

07/2019

28 de marzo de 2019

*Tomás J. Aliste Santos*

Expansión del arbitraje islámico en los Estados occidentales europeos y su incidencia en el mantenimiento del orden público constitucional español

## Expansión del arbitraje islámico en los Estados occidentales europeos y su incidencia en el mantenimiento del orden público constitucional español

### Resumen:

Consecuencia de la globalización y los constantes flujos migratorios, el cuerpo social de los Estados occidentales está cambiando de forma acelerada. La identificación de las sociedades occidentales sobre fundamentos homogéneos resulta tarea difícil en nuestros días porque cada vez existe una mayor diversidad social en un contexto multicultural creciente. En este sentido, el multiculturalismo también ha supuesto una vía para evidenciar conflictos de identidad entre los miembros del cuerpo social. Fundamentalmente, muchos individuos de credo musulmán sienten la necesidad de resolver los eventuales conflictos civiles que tengan de acuerdo a los preceptos de su fe. Por eso, es frecuente la demanda de solución de controversias conforme a la sharía. En este sentido, nuestro objeto de estudio se centra en el auge paulatino que la aplicación de la sharía está teniendo en Estados occidentales europeos y su repercusión en el mantenimiento del orden público constitucional y la seguridad, con especial atención a la defensa del orden público español.

### Palabras clave:

Globalización, sociedades occidentales, musulmanes, sharía, arbitraje, orden público, derecho procesal civil, seguridad.

*Expansion of Islamic arbitration in Western European states and its impact on the maintenance of Spanish constitutional public order*

*Abstract:*

*As a consequence of globalization and the constant migratory flows, the social body of Western States is changing rapidly. The identification of Western societies on homogeneous funds is difficult to achieve in our days because there is a growing social diversity in a growing multicultural context. In this sense, multiculturalism is also a way for the evidence of identity among the members of the social body. Fundamentally, many individuals of Muslim creed have the need to solve the successive civil conflicts that they have according to the precepts of their religion. For this reason, the demand for the settlement of controversies according to the sharia is frequent. In this sense, our object of study focuses on the great city that the application of sharia is having in the Western States and its repercussion in the maintenance of public order and security, with special attention to the defence of Spanish public order.*

*Keywords:*

*Globalization, Western societies, Muslim, sharia, arbitration, public order, civil procedure rules, security.*

**Multiculturalismo religioso-cultural, seguridad y prevalencia del orden público en el marco de un orden jurídico postwestfalino y postestatal**

Después de la caída del mundo de bloques que caracterizó y polarizó la historia contemporánea durante la mayor parte de la segunda mitad del siglo XX, asistimos a una nueva etapa de las relaciones internacionales caracterizada por el fenómeno globalizador. En este sentido, cuando hablamos de globalización no nos referimos a un fenómeno unívoco que pueda adscribirse a un determinado ámbito, sino a un fenómeno realmente vigoroso que se manifiesta por doquier en diversas áreas muy distintas. Así, podemos advertir una globalización económica, pero también política, social, cultural y religiosa. Todo ello, evidentemente, confluye en el ámbito jurídico y, particularmente en el ámbito jurídico de las democracias avanzadas occidentales cuya faz está adquiriendo cada vez más una fisonomía multicultural en el marco de un contexto social complejo. Así las cosas, el análisis de la vertiente jurídica de la globalización, aun habiendo recibido atención doctrinal, no se encuentra todavía muy desarrollado. Y dentro de este análisis, merece especial atención la confluencia del factor religioso entendido como factor esencial para el mantenimiento de identidades jurídicas propias de grupos determinados en la construcción de una sociedad multicultural que caracteriza, como hemos referido ya, la faz de las actuales sociedades democráticas occidentales más avanzadas.

Ciertamente, vivimos en un mundo postwestfalino y postsoberano en el que las relaciones jurídicas obedecen a un creciente policentrismo normativo muy pluralista y difícilmente reconducible al primitivo sistema de fuentes normativas de corte estatal. En este contexto, el papel de la identidad particular de los individuos y los grupos que conforman el cuerpo social sobresale como uno de los problemas fundamentales que las sociedades democráticas occidentales deben abordar con atención en las próximas décadas. Como advierte Aguilera Portales, la cuestión de los modelos de ciudadanía postnacional es una de las cuestiones más inquietantes que deben abordarse actualmente y en un futuro inmediato por los diversos gobiernos, estatales y supraestatales, que tienen la iniciativa de acción legislativa en el contexto postsoberano global<sup>1</sup>. Quizás ello conduzca al advenimiento de una ciudadanía cosmopolita algún día, pero lo cierto es que mientras tanto existe una tremenda tensión entre diversos fenómenos que se desenvuelven a la par que

---

<sup>1</sup> AGUILERA PORTALES, R. «Distintos modelos de ciudadanía postnacional, cosmopolita y transcultural ante la globalización», en VV.AA. *La globalización jurídica. Líneas de manifestación en el derecho contemporáneo*. Barcelona: 2017, pp. 45-73.

avanza la globalización. De un lado, la tensión entre multiculturalismo y etnocentrismo; de otro, la tensión entre la denominada interculturalidad y el relativismo cultural, pero también la polémica que se abre a la hora de optar entre homogenización y diversidad cultural. Todos estos fenómenos pueden subsumirse en el gran debate que se da en nuestro tiempo entre el relativismo y la universalización de los derechos humanos.

Considerando la confluencia de estas cuestiones, el creciente multiculturalismo religioso-cultural es, sin duda, una de las manifestaciones más evidente del desbordamiento de la cuestión de las identidades —tanto individuales como colectivas— que desde hace años supera ya el estricto enfoque sociológico y ha penetrado de lleno en el ámbito jurídico. Particular atención debe prestarse a la eclosión del pluralismo religioso en las sociedades occidentales, y, fundamentalmente, en las sociedades europeas, las cuales hasta no hace tantas décadas manifestaban una identidad religiosa más o menos vigorosa, pero de perfil nítidamente cristiano. La eclosión de ese pluralismo religioso en Occidente obedece a múltiples factores que pueden subsumirse en dos de extraordinaria relevancia.

En primer lugar, el intenso proceso de secularización arrostrado por las naciones europeas desde la irrupción del protestantismo en el siglo xvi. La secularización ha acentuado la separación Iglesia-Estado desde entonces, generando también un creciente indiferentismo religioso al que coadyuva el relativismo moral y una especie de neohedonismo fundado en el consumo de bienes y servicios. Este indiferentismo es más acusado en la base social de las naciones que genuinamente impulsaron la reforma protestante si lo comparamos con el indiferentismo existente en las naciones históricamente católicas, pero en cualquier caso se ha convertido en un signo manifiesto del proceso secularizador.

En segundo lugar, las migraciones contemporáneas suponen un constante flujo de individuos de muy diversos credos que anhelan un mayor bienestar para sí y sus familias, desplazándose desde sus naciones originales a los países más ricos del globo.

Debido precisamente al fenómeno migratorio asistimos a una irrupción de credos religiosos en áreas geográficas hasta no hace tantos años de profundas raíces cristianas. Véase el creciente pluralismo religioso y etnográfico de los Estados europeos más desarrollados, como Alemania, Francia, Reino Unido, Países Bajos, Bélgica y Suecia, por citar tan solo algunos ejemplos. Sin duda, es un fenómeno aun relativamente reciente, de apenas unas pocas décadas, que tiene como causa el proceso de descolonización iniciado por las antiguas metrópolis imperialistas europeas en la segunda mitad del siglo xx ante la

constante presión ejercida por un vasto conglomerado de pueblos que deseaban su emancipación respecto a aquellas. El asentamiento progresivo de inmigrantes vinculados a esas antiguas metrópolis coloniales, unido al posterior «efecto llamada», generado por los medios de comunicación de masas (cine y televisión fundamentalmente), y a la facilidad y seguridad de los desplazamientos en el mundo contemporáneo, ha dado lugar a un movimiento de población de unas a otras áreas del globo como nunca antes se había visto en la historia. Sin embargo, el hecho evidente es que ya hay una nueva población cada vez más numerosa cuya base original, que descansaba en la inmigración, ahora se encuentra integrada por individuos que ya son ciudadanos nacionales de segunda o tercera generación y una multitud aún mayor de individuos foráneos residentes. Nueva población que desde hace décadas está cambiando la faz étnica y el sustrato religioso y cultural de los países receptores.

Siendo evidente el influjo del «pluralismo jurídico» como corriente metodológica del derecho de nuestro tiempo, este se hace notar intensamente en los ordenamientos occidentales como consecuencia de la globalización y, desde luego, resulta cada vez más evidente que el análisis del derecho actual requiere asumir la perspectiva propia del «pluralismo constitucional»<sup>2</sup>. En este contexto, en los países occidentales más desarrollados, asistimos a un fenómeno que desde hace décadas resulta verdaderamente inquietante. Me refiero al denominado «pluralismo jurídico religioso», que conduce a la coexistencia en un mismo territorio de sistemas jurídicos sustantivos y procesales diferenciados en función de la ley personal de sus individuos, construida en torno a su identidad religiosa. El fenómeno —que es muy antiguo— aún no ha sido objeto de toda la atención doctrinal que merece, pero debemos destacar diversos estudios importantes en la materia, que advierten el retroceso de la capacidad legislativa del Estado en algunos ámbitos del ordenamiento jurídico en

---

<sup>2</sup> Hay un interesante desarrollo doctrinal sobre el pluralismo constitucional puesto de manifiesto por diversos autores, vid. MACCORMICK, N. *Questioning Sovereignty. Law, State and Practical Reason*. Oxford: 1999; WALKER, N. «The idea of constitutional pluralism». *EUI Working Paper*, 2002/1. Florencia: 2002; KRISCH, N. «The case for pluralism in postnational law». *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, 12/2009; FERRAJOLI, L. «La crisis de la democracia en la era de la globalización», en *Law and Justice in a global society*. IVR XXII World Congress-Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Granada: 2005; BUSTOS GISBERT, R. *La Constitución Red: un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*. Oñati: ed. IVAP 2005. Como señala GUERRERO COLMENARES, «es evidente que estamos ante una nueva realidad caracterizada por la existencia de diversos ordenamientos jurídicos entrecruzados. Una realidad que sobrepasa al propio Estado y que no puede explicarse desde el exclusivo enfoque del modelo monista», vid. GUERRERO COLMENARES, M. «El pluralismo constitucional como metodología para afrontar los desafíos de un orden jurídico complejo», en VV.AA. *La globalización jurídica. Líneas de manifestación en el derecho contemporáneo*. Barcelona: 2017, p. 137.

beneficio de una autorregulación de naturaleza privada<sup>3</sup>. En este sentido, algunos artífices de dicho «pluralismo jurídico» en el seno de los Estados han sido capaces de generar sus propias normas y actos con plena eficacia desde el punto de vista del derecho procesal estatal. En el contexto jurídico en lengua española, ha advertido muy bien la germinación de este fenómeno procesal incipiente Colom González, cuando señala que «la tendencia generalizada a la privatización de las funciones del Estado y el creciente recurso a formas alternativas o paralegales de resolución de conflictos ha abierto un capítulo novedoso en la gestión de las relaciones interculturales en las sociedades contemporáneas. Se trata de los fenómenos de pluralismo jurídico de base *identitaria*»<sup>4</sup>.

En este sentido, consecuencia de la descolonización a mediados del siglo xx y del proceso de globalización posterior, los flujos migratorios han supuesto cambios importantísimos en muchas grandes ciudades occidentales; cambios que introducen nuevos y diversos elementos étnicos, religiosos y culturales en la configuración del perfil social de Occidente, particularmente de las denominadas «democracias avanzadas». Por ello, no resulta nada extraño el hecho que desde hace años los filósofos y los sociólogos se esfuercen en estudiar estos temas, evidenciando los problemas que encierra un debate dirigido a la construcción de una «ecúmene global». Todos estos problemas permiten identificar el creciente multiculturalismo que ha cambiado la faz del Occidente contemporáneo.

Dado este análisis, como bien expone Aguilera Portales, los principales problemas asociados al multiculturalismo responden a diversos debates<sup>5</sup>. De un lado, el debate en torno al mantenimiento de esquemas etnocentristas frente al relativismo cultural y la interculturalidad, debate que conduce a la polémica cuestión de optar entre homogenización o diversidad cultural. De otro lado, el debate cultural condiciona el marco jurídico de análisis de los derechos humanos, cuestionándose en torno a la universalidad o el relativismo de los mismos. Todo ello, nos permite entender el contexto en el que germina el «pluralismo jurídico religioso». Así las cosas, la creciente visibilidad de minorías étnico-religiosas en las sociedades occidentales conduce a demandas de autorregulación con base en la ley

<sup>3</sup> Vid. GÜNTHER, K. «Rechtspluralismus und universaler Code der Legalität: Globalisierung als rechtstheoretisches Problem», en L. WINGERT y K. GÜNTHER (eds.). *Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit*. Frankfurt: Suhrkamp 2001, pp.539- 567. Para un análisis del fenómeno desde la perspectiva española, vid. CANO RUIZ, I. «Pluralismo religioso en el ámbito social y jurídico», en VV.AA. *La globalización jurídica. Líneas de manifestación en el derecho contemporáneo*. Barcelona: 2017, pp. 145-171.

<sup>4</sup> Vid. COLOM GONZÁLEZ, F. «Entre el credo y la ley. Procesos de “interlegalidad” en el pluralismo jurídico de base religiosa (I)», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 157. 2012, p. 84.

<sup>5</sup> AGUILERA PORTALES, R. *Teoría política y jurídica. Problemas actuales*. México: 2008, pp. 135-160.

personal religiosa que da unidad al grupo minoritario. Sin duda, estas demandas encuentran la raíz de su fortaleza en la propia corriente filosófico-ideológica dominante de las sociedades post-industriales occidentales, sobre las cuales se ciernen los fatuos influjos de la «postmodernidad» y de la «modernidad líquida» como doctrinas generalizadas, consecuencias obvias de un profundísimo proceso secularizador de evidente trasfondo materialista. Sin duda, a lo largo de las últimas décadas dichas doctrinas, ancladas en un feroz «pesimismo gnoseológico», han debilitado tópicos hasta no hace mucho asentados y respetados en nuestro contexto jurídico cultural, tales como «la igualdad de todos los ciudadanos», «el imperio de la ley», la «potestad jurisdiccional como exclusiva y excluyente para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado», la «dignidad intrínseca del ser humano» y los «derechos inalienables y naturales de la persona humana», etc. Por consiguiente, no deja de resultar natural comprender la creciente demanda de autorregulación sobre fundamentos filosófico-religiosos capaces de congregarse sobre bases «identitarias» a aquellos que por origen, o cualquier otra circunstancia, no sienten afección o directamente rechazan el reconocimiento del derecho estatal. Pero aunque el fenómeno pueda describirse fácilmente, la aceptación de un «pluralismo jurídico religioso» creciente en el ámbito procesal encierra velados peligros de «interlegalidad procesal», porque a través del fomento continuo de las denominadas alternativas a la jurisdicción, como el arbitraje y la mediación intercultural, se constata un fenómeno centrífugo en los ordenamientos jurídicos occidentales, en los cuales el Estado abandona áreas tradicionalmente indisponibles por los litigantes. Se trata del conocido fenómeno de «huida de la jurisdicción», que en el caso de los actos confesionales abre una puerta directa a su eficacia procesal de consecuencias imprevisibles para mantener la unidad y coherencia de todo nuestro sistema jurídico.

### **La eclosión de los medios alternativos de resolución de conflictos religiosos e interreligiosos en sociedades avanzadas: el problema del fenómeno de la interlegalidad procesal**

Trataré de explicarme con claridad. La clave de comprensión de nuestro análisis se encuentra precisamente en que, en general, los instrumentos de resolución de conflictos extrajudiciales (ADR, por sus siglas en inglés) ni obedecen al mismo fin objetivo que ordena el proceso —búsqueda de la verdad para realización de la justicia—, ni sus procedimientos

ofrecen a las partes el mismo marco de racionalidad procesal y garantías de defensa que informa por completo la estructura del proceso judicial previo al enjuiciamiento.

He tenido ocasión de estudiar bien este fenómeno, asumiendo el pensamiento de grandes maestros del derecho procesal, que se han pronunciado críticamente al respecto. Como señala Taruffo, «el éxito de los ADR es directamente proporcional —e incluso es una inmediata consecuencia de ello— a la ineficiencia de la justicia del Estado»<sup>6</sup>. Y es que se plantea una falsa analogía entre las decisiones judiciales y los acuerdos resultantes del recurso a los ADR, como si unas y otras obedeciesen a fines y presupuestos epistemológicos comunes. Fijémonos que la decisión judicial responde a la «teoría de la verdad como correspondencia», y, en cambio, los acuerdos resultantes de los ADR, se gestan al amparo de la «verdad como consenso». Pero bien sabemos que el resultado del consenso por sí mismo no garantiza la justicia de lo acordado.

En este sentido, una decisión basada en el consenso, lo único que evidencia es la voluntad de transigir de las partes aceptando —o no— un acuerdo, con independencia de que dicho acuerdo se base en la «certeza moral» sobre los hechos, y sea, por ello, una decisión justa fundada en el esfuerzo cognitivo compartido de búsqueda y hallazgo de la verdad. Evidentemente, ni mucho menos los ADR, por su naturaleza consensual, están en condiciones de garantizar que el resultado obtenido es justo, y permite reconocer una relación de correspondencia «verdadera» entre lo afirmado por las partes y los hechos tal y como realmente sucedieron. En los ADR prima la voluntad (y en no pocas ocasiones el voluntarismo) frente al «logos» o la racionalidad de la decisión. Si a todo esto añadimos la pretensión de aplicar derechos confesionales que hunden sus raíces en presupuestos epistemológicos radicalmente distintos a la tradición jurídica de Occidente (de raíces evidentemente cristianas), se va haciendo una atmósfera razonable de sospecha en torno a la eficacia de actos confesionales en nuestro derecho procesal a través del recurso a las denominadas alternativas a la jurisdicción (ADR).

Un análisis general comparando los medios alternativos de solución de conflictos con el ejercicio de la potestad jurisdiccional, forzosamente nunca dejará bien parados a estos respecto a la jurisdicción. El ejercicio de la potestad jurisdiccional a través del proceso hace que cualquier intento de parangón de los procesos judiciales con las denominadas alternativas resulte grosero. La finalidad y garantías que el proceso ofrece a las partes

---

<sup>6</sup> TARUFFO, M. *Páginas sobre justicia civil*, trad. esp. Madrid: 2009, pp. 115 y 116.



difícilmente pueden satisfacerse a través de los ADR, que tal vez sirven a la eficiencia y a una resolución *law cost* de los problemas, pero no al *suum cuique tribuere* propio de una resolución justa, precisamente por su concepción como medios *soft law*.

Si todas estas consideraciones las llevamos al terreno del «pluralismo jurídico» con base o identidad religiosa, el debate sobre la legitimidad de los ADR se torna mucho más complejo. Y no es un debate académico, sino un debate real, que ya está en las calles. Fijémonos, por ejemplo, en la «mediación intercultural» en casos de conflictos entre población residente que responde a una heterogeneidad religiosa y etnográfica diversa en el seno de algunas ciudades españolas. Particularmente en el caso español, el fenómeno de los mediadores interculturales se ha desarrollado mucho en Cataluña, y los conflictos interculturales en los que intervienen afectan multitud de cuestiones sobre todo en el ámbito educativo<sup>7</sup> en el que a menudo el conflicto tiene una raíz religiosa. Pensemos, por ejemplo, en el uso chador, del hiyab o pañuelo islámico, el ritual de la henna para simbolizar la espera del día 27 de Ramadán (en conmemoración de la revelación del Corán a Mahoma), el consumo de carne halal, el tathir o clitoridectomía, entre otras prácticas. Sin embargo, aunque la mediación intercultural pueda ser benéfica, el excesivo protagonismo de los mediadores conduce a una expansión cuestionable de sus funciones en la resolución de conflictos revistiéndose de funciones cuasi jurisdiccionales que abiertamente conducen a distorsionar el sistema de tutela judicial efectiva a través de la evacuación de acuerdos *ad hoc*<sup>8</sup>, y la constitución de un sistema normativo *soft law*, atomizado y aplicable en comunidades reducidas al margen del ordenamiento jurídico sustantivo y procesal estatal<sup>9</sup>.

No obstante, el problema procesal para nosotros excede el ámbito de la mediación y nos lleva al método alternativo por excelencia de naturaleza heterocompositiva: el arbitraje. No en vano, podemos aventurar que la cuestión del arbitraje religioso, y especialmente de los tribunales arbitrales islámicos, se encuentra en el centro mismo del debate jurídico que con

<sup>7</sup> LLEVOT CALVET, N. «Conflictos culturales y mediación. El ejemplo de Cataluña», en *Revista de Educación*, n.º 334. 2004, pp. 415-430.

<sup>8</sup> Acuerdos posibles en España, en virtud del art. 23 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que puede tener rango de título ejecutivo si las partes deciden elevar dicho acuerdo a escritura pública conforme al art. 25 de la mencionada ley.

<sup>9</sup> LLEVOT CALVET, N.. *Op. cit.*, p. 429, expresa muy bien este objetivo de la mediación intercultural cuando señala que «en las instituciones escolares se cuestionan: ¿hasta dónde ha de llegar el respeto a las identidades singulares cuando estén en oposición con las normas de la sociedad en general?, ¿cómo inscribir estas identidades, intocables para los inmigrantes, dentro del general conjunto de reglas y valores, intocables para la sociedad mayoritaria? Evidentemente, no hay una solución general, el diálogo y la negociación son el único camino válido. El papel del mediador, dentro del contexto de la negociación, conciliación e incluso de elaboración de nuevas normas, es muy importante».

serenidad deberá afrontar Occidente en los próximos años. Especialmente, el fenómeno de las migraciones ofrece un extraordinario medio de expansión a la *Umma*, entendida como comunidad de creyentes en el islam, que no tiene ni entiende de fronteras, y, particularmente en el ámbito del derecho de familia, ni reconoce modelos diferentes de organización de la institución familiar, ni se adapta dócilmente al modo de entender la propia familia y su ordenación jurídica en sistemas sociales aconfesionales, genuinamente producto de aquellas sociedades que no hace muchas décadas eran netamente cristianas y en las que se ha profundizado en la tradicional separación Iglesia-Estado a medida que ha ido avanzando el proceso secularizador<sup>10</sup>.

### **La expansión del recurso al arbitraje religioso en Occidente: el arbitraje islámico**

La existencia de tribunales arbitrales islámicos ya es una realidad visible en los países occidentales de *common law* (derecho anglosajón) y *civil law* (derecho continental europeo), pero, sobre todo, una realidad de los países de *common law*. Precisamente, no es extraño que dichos tribunales confesionales hayan encontrado terreno fértil y bien abonado en los sistemas de *common law*, en los que prima en demasía la concepción del proceso (civil/penal) como instrumento dirigido a la resolución de conflictos (y no a la búsqueda de la verdad). En consecuencia, todo el derecho procesal está dominado por un principio básico, el *adversary system*, que concibe los litigios como una pugna o lucha de posiciones entre las partes procesales, en las que cualquier actividad de iniciativa *ex officio iudicis* se rechaza por entender que supone flagrante vulneración de la debida imparcialidad judicial. El acentuado individualismo que domina el *adversary system*, conduce a otorgar un protagonismo exacerbado a la voluntad de las partes por encima de cualquier consideración procesal objetiva. De este modo, la capacidad de transigir de las mismas afecta también al orden penal, en el que está muy arraigada la «cultura del trato» entre acusador y acusado a través del célebre *plea bargaining system* (negociación penal).

En este contexto de *common law*, tan abierto a la negociación de las partes, como decimos, no resulta extraño que se hayan fomentado tanto los ADR, los cuales conducen a una verdadera privatización de la justicia y animan procesos de centrifugación jurídica e interlegalidad en el seno de sus sociedades multiculturales. De ahí, pues, que en países de

<sup>10</sup> DIAGO DIAGO, P. «El islam en Europa y los conflictos ocultos en el ámbito familiar», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 30. 2015, p. 2.

*common law* pueda comprenderse bien el «caldo de cultivo» de los procedimientos arbitrales con base en derechos confesionales. Siguiendo la lógica de ese peculiar sistema jurídico, el razonamiento está claro: si las partes pueden resolver sus problemas conforme a su voluntad, resulta comprensible que también tengan capacidad de elegir el sistema jurídico con el que se sienten identificadas. Y, prueba de ello, son las tentativas dirigidas a la instauración de tribunales arbitrales musulmanes. Primero en la provincia canadiense de Ontario, en la que la *Canadian Society of Muslims*, en virtud de la *Arbitration Act. S.O., 1991, chapter 17, section 32.1*, que permitía a las partes del procedimiento arbitral disponer del derecho para resolver sus disputas, trató de articular un instituto islámico para resolver controversias aplicando la *sharía*, aunque finalmente vio frustradas sus pretensiones. Después, en Inglaterra, donde tras las intensas reformas procesales impulsadas por Lord Woolf<sup>11</sup>, se promulgó la *Arbitration Act 1996*, en cuya sección primera se sienta como principio general la libertad de las partes sobre el modo de resolver sus controversias<sup>12</sup>. Principio, en definitiva, que abre las puertas a los tribunales arbitrales musulmanes y a la eficacia de la *sharía* en Inglaterra como derecho de fondo aplicable para resolver asuntos arbitrales. Así pues, el tema de las pretensiones de eficacia de actos confesionales en el derecho procesal de países occidentales no es nada nuevo, y pone de relieve la vigencia de un debate sobre la necesidad o no de otorgar eficacia a actos jurídicos confesionales mediante el arbitraje.

Precisamente, es en el Reino Unido donde se está experimentando un mayor crecimiento y expansión de los denominados tribunales de arbitraje islámico. Al calor de las tesis relativistas en torno a la búsqueda de la verdad en el proceso judicial, tan aceptadas en los sistemas de *common law*, se ha ido desarrollando una atmósfera favorable al entendimiento del proceso como un instrumento más —entre otros muchos— para resolver conflictos. Por eso no es extraño que de acuerdo a la lógica del *adversary system* se promueva que las propias partes procesales busquen formas alternativas de resolver sus controversias.

En este contexto es donde debemos situar la aparición de los *Islamic Sharia Councils*<sup>13</sup>, de

<sup>11</sup> Estas reformas supusieron una reestructuración a fondo de la organización judicial inglesa y en el plano procesal civil alentaron la consecución de acuerdos por las partes antes de acudir efectivamente al proceso para resolver sus conflictos. Vid. ALISTE SANTOS, T. *Sistema de common law*. Salamanca: 2013, p. 271.

<sup>12</sup> Vid. *Arbitration Act, 1996, chapter 23, section 1 b*): *the parties should be free to agree how their disputes are resolved, subject only to such safeguards as are necessary in the public interest*; vid., <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/data.pdf>.

<sup>13</sup> Acerca de la evolución, aplicación y práctica legal de la *sharía* por estos consejos islámicos en Inglaterra y Gales, consúltese el detallado informe del secretario de Estado del Ministerio del Interior británico titulado:

los cuales el más antiguo es el *Islamic Sharia Council* de Leyton, barrio del municipio de Waltham Forest en el área metropolitana de Londres (*London Borough of Waltham Forest*), que fue establecido en 1982, para interpretar y aplicar la *sharía* según las reglas de las escuelas sunníes en casos de familia (matrimonio y divorcio fundamentalmente), pero también en ámbito financiero y, en general, el mundo de los negocios<sup>14</sup>. Expresamente, tal y como se recoge en la web de este Consejo de *sharía*, su finalidad es promover que los musulmanes gestionen sus propios asuntos personales controvertidos<sup>15</sup>, e incluso puedan solicitar medidas cautelares de naturaleza confesional —*islamic injunctions*— a propósito de sus casos personales, es decir, puedan solicitar una *fatawa*<sup>16</sup>. No hay evidencia de un número exacto de *Consejos Islámicos de Sharía* en Reino Unido, tal y como se reconoce en el propio informe que en febrero de 2018 el secretario de Estado del Ministerio del Interior presentó al Parlamento británico para analizar la aplicación de la *sharía* en Inglaterra y Gales. Los datos existentes, incluso a nivel académico, son muy oscilantes, entendiéndose que a inicios de 2018 había entre 30 y 85 consejos de *sharía* operando en el territorio de Inglaterra y Gales<sup>17</sup>. Principalmente, estos consejos tienen su ubicación en los municipios con mayor asiento de población musulmana de praxis suní: London, Birmingham, Bradford y Dewsbury, y no tienen autoridad religiosa alguna con los musulmanes chiíes, que atienden en cuanto a la solución de controversias en materia de derecho de familia a los dictámenes de los ayatolás de sus respectivas congregaciones. Conviene subrayar que a menudo los medios de comunicación se han referido a dichos consejos como tribunales y, ciertamente, como se reconoce en el informe gubernamental del cual aquí nos hacemos eco, es una identificación falaz, en tanto que los *Sharia Councils* no son *Sharia Courts*. Sencillamente, se trata de instituciones religiosas voluntarias que sirven a la formación y asesoramiento religioso de las congregaciones locales de fieles y se dirigen por individuos a los cuales la comunidad, estrictamente local, de forma más o menos fáctica reconoce cierta autoridad

---

*The independent review into the application of sharia law in England and Wales. Presented to Parliament by the Secretary of State for the Home Department by Command of Her Majesty. February 2018*, en el siguiente enlace

[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/678473/6\\_4152\\_HO\\_CPFPG\\_Report\\_into\\_Sharia\\_Law\\_in\\_the\\_UK\\_PRINT.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/678473/6_4152_HO_CPFPG_Report_into_Sharia_Law_in_the_UK_PRINT.pdf) (consultado el 26 de diciembre de 2018).

<sup>14</sup> Vid. <http://www.islamic-sharia.org/>.

<sup>15</sup> Vid. [http://test.islamic-sharia.org/?page\\_id=261](http://test.islamic-sharia.org/?page_id=261).

<sup>16</sup> Vid. <http://www.islamic-sharia.org/services/>.

<sup>17</sup> Vid. SECRETARY OF STATE FOR THE HOME DEPARTMENT. *The independent review into the application of sharia law in England and Wales. Presented to Parliament by the Secretary of State for the Home Department by Command of Her Majesty. February 2018*, p. 10.

como asesores en la aplicación de la *sharí*a sobre cuestiones matrimoniales y de divorcio. No resulta fácil identificar un modelo único de Consejo de *sharí*a debido a la variedad de registro legal que tiene cada uno de ellos. Los mismos responden más bien al régimen jurídico que rige el derecho de asociación, e incluso algunos de ellos se han llegado a articular como empresas. En cuanto a la eficacia jurídica de las decisiones adoptadas por estos consejos, resulta claro que solo pueden entenderse como recomendaciones u orientaciones para los fieles de las respectivas congregaciones y, por lo tanto, sus decisiones no tienen eficacia jurídica directa en Reino Unido. Ahora bien, aunque la praxis desarrollada por estos *Sharia Councils* en la aplicación del derecho musulmán no es vinculante de acuerdo al sistema jurídico británico, lo cierto es que *de facto* sí puede llegar a serlo, en virtud de la cobertura legal que posteriormente las partes en litigio quieran dar a su controversia conforme a la libertad de disposición que tengan sobre el objeto procesal, siempre y cuando no contraríe el derecho interno. En este sentido, como expresamente señala el *Islamic Sharia Council* de Leyton, aunque sus decisiones en casos de divorcio tienen efectos estrictamente confesionales y, por tanto, no gozan de eficacia civil directa en Reino Unido, sus certificados —*Council's divorce certificate*— sí que pueden ser de utilidad y surtir ciertos efectos civiles, no solo en los países confesionalmente musulmanes y en las embajadas de los mismos, sino también en virtud de la propia praxis de los *common lawyers*, que viene admitiendo la validez de dichos certificados a raíz de una enmienda introducida en el año 2002 en la sección décima de la *Matrimonial Causes Act* de 1973<sup>18</sup>. En esa ley, que sigue pivotando en torno una concepción causal del divorcio, literalmente se recoge la remisión de la justicia civil británica a la vía de disolución matrimonial conforme a los usos religiosos que tengan las partes en litigio, cuando estas hayan celebrado matrimonio de acuerdo a dichos usos y deseen disolverlo conforme a esos usos en función de la declaración de ambas partes a tal efecto<sup>19</sup>. La cobertura legal para ello viene dada por una vieja institución procesal de *common law* denominada *decree nisi*, también conocida como *rule nisi*, y que consiste en una orden del tribunal que entra en vigor a menos

<sup>18</sup> <http://www.islamic-sharia.org/services/>.

<sup>19</sup> *Section 10a of the Matrimonial Causes Act 1973*: «*Proceedings after decree nisi: religious marriage (1) This section applies if a decree of divorce has been granted but not made absolute and the parties to the marriage concerned— (a) were married in accordance with— (i) the usages of the Jews, or (ii) any other prescribed religious usages; and (b) must co-operate if the marriage is to be dissolved in accordance with those usages. (2) On the application of either party, the court may order that a decree of divorce is not to be made absolute until a declaration made by both parties that they have taken such steps as are required to dissolve the marriage in accordance with those usages is produced to the court.*».

que se cumpla una determinada condición y si no se cumple la condición el decreto deja de ser condicional —*decree nisi*—, convirtiéndose en definitivo —*decree absolute*—, y, por ello, en orden judicial vinculante. Así las cosas, bien podemos entender la praxis confesional en virtud de la mencionada enmienda incorporada a la sección décima de la *Matrimonial Causes Act* de 1973: primero se solicita un *decree nisi*, y, una vez obtenido por el tribunal civil, ese tribunal solo puede decretar definitivamente el divorcio cuando a solicitud de cualquiera de las partes, estas declaren que han tomado las medidas necesarias para disolver el matrimonio conforme los usos de su propia religión y, una vez haya constancia de dicha declaración conjunta, el tribunal podrá elevar a definitivo el decreto de divorcio civil, que, reiteramos, hasta ese momento estaba tan solo sujeto a una suerte de condición suspensiva, remitiendo a la verificación de la praxis religiosa en materia de disolución matrimonial. Esa condición, en casos de divorcios musulmanes (por ejemplo, recurriendo a la práctica del *talaq*), sería precisamente la necesaria para dar cumplimiento al decreto civil de divorcio definitivo. De esta forma, un divorcio civil inglés puede retrasarse en función de la declaración hecha por ambas partes, o una de ellas sin oposición de la otra, solicitando divorcio islámico en virtud de la decisión que acuerde un consejo de *sharía*.

Fijémonos bien que en este tema los límites de orden público son ciertamente laxos porque todo se fía a la voluntad de convenir que tengan las partes como auténticas dueñas de la litis que les enfrenta y, por ello, plenamente capaces de resolverla a través de un elemental consenso que se plasme en acuerdo a tal efecto.

Curiosamente, como señala el Informe del secretario de Estado del Ministerio del Interior sobre la aplicación de la *sharía* en Inglaterra y Gales, en los últimos diez años se ha producido un notable incremento de casos cuasi-jurídicos tramitados por los denominados consejos de *sharía*, siendo probable que este hecho venga de la mano de la supresión de la asistencia jurídica gratuita en los divorcios civiles que se deciden en los tribunales de *common law* a raíz de la *Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012* (más conocida como *LAPSO Act*)<sup>20</sup>.

Igualmente, en época más reciente la *sharía* viene aplicándose también en el Reino Unido por el *Muslim Arbitration Tribunal*<sup>21</sup>, que sin duda es una institución mucho más sofisticada que los *Islamic Sharia Councils*, en cuanto a su fisonomía y estructura jurídica. En este

<sup>20</sup> SECRETARY OF STATE FOR THE HOME DEPARTMENT. *Op. cit.*, p. 10.

<sup>21</sup> Vid. <http://www.matribunal.com/> (consultado 26 de diciembre de 2018).

sentido, el denominado *Muslim Arbitration Tribunal*, opera plenamente desde 2007<sup>22</sup>, convirtiéndose desde entonces en una institución confesional de resolución de conflictos de referencia para aquellos individuos que en el Reino Unido decidan excluir la vía jurisdiccional pública y someter sus controversias a conocimiento de un tribunal arbitral privado que dicte un laudo —*award*— fundado en la *sharía* como ley aplicable al caso. En este sentido, bien puede afirmarse sin temor a equívoco que el *Muslim Arbitration Tribunal* es el primer tribunal arbitral islámico del Reino Unido<sup>23</sup>.

Conviene detenernos un poco en el análisis de este peculiar tribunal de arbitraje confesional privado, que tiene su origen —al igual que los *Islamic Sharia Councils*— en la llegada de individuos de credo islámico al Reino Unido tras la segunda guerra mundial, principalmente de los antiguos dominios británicos que comenzaban por aquel entonces el proceso de descolonización. En ese sentido, la fisonomía multicultural del actual Reino Unido halla su origen cierto en aquellos intensos flujos de migración que fundamentalmente se desarrollaron en las décadas de los cincuenta y sesenta. Precisamente, el progresivo asiento de población foránea de credo musulmán, como abiertamente se reconoce por el Tribunal de Arbitraje Musulmán del Reino Unido, originó una praxis alternativa de solución de controversias entre los musulmanes que habitaban el país, que de manera consuetudinaria preferían acudir a la solución orientada en la aplicación de la *sharía* de forma más o menos afortunada aquí y allá, por sujetos reconocidos en el seno de *Sharia Councils* no regulados aún e imanes locales. Evidentemente, en ese estado de cosas, la resolución alternativa de disputas con base en el derecho islámico a veces generaba más inquietudes que certezas, moviéndose en un dudoso marco cuasi-jurídico paralelo al sistema de *common law* aplicado por los tribunales británicos.

En ese contexto de inseguridad jurídica, la pretensión fundamental de los representantes de la comunidad musulmana en Reino Unido se dirigió a tratar de encajar la aplicación de su propio derecho confesional en el contexto general del *common law*, en aras a surtir de plena eficacia jurídica los actos confesionales en el ordenamiento jurídico británico. Y dicha pretensión fue finalmente reconocida tras la *Arbitration Act* de 1996, que como señalamos

<sup>22</sup> Vid. <http://www.matribunal.com/history.php> (consultado 26 de diciembre de 2018).

<sup>23</sup> De esta misma forma se reconoce en su propia web: «*The Muslim Arbitration Tribunal was established in 2007 to provide a viable alternative for the Muslim community seeking to resolve disputes in accordance with Islamic Sacred Law. Under the remit of the Arbitration Act 1996, MAT acts as an effective, efficient and unique Alternate Dispute Resolution organisation which deals with Islamic Sacred Law within the context of the English Legal System*». Vid. <http://www.matribunal.com/history.php>.

anteriormente, abrió el cauce legal para el pleno reconocimiento de la aplicación de la *sharía* en el Reino Unido. Recordemos que a tenor de la sección primera de la *Arbitration Act* de 1996, se habilita un amplio principio dispositivo en la solución de controversias que las partes eventualmente tengan, reconociendo literalmente la más amplia libertad a estas para componer soluciones a sus problemas: «the parties should be free to agree how their disputes are resolved, subject only to such safeguards as are necessary in the public interest». Así pues, sentado un amplio reconocimiento del principio dispositivo de forma tan básica e indeterminada respecto a la cuestión esencial que pivota en torno a qué es y qué no es interés público, se alentó la creación de tribunales de arbitraje privados, dentro de los cuales naturalmente surgieron también los tribunales de *sharía*, como el *Muslim Arbitration Tribunal*, al objeto de cubrir las soluciones basadas en su propio derecho (confesional) con el manto general de legitimidad del propio *common law*.

Adviértase la gran diferencia existente entre los *Islamic Sharia Councils* y el *Muslim Arbitration Tribunal*. Frente a las decisiones de aquéllos, que nunca gozan de efectos y eficacia directa en el ordenamiento jurídico británico, los laudos emitidos por el *Muslim Arbitration Tribunal* tienen plenos efectos y la misma fuerza vinculante que las sentencias firmes de los tribunales británicos. He aquí la tremenda relevancia de este tipo de tribunales de arbitraje confesional, que podemos explicar en breve síntesis como reza la web del propio *Muslim Arbitration Tribunal*: «The Gateway to Islamic and English Legal Services»<sup>24</sup>. Si nos detenemos en el análisis del procedimiento arbitral seguido por esta organización de arbitraje confesional apreciamos inmediatamente algunas cuestiones relevantes que claramente lo diferencian respecto al modelo de procedimiento arbitral común previsto por la *Arbitration Act* de 1996. En primer lugar, como puede constatarse, esta organización británica de arbitraje confesional musulmán cuenta con sus propias reglas, denominadas *Procedure Rules of Muslim Arbitration Tribunal*<sup>25</sup>. Conforme a esas reglas, el tribunal funciona con dos miembros, siendo uno de ellos académico experto en el derecho sagrado islámico y el otro un *barrister* o bien tan solo un «solicitor» registrado como tal para actuar procesalmente en los tribunales de Inglaterra y Gales. Como reza la primera de estas reglas, el objetivo de las mismas es que los procedimientos del tribunal se resuelvan en la medida de lo posible de acuerdo a las siguientes bases: 1) conforme a los preceptos

<sup>24</sup> <http://www.matribunal.com/history.php> (consultado el 26 de diciembre de 2018).

<sup>25</sup> <http://www.matribunal.com/rules.php> (consultado el 26 de diciembre de 2018).



islámicos y la práctica profética según lo establecido por las escuelas reconocidas de derecho islámico; 2) de la forma más justa rápida y eficiente posible; y 3) cuando sea apropiado que los miembros del tribunal tengan la responsabilidad de asegurar esto en interés de las partes en el procedimiento y en interés público general. El procedimiento comienza con la solicitud de audiencia (*Rule 2*) que debe dirigirse al Tribunal por escrito, indicando los nombres del demandante (*applicant*) y del demandado (*respondent*). Asimismo, en su caso, indicará si el solicitante autoriza un representante que actúe en su interés y la solicitud también expresará los motivos del caso de forma razonada, acompañando dicha solicitud motivada en la medida de lo posible de una lista de documentos y testigos que el demandante pretenda utilizar como evidencias en apoyo de sus pretensiones en el caso. Reglas similares recogen la forma de actuar del demandado ante este tribunal privado confesional.

En síntesis, el procedimiento tiene diversos aspectos que resultan muy inquietantes. Podemos mencionar aquí algunos de ellos. En primer lugar, posibilidad de desarrollarse en ausencia de una de las partes bajo unas causas excesivamente laxas (*Rule 5*). Igualmente, posibilidad de acumular dos o más procesos arbitrales y tramitarlos conjuntamente, aunque no haya identidad común entre las partes (*Rule 6*). También el tribunal goza de amplios poderes sobre la causa con reconocimiento de facultades de intervención *ex officio iudicis* en diversos momentos del procedimiento: decisiones sobre aplazamientos, gran discrecionalidad en la formación de la propia decisión, que se puede adoptar sin atadura a precedentes anteriores, pero siempre observando en un maridaje difícil las leyes de Inglaterra y Gales en combinación con el derecho sagrado musulmán en la interpretación de sus escuelas más reconocidas (*Rule 8.2*). Fijémonos que los poderes del tribunal, a tenor de la *Rule 11*, son tan amplios que abarcan hasta la posibilidad de dar directrices discrecionales a las partes en el transcurso del procedimiento, que se impulsa así principalmente de oficio. Tal es el poder que ostenta el tribunal arbitral que conforme a la *Rule 21.1.1* solo pueden invalidar el procedimiento los errores que el propio tribunal aprecie como tales; es decir, aunque haya errores notorios el procedimiento no se invalida sin la apreciación como tal por dicho tribunal. Por ello, naturalmente, como dice la *Rule 21.2*, cualquier decisión adoptada en un caso conforme a las reglas de procedimiento puede ser válida, aunque no se haya ajustado en su realización al periodo de tiempo señalado para su desarrollo procedimental.

Pero más allá de estos aspectos procedimentales, llama poderosamente la atención que en el texto de las *Procedure Rules of Muslim Arbitration Tribunal* no exista norma alguna referida a la abstención y, en su caso, la recusación, siendo como son dos instituciones esenciales para garantizar la imparcialidad de los árbitros que van a dirimir el litigio de las partes. Y, cuando menos, esta ausencia resulta curiosamente llamativa dado que la *Rule 24* de la *Arbitration Act* de 1996 sí que recoge una garantía para preservar la imparcialidad de los árbitros, bajo un expresivo rótulo: *Power of court to remove arbitrator*. Fijémonos que, aunque exista una norma como la mencionada para proteger y garantizar la imparcialidad en el procedimiento arbitral, dicha norma de nada vale en caso que las partes la excluyan optando por disponer, como *de iure* pueden hacerlo, tanto la elección de la ley aplicable como por la elección de la forma específica del procedimiento, que sea el tribunal arbitral, y no un tribunal de justicia estatal, quien ostente la facultad de destituir a sus árbitros cuando estos no sean imparciales, tal y como recoge la *Rule 24.2* de la *Arbitration Act* de 1996.

Finalmente, la decisión que tome el tribunal —*award*— no podrá ser objeto de apelación, salvando la vía de revisión ante la High Court que queda expedita a las partes, y que, desde luego, deja escaso margen de éxito dado el carácter profundamente dispositivo de la legislación arbitral británica. Así, tal y como reconoce la *Arbitration Act* de 1996, las partes pueden elegir la aplicabilidad de la mayoría de reglas procesales que integran el procedimiento legalmente ordenado. De este modo, pueden elegir tanto la ley aplicable al caso (en el tema que nos ocupa la *sharía*) como disponer y flexibilizar a su gusto las reglas de procedimiento, que tan solo se limita por las *mandatory provisions of Part I*, expresamente recogidas en la *Schedule 1* de la *Arbitration Act* de 1996, en la cual se reconoce una amplia pérdida al derecho a discrepar de las partes —*lost of right to object*— así como limitaciones a la posibilidad de revisar por parte de los tribunales de *common law* los laudos en función de las *Rules 67 y 68* de la *Arbitration Act* de 1996, que suponen un auténtico embudo para aquellos litigantes que deseen optar a la vía de la revisión civil de lo actuado en el marco de un procedimiento arbitral.

Así las cosas, con razón se ha dicho que la *Arbitration Act* de 1996 alberga notables diferencias respecto el procedimiento arbitral de la Ley Modelo UNCITRAL de 1985. No en vano, al igual que sucede con los Estados Unidos, el Reino Unido no ha promulgado una legislación acorde con la Ley Modelo UNCITRAL, y obedece a un tipo de arbitraje mucho más discrecional que el arbitraje diseñado en la legislación modelo de la Comisión de

Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Un arbitraje en el cual muchas de sus reglas se sujetan a amplia disposición por las partes, que pueden libremente decidir la ley aplicable al caso y el modo en que ha de desenvolverse el procedimiento, al no encontrarse sujetas a disposición imperativa en estos casos (*non-mandatory provision*)<sup>26</sup>. Y, paradójicamente, a la par que esto sucede, las partes pueden quedar constreñidas por su propia decisión, sujetándose entonces a la voluntad de los árbitros, que pueden ejercer, en virtud de aquel fatuo acto de disposición de las partes, un amplísimo poder de intervención *ex officio iudicis* —cuasi arbitrario— en cuanto a la ordenación del procedimiento.

Así las cosas, bien podemos afirmar que la legislación sobre arbitraje del Reino Unido contiene en su seno un germen verdaderamente corrosivo y disolvente del orden público estatal.

Como señala Colom González<sup>27</sup> «los motivos por los que las personas recurren al arbitraje religioso son múltiples. En primer lugar cuenta, obviamente, la convicción religiosa de los implicados. También puede jugar en su favor la presión social y el temor de las minorías a sufrir discriminación en los tribunales ordinarios. Los arbitrajes religiosos suelen ser, por lo demás, más económicos y conciliadores que los procedimientos judiciales, permiten preservar un mayor grado de privacidad y tienden a fomentar el sentido de comunidad».

Curiosamente, los ordenamientos jurídicos de *civil law* o romanistas, ofrecen mayor capacidad de resistencia a esta clase de procesos de interlegalidad o «pluralismo jurídico» basado en la identidad religiosa. A diferencia de los ordenamientos de *common law*, en los que la jurisprudencia es fuente importantísima de derecho, los sistemas de *civil law* se

<sup>26</sup> Reproducimos por su interés la *Rule 4* de la *Arbitration Act 1996*:

*4 Mandatory and non-mandatory provisions.*

(1) *The mandatory provisions of this Part are listed in Schedule 1 and have effect notwithstanding any agreement to the contrary.*

(2) *The other provisions of this Part (the “non-mandatory provisions”) allow the parties to make their own arrangements by agreement but provide rules which apply in the absence of such agreement.*

(3) *The parties may make such arrangements by agreeing to the application of institutional rules or providing any other means by which a matter may be decided.*

(4) *It is immaterial whether or not the law applicable to the parties’ agreement is the law of England and Wales or, as the case may be, Northern Ireland.*

(5) *The choice of a law other than the law of England and Wales or Northern Ireland as the applicable law in respect of a matter provided for by a non-mandatory provision of this Part is equivalent to an agreement making provision about that matter.*

*For this purpose an applicable law determined in accordance with the parties’ agreement, or which is objectively determined in the absence of any express or implied choice, shall be treated as chosen by the parties.*

<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/4> (consultado el 26 de diciembre de 2018).

<sup>27</sup> COLOM GONZÁLEZ, F. «Entre el credo y la ley. Procesos de “interlegalidad”, en el pluralismo jurídico de base religiosa (I)», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 157. 2012, p. 90.

fundamentan en la tradición del *ius dicere*, y por ello obedecen a una concepción eminentemente legal del sistema de fuentes del derecho. La legislación tiene una relevancia extraordinaria en el sistema de fuentes porque evidencia la voluntad democrática del Estado como único sujeto capaz de ejercer la potestad normativa en un ámbito territorial del cual es soberano. E incluso en ámbitos tan complejos como el derecho internacional privado, las reglas para ordenar el conflicto de leyes, bien sea a través del régimen convencional o bien recurriendo a las normas para resolver conflictos de leyes del código civil o de las leyes especiales, permiten al Estado mantener la capacidad de reconocer como válidas soluciones adoptadas conforme a ordenamientos jurídicos confesionales. Este es el caso, por ejemplo, del reconocimiento y validez en España de la *kafala* acordada en país islámico<sup>28</sup>. Pero fuera de estos casos atendidos por las normas de conflicto de derecho internacional privado, podemos afirmar la aparente resistencia de los sistemas de *civil law* frente a la posibilidad de acceso de actos de derechos confesionales a través de vías extrajudiciales abiertas en el derecho interno, que permitan surtir plenos efectos jurídicos *inter partes* a dichos actos. Bien es cierto que dicha resistencia de los ordenamientos jurídicos de *civil law* no significa que los mismos sean impermeables a la eficacia civil de actos confesionales. Pensemos que la libertad de disposición a la hora de dirimir conflictos jurídicos, fundamentalmente civiles, es un principio profundamente arraigado en el marco de los Estados de *civil law* —como también lo es en los países de *common law*—, consecuencia de la autonomía privada, entendida como salvaguarda de la libertad individual que siempre ha caracterizado los modelos jurídicos occidentales. De ahí, pues, que por la vía de la autonomía privada y el principio dispositivo empiezan a demandarse también en los países de *civil law* nuevas fórmulas de solución de conflictos de fuerte impronta confesional islámica. Véase el caso de Bélgica, país en el que el grupo musulmán *Sharia4Belgium* —organización política posteriormente ilegalizada— instó primero y consiguió después el establecimiento de un tribunal islámico en la ciudad de Amberes, la segunda ciudad más importante del país<sup>29</sup>. El propósito declarado de esta clase de tribunales, más conocidos en Occidente como *Islamic Sharia Law Courts*, consiste en el establecimiento de un sistema legal paralelo al ordenamiento público estatal, que progresivamente vaya desplazando a este como vía de solución de conflictos entre los

<sup>28</sup> Vid. art. 34 Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional.

<sup>29</sup> Vid. KERN, S. *Islamic Sharia Law Court Opens in Belgium*. Gatestone Institute International Policy Council, september 15, 2011. <http://www.gatestoneinstitute.org> (consultado el 27 de diciembre de 2018).

creyentes de la *Umma*, y quizá también como vía de solución de disputas entre los creyentes de la *Umma* y cualquier otro sujeto, sea persona física o jurídica, ajeno a la comunidad de creyentes; es decir, se trataría de dar cabida por la vía de la interlegalidad procesal de base confesional a un sistema de solución de conflictos que pueda dar respuesta eficaz y jurídicamente vinculante a los problemas de los creyentes desde una perspectiva estrictamente confesional. Así las cosas, el establecimiento del Tribunal de *sharía* de Amberes se ha planteado, en primer lugar, como vía privada de solución de conflictos de naturaleza familiar: matrimonio, divorcio, custodia y alimento de hijos, pero nada obsta para que pueda asumir progresivamente competencias más allá del ámbito civil, acaso penales, en virtud de la expansión de la autonomía privada y el principio dispositivo más allá de los procesos civiles. De ahí que, naturalmente, la apertura de este tribunal haya sido objeto de atención y preocupación incluso en el ámbito de las instituciones de la Unión Europea, tal y como evidencia la interpelación E-009450/2011, efectuada a la Comisión Europea por un conjunto de europarlamentarios el 20 de octubre de 2011 en el Parlamento Europeo. La cuestión radicaba en averiguar si la institución de este tribunal islámico en la ciudad de Amberes y la consiguiente aplicación de la *sharía* como *lex causae* implica la violación de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, incorporada como todos sabemos al acervo del derecho comunitario de la Unión Europea y, por ello, con los efectos propios de primacía y eficacia directa e inmediata frente al derecho interno de los Estados. Fijémonos en esta interpelación parlamentaria, porque su planteamiento es de sumo interés para comprender el problema que analizamos. Merece la pena reproducir literalmente la misma<sup>30</sup>:

«Según fuentes de prensa belgas (het laatste nieuws, Rtl belgio, Le Vif, Skynet.be) se ha creado recientemente en Anversa (Bélgica) un tribunal islámico conforme a la *sharía* por iniciativa de un grupo radical musulmán llamado Sharia4Belgium. [Sic].

La intención de los fundadores consiste al parecer en crear un sistema judicial de tipo islámico para resolver los litigios en materia de derecho de familia, es decir: el matrimonio, el divorcio, la custodia y la manutención de los hijos y las cuestiones hereditarias, poniendo en entredicho la autoridad del Estado belga y los derechos garantizados por su Constitución, así como por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

<sup>30</sup> <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+E-2011-009450+0+DOC+XML+V0//ES> (consultado el 22 de diciembre de 2018).

[Sic].

Habida cuenta de que la ley islámica de la sharía no garantiza ni protege de modo alguno la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer, la aplicación de la misma amenazaría los derechos de las mujeres musulmanas, tolerando prácticas que en el Estado de derecho están calificadas de delito, como la poligamia, los matrimonios forzados, y los delitos de honor. [Sic].

Este tribunal no constituye el primer caso de imposición de la ley islámica en Europa, ya que en el Reino Unido un grupo de fundamentalistas islámicos ha proclamado el barrio de Waltham Forest un emirato islámico en el que rige la ley de la sharía. [Sic].

Habida cuenta de lo que antecede, se ruega a la Comisión que responda a las siguientes preguntas». Los eurodiputados preguntaron entonces tres preguntas claras y precisas a la Comisión: «1 ¿Está al corriente de la situación expuesta y qué medidas piensa adoptar al respecto?» [Sic].

«2 ¿Considera que esta iniciativa es contraria a los principios contenidos en la Carta de los Derechos Fundamentales sobre todo por lo que respecta a la protección de las mujeres y los niños?» [Sic].

«3 ¿Conoce otros casos de arraigo de la ley islámica de la sharía en Europa?» [Sic].

La Comisión procede a dar respuesta a dichas preguntas por escrito el 5 de diciembre de 2011<sup>31</sup>, sin hacer consideraciones de fondo que pudieran entenderse como signo de cierta inquietud del Gobierno de la Unión Europea sobre el asunto objeto de interpelación parlamentaria. Fijémonos bien en la argumentación de la respuesta porque resulta bastante desconcertante y evidencia una profunda falta de reflexión de la Comisión Europea sobre un fenómeno que ya entonces —año 2011— comenzaba a percibirse como asunto realmente inquietante:

*«Parliamentary questions*

*5 December 2011*

*Answer given by Mrs Reding on behalf of the Commission*

<sup>31</sup> <http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2011-009450&language=EN>  
(consultado el 22 de diciembre de 2018).

*Both the freedom of religion and equality between women and men are fundamental rights enshrined in the Charter of Fundamental Rights of the European Union. According to Article 51(1) of the Charter of Fundamental Rights, its provisions are addressed to the Member States only when they are implementing Union law. The concrete situation referred to by the Honourable Members does however not seem to imply acts by a Member State in the course of implementation of European Union law. The Commission has repeatedly expressed its concern about all kinds of abuse and violence against children and women. The Commission has also funded dozen of projects under the 'Daphne programme' since its creation in 1997, aiming at the prevention of violence and abuse of children and women in the European Union(1).*

*As regards the general issue of the Sharia, the Commission recalls that 'Sharia' is a general concept that encompasses several legal aspects and is the subject of varying interpretations both in the countries where it is applied and among specialists. The Commission would refer the Honourable Member to its answers to Written Questions E- 1463/2011(2), E- 7763/2011(3) and E- 8433/2011(4). Moreover, as already stated in its answer to Written Question E- 5271/2011(5), the Commission strongly warns against stigmatising any religious or ethnic communities».*

1. See the Daphne Toolkit website:

*[http://ec.europa.eu/justice\\_home/daphnetoolkit/html/booklets/dpt\\_booklets\\_en.html](http://ec.europa.eu/justice_home/daphnetoolkit/html/booklets/dpt_booklets_en.html).*

2. *[http://www.europarl.europa.eu/sidesSearch/sipadeMapUrl.do?L=EN&PROG=QP&S\\_ORT\\_ORDER=DAA&REF\\_QP=2011-1463&F\\_REF\\_QP=1463/2011&S\\_RANK=%&LEG\\_ID=7](http://www.europarl.europa.eu/sidesSearch/sipadeMapUrl.do?L=EN&PROG=QP&S_ORT_ORDER=DAA&REF_QP=2011-1463&F_REF_QP=1463/2011&S_RANK=%&LEG_ID=7).*

3. *<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+E-2011-007763+0+DOC+XML+V0//FR&language=FR>.*

4. *Not yet published.*

5. *<http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2011-005271&language=FR>.*

Bien es cierto, como sostiene la Comisión, que el tema escapa a su competencia porque evidentemente no implica violación alguna del derecho de la Unión por sus Estados miembros. Es decir, el propio establecimiento de esta clase de tribunales privados de solución de disputas no supone quebrantar el derecho de la Unión Europea en su conjunto, y de forma particular la Carta de Derechos Fundamentales, porque en sí mismo en los

hechos no hay violación específica del derecho de la UE. Sin embargo, adviértase que la Comisión Europea en su respuesta recuerda a los honorables miembros del Parlamento Europeo que el Gobierno comunitario en materia de *sharía* en general tiene una perspectiva bien definida y marcada por los principios de tolerancia y libertad religiosa, perspectiva constante como refleja su establecimiento en respuestas escritas anteriores: *Written Questions* E-1463/2011, E-7763/2011, E-8433/2011 y E-5271/2011. Perspectiva además sumamente indeterminada, porque según el parecer de la Comisión, se trata de un tema cuya naturaleza no permite ofrecer respuestas unívocas, en tanto que, a juicio de la Comisión, la propia *sharía* escapa a una interpretación en conjunto, y se sujeta a una pluralidad de interpretaciones jurídicas en virtud de las naciones y la diversidad de sujetos, pertenecientes a diferentes escuelas de derecho islámico, que el propio islam reconoce como especialistas en la interpretación y aplicación de la *sharía*.

Sin duda, resulta sumamente desconcertante y contradictorio el criterio reflejado por la Comisión en estas respuestas en cuanto al entendimiento general del tema de la *sharía*, y decimos esto porque resulta notorio un cambio de criterio a la luz del entendimiento que sobre estas mismas cuestiones la propia Comisión había expresado años antes. Así, por ejemplo, si nos fijamos en la respuesta a la pregunta formulada por varios eurodiputados el 18 de octubre de 2005, acerca del asunto los derechos humanos en Turquía y la ley islámica (*sharía*), aparece de forma notoria un giro copernicano en la doctrina que la Comisión ha desarrollado sobre la *sharía*.

Reproducimos aquí la pregunta formulada por los eurodiputados, que puede consultarse como *written question* E-3724/2005<sup>32</sup>:

*«Is the Commission aware that, on 5 August 1990, Turkey, since 1969 a founder member of the Organisation of the Islamic Conference (OIC) and acting through its Foreign Minister, signed the Cairo Declaration on Human Rights in Islam (CDRHI). That declaration includes contradictory statements on the equality of and non-discrimination between the sexes and claims, in principle, that legal systems in Islamic countries should be defined in accordance with Sharia. More remarkably, under Resolution No 4/31-LEG adopted during the meeting of OIC Foreign Ministers held in Istanbul on 14- 16 June 2004, it denounced the EU*

<sup>32</sup> <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+E-2005-3724+0+DOC+XML+V0//EN> (consultado el 22 de diciembre de 2018).



*resolution condemning stoning to death and other so-called inhuman punishments practised by a number of Islamic countries in the course of applying Sharia Law. Furthermore, the OIC went on to call for 'a halt to the unjustified campaigns launched by some governmental and non-governmental organisations focusing on the demand to abolish the Sharia ordained punishments and other penalties under the «protection of human rights» slogan'.*

*In contrast, on 13 February 2003, the European Court of Human Rights declared Sharia to be mutually incompatible with democracy (in Refah Partisi 'The Welfare Party' and Others v Turkey). In that ruling, the European Court upheld the controversial decision of the Turkish Constitutional Court to remove the mandates of three MPs for, among other things, advocating Sharia for Turkey, although, as far as the OIC is concerned, Turkey's Government has accepted this as the basis of its human rights principles.*

*Has Turkey, since becoming an EU applicant country, formally denounced the CDRHI? If not, during EU accession negotiations, will this pose any obstacle in terms of what are known as the Copenhagen political criteria? Lastly, is Turkey's membership of an international religion-based organisation (OIC) in any way likely to cause a problem in relation to Turkey's accession to the EU?».*

*La Comisión no hizo esperar su enfoque, y el 9 de noviembre de 2005 dicta respuesta a la pregunta parlamentaria, que aquí reproducimos<sup>33</sup>:*

*«Parliamentary questions*

*9 November 2005*

*E-3724/2005*

*Answer given by Mr Rehn on behalf of the Commission*

*The Commission notes that Article 2 of the Turkish Constitution stipulates that, 'the Republic of Turkey is a democratic, secular and social state governed by the rule of law'. These fundamental features of the Republic cannot be amended. When joining the Charter of the Organisation of Islamic Conference (OIC), Turkey made the general reservation that it would implement the provisions of the Charter within the framework of these fundamental constitutional principles.*

*In line with this arrangement, at every meeting of the OIC, Turkey submits a reservation letter to the General Secretary of the OIC noting that, 'Turkey accepts the decisions of the*

<sup>33</sup> <http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2005-3724&language=EN>  
(consultado el 22 de diciembre de 2018).

*OIC to the extent that they are applicable in terms of the constitutional system and the fundamental principles of its foreign policy'. Such an approach was taken at the meeting of the OIC Foreign Ministers held in Istanbul in June 2004, to which the Honourable Members refer.*

*The Commission will publish its progress report on Turkey on 9 November 2005. This will provide an assessment of the situation pertaining to human rights, including women's rights. As indicated in the negotiating framework document, progress in the accession negotiations will be measured against the requirement for Turkey to comply with the Copenhagen political criteria. The Commission will continue to monitor closely the situation in Turkey in this respect».*

En ella la Comisión reflexiona sobre los principios proclamados en el art. 2 de la Constitución turca, que reflejan nítidamente la aconfesionalidad del Estado turco y una especie de laicidad constitucional del Estado que no admite modificación o enmienda. En ese contexto, la propia Turquía hizo reserva expresa del Tratado de la Organización de la Conferencia Islámica cuando lo ratificó a la hora de hacer compatible su suscripción con sus propias disposiciones constitucionales. Y advertido esto, indica que aun así hará una monitorización constante de la situación de Turquía a los efectos de controlar si esta procede a implementar la *sharía*, entendida como derecho confesional que puede quebrar elementales principios del Estado de derecho como la igualdad entre hombres y mujeres. En este sentido, no deja de ser curioso que la Comisión haya cambiado de parecer sobre la *sharía* a lo largo de estos años, bajando la guardia que hacia este peculiar sistema jurídico confesional parecía albergar en la primera década del siglo XXI. Este cambio de criterio es bastante perceptible, como puede analizarse en las respuestas ofrecidas a recientes interpelaciones parlamentarias que abiertamente cuestionan la compatibilidad de la *sharía* con los principios y valores democráticos que inspiran los ordenamientos jurídicos de los Estados que integran la Unión Europea.

Véase al respecto la siguiente interpelación<sup>34</sup>:

«*Parliamentary questions*

<sup>34</sup> Vid. [http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-8-2017-006320\\_EN.html](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-8-2017-006320_EN.html) (consultado 30 diciembre 2018).

9 october 2017

Question for written answer E-006320-17 to the Commision

Subject: Growth of Islamic fundamentalism, spread of Sharia in Europe and protection of EU citizens

*In Belgium and throughout Europe the number of Muslim communities is on the rise, owing to the arrival en masse of Muslim immigrants from third countries. The growth of the Muslim population in European towns and cities has facilitated the dissemination of the precepts of Islamic fundamentalism and Sharia, the Islamic law which does not recognise European values such as democracy and gender equality.*

*Islamic fundamentalism is a grave threat for Europe, as demonstrated by the increasingly frequent terrorist attacks against European citizens, the latest of which in Barcelona on 17 August 2017.*

*Groups of Islamic extremists who want Sharia law to be imposed in Europe are increasingly numerous and violent, such as the group 'Sharia for Belgium' of the religious leader Fouad Belkacem, alias Abu Imran, according to whom the Islamic community will soon be laying down its own rules in Brussels.*

*In view of internal radicalisation issues and of the July 2017 report by the Commission's Radicalisation Awareness Network (RAN), according to which some 5 000 European foreign fighters have left for Syria, 30% of whom have already returned to the EU, can the Commission answer the following questions:*

*— What action does it intend to take to guarantee security in the EU, given the escalation of Islamic fundamentalism in European cities?*

*— Does it not think it would be useful to monitor the activity of Islamic fundamentalist groups that are active in Europe, to prevent the spread of religious intolerance and hatred of European civilisation?».*

La respuesta a la interpelación quedó reflejada en la contestación escrita que la Comisión dictó el 8 de febrero de 2018, y que aquí se reproduce literalmente<sup>35</sup>:

«Parliamentary questions

8 February 2018

<sup>35</sup> [http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-8-2017-006320-ASW\\_EN.html](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-8-2017-006320-ASW_EN.html) (consultado 30 diciembre 2018).

*Answer given by Mr King on behalf of the Commission*

*Question reference: E-006320/2017*

*The Commission is taking comprehensive action across all relevant policy areas to prevent and counter radicalisation. This approach is set out, inter alia, in the communication on radicalisation of 2016(1).*

*Recently, the Commission has established a High-Level Expert Group on Radicalisation (2), which is contributing to the further development and implementation of Union prevent policies, instruments and initiatives, including by elaborating a set of guiding principles and recommendations for further work in this area.*

*In addition, as highlighted its answer to Written Question E-004726/2017, the Commission is taking various initiatives to ramp up efforts against terrorism. These are set out in the European Agenda on Security (3) which aims, among others, to an improved information exchange on the full range of EU policies and tools. (4)*

*The monitoring of activities of Islamic fundamentalist groups falls outside the EU competence as set out in the Treaties».*

*(1) COM(2016) 379 final, 14.6.2016.*

*(2) 2017/C 252/04.*

*(3) COM(2015) 185 final, 28.4.2015.*

*(4) [https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-security/20171212\\_communication\\_on\\_twelfth\\_progress\\_report\\_towards\\_effective\\_and\\_genuine\\_security\\_union\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-security/20171212_communication_on_twelfth_progress_report_towards_effective_and_genuine_security_union_en.pdf).*

Adviértase cómo la Comisión aún sigue sin evaluar bien el problema, e, incluso, parece despreocuparse del mismo, como si la actividad de aplicación de la *sharía* por grupos radicales islámicos en el seno de los Estados de la Unión *prima facie* fuera algo que no tuviera que ver con las competencias de salvaguarda que la Comisión tiene respecto al propio derecho de la Unión Europea, dentro del cual destaca la mencionada Carta de Derechos Fundamentales.

Sin embargo, la cuestión sobre la compatibilidad de la *sharía* con los principios y valores que nutren los ordenamientos jurídicos de *civil law* y *common law*, lejos de ser un tema de mera opinión, ha sido objeto de especial atención por el propio Tribunal Europeo de

Derechos Humanos, como acertadamente apuntaron los eurodiputados que hicieron la interpelación E-3724/2005 a la propia Comisión. En este sentido, debemos destacar la rotundidad de la doctrina enunciada por el Alto Tribunal en su célebre sentencia «*Refah Partisi (The Welfare Party) and others v. Turkey*», dictada el 13 de febrero de 2003, señalando que la implantación de la *sharía* como ley aplicable que condicione el orden público estatal resulta incompatible con el Convenio Europeo de Derechos Humanos: «*Sharia is incompatible with the fundamental principles of democracy, since principles such as pluralism in the political sphere and the constant evolution of public freedoms have no place in it and a regime based on sharia clearly diverges from Convention values*»<sup>36</sup>.

Fijémonos bien en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a propósito de la mencionada sentencia (en adelante, STEDH *Refah Partisi [The Welfare Party] and others v. Turkey*) porque, sin duda, permite inferir cuestiones básicas acerca del margen de disponibilidad que tienen los Estados miembros de la Convención Europea de Derechos Humanos en cuanto al desarrollo de leyes internas que puedan llegar a erosionar valores democráticos y principios comunes sobre los que se asientan las libertades públicas reconocidas en el Convenio. En este sentido, la Gran Sala del Tribunal de Estrasburgo en el caso *Refah Partisi (Partido de la Prosperidad) y otros vs. Turquía*, tuvo ocasión de analizar con detenimiento estas cuestiones y, especialmente, el margen de disponibilidad que organizaciones políticas legítimas *prima facie* en cualquier Estado miembro de la Convención pueden tener para desarrollar proyectos orientados a la subversión del orden constitucional de los Estados miembros.

Resulta muy interesante profundizar en análisis detenido de la STEDH *Refah Partisi (The Welfare Party) and others v. Turkey*. La misma recoge la argumentación desarrollada por el Tribunal Constitucional de Turquía en su sentencia de 16 de enero de 1998 cuando procedió a declarar la disolución de dicho partido por haberse convertido en «centro de actividades contrarias al principio de laicidad». Como podemos leer en el párrafo 26 de la STEDH *Refah Partisi (The Welfare Party) and others v. Turkey*, el Tribunal Constitucional turco tomó en consideración varios elementos de prueba que conducían a una abierta contravención del principio de laicidad entendido como principio básico de orden público

<sup>36</sup> Vid. *European Court of Human Rights. Information Note of the Court's case-law*, 50. February 2003. Vid más extensamente en CEDH, *Refah Partisi (The Welfare Party) and others v. Turkey* [GC], n° 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, 13 February 2003, § 123.

constitucional de la república turca. Así, el señor Necmettin Erbakan, a la sazón presidente de dicho partido, había pronunciado diversos discursos promoviendo el uso del velo islámico en los centros de enseñanza pública en sus diversos grados, incluidas las universidades. Igualmente, Necmettin Erbakan, promovía un curioso sistema multijurídico fundado en la adscripción o pertenencia de los individuos a determinados credos, apuntando a la instauración de un régimen teocrático (vid. § 28 STEDH *Refah Partisi (The Welfare Party) and others v. Turkey*). En este sentido, merece la pena destacar el siguiente fragmento extraído del discurso pronunciado por el señor Necmettin Erbakan el 23 de marzo de 1993 ante la Asamblea Nacional turca:

«[...] vivirás de una manera conforme a tus convicciones. Queremos que el despotismo sea abolido. Debe haber numerosos sistemas jurídicos. El ciudadano debe poder elegir por él mismo el sistema de derecho que le acomoda dentro de un marco de los principios generales. Además, esto ya ha existido en nuestra historia. En nuestra historia, ha habido diversas corrientes religiosas. Cada uno ha vivido conforme a las reglas jurídicas de su propia organización, así, todo el mundo vivía en paz. ¿Por qué estaría yo obligado a vivir según las normas de otro? [...] El derecho de elegir su propio sistema jurídico es una parte integrante de la libertad de religión» [sic].

Ciertamente, el mencionado orden multijurídico preconizado por el señor Necmettin Erbakan, enraizaba con una supuestamente histórica tradición islámica de tolerancia entre credos monoteístas, que surgió en virtud del «acuerdo de Medina» en los años iniciales de la religión islámica, proclamando una suerte de tolerancia y vinculación jurídica a la específica confesión a la que perteneciese cada individuo con independencia de reducción del conjunto del cuerpo social existente en un concreto territorio al islam.

Así las cosas, realmente este orden multijurídico que aparentemente descansa en un principio de tolerancia no deja de ser abiertamente contrario al principio de laicidad — nosotros diríamos mejor neutralidad— del Estado en materia de religión, razonamiento muy bien desarrollado por el Tribunal Constitucional turco como se recuerda en el § 30 de la STEDH *Refah Partisi (The Welfare Party) and others v. Turkey*:

«La Corte Constitucional observó también que, en el sistema multijurídico de la forma propuesta por el Refah, la sociedad debería dividirse en múltiples movimientos religiosos; cada quien tendría que elegir el movimiento al cual le gustaría pertenecer y someterse de ese modo a los derechos y obligaciones derivados de la religión de su comunidad. La Corte

Constitucional recordó que un sistema tal, que tenía su origen en la historia del islam en tanto que un régimen político, se oponía al sentimiento de pertenencia a una nación con una unidad legislativa y judicial. Tal sistema naturalmente atentaría contra la unidad judicial en tanto que cada movimiento religioso se dotaría con sus propias jurisdicciones, y los del orden jurídico general estarían obligados a aplicar el derecho según la religión de los comparecientes, obligando a estos últimos a revelar sus convicciones. Semejante sistema minaría igualmente la unidad legislativa y judicial, las condiciones de la laicidad y el sentimiento nacional, dado que cada movimiento religioso».

En este orden de cosas, el § 123 de la STEDH *Refah Partisi (The Welfare Party) and others v. Turkey*, ciertamente constituye el núcleo esencial del cual podemos extraer valiosas consecuencias en provecho directo del objeto de estudio que aquí desarrollamos. Merece la pena exponer directamente la argumentación desarrollada por el Alto Tribunal en el § 123 de dicha sentencia:

§ 123 [sic]. «*The Court concurs in the Chamber's view that sharia is incompatible with the fundamental principles of democracy, as set forth in the Convention:*

«72. *Like the Constitutional Court, the Court considers that sharia, which faithfully reflects the dogmas and divine rules laid down by religion, is stable and invariable. Principles such as pluralism in the political sphere or the constant evolution of public freedoms have no place in it. The Court notes that, when read together, the offending statements, which contain explicit references to the introduction of sharia, are difficult to reconcile with the fundamental principles of democracy, as conceived in the Convention taken as a whole. It is difficult to declare one's respect for democracy and human rights while at the same time supporting a regime based on sharia, which clearly diverges from Convention values, particularly with regard to its criminal law and criminal procedure, its rules on the legal status of women and the way it intervenes in all spheres of private and public life in accordance with religious precepts. ... In the Court's view, a political party whose actions seem to be aimed at introducing sharia in a State party to the Convention can hardly be regarded as an association complying with the democratic ideal that underlies the whole of the Convention.»*

La mera lectura de este § 123 de la STEDH *Refah Partisi (The Welfare Party) and others v. Turkey*, disipa dudas sobre la profunda contravención que implica instaurar un sistema multijurídico confesional centralizado en la asunción de la *sharí*a (y otros derechos

confesionales) como ley aplicable *ratione personae* en función de la identidad religiosa particular de los individuos que forman el cuerpo social del Estado. Un sistema jurídico fundado en los preceptos del credo que cada cual libremente —o no tan libre— considere oportuno profesar sencillamente supone la claudicación del orden público estatal. Como muy bien expone el Alto Tribunal europeo, dicho orden público estaría profundamente fragmentado y no tendría posibilidad de aplicación alguna. Por eso, el reconocimiento de una especie de pluralismo confesional difícilmente puede ser respetuoso con un elemental principio de neutralidad del Estado y en general con el mantenimiento de las libertades y principios desarrollados por la propia Convención Europea de Derechos Humanos.

Sin embargo, y a pesar de la célebre STEDH *Refah Partisi (The Welfare Party) and others v. Turkey*, desde que esta sentencia se dictó en 2003 hasta nuestros días (2018), lo cierto es que apreciamos una constante relativización del orden público procesal europeo, que retrocede en beneficio de una cada vez mayor disponibilidad del objeto procesal por las partes, derivada de una creciente autonomía privada en el ámbito de la solución de conflictos privados, y no tan privados, que surge precisamente de la crisis del paradigma de justicia estatal arrostrada por el fenómeno globalizador multiculturalista de nuestro tiempo. Así las cosas, se ha generado un caldo de cultivo proclive *de iure* al reconocimiento de una creciente «interlegalidad procesal» de marcado carácter confesional y raíz fundamentalmente islámica. Sencillamente, los Estados —sobre todo los europeos occidentales— están renunciando al monopolio del ejercicio jurisdiccional, abriendo las puertas a fórmulas de solución de conflictos que bajo un ropaje aparentemente legal y voluntario encubren la imposición de sistemas jurídicos y procesales absolutamente ajenos a los principios y valores comunes sobre los que descansan los modelos de *civil law* y *common law*.

### **Fundamentos constitucionales y procesales del arbitraje religioso en el sistema de justicia español**

Sin embargo, la respuesta, *prima facie*, no es tan sencilla como aparentemente parece ser. En España, la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, regula con detalle este medio de resolución extrajudicial de controversias siempre que la materia objeto del arbitraje sea susceptible de disposición por las partes (art. 2.1). En este sentido, el principio de disponibilidad abre un gran abanico de opciones. ¿Podría darse el caso de aplicación de la



*sharía* por tribunales musulmanes en nuestro país? En principio, atendiendo al tenor de la legislación actual, parece improbable que esto pueda suceder. Cuando la ley articula el arbitraje, expresamente señala que este puede ser de derecho o equidad (art. 34). Pero la referencia al arbitraje de derecho, como se infiere de la exposición de motivos de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, en su apartado VII, siempre y cuando no estemos ante controversias que tengan elemento internacional, debe entenderse al derecho interno y no a derechos extranjeros.

No obstante, eventualmente, bien es cierto que si entre el clausulado del convenio arbitral hubiera cláusula específica que remita a la *sharía* como derecho aplicable, la voluntad expresa de las partes puede conducir a resolver conforme dicho sistema jurídico religioso, y el laudo así dictado será eficaz en nuestro derecho (art. 43), en tanto no se solicite su anulación por alguna de las partes y se declare por el tribunal civil competente, atendiendo, entre otros motivos, a su contradicción con el «orden público» español (art. 41.1 f.). En cualquier caso, el «orden público» español ha de quedar siempre salvaguardado en esta clase de convenios arbitrales, que no escapan a las exigencias del art. 1255 del Código civil, cuando señala la libertad de pactos siempre y cuando no sean contrarios a las leyes, la moral y el «orden público». Parece, pues, que la *sharía* difícilmente puede encontrar resquicios para su aplicación y validez efectiva recurriendo a la actual regulación del arbitraje en España. Al menos, como señala Roca Fernández, conforme al principio de igualdad en la aplicación de la ley, «hay toda una serie de normas de la *sharía* cuya recepción en España iría en contra del orden público o de los valores fundamentales de nuestro ordenamiento»<sup>37</sup>. Sencillamente, es inaceptable conforme a nuestro sistema jurídico que exista reconocimiento de laudos que puedan cuestionar elementos clave de nuestro «orden público»<sup>38</sup>, como el respeto a los derechos fundamentales y muy especialmente el principio de igualdad ante la ley. La aceptación de un «pluralismo jurídico» construido sobre la base de identidades religiosas diferenciadas supone una claudicación de los valores y principios de derecho que permiten reconocer una identidad cultural común de los sistemas jurídicos occidentales construidos sobre el principio de diferenciación entre la Iglesia y el Estado.

<sup>37</sup> Vid. ROCA FERNÁNDEZ, M. «¿La *sharía* como ley aplicable en virtud de la libertad religiosa?», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 92. 2011, p. 94.

<sup>38</sup> De ahí que el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya afirmado que la «*sharía* es incompatible con los principios fundamentales de la democracia», vid. STEDH, caso *RefahPartisi* contra Turquía, 13 de febrero 2003, § 123.

De todos modos, es difícil aventurar una respuesta definitiva porque nos movemos en zonas de penumbra de nuestro ordenamiento jurídico. La progresiva vulgarización y aceptación de doctrinas multiculturales conduce a una actitud oficial de simpatía y promoción del «pluralismo jurídico» religioso, tratando de ofrecer vías de eficacia procesal a los actos propios de derecho confesional en el seno de los ordenamientos jurídicos temporales<sup>39</sup>. Asimismo, la continua e interesada propaganda de los ADR en nuestro propio sistema jurídico alienta este fenómeno de *interlegalidad*, invitando a ceder porciones de la soberanía estatal a grupos religiosos, que verían reconocida autonomía jurídica y una potestad cuasi-jurisdiccional<sup>40</sup>. A través de procedimientos arbitrales, en el contexto de comunidades pequeñas, no dejan de generarse serias dudas sobre la existencia de auténtica libertad de las partes para someterse a la resolución extrajudicial. Además, conforme al sistema arbitral de nuestra Ley 60/2003, de 23 de diciembre, el reconocimiento de los principios de igualdad y contradicción se hace de forma muy laxa si comparamos el arbitraje con el proceso jurisdiccional. Igualmente, la proposición y práctica de pruebas obedece a un sistema sumamente impreciso y voluntarista... Por todo ello, no parece que el arbitraje pueda ser la llave para que los actos procesales propios de derechos confesionales, especialmente del derecho musulmán, logren eficacia en nuestro sistema jurídico. Y, sin embargo, realmente, se trata de un debate que debe afrontarse sin temor, pero también sin complejos frente a aquellos que en aras del multiculturalismo y una tolerancia erguida sobre la más grosera fatuidad están dispuestos a respetar lo inaceptable.

Estamos, pues, ante un problema complejo, cuya solución puede y debe plantearse en el debate general entre fe y razón, del cual resulta un ejemplo destacado el discurso que su santidad Benedicto XVI ofreció en la Universidad de Ratisbona el 12 de septiembre de 2006<sup>41</sup>. Allí el papa recordó el célebre diálogo entre el emperador Manuel II paleólogo y un sabio persa sobre la verdad en el cristianismo y en el islam, en el cual el emperador recordó

---

<sup>39</sup> Así, entre nosotros, existen trabajos doctrinales en esta dirección, tal es el caso del estudio de GRAU BELTRÁN, S. «Comisión Asesora de Libertad Religiosa. Propuestas de actualización», en VV.AA. *Comisión Asesora de Libertad Religiosa: realidad y futuro*. Madrid: 2010, p 18, cuando propone reformular las funciones de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa (órgano consultivo del Ministerio de Justicia en la materia), que pasaría a ejercer una serie de funciones novedosas entre las que destaca el arbitraje para dirimir conflictos de naturaleza religiosa (partiendo de las posibilidades que ofrece la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje).

<sup>40</sup> COLOM GONZÁLEZ, F. *Op. cit.*, p. 99.

<sup>41</sup> Vid. BENEDICTO XVI. «Discurso del Santo Padre en la Universidad de Ratisbona», 12 de septiembre de 2006, en [http://www.vatican.va/holy\\_father/benedict\\_xvi/speeches/2006/september/documents/hf\\_ben-xvi\\_spe\\_20060912\\_university-regensburg\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/speeches/2006/september/documents/hf_ben-xvi_spe_20060912_university-regensburg_sp.html).

que «no actuar según la razón, no actuar con el *logos* es contrario a la naturaleza de Dios». La radical diferenciación entre el islam y el cristianismo puede comprenderse partiendo de esta sentencia. Según la teología católica Dios, por naturaleza, actúa siempre con razón<sup>42</sup> y, por ello, se concluye que no actuar conforme a razón es contrario a Dios. Por el contrario, como expone el papa, en el islam se asume que «Dios es absolutamente trascendente. Su voluntad no está vinculada a ninguna de nuestras categorías, ni siquiera a la de la racionalidad».

Así las cosas, fijémonos cómo nuestro derecho procesal, de origen romano-cristiano, tiene en la búsqueda de la verdad el fin por excelencia al cual se dirige el proceso. Por ello, los actos procesales se encuentran dispuestos en una secuencia racional que progresivamente conduce al descubrimiento de la verdad, y solo cuando el juez adquiere «certeza moral» sobre aquello que va a dirimir, y esa certeza se base en una fuente objetiva, *hanc certitudinem iudex haurire debet ex actis et probatis*, como nos dice el c. 1608 §2 CIC, se puede dictar sentencia. En este sentido, el abandono de la búsqueda de la verdad como fin ordenador del proceso, y la correlativa exaltación de la resolución de conflictos mediante el recurso a los ADR, supone un abandono de la racionalidad procesal, que tradicionalmente ha caracterizado el entendimiento del derecho procesal en los grandes sistemas jurídicos occidentales, y conduce a un escepticismo epistemológico y, sobre todo, un relativismo en el que la voluntad termina oscureciendo a la razón. La huida de la jurisdicción, la privatización de la justicia, el aliento de los ADR, son fenómenos que actúan como disolventes o corrosivos del orden jurídico racional, que históricamente ha caracterizado a nuestro derecho procesal, en beneficio de un orden jurídico nuevo basado en la fuerza de la voluntad. Se asiste, pues, a una fundamentación del derecho en general, y del derecho procesal en particular, radicalmente distinta a la que conocemos hasta ahora, sintéticamente expresada en el antiguo aforismo escolástico que reza *ius quia iustum*, pero no *ius quia iussum*.

---

<sup>42</sup> Como recoge OTT, L. *Manual de Teología Dogmática*, trad. esp., 7.ª ed., 2.º reimpr. Frigurgo: 1965, p. 74, es artículo de fe que Dios posee una inteligencia infinita. Por ello, «como en Dios se identifica el sujeto cognoscente, el objeto del conocimiento y el acto cognoscitivo, es conclusión lógica que Dios es la absoluta verdad lógica. De ahí que Dios no pueda en modo alguno incurrir en error».

### ***La implementación de la denominada mediación intercultural en el seno de las sociedades avanzadas occidentales***

La permeabilidad de los ordenamientos jurídicos europeos hacia la denominada interlegalidad procesal de raíz islámica está siendo objeto de atención, aún muy escasa, por los medios de comunicación europeos que se hacen eco de los intentos formales y *de facto* de implementación de la *sharía* como ley personal aplicable tanto de forma sustantiva como procesal en la solución de conflictos de comunidades musulmanas en creciente expansión que reclaman la autonomía plena en la resolución de sus controversias arguyendo que su identidad religiosa propia es base suficiente para ello en un contexto cada vez más multicultural y cosmopolita de Europa occidental. Ante la presión de esta demanda confesional, cuya naturaleza —insistimos— es fundamentalmente musulmana, los estados europeos de las democracias más avanzadas han tratado de buscar cauces legales para acomodar la legitimidad de dicha pretensión en el contexto jurídico general de mantenimiento de los principios y valores que fundamentan el orden público tal y como lo entendemos en Occidente. Sin embargo, los cauces utilizados, aun siendo expedientes de utilidad, realmente no han satisfecho plenamente las pretensiones de un importante sector de población de credo musulmán —inmigrante o nacional (de segunda generación)— que continúa reclamando la plena vigencia de la *sharía* como ley personal e interpersonal en aquellos espacios donde haya suficientes fieles convencidos de la necesidad de implementar esta pretensión. Buena prueba de ello es la articulación legal de políticas de mediación intercultural y el aliento público, sobre todo en el ámbito municipal de la figura de los mediadores interculturales<sup>43</sup>, cuya actividad se encuentra a caballo entre el ámbito de actuación de los graduados sociales y los mediadores civiles *estricto sensu*. Y, sin embargo, en la praxis pueden llegar a actuar —sin que eso signifique decir que así actúen— con grave irresponsabilidad en sus funciones, contribuyendo a legitimar la prevalencia de la *sharía* y su práctica arcana, aunque sea *contra legem*, erosionando así la supremacía del orden público constitucional vigente.

Ciertamente, la mediación intercultural puede ser un instrumento de integración, pero no deja de plantear serios inconvenientes precisamente porque su naturaleza convencional evidencia el profundo escepticismo que domina esta institución en cuanto a la posibilidad

<sup>43</sup> Para una aproximación al tema de la mediación intercultural en la resolución de conflictos y su desarrollo en España vid. URRUELA ARNAL, I. y BOLAÑOS CARTUJO, I. «Mediación en una comunidad intercultural», en *Anuario de Psicología Jurídica*, vol. 22. 2012, pp.119-126.

de buscar y hallar la verdad a través de la praxis mediadora como exigencia connatural y previa al servicio de la justicia en los casos concretos. La mediación intercultural, que se basa en la búsqueda del consenso de las partes para llegar a un acuerdo, no permite resolver los conflictos de forma satisfactoria y definitiva y hallar verdad como fundamento de las afirmaciones sobre los hechos controvertidos, porque tan solo sirve para pactar un *modus vivendi* entre las partes enfrentadas, al objeto de «salir del paso» sin cerrar el conflicto de forma justa. Igualmente, la mediación intercultural parte de una epistemología ingenua y «buenista», nutriéndose continuamente de aseveraciones recogidas por un cuerpo doctrinal vago y difuso, compuesto por un conglomerado de teorías de fuerte impronta relativista y multiculturalista, las cuales, a fuerza de subrayar la tolerancia como valor en abstracto, se empeñan en una concepción del mundo que desplaza al hombre de carne y hueso como centro del derecho en beneficio de grupos o colectivos abstractos, despreciando de esta forma el viejo aforismo romano: «*hominum causa omne ius constitutum est*»<sup>44</sup>, y, en consecuencia, despreciando también la dignidad intrínseca de la persona humana y el acervo de derechos fundamentales inherentes a la misma por el mero hecho de serla.

En este contexto, no deja de preocupar que el esfuerzo público en pro de la mediación intercultural suponga una inversión de cuantiosos recursos a fondo perdido en detrimento y distracción de los recursos que deben invertirse también en el mantenimiento del orden público como garantía de igualdad, seguridad y justicia de todos los ciudadanos que componen un cuerpo social cuya fisonomía cada vez es menos homogénea y más diversa. Entre los expertos en seguridad europeos, y en general en el lenguaje policial, las expresiones «no go zones» o «no go areas» se han convertido en tópicos usuales para referirse a algunos barrios marginales de importantes ciudades europeas en los que abiertamente se cuestiona la aplicación del orden público estatal por grupos que pugnan por la aplicación exclusiva de su propio orden y enfoque particular en la resolución de conflictos. No se trata de un fenómeno nuevo, porque siempre han existido suburbios marginales a merced de bandas criminales. Sin embargo, la novedad, desafortunadamente, ha venido de la mano de la mundialización, y de la adopción de erráticas políticas multiculturales. Pongamos algunos ejemplos muy ilustrativos. Así ha sucedido en el

---

<sup>44</sup> Máxima del jurisconsulto Hermogeniano. Vid. D. 1.5.2.

conocido barrio bruselense de Molenbeek, el cual, tras los atentados terroristas de París en 2015, fue descrito como «no go area». Incluso, el propio Gobierno belga llegó a reconocer la falta de control de las autoridades públicas sobre dicho distrito, en el que había un altísimo porcentaje de población migrante, mayoritariamente de credo musulmán. Y, precisamente Molenbeek y Aderlecht, otra «no go zone», de la capital belga, distritos donde mayor implantación llegó a tener el ilegalizado y disuelto partido *Sharia4Belgium*, son ahora vivero de votos para el surgimiento de un nuevo partido musulmán denominado Islam<sup>45</sup>, bajo la presidencia del señor Ahrouch, que abiertamente ha proclamado su deseo de convertir a Bélgica en el primer Estado islámico de Europa y aplicar la *sharía* a todos sus ciudadanos<sup>46</sup>. Suecia es otro de los Estados donde hay más ciudades en las que también se detectan «no go zones». Los datos que maneja el propio Gobierno sueco reflejan este fenómeno. Así, por ejemplo, el Informe de la Autoridad Policial de Suecia, publicado en junio de 2017, señala la existencia de 23 áreas que en el contexto policial llegan a considerarse zonas prohibidas fuera de control estatal y que, sin embargo, el Gobierno de Suecia prefiere denominar como «áreas especialmente vulnerables»<sup>47</sup>. Lo cierto es que a la luz de los escasos estudios existentes sobre esta cuestión, se trata de auténticas «no go zones», en las que se evidencia una profunda imbricación entre los siguientes fenómenos: de un lado, el fenómeno migratorio; de otro, la pobreza y creciente marginalidad del territorio afectado y, por último, el auge del islam y su proselitismo en un contexto social cada vez más cerrado que promueve la exclusión y la intolerancia hacia los no creyentes en una atmósfera crecientemente hostil hacia ciudadanos y vecinos de credos distintos, yendo por tanto, mucho más allá del elemental ejercicio del derecho a la libertad religiosa tal y como se configuran sus contornos nítidamente definidos en el art. 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Con razón, como advierte el doctor Ranstorp, en aquel entonces director del Centro para el Estudio de Amenazas Asimétricas del Colegio de Defensa Nacional de Suecia, a la hora de examinar el problema de la amenaza terrorista de corte islamista que se cierne sobre el

<sup>45</sup> Vid el artículo: «¿Un Estado islámico en el corazón de la UE? El partido pro-Sharía que alarma a Bélgica», publicado en *El Confidencial*, el 10 de abril de 2018.

Puede consultarse en [https://www.elconfidencial.com/mundo/2018-04-10/belgica-islam-partido-sharia-union-europea\\_1547479/](https://www.elconfidencial.com/mundo/2018-04-10/belgica-islam-partido-sharia-union-europea_1547479/) (consultado el 26 de diciembre de 2018).

<sup>46</sup> Vid. el artículo: «Le parti "Islam" espère que la Belgique devienne un jour un état islamique», en *rtbf.be*. [https://www.rtbf.be/info/belgique/detail\\_le-parti-islam-espere-que-la-belgique-devienne-un-jour-un-etat-islamique?id=7865358](https://www.rtbf.be/info/belgique/detail_le-parti-islam-espere-que-la-belgique-devienne-un-jour-un-etat-islamique?id=7865358) (consultado el 26 de diciembre de 2018).

<sup>47</sup> <https://www.government.se/articles/2017/02/facts-about-migration-and-crime-in-sweden/>.

país, debe abordarse un debate abierto y sincero sobre seguridad. Un debate sereno sin tildar de antemano de islamófobos o racistas a quienes aborden el estudio de contramedidas necesarias contra el auge del extremismo. Por ello, como este autor señala, —y en mi opinión de forma muy acertada— en aras de la preservación del orden público, el Estado debe ir más allá de implementar meros «experimentos» comunitarios, procurando una auténtica política nacional contra el extremismo islámico. Y todo ello, debe hacerse con la implicación efectiva de la comunidad musulmana en Suecia que ha de tratar internamente el problema del extremismo<sup>48</sup>.

### **Arbitraje religioso, mediación intercultural y prevalencia del orden público constitucional**

En toda nación civilizada suele reconocerse a las partes un amplio poder de disposición sobre un sinnúmero de materias objeto de litigio para gestionar sus controversias. Ese es un hecho evidente allá donde pongamos la vista, con independencia de la adscripción del ordenamiento jurídico de tal o cual Estado a las familias de *civil law* o *common law*.

Sin embargo, esa autonomía privada por muy amplia que sea siempre ha tenido límites, los cuales son consustanciales a la célebre *summa divisio* que desde los tiempos del jurisconsulto Ulpiano distingue lo público y lo privado en el derecho<sup>49</sup>. A lo largo de la historia jurídica de Occidente lo público y lo privado en el derecho han ido de la mano, con cierta prevalencia del primer elemento frente al segundo. No obstante, nuestra edad se caracteriza por una especie de centrifugación del elemento público que paulatinamente retrocede en ámbitos tradicionalmente sujetos al mismo abriéndose estos a tratamiento por el derecho privado. Asistimos, pues, a una auténtica «despublicación» del derecho actual que, desde luego, también afecta al derecho procesal el cual está imbuido en una profunda transformación bajo los conocidos fenómenos de «huida de la jurisdicción» y la promoción de medios alternativos de solución de conflictos basados en un nuevo paradigma de justicia informal<sup>50</sup>. No obstante, aunque es evidente este retroceso de lo público en el ámbito

<sup>48</sup> Vid. RANSTORP, M. «Terrorist Awakening in Sweden?», en *CTS Sentinel*. January 2011, vol. 4, issue 3, p. 5.

<sup>49</sup> Vid. ULPIANO: D. 1.1. § 2: «*Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem; sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim*».

<sup>50</sup> He tenido ocasión de referirme a estos temas en otro lugar: ALISTE SANTOS, T. «El derecho procesal contemporáneo en la encrucijada entre lo público y lo privado», conferencia pronunciada el 24 de noviembre en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, en el marco del X Congreso de Academias

procesal, resulta inquietante que puedan llegar a cuestionarse fundamentos de justicia que durante siglos han caracterizado la solución judicial de conflictos en Occidente, tales como el mantenimiento del contradictorio como médula espinal del proceso, la garantía procesal de los derechos, y la racionalidad del proceso como instrumento valioso para hallar la verdad y hacer justicia en el caso concreto.

En este orden de cosas, la promoción del arbitraje islámico y de la denominada «mediación intercultural», tal y como se está haciendo en países de nuestro entorno inmediato, genera una profunda inquietud tanto desde una perspectiva estrictamente procesal como desde un enfoque amplio centrado en preservar el orden público y la seguridad nacional. Ciertamente, nuestra legislación en materia de arbitraje nada tiene que ver con la inglesa, porque la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, ni abre las puertas del arbitraje español a todo tipo de controversias, ni puede dar cobertura a laudos contrarios al orden público. Pero no por ello debemos confiarnos y mermar nuestra atención hacia lo que está sucediendo a las puertas de nuestra casa: la llamativa promoción del arbitraje confesional islámico, cada vez más demandado y extendido en Occidente.

La preocupante privatización de la justicia sobre bases cualitativamente distintas a las que hemos conocido hasta ahora ha conducido, entre otros aspectos, a promocionar procesos de «interlegalidad procesal» con pretensión de encajar sistemas de solución de controversias basados en la aplicación de leyes personales de carácter confesional. Esto es lo que sucede en aquellos Estados europeos que han abierto las puertas a la aplicación de la *sharía* por la vía del arbitraje privado. Al mismo tiempo, el recurso a «experimentos» como la mediación intercultural parece que tampoco ha servido de mucho para fomentar la integración social y preservar la seguridad y el orden público de aquellos territorios donde se ha implementado.

A todas luces se hace necesario reflexionar urgentemente sobre la conveniencia de seguir explotando estas vías alternativas de solución de controversias en lugar de dirigir el foco de atención al fortalecimiento de aquellos elementos de derecho público, como las Fuerzas Armadas, las instituciones policiales y el proceso jurisdiccional, que contribuyen a garantizar el acervo de derechos y libertades que, junto al elemental deber de sujeción al ordenamiento jurídico vigente, constituyen elementos irrenunciables del orden público

---

Jurídicas de Iberoamérica, celebrado en Madrid los días 22, 23 y 24 de noviembre de 2018 (pendiente de publicación).



necesario para el mantenimiento de la paz y la seguridad en un contexto global sujeto a tantos cambios e incertidumbres como el que caracteriza nuestro tiempo.

### Conclusiones programáticas

**Primera.** Como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia *Refah Partisi (The Welfare Party) and others v. Turkey*, dictada el 13 de febrero de 2003, «sharia is incompatible with the fundamental principles of democracy, since principles such as pluralism in the political sphere and the constant evolution of public freedoms have no place in it and a regime based on sharia clearly diverges from Convention values». Por lo tanto, cualquier Estado que trate de promover una especie de «interlegalidad procesal» en la cual se autorice que parte de sus ciudadanos queden legalmente constreñidos por decisiones que supongan la efectiva aplicación de la *sharí*a cuando sus disposiciones entren en contradicción con el orden público protegido por la ley se desliza por una peligrosa pendiente resbaladiza, que corroe el orden público existente y abre un margen de inseguridad jurídica de consecuencias imprevisibles.

**Segunda.** El establecimiento y la promoción de cortes de arbitraje o tribunales privados que tengan como pretensión la aplicación de la *sharí*a en los Estados occidentales europeos debe analizarse con especial atención y seguimiento de su actividad por parte de los respectivos gobiernos en aras a garantizar la nulidad de todos aquellos actos que supongan una renuncia efectiva de ley imperativa aplicable o disposición de materias no sujetas a transacción.

**Tercera.** Debe examinarse cuidadosamente la promoción de la denominada «mediación intercultural» como instrumento válido y eficaz para la resolución de conflictos interculturales con fundamento religioso. Especialmente, en contextos sociales deprimidos que constituyan «no go zones» conviene que la actividad de los agentes de mediación intercultural sea un mero complemento a la acción policial y a la actividad social desplegada desde el sector público, dejando patente la exclusividad jurisdiccional del Estado en la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado con independencia del respeto a la autonomía privada que las partes tengan en materias sujetas a su disposición.

**Cuarta.** Igualmente, se hace necesario un seguimiento y control efectivo de la actividad desarrollada por los agentes de mediación intercultural al objeto de prevenir cualquier exclusión de legislación imperativa aplicable en beneficio de la *sharí*a como fundamento de

acuerdos para resolver esta clase de conflictos interculturales.

**Quinta.** Los servicios de inteligencia policiales y de las Fuerzas Armadas deben evaluar el fenómeno de la progresiva expansión del arbitraje islámico, analizando —caso por caso— si eventualmente la actividad desarrollada por instituciones arbitrales de carácter confesional en la aplicación de la *sharía* supone subvertir el orden público, de forma que pueda conllevar un riesgo para la paz social o comprometer la seguridad nacional.

*Tomás J. Aliste Santos*

Profesor agregado de Derecho Procesal

Universidad Internacional de La Rioja

Académico correspondiente

Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España

