esposa a pesar de que su matrimonio fuera igualmente válido según su ley personal. Esta sentencia sienta jurisprudencia para que las esposas del cónyuge polígamo sean objeto de protección del sistema jurídico español en la misma medida.

2.2. La conveniencia de los pactos y acuerdos matrimoniales: ¿hacia un derecho civil con un lugar preponderante de la autonomía de la voluntad?

Según lo expuesto hasta ahora, el derecho islámico, y en particular el matrimonio islámico, se fundamenta en el principio de equidad dentro de una estructura social organizada en torno a la familia patriarcal como institución central. Esta concepción plantea diferencias significativas, y en ocasiones incompatibles, con los principios fundamentales que rigen el sistema jurídico español, como la igualdad entre hombres y mujeres o la reciprocidad dentro de la relación matrimonial.

En un contexto hipotético en el que no hubiera interacciones ni flujos migratorios, estas discrepancias tendrían un interés esencialmente teórico, limitándose a enriquecer el estudio del derecho comparado, pero la realidad actual, marcada por la creciente globalización, los flujos migratorios y las relaciones interpersonales entre individuos sometidos a distintos sistemas jurídicos, convierte estas diferencias en cuestiones prácticas de relevancia. Tal como se ha analizado líneas más arriba, las relaciones privadas internacionales generan conflictos en el ámbito del derecho de familia, planteando retos jurídicos significativos, especialmente en lo que respecta al reconocimiento, aplicación y adaptación de instituciones propias de sistemas jurídicos ajenos, como es el caso del derecho islámico.

En lo que respecta al matrimonio, los tribunales españoles se enfrentan habitualmente a casos en los que, además del sistema jurídico español, intervienen sistemas jurídicos de otros Estados, incluidos aquellos basados en la *sharía*. Esto ocurre, como hemos visto en el caso de la poligamia, tanto en cuestiones de reconocimiento y de ejecución de decisiones extranjeras como

en el marco de las normas de conflicto, que a menudo designan una *lex causae* distinta de la española. Los casos de matrimonios mixtos entre cónyuges de diferentes nacionalidades o de cónyuges que, aunque compartan la nacionalidad de un país extranjero, residan en España, llevan a nuestros tribunales a aplicar el sistema jurídico de otro país para resolver situaciones concretas.

Cuando la *lex causae* se basa en la *sharía*, el derecho islámico se incorpora al sistema jurídico español, pero con determinadas adaptaciones. La ley islámica no se aplica de manera directa, sino que debe pasar por el filtro de la Constitución española, de los principios generales del derecho español, de la excepción de orden público internacional delimitada por los tribunales españoles y, en última instancia, de los parámetros de justicia ambiental del sistema jurídico español. De este modo, la aplicación del derecho de los países islámicos (y, de manera indirecta, de la *sharía*) se hace de conformidad con el sistema jurídico español.

Además, dada la creciente movilidad de las personas, este fenómeno, que hace algunos años era casi anecdótico, ha adquirido una relevancia significativa en términos cuantitativos, lo cual subraya la necesidad de la implicación de todas las partes involucradas para favorecer soluciones que garanticen la justicia material en cada caso concreto.

Hasta ahora hemos visto que la solución clásica del derecho internacional privado, ante las situaciones en que hay incompatibilidad entre los valores de la ley del foro y los valores de la *lex causae*, es el recurso de la excepción de orden público internacional, tipificada en el artículo 12.3 del Código Civil. También hemos mencionado que, en el caso del matrimonio islámico, la cuestión se presenta básicamente respecto a las situaciones de poligamia y de repudio. Dado que el sistema jurídico español prevé que debe respetarse la identidad cultural y que, en la medida de lo posible, se debe aplicar el sistema jurídico que venga determinado por la norma de conflicto, se ha ido desarrollando la excepción de orden público de un modo atenuado, aplicándola, «no cuando la norma extranjera en abstracto es contraria a los valores del foro, sino cuando la aplicación del derecho extranjero al caso concreto, da lugar a una efectiva vulneración de uno o varios derechos fundamentales» (Diago 2001).

Estamos, hay que remarcarlo, hablando de las soluciones que se proponen en sede judicial, pero como cualquier jurista debería tomar en cuenta, en sede judicial se dirime solo una pequeña parte del derecho. La mayor parte de personas, aunque llevamos a cabo diariamente acciones que se insertan en el ámbito jurídico, no hemos sido nunca parte de un proceso judicial o lo hemos

sido de manera puntual y excepcional. El derecho debe ofrecer soluciones, respecto de las cuestiones de derecho dispositivo, que puedan llevarse a cabo más allá de los juzgados. Nos referimos, como no puede ser de otro modo, exclusivamente a aquellas situaciones jurídicas en que la autonomía de las partes tiene la clave para poder encontrar una solución justa (o, por lo menos, lo más justa posible) para el caso.

En el sistema jurídico español, se ha observado en los últimos años una progresiva expansión de la autonomía de la voluntad. En el ámbito del derecho de familia, aunque no existe una regulación detallada sobre la posibilidad de que los matrimonios acuerden aspectos derivados tanto de su unión como de su ruptura, este tipo de pactos cuenta con el respaldo de la jurisprudencia (Rozalén 2021, 1091). Tradicionalmente, el derecho de familia español había mostrado cierta resistencia a incorporar un espacio significativo para la autorregulación, pero esta tendencia está cambiando, en parte debido a la diversidad de modelos familiares que surgen en la sociedad española, incluso sin la necesidad de elementos de extranjería.

La autonomía de la voluntad adquiere especial relevancia en los aspectos patrimoniales del matrimonio, pero no se limita exclusivamente a ellos. Por ejemplo, los cónyuges pueden elegir, dentro de las opciones que el Reglamento Bruselas II ter permite en virtud de su vinculación, el sistema jurídico aplicable a los efectos del matrimonio.

Esta y otras formas de autorregulación permitidas por los sistemas jurídicos podrían extenderse a otras áreas (Diago 2000), permitiendo a los cónyuges definir un marco equilibrado entre sus respectivos ordenamientos nacionales para construir su vida familiar. En palabras de Diago, se trataría de «posibilitar que los esposos no sólo pactasen cuestiones relativas a sus relaciones patrimoniales, sino también sobre las personales y ello a la luz de la ley que designarán como aplicable» (2001, 10).

La adopción de este tipo de pactos puede ofrecer numerosas ventajas, entre las cuales destacan la prevención de posibles litigios y la provisión de orientación para el juez en caso de que el asunto requiera resolución judicial. Con todo, hay que tener en cuenta que estas cláusulas en el ámbito del derecho internacional privado también conllevan ciertos riesgos, como la posibilidad de generar soluciones claudicantes, es decir, situaciones que son válidas en un Estado, pero no en otro que tenga vínculos relevantes con el caso.

Por ello, resulta fundamental que dichos pactos tengan en cuenta la pluralidad de sistemas jurídicos involucrados, de manera que puedan ser efectivos y aplicables en todas las jurisdicciones implicadas. Esto ayudaría a reducir los

conflictos legales y a garantizar la implementación práctica de las soluciones acordadas.

En relación con las particularidades del derecho islámico, hay tres aspectos del matrimonio islámico que pueden ser objeto de pactos entre las partes sin que ello presente problemas de reconocimiento tanto en España como en el país islámico de origen: el régimen económico matrimonial, el repudio y la poligamia. Aunque otras cuestiones, como la custodia de los hijos menores o su educación religiosa, también pueden ser objeto de pactos, estos temas suelen generar litigios y divergencias. En estos casos, tales pactos no serían aceptados en un ordenamiento jurídico basado en la *sharía*, lo que derivaría en soluciones claudicantes. Por el contrario, en materia de poligamia, de repudio y de régimen económico, el derecho islámico permite que las partes acuerden libremente, ya que ninguno de estos aspectos es una condición necesaria o imperativa para la validez del matrimonio islámico.

Este tipo de pactos revisten especial importancia respecto a las dos características del matrimonio islámico que más chocan con el sistema jurídico español: la poligamia y el repudio, que son cuestiones susceptibles de activar la excepción de orden público. Así, si mediante cláusulas contractuales el cónyuge varón renuncia tanto al derecho de repudiar a su esposa como a la posibilidad de contraer matrimonio con otras mujeres, el matrimonio islámico resultante podría ajustarse perfectamente al derecho español y, a la vez, ser conforme a la *sharía*. Estos pactos, además, son comúnmente aceptados en los países islámicos, ya que, al considerar el matrimonio como un contrato, los sistemas jurídicos basados en la *sharía* tienen una tradición más arraigada en el uso de la autonomía de la voluntad y, por tanto, es habitual llevar a cabo acuerdos matrimoniales adaptados a la manera específica en que las partes quieren configurar su vida matrimonial.

Existen diversas cuestiones que, a primera vista, podrían parecer adecuadas para ser reguladas mediante acuerdos matrimoniales entre las partes. Esto es especialmente relevante en los matrimonios mixtos, donde uno de los cónyuges no profesa la religión musulmana. Entre estas cuestiones se incluyen pactos relacionados con la educación religiosa de los hijos, el cumplimiento de normas sobre vestimenta o el respeto al ayuno durante el Ramadán, así como aspectos como la tutela de los hijos en caso de ruptura matrimonial.

Sin embargo, estos temas pueden generar importantes conflictos y dar lugar a cláusulas claudicantes. Por ejemplo, según la ley islámica, una madre no musulmana pierde la custodia de sus hijos a partir de los cinco años, lo que puede ocasionar discrepancias insalvables entre los sistemas jurídicos impli-

cados. Estas diferencias evidencian la complejidad de armonizar principios de ordenamientos jurídicos distintos en este tipo de contextos familiares.

Otro tema delicado es el de la sucesión, que, aunque no está directamente vinculado al matrimonio, plantea desafíos importantes en matrimonios mixtos. Según la letra de la *sharía*, no es posible la sucesión entre musulmanes y no musulmanes, lo que puede tener consecuencias graves para los cónyuges y descendientes cuando uno de ellos profesa una religión distinta. Pactar la exclusión de descendientes por motivos religiosos sería contrario al orden público internacional español, mientras que acordar lo contrario sería nulo de pleno derecho según el derecho islámico. Estas tensiones demuestran las limitaciones de la autonomía de la voluntad en este tipo de relaciones, ya que no siempre es posible encontrar soluciones plenamente válidas y reconocidas en ambos sistemas jurídicos.

De lo expuesto, se desprende que las consecuencias jurídicas de tales pactos pueden ser limitadas, pero, aun así, Diago insiste en su conveniencia. La autora considera que,

pese a la falta de repercusión legal de tales acuerdos, que podría plantearse también en nuestro sistema, el que los cónyuges reflexionen sobre estos temas e incluso tomen la iniciativa de comprometerse en un proyecto común, debe ser valorado muy positivamente y debería animarse a las parejas mixtas a adoptar no sólo acuerdos sobre el régimen económico matrimonial, el repudio y el divorcio, sino también sobre cuestiones sobre las cuales la falta de acuerdo puede enturbiar su convivencia futura. Por otro lado, el hecho mismo de la conclusión de tales cláusulas y su propio contenido, siempre puede ser considerado como dato sociológico susceptible de orientar la decisión de la jueza o del juez (2000, 12-13).

Al observar los sistemas jurídicos occidentales, se constata que aquellos que provienen de la tradición del *ius civile* tienen mayores dificultades para adaptarse a este tipo de soluciones flexibles y abiertas a la autonomía de la voluntad, en comparación con los sistemas de *common law*. Estos últimos tradicionalmente priorizan que la labor de los tribunales sea ofrecer soluciones justas, tomando en cuenta las particularidades de cada caso concreto. En cambio, países como España, insertos en la tradición del *ius civile*, han demostrado hasta ahora menos habilidad para gestionar conflictos que incorporan elementos de multiculturalidad (Combalía 2006).

El mecanismo consistente en que las partes establezcan pactos que sean conformes tanto al derecho islámico como al español permite, además, que quienes deseen someter sus relaciones familiares al derecho islámico puedan hacerlo sin contravenir los principios ni los parámetros de justicia del sistema jurídico español. Esto ofrece una vía para armonizar ambos sistemas legales y promover soluciones que respeten la autonomía de las partes y la convivencia multicultural en contextos familiares.

Relaciones interordinales entre la *sharía* y el sistema jurídico español: la aplicación de la ley islámica en virtud del derecho a la libertad religiosa

1. Derecho a la libertad religiosa en España: un desarrollo marcado por el principio de colaboración

1.1. Las relaciones entre el Estado y el fenómeno religioso: ¿necesidad o fuente de conflicto?

Tal como se determinó anteriormente, cuando se analiza desde la TCD, la *sharía* reúne todos los elementos necesarios para ser considerada un ordenamiento jurídico. No obstante, presenta la particularidad de no ser un ordenamiento jurídico autónomo, sino dependiente, ya que su implementación y sus efectos actuales se sustentan en las estructuras de los Estados. Por esta razón, entre el derecho español y la *sharía* no pueden establecerse relaciones institucionales directas, sino únicamente indirectas, a través del derecho de los Estados que la aplican. Estas relaciones, mediadas por el derecho internacional privado, se producen entre el sistema jurídico español y los de aquellos Estados que, especialmente en el ámbito del derecho de familia y del estatuto personal, incorporan normas inspiradas en la *sharía*, aunque sobre esto conviene matizar, siguiendo a Combalía, que:

actualmente los países islámicos no suelen aplicar directamente la *sharía* sino que tienen sus propias normas de derecho positivo, pero esta normativa con frecuencia está inspirada en la ley islámica, sobre todo en materia de derecho de familia y de la persona, que ha sido, por ello, calificado como el *bastión de la sharía* (2009, 107).

<https://dx.doi.org/10.5209/ejur.002.15>

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.

En consecuencia, la aplicación de la *sharía* por medio de relaciones intersistémicas es limitada, ya que se circunscribe a aquellas situaciones en las que las relaciones jurídicas privadas contienen algún elemento de extranjería. Este sería el caso, por ejemplo, de un matrimonio del que deban conocer los tribunales españoles cuando dicho matrimonio se haya celebrado en un país extranjero o cuando uno o ambos cónyuges posean nacionalidad extranjera y hayan optado por que el derecho del país islámico rija su unión. Esto implica una aplicación muy restringida de la *sharía* en el marco del sistema jurídico español, quedando excluida de toda posibilidad de aplicación en aquellas situaciones en las que no existan elementos de extranjería.

Si bien hasta aquí nos hemos referido a los aspectos jurídicos del islam, es importante considerar que, aunque parte del contenido del Corán y de la *sunnah* poseen significación jurídica, estos textos constituyen una totalidad de carácter eminentemente religioso. En este sentido, la *sharía* no solo tiene vocación de aplicarse mediante relaciones intersistémicas, sino también a través de relaciones interordinales, es decir, por medio de las interacciones que se producen entre el sistema jurídico español y la religión islámica.

Las relaciones entre el derecho y la religión han sido, a lo largo de la historia occidental, estrechas y accidentadas. En los orígenes de la civilización occidental, como demuestra el estudio del derecho romano, el derecho era en realidad una actividad o herramienta de carácter religioso (Palomino 2022, 22). Durante la Edad Media, el derecho y la religión se entrelazaban, operando como órdenes inseparables. Tomás de Aquino consideraba que solo era válida la ley positiva que se conformaba a la ley eterna, que emanaba de Dios y establecía un vínculo claro entre religión y derecho positivo, lo cual es necesario para organizar los asuntos mundanos. Con la llegada de la Edad Moderna, Occidente inició un proceso de secularización que buscaba la separación entre derecho y religión. Este movimiento impregnó los sistemas de pensamiento, lo que llevó a que, en la actualidad, la mayoría de los países occidentales, incluido España, conciben la religión como un fenómeno distinto y separado del derecho estatal.

Las relaciones entre el derecho y la religión son, o deberían ser, una cuestión central para cualquier Estado. Las bases de cualquier régimen jurídico incluyen la definición de las relaciones que se mantienen con el fenómeno religioso. En países como México o Francia, la laicidad total (entendida como una separación absoluta entre el Estado y las Iglesias) constituye un elemento identitario fundamental. En este sentido, no solo los Estados confesionales se ven marcados por estas relaciones, sino también aquellos que promueven la

aconfesionalidad o el laicismo extremo. Si bien en la Edad Moderna se inició un proceso hacia la secularización, las relaciones entre derecho y religión siguen siendo un tema de actualidad, aunque su naturaleza haya cambiado. Existen aspectos del fenómeno religioso que deben ser gestionados por el derecho estatal, independientemente de la confesionalidad del Estado, ya que «el derecho estatal no necesita de la religión para existir o para actuar. Pero sí necesita una cierta noción de qué es lo religioso para, en caso de que sea necesario, poder regularlo» (Palomino 2022, 23).

Para abordar cómo, a partir del derecho a la libertad religiosa, se configuran las relaciones entre la *sharía* y el sistema jurídico español, es necesario considerar dos realidades: por un lado, las características de la religión islámica tal como se manifiesta en la España actual; por otro, la configuración del derecho a la libertad religiosa en España, que se fundamenta en el principio de cooperación, a diferencia de otros países. Este modelo basado en la cooperación constituye la piedra angular del desarrollo de las relaciones entre el sistema jurídico español y la religión islámica desde la entrada en vigor de la Constitución de 1978.

1.2. El islam en España: breve aproximación histórica

La llegada del islam a la península ibérica tuvo lugar en el año 711 d. C. cuando Táriq ibn Ziyad, lugarteniente del gobernador norteafricano Muza ibn Nusayr, desembarcó en Algeciras al frente de un ejército de aproximadamente doce mil hombres, y derrotó al rey visigodo don Rodrigo en la batalla de Guadalete. Este hecho marcó el inicio de la rápida conquista musulmana, facilitada por las divisiones internas entre los visigodos, cuyas disputas y rivalidades políticas, especialmente entre los detractores de Rodrigo, proporcionaron apoyo a las fuerzas invasoras. Además, el descontento de una parte significativa de la población local, agotada por los abusos de la aristocracia visigoda, contribuyó a que muchos vieran a los musulmanes como una alternativa favorable (González 2018).

En menos de cinco años, los musulmanes ocuparon la mayor parte del territorio peninsular, consolidando su control y estableciendo su capital en Córdoba. Bajo el dominio del califato omeya, Córdoba se convirtió en un importante centro político y administrativo. En el año 929, Abderramán III proclamó el califato de Córdoba, desvinculándolo de la autoridad religiosa del califa de Bagdad, y adoptó el título de *Amir al-Mu'minin* (príncipe de los

creyentes). Esta etapa es considerada como la de mayor esplendor de al-Ándalus, pues en ella tuvo lugar un gran desarrollo intelectual, cultural, económico y político. Córdoba brilló como un centro de conocimiento, atrayendo a eruditos de todo el mundo islámico y del resto de Europa.

Durante los casi ocho siglos de presencia islámica en la península, las tres grandes religiones monoteístas (islam, cristianismo y judaísmo), coexistieron en un marco de relaciones complejas. Aunque se dieron períodos de relativa tolerancia, como en el califato cordobés, estas relaciones no estuvieron exentas de tensiones, conflictos y desigualdades (Ladero 1978, 278-283).

Con el avance de la Reconquista, liderada por los reinos cristianos, el territorio musulmán fue reduciéndose gradualmente. La caída de Granada en 1492, con la rendición del último bastión musulmán ante los Reyes Católicos, marcó el fin del dominio islámico en la península ibérica. Sin embargo, la presencia de musulmanes continuó hasta la expulsión de los moriscos, decretada por Felipe III y ejecutada entre 1609 y 1613.

A pesar de que gran parte del actual territorio español estuvo bajo dominio musulmán durante más de 800 años, el islam «dejó de formar parte de la realidad de España y del horizonte de sus habitantes ya en el siglo xvi y de forma más plena y definitiva desde la expulsión de los moriscos» (Sánchez 2017, 186). A partir de entonces, se inició un periodo de casi tres siglos y medio en los que la presencia del islam en España fue prácticamente inexistente.

No fue hasta bien entrado el siglo xx cuando el islam volvió a adquirir una presencia significativa en el territorio español. En un principio, esta religión estaba representada principalmente por conversos y por los habitantes musulmanes de Ceuta y Melilla, los dos enclaves españoles en África del Norte. Con la aprobación de la Ley de Libertad Religiosa en 1967, que marcó un cambio importante en la regulación de las confesiones religiosas, se consolidó la práctica del islam en estas ciudades. Un reflejo de este proceso fue la creación, en 1968, de la primera asociación musulmana en Melilla, que evidenció la organización y la visibilidad de esta comunidad.

Al mismo tiempo, durante las décadas de 1960 y 1970, España comenzó a recibir estudiantes procedentes de Siria y de otros países de Oriente Medio. Aunque la mayoría de ellos llegaron con el objetivo de completar su formación académica y no planeaban establecerse de manera definitiva, su presencia marcó un hito importante en la revitalización del islam en el país. Fue precisamente este grupo el que impulsó la fundación de la Asociación Musulmana de España en 1971, un paso clave en el reconocimiento y estructuración de la comunidad musulmana en el ámbito nacional. Así, el islam comenzó a

reconstruir lentamente su lugar en la sociedad española, marcando el inicio de una nueva etapa en su historia dentro del país.

El verdadero auge del movimiento asociativo islámico en España llega tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978, que reconoce el derecho a la libertad religiosa en su artículo 16, y de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 1980. Desde entonces, se hace necesario un marco jurídico que regule las relaciones entre el derecho español y la religión islámica.

Hay que tomar en cuenta que, aunque hay musulmanes de origen español que se han convertido al islam, el crecimiento de esta religión en España está estrechamente vinculado al notable aumento de inmigrantes musulmanes en las últimas décadas. Desde los años 80 del siglo xx, y con mayor intensidad a partir de los años 90, se observa un incremento sostenido de la inmigración procedente de países musulmanes, particularmente de Marruecos. A pesar de ello, es importante no generalizar ni identificar necesariamente a las personas de una determinada nacionalidad con la práctica del islam, ya que no todos los inmigrantes procedentes de países islámicos profesan esta religión ni buscan vivir conforme a la *sharía*. A pesar de esta advertencia, hay que constatar que la inmigración de países islámicos, especialmente de Marruecos, es la principal fuente de crecimiento del islam en España. Además, la religión en muchos casos funciona como un elemento de identidad que ayuda a los inmigrantes a mantener un sentido de pertenencia y a evitar el desarraigo, pues

la creencia es una de las redes fundamentales en que se basan los migrantes para seguir manteniendo el sentimiento de unidad y de pertenencia a una comunidad, y de este modo evitar el desarraigo. En este sentido es cierto que la globalización aumenta la desafección de una religión con una cultura concreta. Los movimientos religiosos, en su condición de organizaciones sociales, son permeables a los cambios [...]. No son bloques estáticos, sino que fluyen. Pero al mismo tiempo, la globalización provoca el efecto contrario (Vázquez 2016, 81).

Según datos del Instituto Nacional de Estadística (INE) en 2020, el número de ciudadanos de nacionalidad marroquí residentes en España ascendía a 865.945. Muy por detrás, en segundo lugar, se encontraba la población pakistaní, con 97.705 personas. Sin embargo, estos datos reflejan únicamente la población extranjera residente, sin considerar que, con el tiempo, muchos inmigrantes adquieren la nacionalidad española, especialmente sus descendientes. Estos últimos, erróneamente denominados inmigrantes *de segunda*

generación, son, en realidad, ciudadanos españoles nacidos en España. Como Bourdieu, cuestionamos cómo puede considerarse inmigrantes a personas que no han emigrado de ningún lugar y que, además, son descritas como de segunda generación (2006).

Algunos autores, como Martín Lupiáñez, suman a los datos del INE sobre inmigrantes de países de mayoría musulmana los nacidos en España con al menos un progenitor de nacionalidad de un país musulmán. Aunque esta metodología no puede determinar con certeza la afiliación religiosa, proporciona una aproximación que refleja tanto la realidad migratoria como el hecho de que muchos musulmanes en España son descendientes de inmigrantes o conversos. Según estas estimaciones, en 2019 la población musulmana en España representaba aproximadamente el 4,6 % del total (Martín 2021).

La dificultad para obtener datos precisos sobre la población musulmana en España refleja su notable diversidad. Esta comunidad está formada por personas con orígenes geográficos y trayectorias personales sumamente variadas, lo que pone de manifiesto su carácter profundamente heterogéneo.

1.3. Derecho a la libertad religiosa en España: textos de referencia y características distintivas

La tradición occidental de reconocer el derecho a la libertad religiosa podría rastrearse hasta el derecho romano (Vázquez 2016). Sin embargo, más allá de esta referencia histórica, el verdadero reconocimiento del derecho a la libertad religiosa como un derecho subjetivo surge con el Estatuto de Virginia de 1786 y la Declaración francesa de los Derechos Humanos de 1789. Estos textos establecen la libertad religiosa como un derecho fundamental que limita la intervención del poder estatal.

En el ordenamiento jurídico español, el derecho a la libertad religiosa tiene un amplio reconocimiento. En la cúspide de la jerarquía normativa, la Constitución lo consagra en su artículo 16, dentro del título primero, capítulo primero, sección primera, lo que lo sitúa como un derecho fundamental. Esta categoría exige que su regulación se realice a través de leyes orgánicas y garantiza su protección mediante el recurso de amparo. Además de su reconocimiento constitucional, el derecho a la libertad religiosa se encuentra protegido en diversos tratados internacionales ratificados por España e integrados en su ordenamiento jurídico.

Entre estos instrumentos internacionales, destaca el artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que establece:

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.

Asimismo, el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 señala:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.
2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.
3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.
4. Los Estados parte en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Por otra parte, la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o en las Convicciones de 1981, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, establece en su artículo 6 que el derecho a la libertad religiosa incluye «la de practicar el culto o de celebrar reuniones en relación con la religión o las convicciones, y de fundar y mantener lugares para esos fines».

Este conjunto normativo refleja la sólida protección que el derecho a la libertad religiosa tiene tanto en el ámbito nacional como en el internacional, consolidándose como un derecho esencial en el marco de los derechos fundamentales.

A nivel europeo, el derecho a la libertad religiosa está reconocido en el artículo 9 del Convenio europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1953, cuyo contenido es muy similar al del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el artículo 10 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que establece en su primer apartado:

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión, de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

Estos textos forman parte del ordenamiento jurídico español al ser incorporados tras su ratificación. No obstante, a pesar de los numerosos tratados internacionales que garantizan la libertad religiosa y que están en vigor en España, es el artículo 16 de la Constitución Española el que define específicamente cómo se concibe y se articula este derecho en el sistema jurídico español. Este artículo no solamente protege la libertad religiosa, sino que establece expresamente el mandato de que el Estado coopere con las confesiones religiosas.

Una característica esencial del modelo español es que el derecho a la libertad religiosa debe ser entendido además de como una prohibición de obstaculizar, también como una obligación del Estado de favorecer su ejercicio, tras la aprobación de la Constitución de 1978, «la libertad religiosa ya no es entendida únicamente como un derecho fundamental, de titularidad individual y colectiva, que haya de ser reconocido y protegido, sino también como una actitud que el Estado adopta frente al fenómeno religioso» (Rosell 2022, 307). Esta regulación incluye el principio de cooperación activa con las confesiones religiosas, lo que distingue al modelo español de otros sistemas jurídicos.

El principio de libertad religiosa se complementa con otros dos principios fundamentales: el de neutralidad y el de igualdad. El principio de neutralidad, derivado de la no confesionalidad del Estado, implica que este debe ser imparcial respecto a las diferentes religiones profesadas por sus ciudadanos, garantizando así una convivencia armónica y respetuosa en el marco de un Estado pluralista.

Desde la aprobación de la CE de 1978, España se configura como un Estado aconfesional. Es decir, el modelo español abandona el carácter confesional (vigente hasta entonces, cuando España se proclamaba de religión católica) y se construye sobre una concepción secular del poder político, en la que este

último se configura como autónomo respecto de las confesiones religiosas. Conviene precisar que la no adhesión del Estado a ninguna ideología religiosa debe interpretarse en toda su amplitud: el Estado no debe tampoco adherirse a ninguna corriente antirreligiosa, ya que el sistema jurídico español no se caracteriza por la indiferencia hacia el fenómeno religioso. Por el contrario, se erige como garante de su salvaguarda, especialmente respecto de las confesiones religiosas con presencia significativa en el territorio.

Esta posición del sistema jurídico español respecto al fenómeno religioso se desprende claramente del artículo 16 CE que, en su apartado tercero, establece que ninguna confesión tiene carácter estatal y, acto seguido, que «los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones». El modelo español opta, por tanto, por una laicidad no indiferente al fenómeno religioso, sino que lo reconoce y promueve la colaboración con las confesiones religiosas para garantizar el efectivo derecho a la libertad religiosa. Este modelo se distancia de otros sistemas laicos que buscan una separación total entre Estado e Iglesias, como ocurre en Francia, México o Turquía.

Una posición similar a la española puede observarse en otros países europeos como Alemania, Bélgica o Italia. En cambio, Francia adopta una aproximación casi opuesta, basada en un laicismo extremo que establece una separación estricta entre el Estado y las confesiones religiosas. Este modelo, profundamente arraigado en la tradición republicana francesa, ha evolucionado notablemente en las últimas décadas en respuesta a tensiones sociales y políticas asociadas a barrios con una mayoría de población musulmana.

Un punto de inflexión en esta evolución fue la promulgación de la Ley 2004-228, conocida como Ley Stasi, que prohíbe el uso de símbolos religiosos ostensibles en las escuelas públicas. Esta normativa, emblema del actual laicismo francés, busca restringir las expresiones religiosas al ámbito privado. Con el tiempo, esta política se ha ampliado a otros ámbitos, como la prohibición del burkini en determinadas playas, medida respaldada por el Conseil d'État. A pesar de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha impuesto ciertos límites, el modelo francés continúa desterrando las manifestaciones religiosas del espacio público, aproximando al Estado a un paradigma agnóstico que lo exime de facilitar o colaborar con las confesiones religiosas.

En contraste, el modelo español establece una neutralidad estatal frente al fenómeno religioso que no pretende excluir la religión de la vida pública. Al contrario, busca favorecer el ejercicio efectivo de la libertad religiosa, garan-

tizando la igualdad de condiciones para todas las confesiones, tanto en el ámbito privado como en el público. Este enfoque se alinea con una concepción integradora del pluralismo religioso y del respeto a la diversidad. El principio de igualdad, consagrado en el artículo 14 CE y en armonía con el contenido del artículo 16, garantiza que ninguna persona o colectivo pueda ser discriminado por sus creencias o adhesiones religiosas.

En el modelo español, destaca un cuarto principio que no es común al conjunto de países europeos: el principio de cooperación. Este principio ha sido el eje vertebrador de las relaciones entre el Estado y las religiones desde la aprobación de la Constitución de 1978 y conlleva un rol activo del Estado, que no se limita a garantizar el derecho a la libertad religiosa, sino que debe

facilitar y promover las condiciones que hacen posible el acto de fe y los diversos aspectos o manifestaciones que derivan del mismo, y esa predisposición se expresa en el propósito de llegar a un entendimiento con los sujetos colectivos de la libertad religiosa en orden a regular aquellas expresiones del fenómeno religioso con trascendencia jurídica en el derecho estatal (Rosell 2022).

La evolución del secularismo en Occidente ha convertido este principio en una piedra angular de los sistemas políticos europeos, aunque su manifestación varía según el país. Como señala un autor, «Occidente ha hecho del secularismo la piedra angular de su sistema político» (Vázquez 2016, 60), pero este secularismo no se manifiesta de igual forma en todos los países europeos.

En las últimas décadas, el islam ha irrumpido en el panorama europeo, desafiando lo que parecía una tendencia consolidada: el confinamiento de la religión a la esfera privada, limitada al hogar, la conciencia individual y, en menor medida, al templo, cuya visibilidad pública también se buscaba reducir (Combalía 2015, 112). Esta dinámica, ampliamente asumida por la sociedad europea y, en particular, por la española, surgió como consecuencia de la progresiva pérdida de protagonismo del fenómeno religioso como elemento central de la identidad personal.

El crecimiento de la población musulmana ha quebrado esta tendencia, ya que para muchos musulmanes el hecho religioso constituye un eje fundamental de su identidad y se refleja en múltiples aspectos de su vida cotidiana: desde actividades sociales hasta hábitos alimentarios, códigos de vestimenta y rituales. Esta dimensión religiosa, fuertemente presente en la vida pública, es cada vez más visible en fenómenos como la oferta de productos *halal* en supermercados, la construcción de mezquitas y minaretes, o la aparición de

elementos que generan controversia en el imaginario colectivo, como el velo islámico que muchas mujeres utilizan para cubrirse el cabello. Estas expresiones visibles de religiosidad han generado incomodidad en ciertos sectores de la sociedad española, acostumbrada en las últimas décadas a que las manifestaciones religiosas hayan tendido a desaparecer del espacio público.

Es importante señalar que el actual régimen de cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas no fue diseñado para gestionar un escenario de pluralidad religiosa como el actual. Más bien, fue el resultado de un compromiso histórico entre dos posiciones: quienes abogaban por un Estado laico con una separación estricta de la Iglesia y el Estado (centrándose principalmente en reducir la influencia de la Iglesia católica) y quienes defendían la continuidad de una confesionalidad católica. En este marco, la aparición y expansión del islam, con su marcada presencia pública, se perciben con cierta extrañeza, ya que desafían la idea dominante de que la religión debe limitarse casi exclusivamente al ámbito privado.

Ante este panorama, las autoridades deben definir políticas públicas coherentes para gestionar la visibilidad del fenómeno religioso. En Francia, la orientación es clara: relegar las expresiones religiosas a la esfera privada. En España, en cambio, el principio de cooperación ha favorecido una mayor apertura hacia la expresión pública de la religiosidad musulmana, aunque esta aproximación deberá ser evaluada y adaptada de manera constante en función de la evolución de la sociedad y de sus valores.

Llevar la laicidad del Estado hacia una dirección que trate la religión con suspicacia o despotismo puede ser un riesgo significativo, ya que limitar la libertad religiosa implica recortar un aspecto concreto de un concepto mucho más amplio: la libertad en general, que es, como veíamos en el capítulo dedicado a la teoría comunicacional de la justicia, uno de los pilares fundamentales de la justicia ambiental de nuestra sociedad. La libertad religiosa no es un derecho aislado, sino una manifestación de los derechos fundamentales, y su restricción puede derivar en un debilitamiento del conjunto de derechos y libertades que garantizan una sociedad democrática y plural.

1.4. Las diferentes vertientes del derecho a la libertad religiosa y el orden público como límite

El derecho a la libertad religiosa «supone la inmunidad de coacción para abrazar la fe religiosa y ordenar la propia vida individual o social de acuerdo

con esas creencias» (Terol 2000, 200). En España, desde la aprobación de la Constitución de 1978, este derecho se ha consolidado, tal como ha reiterado el Tribunal Constitucional (TC), como uno de los pilares fundamentales de nuestra sociedad y como un eje esencial de los parámetros de justicia que definen nuestro sistema político y jurídico.

La libertad religiosa, tal como está configurada actualmente, puede describirse como un derecho poliédrico, con tres dimensiones principales que presentan particularidades en su protección y ejercicio. La primera dimensión es la libertad de creer, que pertenece a la esfera íntima de las personas y carece de límites, ya que no es posible imponer restricciones a las creencias internas de cada individuo. La segunda dimensión es la libertad de expresar esas convicciones religiosas, mientras que la tercera consiste en la libertad de comportarse de acuerdo con dichas convicciones. Es esta última dimensión la que puede generar limitaciones cuando se produzcan fricciones con el orden público o cuando surjan potenciales conflictos irreconciliables entre el sistema jurídico y un orden normativo religioso.

Así, la primera dimensión de la libertad religiosa, ligada al ámbito interno de las creencias, está completamente protegida y no puede ser objeto de limitación jurídica, pues, como hemos señalado reiteradamente, el derecho regula la acción, no el pensamiento. En cambio, las dimensiones relacionadas con la expresión de convicciones religiosas y el comportamiento conforme a ellas sí pueden estar sujetas a restricciones. Estas limitaciones operan cuando las acciones ligadas al ejercicio de la libertad religiosa vulneran el orden público, tal como establece el artículo 16.3 CE, que permite a los poderes públicos restringir dicho ejercicio únicamente en caso de atentado contra el orden público. En términos comunicacionales, esto significa que las restricciones solo son admisibles cuando las acciones asociadas a la libertad religiosa contravienen los principios rectores del sistema jurídico español y los parámetros básicos de justicia ambital.

El contenido concreto del concepto de *orden público* se circunscribe a los criterios fundamentales de justicia que imperan en un momento dado. Esto hace que su objetivación resulte compleja, ya que un desarrollo normativo muy detallado podría generar una rigidez que impediría al derecho adaptarse a los cambios sociales. Por tanto, la delimitación del orden público, entendido como paradigma de los parámetros básicos de justicia ambital de nuestra sociedad, recae en los altos tribunales, particularmente en el TC. Según Barrero, «la noción de orden público cumple en ocasiones una función institucional

e interpretativa del ordenamiento dirigida a la aplicación del mismo por los tribunales de justicia o por la Administración» (2002, 347).

Existe, pues, una relación estrecha entre la noción de orden público y las convicciones morales básicas de una sociedad, pero hay que tomar en cuenta que el orden público es un valor dinámico que se adapta a medida que las convicciones fundamentales de la sociedad evolucionan (Martín-Retortillo 1975) o, más específicamente, cuando los magistrados de los altos tribunales consideran que dichas convicciones han cambiado. Este carácter cambiante conlleva un grado inevitable de indeterminación, lo que puede comprometer la seguridad jurídica. Además, cabe recordar que las convicciones básicas de una sociedad no siempre coinciden con la interpretación que los tribunales hacen de ellas, lo que añade un desafío adicional a su correcta identificación en todos los casos.

La imprecisión inherente al concepto de orden público, combinada con el principio de legalidad de los actos administrativos y la limitación establecida en el artículo 16.3 CE («... sin más limitación que el orden público»), nos lleva a concluir que la excepción de orden público, al igual que la de *orden público internacional*, analizada en el capítulo anterior, debe aplicarse en el sistema jurídico español de manera sumamente restrictiva. Es decir, que la norma general debe ser el respeto al ejercicio del derecho a la libertad religiosa, pues como señala Barrera, no es aceptable recurrir a la noción de orden público como un *comodín* para justificar un resultado previamente decidido o que no podría sostenerse jurídicamente de otro modo (2002, 357).

Aunque la Constitución no define explícitamente el contenido del concepto de orden público, este debe interpretarse en consonancia con los principios y derechos establecidos en el conjunto de la Carta Magna. De este modo, el orden público no puede entenderse de manera aislada, sino como un concepto que guarda coherencia con los valores fundamentales y el marco de derechos que la Constitución protege.

En síntesis, el contenido del orden público debería reflejar un equilibrio que garantice la convivencia pacífica de la sociedad, el respeto a sus valores esenciales y la libertad de individuos y colectivos para manifestar y vivir conforme a sus convicciones religiosas. Reconocer y proteger estos derechos no está exento de dificultades, especialmente a la hora de dotar de contenido efectivo a esta aspiración. Sin embargo, frente a la percepción de que «la religión juega un papel fundamental en la creación de conflictos», resulta útil recordar, como subraya Vázquez, que la religión también «juega un papel fundamental en su solución» (2016, 65).

2. Los obstáculos jurídicos que el islam enfrenta en España: la distinta concepción de los derechos y el elemento organizacional

2.1. Sobre los derechos humanos en el islam y su (in)compatibilidad con el iusnaturalismo laico imperante en Occidente

Al abordar los límites y dificultades en la aplicación de la *sharía* en el ordenamiento jurídico español, tanto por la vía del derecho internacional privado como a través del derecho a la libertad religiosa, hemos identificado como elemento clave el concepto de orden público. Este orden público, ya sea en su vertiente de *orden público internacional* en el contexto de relaciones intersistémicas, o como *orden público interno* en el ámbito de relaciones interordinales, implica colisiones con los intereses del Estado y/o con los derechos humanos. Por tanto, resulta fundamental revisar la noción de derechos humanos y analizar si las tensiones entre la *sharía* y el sistema jurídico español derivan de diferencias en el contenido y delimitación de los derechos humanos, o si, por el contrario, reflejan un cuestionamiento de su propia existencia.

Para este propósito, es útil realizar un breve estudio comparativo entre los derechos humanos en el marco occidental, que son los que nuestro sistema reconoce y protege, y los derechos humanos tal como se conciben en los sistemas jurídicos islámicos actuales. La diferencia fundamental entre ambas concepciones radica en el origen de estos derechos: mientras que en la visión islámica el origen de los derechos es divino, en la occidental es laico.

De esta divergencia en el origen y en la concepción surgen las diferencias más significativas, que a menudo se encuentran en la raíz de los conflictos entre ambas visiones. Estas diferencias, que se describirán brevemente a continuación, se pueden agrupar en cuatro puntos principales: la correspondencia entre derechos y deberes, la posibilidad de limitar los derechos en función de la misma fuente que los origina, la distinta interpretación del principio de igualdad, y el contraste entre el individualismo de una concepción frente al comunitarismo de la otra.

2.1.1. La (in)necesaria correspondencia entre derechos y deberes

El modelo occidental laico ha desvinculado los derechos de los deberes, configurándolos como prerrogativas autónomas de los individuos. En el islam, en cambio, la tutela de los derechos es inseparable de los deberes y responsabilidades que necesariamente conllevan.

El origen de los derechos humanos en el islam precede al de los derechos humanos occidentales, pues su fundamento se encuentra en el Corán y en la *sunnah*, y todos los derechos tienen su base en un *hadiz* concreto. Además, se enmarcan en una concepción del ser humano como servidor de Dios, donde los derechos y deberes adquieren sentido dentro del marco de la religión y la voluntad divina (Combalía 2015, 104), alejándose de la orientación individualista que caracteriza al desarrollo de los derechos humanos en Occidente.

Un ejemplo claro de esta diferente aproximación teórica y de cómo estas perspectivas generan contenidos efectivos distintos se encuentra en el derecho a la libertad de expresión. En Occidente, el énfasis se coloca en el ejercicio de la libertad, considerando las bromas y caricaturas de carácter religioso como una manifestación legítima de este derecho. Por el contrario, en la tradición islámica se prioriza la responsabilidad, defendiendo que nadie está autorizado a ridiculizar las creencias de otros, ya que hacerlo sería una transgresión del respeto y la equidad que deben prevalecer en las relaciones humanas (Combalía 2015).

2.1.2. La limitación de los derechos en la misma fuente que los crea

Desde la perspectiva islámica, los derechos no se conciben como privilegios autónomos o absolutos, sino como parte de un equilibrio intrínseco que incluye deberes y responsabilidades. Esta visión parte de la idea de que toda prerrogativa conlleva obligaciones hacia otros, ya sean individuos, la comunidad o incluso Dios. En este sentido, los derechos están estrechamente vinculados a las nociones de justicia y de armonía social, principios fundamentales en el islam.

Los textos fundamentales, como el Corán y la *sunnah*, no solo sirven para identificar y proteger derechos individuales y colectivos, sino también para definir sus límites y las responsabilidades asociadas a ellos. Por ejemplo, el derecho a la propiedad comprende el deber de utilizarla de manera lícita y de compartir una parte a través de la caridad (*zakat*). Del mismo modo, el derecho al matrimonio incluye la responsabilidad de mantener la equidad y el respeto mutuo entre las partes.

En este marco, las fuentes islámicas funcionan como guías normativas que, además de otorgar derechos, también los condicionan al cumplimiento de deberes, garantizando que su ejercicio no atente contra el bienestar colectivo o los principios éticos establecidos por la *sharía*. Esto refleja un modelo

en el que los derechos y los deberes están profundamente interconectados, en contraste con concepciones más individualistas donde los derechos pueden ser percibidos como autónomos y desvinculados de responsabilidades hacia otros.

El hecho de que la *sharía* pueda operar como límite a ciertos derechos genera tensiones con el iusnaturalismo laico imperante en Occidente, donde se asume que los valores esenciales de la sociedad tienen un carácter universal que, en muchos casos, se considera legítimo imponer en otros sistemas jurídicos. Esta visión explica la incomodidad y el rechazo hacia las reservas que algunos Estados islámicos incorporan al firmar tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Al ratificar un tratado internacional, sus disposiciones pasan a formar parte del sistema jurídico interno del Estado firmante, lo que permite, conforme al principio de soberanía, introducir reservas que aseguren la compatibilidad con las normas internas. Por ello, es habitual que países islámicos incluyan cláusulas como: «en la medida en que tales disposiciones sean compatibles con la *sharía*». Sin embargo, en Occidente, estas reservas son percibidas como una dilución del compromiso asumido al ratificar el tratado, especialmente porque los derechos humanos se califican habitualmente como *universales*.

Desde la concepción islámica, estas reservas son coherentes porque

en el islam, los derechos nacen de la concepción del ser humano como un ser religioso que ha de rendir cuentas de sus obras ante Dios y que, para el cumplimiento de sus obligaciones, recibe del Creador los derechos y libertades que le permiten el cumplimiento de la voluntad divina (Combalía 2015, 114).

En consecuencia, los derechos pueden y deben ser limitados si ello es necesario para satisfacer los designios divinos. Esta visión contrasta con la occidental, donde los derechos también se limitan mediante figuras como el abuso de derecho, pero lo hacen en función de criterios laicos y jurídicos.

Los contornos de los derechos humanos islámicos quedan enraizados en la propia *sharía*, pues ella misma, al ligarlos a ciertas obligaciones, los sujeta a límites que son, además, distintos para hombres y mujeres. Desde la mirada occidental actual puede ser complicado entender que en virtud de la *sharía* puedan limitarse los derechos de manera que se generen diferencias entre hombres y mujeres, pero desde la perspectiva islámica es absolutamente

natural, pues cada uno tiene asignados ciertos derechos en función de las responsabilidades que, a su vez, les van aparejadas.

2.1.3. El principio de igualdad en Occidente frente a su concepción en el islam

El principio de igualdad es un pilar central en la concepción de justicia actual en Occidente, mientras que en el islam este principio está subordinado al predominante principio de equidad. Tal como se analizó en el capítulo relativo a la recepción del matrimonio islámico a través del derecho internacional privado, esta diferencia conceptual genera desigualdades entre hombres y mujeres en el islam que son cuestionadas, o incluso rechazadas, desde los valores de justicia occidentales actuales.

En España, el desafío radica en garantizar el respeto a la diversidad, ya que, conforme a los valores consagrados en la Constitución, es necesario normalizar la presencia del fenómeno religioso en general, y de la religión islámica en particular, en la esfera pública. Este reto implica avanzar en la integración social de la diversidad cultural y religiosa, pero también en el ámbito jurídico. Para ello, es imprescindible construir relaciones con el islam basándonos en el mandato expreso de cooperación recogido en el artículo 16.3 CE 1978.

En este contexto, es útil subrayar la diferencia entre el modelo español y el laicismo francés. En España, la laicidad del Estado, o más precisamente su aconfesionalidad, se concibe como una garantía de libertad que promueve el pleno ejercicio del derecho a la libertad religiosa en condiciones de igualdad para todos. Por el contrario, en Francia, especialmente tras la promulgación de la Ley n.º 2004-228 de 15 de marzo de 2004, conocida como Ley Stasi, se ha desarrollado un modelo de laicidad que restringe las expresiones religiosas en el espacio público.

Esta interpretación se ha fortalecido en los últimos años con decisiones como la prohibición del uso del traje de baño conocido como burkini en piscinas públicas, una medida avalada por el Conseil d'État y celebrada por el ministro del Interior, Gérald Darmanin, quien calificó esta decisión como una «victoria para la ley de separación [Iglesias-Estado], para la laicidad y, más allá, para cualquier república» (*Le Monde* 2022).

Desde la perspectiva española, en cambio, resultaría difícil conectar la esencia de la República y de la laicidad con la prohibición de un traje de baño específico. En el modelo español, tal prohibición podría chocar con el artículo

16.3 CE, que exige al Estado favorecer el ejercicio de la libertad religiosa con el único límite del orden público y el respeto a los derechos de terceros, y desde esa configuración tiene difícil justificación jurídica pretender que alguno de esos límites se entienda vulnerado por el uso de un determinado traje de baño, lo que resalta la marcada diferencia entre ambos sistemas jurídicos.

2.1.4. Individualismo frente a comunitarismo

La sociedad occidental es esencialmente individualista. Se construye poniendo al individuo en el centro de interés, en el centro de su destino y como referencia última de la organización social. Los antecedentes de este individualismo tienen raíces en la filosofía griega y en el cristianismo, pero alcanza su máximo esplendor durante el periodo de la Ilustración, cuando filósofos como John Locke y Jean-Jacques Rousseau desarrollaron ideas sobre la soberanía individual que fueron profundamente influyentes y sentaron las bases del pensamiento individualista de la Edad Moderna. Esta tendencia ha continuado en los siglos posteriores, con la filosofía liberal, encabezada por figuras como John Stuart Mill o Immanuel Kant, quienes han basado sus desarrollos filosóficos en el individuo y la libertad individual como centros de gravedad casi absolutos.

En este contexto, los derechos humanos, tal como se entienden en las sociedades occidentales, se desarrollan a partir de esta concepción liberalista, que coloca al individuo como sujeto autónomo de derechos inalienables y núcleo normativo fundamental. John Rawls, por ejemplo, en su teoría de la justicia, define los derechos como principios que surgen de un acuerdo racional entre individuos libres e iguales, reafirmando así la centralidad del individuo en el marco de las democracias liberales (Rawls 1998).

En contraposición, el islam se enmarca dentro de una concepción comunitarista que prioriza las estructuras sociales, especialmente la familia, por encima de la autonomía individual. Pensadores como Michael Sandel y Charles Taylor han señalado que el comunitarismo subraya la interdependencia entre el individuo y la comunidad, planteando que la identidad individual y los valores personales solo adquieren pleno significado dentro de un contexto social compartido (Nino 1988). En el islam, este principio se traduce en una organización social donde el individuo encuentra sentido como parte de una estructura familiar, que constituye el núcleo central del entramado social.

Así, los derechos humanos islámicos se conciben dentro de este marco comunitarista, lo que implica que la delimitación de los derechos y su alcance difieran en muchos casos de las concepciones occidentales, pues mientras que en occidente los derechos humanos están al servicio del libre desarrollo de la personalidad de cada individuo, en el islam se subordinan a las obligaciones con la familia y con la sociedad en su conjunto. Esta aproximación refleja la prioridad de los valores colectivos y de la cohesión comunitaria sobre la autonomía individual, alineándose con las ideas comunitaristas que enfatizan la centralidad del bien común en la definición de derechos y deberes.

2.2. La dimensión institucional del islam en España: retos de coordinación y de representación

En el islam no existe una categoría organizativa que trascienda a la propia *umma*, la comunidad formada por el conjunto de creyentes. En los países islámicos, como hemos visto, la *sharía* se implementa a través del poder político. Esto conlleva que las divisiones entre lo religioso y lo político no estén claramente delimitadas, siendo frecuente que el liderazgo religioso y político se unifiquen, como ocurrió durante siglos en el Imperio otomano.

Esta dinámica se complica cuando los musulmanes residen en territorios no gobernados por un poder político islámico. En estos casos, la comunidad musulmana debe organizarse autónomamente, sin las estructuras externas que normalmente facilitan la implementación de la *sharía*. En países como España, donde el islam no cuenta con una jerarquía estructurada ni ministros de culto en el sentido tradicional (los imanes no tienen tal consideración en el islam suní), esta falta de organización jerárquica dificulta las relaciones interordinales con el Estado y con las administraciones públicas en general, comprometiendo la eficacia y eficiencia de estas interacciones.

La práctica externa del islam, a menudo de carácter marcadamente social, contrasta con el cristianismo, que se proyecta en un sentido más espiritual. Esta característica añade particularidades que el Estado debe abordar para garantizar el derecho a la libertad religiosa de los musulmanes, porque en algunos casos sus prácticas religiosas trascienden el ámbito espiritual, lo que exige que la legislación y los órganos encargados de su aplicación actúen como un canal de conciliación, facilitando su ejercicio efectivo.

A esta complejidad se suma la ausencia de un intérprete único de la *sharía*. El islam se divide en ramas principales, como el chiismo y el sunismo, y

dentro de esta última, las cuatro grandes escuelas suníes, nacidas en la Edad Media, coexisten con las influencias de corrientes modernas. Esta pluralidad interna, junto con la falta de una organización jerárquica unitaria, dificulta que el Estado encuentre un interlocutor válido para dialogar, coordinar medidas y garantizar el ejercicio efectivo de la libertad religiosa.

Esta ausencia de una representación a la que poder dirigirse por parte de los poderes públicos es quizás una de las cuestiones todavía no resueltas en el mundo occidental cuando se habla de la cuestión del islam y el problema de su integración en nuestra sociedad (Rosell 2011, 303-306).

En España, la organización institucional del islam comienza a tomar forma a partir de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 1980. Esta ley establece las bases para la organización institucional de las confesiones religiosas, permitiendo que puedan formalizar acuerdos con el Estado. Uno de los mecanismos más relevantes introducidos por esta normativa fue el Registro de Entidades Religiosas (RER), en el que las comunidades religiosas podían inscribirse para adquirir personalidad jurídica y ser reconocidas como Iglesias, comunidades o confesiones religiosas inscritas. Este registro marcó el inicio de un proceso organizativo en la comunidad islámica en España, que, pese a la ausencia de una estructura jerárquica interna, buscó nombrar representantes capaces de negociar con el Estado aquellas condiciones que facilitasen el ejercicio efectivo de la libertad religiosa de los musulmanes residentes en el país.

Para formalizar un acuerdo con el Estado, en 1989 se creó la Federación Española de Entidades Religiosas Islámicas (FEERI), que agrupaba a la mayoría de las asociaciones islámicas existentes en ese momento. Sin embargo, durante las negociaciones entre la FEERI y la Administración, se produjo una importante escisión dentro de la federación. Como resultado, varias de sus asociaciones fundaron la Unión de Comunidades Islámicas de España (UCIDE), que también inició conversaciones con el Estado para llegar a acuerdos.

Esta situación de bicefalia no estaba prevista y resultaba poco práctica para la Administración, que se negó a negociar por separado con ambas federaciones. El Estado instó entonces a la FEERI y a la UCIDE a alcanzar un acuerdo que permitiese contar con un único interlocutor. Así, en febrero de 1992 se constituyó la Comisión Islámica de España (CIE), integrada por ambas federaciones, y que pasó a ser la voz oficial de la comunidad islámica en España. La creación de la CIE permitió la firma de la

Ley 26/1992, de 10 de noviembre, que aprobó el Acuerdo de Cooperación entre el Estado y la CIE.

Aunque la CIE cumplió su objetivo inicial de facilitar la firma del acuerdo, su funcionamiento a largo plazo ha mostrado serias deficiencias. La entidad, concebida de forma instrumental, no ha logrado consolidarse como un interlocutor válido y representativo de las comunidades musulmanas en España. Si bien para el Estado la CIE es el interlocutor legítimo, su estructura carece de bases sólidas (Ruano 2003, 484), lo que ha exacerbado las tensiones entre la FEERI y la UCIDE en lugar de resolverlas. Además, el panorama se ha complicado con la proliferación de asociaciones musulmanas que no forman parte de la CIE, muchas de las cuales ni siquiera están inscritas en el RER y funcionan como asociaciones independientes.

Este contexto ha dificultado el funcionamiento efectivo de la CIE, que en ocasiones ha actuado más como un obstáculo que como un facilitador para implementar el contenido del acuerdo de 1992. Un ejemplo claro de esta problemática es el derecho de los alumnos musulmanes a recibir enseñanza religiosa islámica en las escuelas públicas y concertadas. El acuerdo reconocía este derecho, estableciendo que los profesores serían designados por comunidades pertenecientes a la CIE y que tanto los contenidos de la asignatura como los libros de texto debían ser proporcionados por dicha entidad. Sin embargo, durante casi dos décadas no se impartió enseñanza de religión islámica en los centros educativos públicos y concertados debido a la incapacidad de la CIE para unificar los criterios entre sus comunidades, un paso imprescindible para implementar de manera efectiva esta disposición (Rosell 2022, 233).

En la actualidad, hay registradas 1.832 comunidades islámicas en España, lo que ilustra la enorme complejidad a la que se enfrenta el Estado para encontrar un interlocutor único con el que coordinar acuerdos y colaboraciones.

Si bien es palmario que la falta de organización jerárquica en el islam es un factor importante que dificulta alcanzar acuerdos efectivos y, en su caso, implementarlos, debe añadirse otro obstáculo significativo: la estructura territorial española. La descentralización política de nuestro país, que otorga amplias competencias a las comunidades autónomas, incluye áreas directamente relacionadas con el contenido del acuerdo de 1992. Esto implica que las comunidades islámicas deben, no solo dialogar con el Estado central, sino también con las diecisiete administraciones autonómicas, cada una con su propia regulación y su propia aproximación a la religión en general, y al islam en particular. En consecuencia, no se trata de alcanzar un único acuerdo, sino

múltiples acuerdos con cada comunidad autónoma, complicando aún más el panorama.

Además, cada comunidad autónoma ha definido por su cuenta quién es su interlocutor en cuestiones relacionadas con el islam. Por ejemplo, la Comunidad de Madrid firmó un acuerdo marco de colaboración en 1998 con la UCIDE, mientras que en Cataluña se alcanzaron acuerdos en 2002 con el Consejo Islámico y Cultural de Cataluña. Esto plantea la pregunta de si estas Comunidades Autónomas están rechazando *de facto* la autoridad de la CIE como representante de la comunidad islámica a nivel nacional.

En 2016 se introdujeron ciertos cambios en el funcionamiento de la CIE que permitieron desbloquear algunos puntos críticos y avanzar en temas como la enseñanza de la religión islámica y la certificación *halal*. No obstante, a pesar de estos avances, la estructura actual de la CIE sigue siendo insuficiente, lo que implica que algunos aspectos del acuerdo de 1992 no se estén aplicando de forma satisfactoria.

Estas cuestiones, no obstante, trascienden el ámbito estrictamente jurídico, pues desde un punto de vista comunicacional, los problemas relacionados con la efectividad, la eficacia y la eficiencia de las normas exceden el ámbito del derecho y se sitúan en áreas como la sociología del derecho, la economía del derecho o disciplinas afines. Por ello, no se profundizará en ese análisis en este trabajo, aunque sería deseable emprender una reflexión más amplia que conduzca a reformas en el derecho a la libertad religiosa que consideren las particularidades del islam, incluyendo su carencia de estructura jerárquica interna, y la realidad española, caracterizada por diecisiete administraciones que habitualmente no se coordinan entre sí y que además emplean métodos divergentes.

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 ordinalistas 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 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 Jeammaud, 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 racionalizadoras 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 Combalá, 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 ambiental 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.

Referencias bibliográficas

- Adam Muñoz, María Dolores. «Análisis de algunos efectos jurídicos de la poligamia en el sistema español de derecho internacional privado». *Ordine internazionale e diritti umani* 1, n.º 2 (2023): 333-50.
- Aguiar González, Fernando. «Teoría de la decisión e incertidumbre: modelos normativos y descriptivos». *Empiria: Revista de metodología de ciencias sociales*, n.º 8 (2004): 139-60.
- Albert Márquez, José J. «Fundamentos lingüísticos de la teoría de la acción en la teoría comunicacional del derecho». En *La teoría comunicacional del derecho y otras direcciones del pensamiento jurídico contemporáneo*, editado por Hermida del Llano, Cristina, Diego Medina Morales y María José Roca Fernández, 71-88. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- Álvarez Gálvez, Íñigo. «Sobre el concepto de deber jurídico de Hans Kelsen». *Boletín de la Facultad de Derecho*, n.º 16 (2000): 15-57.
- Álvarez Medina, Silvina. «La relevancia de la filosofía moral para el derecho». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Tomo XXV (2008): 409-426. <https://doi.org/10.14198/doxa2008.31.02>.
- Amssek, Paul. *Méthode phénoménologique et théorie du droit*. Paris (1964): L.G.D.J.
- Anzalone, Angelo. «Un estudio del derecho subjetivo desde la perspectiva formal de la teoría comunicacional del derecho». *RDUNED. Revista de derecho UNED*, n.º 19: 221-244.
- Aritóteles (autor), Palli Bonet, (traductor). 2014. *Ética a Nicómaco*. Barcelona, (España): Gredos, 2016.
- Averroes. *El libro de la Yihad*. Colloto, España: Ediciones Pentalfa, 2009.
- Badran, Margot. «Feminismo islámico en marcha». *Clepsydra: Revista de Estudios de Género y Teoría feminista*, n.º 9 (2010): 69-84.

<https://dx.doi.org/10.5209/ejur.002.17>

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.

- Backenköhler Casajus, Christian J. «Multiculturalismo y pluralismo jurídico de base religiosa: el derecho islámico en España». *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, n.º 115 (2017): 119-39.
- Backenköhler Casajus, Christian J. *La sharía en Occidente. Minorías religiosas y pluralismo jurídico*. Fuencarral, Madrid: Catarata, 2021.
- Bagni, Silvia, Giovanni A. Figueroa Mejía y Giorgia Pavani. *La ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro, I*. Ciudad de México, México: Tirant lo Blanch México, 2017.
- Barrero Ortega, Abraham. «Sobre la libertad religiosa en España». *Tesis doctoral inédita*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2007.
- Berger, Maurits y Nadia Sonneveld. *Sharia and national law in Egypt*. Leiden: Leiden University Press, 2012. <https://hdl.handle.net/2066/151895>.
- Bermejo Laguna, José Manuel. «Propuestas de Convivencia Intercultural sobre la Igualdad Hombre-Mujer en las Fuentes Islámicas». *Revista Internacional de Culturas y Literaturas*, n.º 1 (2012): 42-62.
- Bernard-Maugiron, Nathalie. «Droit national et référence à la charia en Égypte», en *La Charia aujourd'hui*, editado por Baudouin Dupret (Paris: La Découverte, 2012), Amazon Kindle Edition, loc. 1872-2233.
- Bobbio, Norberto. *Thomas Hobbes*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1995.
- Boisliveau, Anne-Sylvie. «The concept of Revelation in islam, from the Book of Traditions of Al-Bukhâri». *Eu-topias: revista de interculturalidad, comunicación y estudios europeos*, n.º 3 (2021): 89-98.
- Bourdieu, Pierre. *Contrafuegos. Reflexiones para servir a la resistencia contra la invasión neoliberal*. Barcelona: Anagrama, 2006.
- Calsamiglia, Albert. «En defensa de Kelsen». *Institut de Ciències Politiques i Socials. Working Paper*, n.º 129 (1997).
- Calvo Caravaca, Alfonso Luis y Javier Carrascosa González. *Derecho Internacional Privado*. Vol. II. Granada: Comares, 2017.
- Carbonnier, Jean. «Effectivité et ineffectivité de la règle de droit». *Revue française de sociologie* 1, n.º 1 (1957): 3-17.
- Castellanos Ruiz, M.^a José. «Denegación de la nacionalidad española por poligamia: análisis jurisprudencial». *Cuadernos de Derecho Transnacional* 10, n.º 1 (2018): 94-126. <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4118>.
- Cembrero, Ignacio. «Nuevo código de la familia en Marruecos: la mujer marroquí podrá vetar que su esposo sea polígamo». *El Confidencial*, 24 de diciembre de 2024. https://www.elconfidencial.com/mundo/2024-12-24/marruecos-restringe-poligamia-matrimonio-ninas-menores_4031994/.

- Combalía Solís, Zoila. «Estatuto de la Mujer en el Derecho Matrimonial Islámico». *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, n.º 6 (2001): 14-20.
- Combalía Solís, Zoila. *Recepción del derecho islámico matrimonial en la jurisprudencia estadounidense*. Granada: Editorial Comares, 2006.
- Combalía Solís, Zoila. «¿Igualdad o equidad? El reconocimiento en occidente de instituciones islámicas de inspiración patriarcal». *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 20 (2009): 3-21.
- Combalía Solís, Zoila, M.ª del Pilar Diago Diago y Alejandro González Varas (coordinadores). *Derecho islámico e interculturalidad*. 1.ª ed. Madrid: Iustel, 2011.
- Combalía Solís, Zoila. «Nuevos desafíos sociales y jurídicos derivados de la presencia del islam en las sociedades occidentales del S. XXI». *La Albolafia: Revista de Humanidades y Cultura*, n.º 4 (2015): 110-18.
- Contreras, Sebastián. «Justo por naturaleza y justo convencional en Platón. A propósito de la refutación platónica a la doctrina del homo mensura». *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias políticas* 43, n.º 119 (2013): 503-32.
- Coulson, Noel J. *Historia del Derecho Islámico*. Barcelona: Edicions Bellaterra, 1998.
- Delgado Echeverría, Jesús. «El concepto de validez de los actos jurídicos de Derecho privado». *Anuario de derecho civil* 58, n.º 1 (2005): 9-74.
- Diago Diago, María del Pilar. «Pactos y capitulaciones matrimoniales en Derecho internacional Privado». *Revista Española de Derecho Internacional* 52, n.º 1 (2000): 320-22.
- Diago Diago, M.ª del Pilar. «La concepción de la familia y sus repercusiones en el Derecho internacional privado». *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, n.º 6 (2001): 20-23.
- Diago Diago, M.ª del Pilar. «La “Kafala” islámica en España». *Cuadernos de Derecho Transnacional* 2, n.º 1 (2010): 140-64.
- Dupret, Baudouin. *La Charia*. Paris: La Découverte, 2014.
- Dworking, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge: Cambridge Mass, 2006.
- Ehrlich, Eugen. *Escritos sobre sociología y jurisprudencia*. Polítopias Marcial Pons. Madrid: Marcial Pons, 2006.
- Embeita Izaguirre, Nagore. «El repudio y la poligamia bajo el prisma del orden público en el derecho internacional privado. Especial referencia a la realidad marroquí.» *Tesis doctoral*, 2021: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=287586&orden=0&info=link>.
- Esteban de la Rosa, Gloria, Jamila Ouïhida, Karima Ouald Ali y Tijaniya Saguir. *La nueva Mudawana marroquí: entre tradición y modernidad*. Junta de Andalucía, 2004. <https://>

- www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/1_2030_nueva_mudawwana_marroqui.pdf
- Fernández Peychaux, Diego Alejandro. «El concepto de Derecho en Locke». *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades* 13, n.º 26 (2011): 26-45.
- Fernández Ruiz-Gálvez, Encarnación. «¿Cómo conjugar universalidad de los derechos y diversidad cultural?». *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, n.º 49 (2009): 393-444.
- Fernández Ruiz-Gálvez, Encarnación. «La creación del derecho entre decisión e interpretación». En *La teoría comunicacional del derecho y otras direcciones del pensamiento jurídico contemporáneo*, editado por Hermida del Llano, Cristina, Diego Medina Morales y María José Roca Fernández, 277-296. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- Ferrari Yaunnier, Majela. «El lenguaje del Derecho, retos y posibilidades para la interpretación jurídica». *Revista de Derechos en Acción*, n.º 17 (2020): 743-76. <https://doi.org/10.24215/25251678e476>.
- Gannagé, Léna. «L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs». *Droit international privé: travaux du Comité français en droit international privé* 18 (2006): 205-41. <https://doi.org/10.3406/tcfdi.2009.1977>.
- García-Huidobro, Joaquín. «Averroes y las cosas justas por naturaleza». *Anales del Seminario de Historia de la Filosofía* 32, n.º 2 (2015): 393-413.
- Garcimartín Alférez, Francisco J. *Derecho internacional privado*. 6ª ed. Cizur Menor: Aranzadi, SAU, 2021.
- Garzón Valdés, Ernesto y Francisco J. Laporta. *El Derecho y la Justicia*. 2ª ed. Madrid: Trotta, 1996.
- Gaudemet-Tallon, Heléne. *La famille face au droit communautaire*. Paris, France: L.G.D.J., 1991.
- Genequand, Charles. «La question du pouvoir en Islam». *Eu-topias: revista de interculturalidad, comunicación y estudios europeos*, n.º 4 (2012): 53-60.
- González Ferrín, Emilio. *Cuando fuimos árabes (Al Ándalus)*. 1ª ed. Córdoba: Almuzara, 2018.
- Hallaq, Wael B. *A History of Islamic Legal Theories: An Introduction to Sunni Usul al-fiqh*. Revised edition. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- Hallaq, Wael B. *The Origins and Evolution of Islamic Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- Hallaq, Wael B. *Shari'a: Theory, Practice, Transformations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

- Hart, Herbert. *El concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, SAE, 1998.
- Hernández, Javier Felipe. «El “iusnaturalismo” de Thomas Hobbes». *Criterio Jurídico* 10, n.º 2 (2010): 35-58.
- Hervada, Javier. *Historia de la ciencia del derecho natural*. Pamplona: EUNSA, 1996.
- Hobbes, Thomas. *Leviatán*. Independently published, 1989.
- Isler Soto, Carlos. «Alcance de la defensa de los derechos humanos en Francisco de Vitoria». *Cauriernsia. Revista anual de Ciencias Eclesiásticas*, n.º 17 (2022): 195-211.
- Janin, Hunt y André Kahlemeyer. *Islamic Law: The Sharia from Muhammad's Time to Present*. North Carolina, USA: McFarland & Company, Inc. Publishers, 2007.
- Jemmaud, Antoine. «La règle du droit comme modèle». *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 25, n.º 2 (1990): 125-164.
- Jiménez Arroyo, Natalia. «Homogeneización social y restricciones al islam: paralelismos entre las políticas de los Reyes Católicos y la jurisprudencia del TEDH». *CODEX Anuario de ciencias histórico-jurídicas* 1, n.º 11 (2025): 1-23.
- Kamali, Hashim. *Principles of Islamic Jurisprudence*. Islamic Texts Society, 1991.
- Kant, Immanuel. *Crítica de la razón pura*. Madrid: Taurus, 2013.
- Keeney, Rap L., Howard Raiffa y John S. Hammond. «Las trampas ocultas en la toma de decisiones». *Harvard Business Review* 84, n.º 1 (2006): 104-112.
- Kelsen, Hans (autor) y Gregorio Robles (presentación y traducción). *Teoría pura del Derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica. Primera edición de 1934*. Madrid: Trotta, 2013.
- Kelsen, Hans. *Teoría General del Estado*. México: Coyoacán, 2015.
- Kelsen, Hans (autor) y Miguel Ángel Rodilla (traductor). *Teoría general de las normas*. 1ª ed. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2018.
- Labaca Zabala, María Lourdes. «El matrimonio polígamo islámico y su repercusión en el derecho español». *Revista jurídica de Castilla y León*, n.º 18 (2009): 261-331.
- La Porta, Antonio María. «La mediación comunicacional en el ámbito jurídico: la teoría comunicacional del derecho como teoría de los ámbitos jurídicos». En *La teoría comunicacional del derecho y otras direcciones del pensamiento jurídico contemporáneo*, editado por Cristina Hermida del Llano, Diego Medina Morales y María José Roca Fernández. 395-412. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- Lascoumes, Pierre y Evelyne Serverin. «Théories et pratiques de l'effectivité du droit». *Droit et Société* 2 (1986): 101-124. <https://doi.org/10.3406/dreso.1986.902>.
- Le Monde*. «Le Conseil d'Etat confirme l'interdiction du port du burkini dans les piscines municipales de Grenoble», 21 de junio de 2022. <https://www.lemonde>.

- fr/societe/article/2022/06/21/le-conseil-d-etat-confirme-l-interdiction-du-port-du-burkini-dans-les-piscines-municipales-de-grenoble_6131402_3224.html.
- Liz Gutiérrez, Antonio Manuel. «El perspectivismo de Ortega: cuatro preguntas para un perspectivista». *Revista de estudios orteguianos*, n.º 34 (2017): 153-78.
- Llano Alonso, Fernando H. «El juego como símil del derecho. Una aproximación lúdica a la teoría comunicacional del derecho». En *La teoría comunicacional del derecho y otras direcciones del pensamiento jurídico contemporáneo*, editado por Cristina Hermida del Llano, Diego Medina Morales y María José Roca Fernández. 413-426. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- Locke, John. *Segundo tratado sobre el Gobierno civil*. Brasilia: Lebooks Editora, 2023.
- Marcone, Julieta. «Hobbes: entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo». *Andamios* 1, n.º 2 (2005): 123-48.
- Martín Lupiáñez, Isaac. *El islam español contemporáneo. Una aproximación socioantropológica*. Colección Análisis y Crítica social. Granada, España: Comares, 2021.
- Martínez Barrera, Jorge. «Santo Tomás de Aquino y la Teoría de la Justicia». *Derecho y Humanidades* 1, n.º 12 (2006): 109-17.
- Martínez Bretones, M. Virginia. *Gustav Radbruch. Vida y obra*. 2ª ed. México D.F., México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003.
- Martínez Lorca, Andrés. *Averroes, el sabio cordobés que iluminó Europa*. Córdoba: Utopía Libros, 2022.
- Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo. *La cláusula de orden público como límite impreciso y creciente al ejercicio de los derechos*. Madrid: Civitas, 1975.
- Martos Quesada, Juan «El Corán como fuente de derecho en el islam». *Cuadernos de historia del derecho*, n.º 11 (2004): 327-38.
- Martos Quesada, Juan. «Islam y Derecho. Las escuelas jurídicas en al-Ándalus». *Arbor: Ciencia, pensamiento y cultura*, n.º 731 (2008): 433-42.
- Medina Morales, Diego. *Comunicación y Derecho. Trascendencia de una teoría*. 1ª ed. Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters, 2017.
- Medina Morales, Diego. «El derecho se hace haciéndolo. El derecho natural y la dogmática jurídica en la elaboración de los sistemas jurídicos». En *La teoría comunicacional del derecho y otras direcciones del pensamiento jurídico contemporáneo*, editado por Cristina Hermida del Llano, Diego Medina Morales y María José Roca Fernández. 481-500. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- Medina Morales, Diego (coord.). *Ordenamiento y Sistema en el Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

- Medina Morales, Diego. *Temática filosófico-jurídica: Sobre el conocimiento filosófico del derecho*. Elche: Ediciones Adhara, 1993.
- Melchert, Christopher. *The Formation of the Sunni Schools of Law, 9th-10th Centuries C.E.* Vol. 4. Studies in Islamic Law and Society. Brill, 1997.
- Mincke, Christophe. «Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit: le pôle réaliste de la validité». *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 40 (1998): 115-51.
- Morales, José. *El Islam*. 4ª ed. Madrid: Ediciones Rialp, 2017.
- Moreno Antón, María. «El matrimonio islámico ante el Derecho español». *Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado* (2000), 619-630.
- Mosterin, Jesús. *El Islam. Historia del pensamiento*. 5ª ed. Madrid: Alianza Editorial, 2022.
- Motilla de la Calle, Agustín, María José Ciaurriz Labiano y Paloma Lorenzo Vázquez. *Derecho de familia islámico: problemas de adaptación al derecho español*. A Coruña: COLEX, Constitución y Leyes, 2002.
- Mouaquit, Mohammed. «Marginalité de la charia et centralité de la Commanderie des croyants : le cas paradoxal du Maroc». En *La Charia aujourd'hui*, editado por Baudouin Dupret. Paris: La Découverte, 2012.
- Mouritz, Thomas. «Comparing the Social Contracts of Hobbes and Locke». *The Western Australian Jurist* 1 (2010): 123-27.
- Neumann, John von y Oskar Orgenstern. *Theory of Games and Economic Behavior*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2007.
- Nieto Cruz, Alejandro. «Discriminación de la mujer en el derecho de familia islámico y orden público». *Cuadernos de Derecho Transnacional* 12, n.º 1 (2020): 286-318. <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5190>.
- Nino, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1980.
- Nino, Carlos Santiago. «Liberalismo “versus” comunitarismo». *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 1 (1988): 363-376.
- Nino, Carlos Santiago. *La validez del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2017.
- Olivecrona, Karl. *El Derecho como hecho*. Santiago de Chile: Ediciones Olejnik, 2018.
- Olmos Ortega, María Elena. «Mujer, Matrimonio e Islam». *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, XXIV (2008): 493-523.
- Ortega Giménez, Alfonso. «La kafala de derecho islámico: concepto, naturaleza jurídica, caracteres y efectos jurídicos en España». *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 3 (2015): 819-26.
- Ost, François y Michael Van der Kerchove. *Jalons pour une théorie critique du droit*. Bruselas: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987.

- Páez Gallego, Javier. 2015. «Teorías normativas y descriptivas de la toma de decisiones: un modelo integrador». *Revista de Ciencias Humanas y Sociales* 31, n.º 2 (2015): 854-865.
- Palomino Lozano, Rafael. *Derecho y Religiones*. 1ª ed. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2022.
- Parra Rodríguez, Carmen (directora). *Derecho internacional privado*. 2ª colección Lex Académica. Barcelona: Huygens Editorial, 2016.
- Platón (autor) y Patricio de Azcárate (traductor). *La República*. Centaur Ediciones, 2013.
- Prieto de Pedro, Jesús. *Lenguas, lenguaje y derecho*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1991.
- Ramadan, Tariq. *Islam. The essentials*. Londres: Pelican, 2017.
- Rawls, John. *Teoría de la justicia*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1998.
- Robles Morchón, Gregorio. *Ley y derecho vivo. Método jurídico y sociología del derecho en Eugen Ehrlich*. Madrid: Cuadernos y Debates. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Ministerio de la Presidencia, 2002.
- Robles Morchón, Gregorio. *Introducción a la Teoría del Derecho*. 6ª ed. Barcelona: Debate, 2003.
- Robles Morchón, Gregorio. *Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas*. 1ª Edición. Cizur Menor, Navarra: Civitas, 2007.
- Robles Morchón, Gregorio. *La justicia en los juegos. Dos ensayos de teoría comunicacional del derecho*. 1ª ed. Madrid: Trotta, 2009.
- Robles Morchón, Gregorio y Paulo de Barros Carvalho (coordinadores). *Teoria comunicacional do Direito: Diálogo entre Brasil e Espanha*. 1ª ed. Vol. I. Sao Paulo, Brasil: Editora Noeses, 2011a.
- Robles Morchón, Gregorio. «Perspectivismo textual y principio de relatividad sistémica en la teoría comunicacional del derecho». *Nuevo Derecho* 6, n.º 8 (2011b): 117-33.
- Robles Morchón, Gregorio. *Hans Kelsen. Vida y Obra*. Cizur Menor: Aranzadi – Civitas, 2014.
- Robles Morchón, Gregorio. *Teoría del derecho. Fundamentos de teoría comunicacional del Derecho*. 6ª ed. Vol I. Cizur Menor, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2015a.
- Robles Morchón, Gregorio. *Teoría del derecho. Fundamentos de teoría comunicacional del Derecho*. Vol. II. Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters, 2015b.
- Robles Morchón, Gregorio. *Los derechos humanos y la ética en la sociedad actual*. Pamplona, España: Cuadernos Civitas - Thomson Reuters, 2016.
- Robles Morchón, Gregorio. *Cinco estudios de Teoría comunicacional del Derecho*. Santiago - Chile: Ediciones Olejnik, 2018a.

- Robles Morchón, Gregorio. «Teoría de la legislación en Aquino: el iusnaturalismo tomista como una teoría de la decisión jurídica». *Persona y Derecho* 40, (2018b): 197-229.
- Robles Morchón, Gregorio. «El “derecho” como objeto de la Justicia. Breve comentario al artículo 1 de la Questio 57 de la *Secunda Secundae* de la *Summa Tehologiae* de Santo Tomás de Aquino: “*Utrum ius sit obiectum iustitiae*”». *Persona y Derecho* 78, n.º1 (2018c): 51-64. <https://doi.org/10.15581/011.78.51-64>.
- Robles Morchón, Gregorio. *Sociología del Derecho*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik, 2018d.
- Robles Morchón, Gregorio. *Teoría del derecho. Fundamentos de teoría comunicacional del derecho*. Vol. III. Cizur Menor: Aranzadi, S.A.U., 2021.
- Robles Morchón, Gregorio. *Sociedad, Historia y Derecho en la Filosofía política de José Ortega y Gasset*. 1ª ed. Madrid (España): Reus, 2022.
- Robles Morchón, Gregorio y Consuelo Madrigal Martínez-Perea. *Ordenamiento, Sistema y Ámbito jurídico (El método comunicacional y el punto de vista interno). Discurso leído el día 7 de noviembre de 2022, en el acto de su recepción como Académico de número, por el Excmo. Sr. D. Gregorio Robles Morchón y la contestación de la Excmo. Sra. Da Consuelo Madrigal Martínez-Pereda*. Madrid, España: Universidad Camilo José Cela, 2022.
- Robles Morchón, Gregorio (director) y Félix Francisco Sánchez Díaz (coordinador). *La Teoría comunicacional del Derecho. Análisis críticos y aplicativos*. Cizur Menor, Navarra: Aranzadi – Civitas, 2023.
- Roca Fernández, María J. «Derechos y deberes: su desconexión en la teoría moderna de los derechos humanos». En *La teoría comunicacional del derecho y otras direcciones del pensamiento jurídico contemporáneo*, editado por Cristina Hermida del Llano, Diego Medina Morales y María José Roca Fernández, 543-554. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- Roca Fernández, María J. «Incidencia de las políticas de Igualdad en el Desarrollo armónico de los Derechos Fundamentales (Especial referencia al Derecho de Libertad Religiosa)». *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 20 (2009): 39-79.
- Roca Fernández, María J. «¿La Sharía como ley aplicable en virtud de la libertad religiosa?». *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 92 (2011): 65-101.
- Ródenas Calatayud, Ángeles. «Validez formal y validez sustantiva: el encaje de la competencia material». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 30 (2007): 543-59.
- Ródenas Calatayud, Ángeles. «Los enredos de la validez: tres distinciones para no perderse». *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico* 6 (2009): 177-188.

- Romano, Santi. *El ordenamiento jurídico*. 1ª ed. Madrid: Reus, 2012.
- Rosell, Jaime. «La Comisión Islámica de España: 30 años de interlocución y desarrollo del Acuerdo de Cooperación de 1992». *Anuario de Derecho eclesiástico del Estado*, n.º 38 (2022): 219-52.
- Ross, Alf. «El concepto de la validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural». *ACADEMIA. Revista sobre Enseñanza del Derecho* 6, n.º 12 (2008): 199-220.
- Rouzi, AA. «Facts and controversies on female genital mutilation and Islam». *The European Journal of Contraception & Reproductive Health Care* 18, n.º 10 (2013): 10-14.
- Rozalén Creus, Lucía. «Evolución histórica de la autonomía de la voluntad en el Derecho matrimonial». *Revista Bolivariana de Derecho*, n.º 32 (2021): 1090-1109.
- Ruano Espina, Lourdes. «Derecho e Islam en España». *Ius Canonicum* XLIII, n.º 86 (2003): 465-543.
- Ruiz-Díaz Labrano, Roberto. «Friedrich Karl Von Savigny e o Direito Internacional Privado: Vigencia de sua Doutrina». *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión* Año 1, n.º 2 (2013): 247-70.
- Ruiz Rodríguez, Virgilio. «Santo Tomás de Aquino en la Filosofía del Derecho». *Enclaves del pensamiento* 10, n.º 19 (2016): 13-40.
- Ruiz-Vieytez, Eduardo Javier. «Cien años del Tratado de Lausana: la desprotección de las minorías en Grecia y Turquía». *Relaciones internacionales*, n.º 56 (2024): 201-19.
- Sánchez Hidalgo, Adolfo. «Decisiones jurídicas y conflictos sociales. Perspectiva desde la teoría comunicacional del Derecho». *Millars: Espai i historia*, Ejemplar dedicado a: Conflicto, sociedad y derecho en España (SS. XVIII-XX) 54, n.º 1 (2023): 203-29.
- Sánchez Mateos, Elvira. «El nuevo marco geopolítico de Oriente Medio». *Política y sociedad* 55, n.º 3 (2018): 673-92.
- Sánchez Saus, Rafael. «Un lugar para Al-Ándalus en la historia medieval de España». *eHumanista*, n.º 37 (2017): 185-205.
- Santiago Juan y Freddy Cante. «Intuición, Sesgos y Heurísticas en la Elección». *Cuadernos de Economía* 28, n.º 50 (2009): 1-33.
- Sanz, Juan Carlos. «Las feministas en Marruecos hacen frente común contra la poligamia en la reforma del Código de Familia». *El País*, 23 de diciembre de 2023.
- Sbailó, Ciro. «La problematica questione delle intese tra la Repubblica italiana e l'Islam». *Rassegna parlamentare* 49, n.º 3 (2007): 627-638.
- Schacht, Joseph. *An Introduction to Islamic Law*. Reprint edition. Oxford: Clarendon Press, 1983.
- Siddiqui, Mona. *Hospitality and Islam. Welcoming in God's Name*. Reprint Edition. Yale University Press, 2016.
- Sófocles. *Tragedias*. Madrid, España: Editorial Gredos, 1981.

- Strauss, Leo. *Natural Right and History*. Chicago: University of Chicago Press, 1965.
- Tazón Cubillas, Aura. «Matrimonio islámico y derecho de familia español: algunos aspectos conflictivos». *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, n.º 22 (2008): 38-49.
- Terón Becerra, Manuel José. «Sobre la libertad religiosa en España». Tesis doctoral. Universidad de Sevilla, 2000. <https://idus.us.es/handle/11441/51252>.
- Tomás de Aquino. s. f. *Summa Theologiae*. <https://hjc.com.ar/sumat/>
- Utriza, Ayang. «La transformation du droit musulman en droit positif de l'État indonésien». En *La Charia aujourd'hui*, editado por Baudouin Dupret. Paris: La Découverte, 2012.
- Vallespín, Ivanna. «El TSJC confirma el 25% de castellano en tres escuelas catalanas con una asignatura troncal adicional». *El País*, 12 de julio de 2023.
- Vallet de Goytisolo, Juan B. *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1982.
- Vallet de Goytisolo, Juan B. «El Derecho en Santo Tomás de Aquino». *Ius Publicum*, n.º 31 (2013): 11-18.
- Valverde Martínez, María José y Javier Carrascosa González. «Poligamia en Marruecos y pensión de viudedad en España. El Tribunal Supremo y el orden público internacional atenuado». *Cuadernos de Derecho Transnacional* 10, n.º 2 (2018): 718-31. <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4396>.
- Vázquez Costa, Jorge. «El engarce del Islam en Occidente. Análisis a la luz del principio de libertad religiosa». Tesis doctoral. Universitat de València, 2016. <https://roderic.uv.es/handle/10550/54330>.
- Vázquez Gómez, Rebeca. «Aproximación al derecho islámico y su regulación del velo». *Ius Canonicum* 47, n.º 94 (2017): 591-615. <https://doi.org/10.15581/016.47.14197>.
- Verda y Beamonte, José Ramón de. «Efectos jurídicos en España del acogimiento de derecho islámico (“kafala”)». *Diario La Ley*, n.º 7393 (2010): 1-19.
- Vega López, Jesús. «Aristóteles, el derecho positivo y el derecho natural». *AFD*, n.º 27 (2011): 281-317.
- Vigo, Rodolfo L. «Una teoría de la validez jurídica». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 39 (2013): 99-125.
- Zainudin Ahmad ibn Abdal Latif az-Zubaidi. *Sahih Al-Bujari*. Granada, España: Madrasa, 2008.
- Zorzetto, Silvia. «The Lex Specialis Principles and its Uses in Legal Argumentation: An Analytical Inquire». *Eunomia: Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 3 (2012): 61-87.

La validez es un concepto central de la teoría del derecho, cuyo significado varía según la perspectiva jurídica adoptada. Esta obra desarrolla una propuesta de validez jurídica basada en la teoría comunicacional del derecho del profesor Gregorio Robles, con el objetivo de determinar si esta teoría puede ofrecer soluciones jurídicamente coherentes en áreas donde las aproximaciones tradicionales resultan insuficientes, así como de explorar su aplicabilidad en contextos donde interactúan distintos sistemas normativos.

El análisis se lleva a cabo en dos dimensiones. En un primer momento, desde un plano conceptual, se examina la solidez de la propuesta comunicacional, evaluando la congruencia y consistencia de sus fundamentos teórico-jurídicos, así como la capacidad de la teoría comunicacional del derecho para afrontar conflictos jurídicos contemporáneos y servir como herramienta eficaz en contextos de pluralismo normativo.

En un segundo momento, con una aproximación práctica, se aplica al estudio de la *sharí*a y de sus interacciones con el sistema jurídico español. Ello permite valorar hasta qué punto la propuesta comunicacional, desarrollada en la Europa contemporánea, puede adaptarse a un derecho doctrinal y religioso alejado de los principios asumidos por el derecho occidental actual y a sus relaciones con los sistemas jurídicos estatales.