



# La aplicación de la *sharía* islámica en Europa: Análisis del asunto Molla Sali, STEDH de 19 de diciembre de 2018, y el asunto Soha Sahyouni contra Raja Mamisch, STJUE de 20 de diciembre de 2017

**Nagore Embeita Izaguirre**

*Profesora ayudante de investigación.*

*Departamento de Economía y Gestión. Universidad del País Vasco*

[nagore.embeita@ehu.eus](mailto:nagore.embeita@ehu.eus) | <https://orcid.org/0000-0003-0740-9776>

## Extracto

La postura de los ordenamientos jurídicos europeos hacia la denominada adecuación procesal de raíz islámica está siendo objeto de atención 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 de Europa occidental.

**Palabras clave:** ordenamiento jurídico europeo; *sharía*; contexto multicultural; jurisprudencia TEDH y TJUE.

Fecha de entrada: 14-04-2021 / Fecha de aceptación: 24-05-2021

**Cómo citar:** Embeita Izaguirre, N. (2021). La aplicación de la *sharía* islámica en Europa: Análisis del asunto Molla Sali, STEDH de 19 de diciembre de 2018, y el asunto Soha Sahyouni contra Raja Mamisch, STJUE de 20 de diciembre de 2017. *Revista CEFLegal*, 247-248, 37-50.



# The application of Islamic sharia in Europe: Analysis of the case of Molla Sali, JECHR of December 19, 2018, and the case of Soha Sahyouni against Raja Mamisch, JCJEU of December 20, 2017

Nagore Embeita Izaguirre

## Abstract

The position of European legal systems towards the so-called procedural adequacy of Islamic roots is being the object of attention by the European media that echo the formal and de facto attempts to implement sharía, as a personal law applicable both in a substantive way as procedural in the resolution of conflicts of Muslim communities, in increasing expansión, that claim full autonomy in the resolution of their controversias, arguing that their own religious identity is a sufficient basis for it, in an increasingly multicultural context of Western Europe.

**Keywords:** European legal system; sharia; multicultural context; EDHC and CJEU jurisprudence.

**Citation:** Embeita Izaguirre, N. (2021). La aplicación de la *sharía* islámica en Europa: Análisis del asunto Molla Sali, STEDH de 19 de diciembre de 2018, y el asunto Soha Sahyouni contra Raja Mamisch, STJUE de 20 de diciembre de 2017. *Revista CEFLegal*, 247-248, 37-50.



## Sumario

1. Introducción
2. Asunto Molla Sali, STEDH de 19 de diciembre de 2018
3. Asunto Soha Sahyouni contra Raja Mamisch, STJUE de 20 de diciembre de 2017
4. Conclusiones
  - 4.1. La multiculturalidad y la internalización de las relaciones jurídicas privadas
  - 4.2. Fórmulas de adaptación de modelos familiares extranjeros ante la alegación del orden público
  - 4.3. Sobre el reconocimiento de las resoluciones extranjeras a nivel europeo
  - 4.4. Sobre la interpretación de la excepción de orden público internacional por el TEDH

Referencias bibliográficas

## 1. Introducción

Ante la inmediata presión de esta demanda confesional 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, 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 (Urruela Arnal y Bolaños Cartujo, 2012).

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, cuya actividad se encuentra a caballo entre el ámbito de actuación de los graduados sociales y los mediadores civiles *stricto sensu*.

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 que la posibilidad 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.

La preocupante privatización de la justicia sobre bases distintas a las que hemos conocido hasta ahora ha conducido, entre otros aspectos, a promocionar procesos de la llamada «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 intentos 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.

Como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) 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<sup>1</sup>.

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 *sharía* 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. En el sentido indicado, se analizarán dos sentencias, una del TEDH y otra del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en relación con la aplicación de la *sharía* islámica en Europa.

## 2. Asunto Molla Sali, STEDH de 19 de diciembre de 2018

La primera de las sentencias para analizar es la que se dictó por el TEDH referente al asunto Molla Sali y en relación con la aplicación de la *sharía* islámica en Europa. Realizando una aproximación histórica al asunto que analizar, la recepción en Grecia del sistema del *millet* del Imperio otomano (el Imperio otomano se sirvió del denominado «sistema del millet» para organizar y gobernar a los súbditos no musulmanes que vivían en sus vastos territorios. De acuerdo con este sistema, cada una de las comunidades religiosas con reconocimiento oficial dentro del Estado otomano recibía el nombre de millet, y de este modo se le otorgaba cierta autonomía, se le garantizaba la continuidad religiosa y cultural y se le permitía incorporarse al sistema político y económico) (Karpát, 1982, I, p. 142), a través de una serie de tratados internacionales de finales del siglo XIX y principios del XX, explica la subsistencia en la región de Tracia de tribunales islámicos cuyas decisiones, que recaen en materias de matrimonio y familia, son reconocidas y ejecutadas por los tribunales griegos.

A su jurisdicción se someten los musulmanes que residan en esa zona del oeste de Grecia. Tal situación constituye el único caso de aplicación directa de la *sharía* islámica en Europa (Sezgin, 2017). En este sentido se va a analizar la sentencia del TEDH, Molla Sali, de 19 de diciembre de 2018<sup>2</sup>, teniendo especialmente en cuenta cómo afecta a los derechos fundamentales de la mujer y de los hijos menores de edad, y en el marco de la compatibilidad del estatuto personal con la Constitución griega y las convenciones internacionales suscritas por este país.

<sup>1</sup> Sentencia del TEDH (Applications nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, RI §400629).

<sup>2</sup> STEDH Molla Sali vs. Grecia, de 19 de diciembre de 2008, 20452/14.

Los razonamientos jurídicos del Tribunal de Estrasburgo son un instrumento de relevancia a fin de enjuiciar la posible recepción del derecho islámico en el marco de los principios y valores de los ordenamientos europeos.

En el caso de la Gran Sala Molla Sali c. Grecia, dictada por el TEDH el 19 de diciembre de 2018, en el que se dilucida la aplicación de la normativa religiosa en la resolución de conflictos familiares y de sucesiones, la demandante alega una vulneración del artículo 6 (derecho a un proceso equitativo) 1 del convenio, tomado en sí mismo y en conexión con el artículo 14 (prohibición de discriminación) y el artículo 1 (protección de la propiedad) del protocolo n.º 1, en un contexto de derechos sucesorios sobre los bienes de su marido fallecido.

El causante era miembro de la comunidad musulmana de Tracia y su disposición testamentaria atribuía el entero caudal hereditario en favor de la mujer (Código Civil griego), Chatitze Molla Sali<sup>3</sup>. Pero esta atribución fue impugnada por las hermanas del finado, que pretendían su sumisión a la jurisdicción específica de la minoría musulmana, la sharía, y al muftí (un funcionario, en derecho griego).

El Tribunal de Casación, primero, y luego el de Apelación (en un segundo examen) determinaron que el testamento no tenía valor y que la sucesión debía someterse al derecho estatutario del nacional musulmán. Molla Sali consideraba que había sido discriminada por razón de su religión (art. 9, libertad de pensamiento, de conciencia y de religión).

La Gran Sala enfoca el problema en torno a la discriminación, en la aplicación del derecho sucesorio, de este modo:

Whether there was a difference in treatment potentially amounting to discrimination as compared with the application of the law of succession, as laid down in the Civil Code, to those seeking to benefit from a will as drawn up by a testator who was not of Muslim faith (§ 86, además véase § 122).

Esto es, lo que el tribunal tiene que dilucidar es si se ha producido discriminación, a partir de la interpretación del artículo 14 del Convenio, en relación con el artículo 1 del protocolo n.º 1. La sentencia señaló que constituye una discriminación la diferencia de trato sufrido por la demandante como beneficiaria de un testamento realizado según el Código Civil por un otorgante de confesión musulmana comparado con un otorgante no musulmán, lo que no tiene justificación objetiva ni razonable.

<sup>3</sup> Téngase en cuenta que «en Derecho islámico los herederos se dividen en dos grupos: los que tienen una cuota o parte fija de la herencia establecida por la ley, variando según concurren o no con otros herederos –herederos *fard*– y los herederos *asab*, que tiene derecho a la sucesión si queda algo de la herencia después del reparto de las cuotas fijas a los *fard* (...). Son herederos *fard* o con derecho a cuota fija el padre y la madre del difunto, el cónyuge superviviente, la hija, la hermana y el hermano uterino, la prima carnal y la hermana consanguínea. Pero su derecho, así como el porcentaje que le corresponde, varía en función de la presencia de otros herederos. Esto da lugar a una ingente casuística, en cuya resolución de los casos prácticos no siempre coinciden las distintas escuelas» (Motilla, 2018).

Recuerda la sentencia que Grecia es el único país en Europa que aplicaba la *sharía* a una parte de sus ciudadanos contra su voluntad y avala a la demandante, que se ha encontrado con una situación que no querían ni ella ni su marido. El fallo destacó que desde enero de 2018 Grecia abolió el régimen que imponía la *sharía* para solucionar asuntos familiares de su minoría musulmana. Tras la pertinente depuración del problema y de los elementos que permiten juzgarlo, la conclusión del tribunal es que ha habido discriminación por causa de la religión del testador:

The applicant, as the beneficiary of a will made in accordance with the Civil Code by a testator of Muslim faith, was in a relevantly similar situation to that of a beneficiary of a will made in accordance with the Civil Code by a non-Muslim testator, and was treated differently on the basis of «other status», namely the testator's religion.

Ahora bien, ¿esta diferencia de trato, con base religiosa, está justificada? La respuesta del tribunal es que no existe una justificación objetiva y razonable para esta diferencia de trato de la testadora (§ 161), y sentencia de modo unánime la violación del artículo 14 del convenio, en relación con el artículo 1 del protocolo n.º 1 del convenio.

El TEDH al final acepta la aplicación de la *sharía* en Europa en ciertas condiciones, aprobando que el recurso a la *sharía* fuera opcional (Motilla, 2018, p. 31). El tribunal estima que un Estado puede, si así lo desea, «crear un cuadro jurídico determinado para acordar a las minorías religiosas un estatuto especial que implique privilegios particulares. Esto es, que un Estado europeo puede conceder a su comunidad musulmana la libertad de regirse por las leyes de la *sharía* sin que esto contravenga la Convención Europea de Derechos Humanos.

Pero, ¿qué condiciones establece dicha sentencia? El respeto a la voluntad de los interesados y los intereses públicos importantes. En relación con la primera condición, el tribunal habla del derecho a la libre identificación, esto es, nadie puede obligarme a ser considerado miembro de una comunidad determinada.

Esto significa que la *sharía* solo puede aplicarse sobre alguien que previamente lo ha aceptado. Asimismo, el tribunal recoge que cualquiera puede renunciar a ciertos derechos por motivos religiosos con el único límite de aquel impreciso «interés público importante», que el tribunal ni lo define ni lo aclara. Por ello, pudiera ser previsible la creciente aplicación de la *sharía* entre los musulmanes que viven en Europa y que así lo deseen, en detrimento de la aplicación del derecho común (Valero Estarellas, 2019, p. 55).

Esto pone sobre la mesa la cuestión de armonizar la jurisprudencia del TEDH y del TJUE, en asuntos, por ejemplo, de sacrificio ritual de animales, vestimentas de connotación religiosa respecto a la eficacia en países europeos de normas de derecho de familia de origen religioso, o no discriminación religiosa en el ámbito laboral. De hecho, los pronunciamientos de una y otra procedencia tienen reflejo y acogida expresa por parte del otro órgano jurisdiccional supranacional.

### 3. Asunto Soha Sahyouni contra Raja Mamisch, STJUE de 20 de diciembre de 2017

En el sentido mencionado se va a realizar una comparativa entre la mencionada sentencia del TEDH (Gran Sala), Molla Sali c. Grecia, de 19 de diciembre de 2018, y la del TJUE (Sala primera), de 20 de diciembre de 2017, asunto C-372/16, Soha Sahyouni contra Raja Mamisch<sup>4</sup>. La mencionada sentencia versa sobre los llamados divorcios privados y la aplicación del derecho europeo en materia de reconocimiento sustantivo (*révision au fond*) y su interrelación con el sector de la ley aplicable.

En esta sentencia el TJUE, en relación con la determinación de la ley aplicable a los divorcios privados declarados por autoridades públicas de otros Estados (ya sean autoridades religiosas o no), los ha relegado a los regímenes internos de los Estados miembros, con el alto riesgo de divergencia de soluciones que ello puede acarrear.

Por otra parte, la determinación de la ley aplicable a los divorcios privados europeos dependerá de si la actuación de la autoridad competente se puede considerar constitutiva o declarativa. La distinción entre una y otra categoría queda, sin embargo, sin dilucidar. El caso planteado en la resolución viene como consecuencia de una petición de decisión prejudicial, planteada por el Tribunal Regional Civil y Penal de Múnich, Alemania (Oberlandesgericht München), sobre la interpretación del Reglamento (UE) núm. 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (en adelante, Reglamento Roma III).

Los hechos que dieron lugar al litigio se remontan al 27 de mayo de 1999, fecha en la que el Sr. Mamisch y la Sra. Sahyouni contrajeron matrimonio en Siria. Tras varios años de convivencia en común en varios países (Alemania, Siria, Kuwait y el Líbano), el Sr. Mamisch decidió divorciarse de su esposa, a través de un representante que pronunció la fórmula de divorcio ante un tribunal religioso de la sharía en Siria en mayo de 2013.

Dicho proceso culminó en la declaración del divorcio por parte de dicho tribunal. Tras ello, la Sra. Sahyouni firmó una declaración relativa a la compensación que le correspondía recibir del Sr. Mamisch. En octubre del mismo año, el Sr. Mamisch solicitó en Alemania el reconocimiento de la decisión dictada por el tribunal religioso sirio, en la que se daba fe del divorcio privado.

El órgano competente en este asunto, el Oberlandesgericht de Múnich estimó la solicitud. Sin embargo, la Sra. Sahyouni pidió que se anulara la resolución del presidente del Oberlandesgericht de Múnich, por entender que no se cumplían los requisitos para reconocer la resolución del tribunal religioso sirio.

En abril de 2014, el mismo órgano, esto es, el Oberlandesgericht de Múnich, desestimó la solicitud de la Sra. Sahyouni, indicando que para pronunciarse sobre el reconocimiento

---

<sup>4</sup> EU:C:2017:988.

de la resolución dictada por el tribunal religioso sirio era necesario comprobar si la ley aplicable al divorcio había sido respetada, de ahí que aplicara el Reglamento Roma III.

Dicho reconocimiento se otorgó tras la aplicación del mencionado reglamento y la determinación de que la ley aplicable era la siria, así como la falta de oposición de las consideraciones de orden público de dicho instrumento (el Reglamento Roma III) con los divorcios privados.

La Sra. Sahyouni volvió a recurrir. Conforme al derecho procesal alemán, el órgano que debe decidir en este tipo de asuntos sobre un recurso contra la resolución del presidente del Oberlandesgericht de Múnich es el propio Oberlandesgericht de Múnich, sin su presidente. Así pues, este órgano decidió suspender el procedimiento y dirigirse al TJUE. Respecto al contenido de las cuestiones y la respuesta del TJUE, las mismas versaban, en resumen, sobre la aplicabilidad del Reglamento Roma III al asunto descrito.

El TJUE respondió mediante un auto declarándose incompetente, señalando que el asunto no planteaba un problema de ley aplicable, sino de reconocimiento de una resolución proveniente de un tercer Estado, para el cual no existe normativa procedente de la Unión Europea. Vista la respuesta por parte del TJUE, el Oberlandesgericht de Múnich volvió a plantear sus cuestiones prejudiciales, con una motivación más clara esta vez.

Dicho procedimiento prejudicial es el que culminó con la sentencia objeto del presente comentario. El Oberlandesgericht de Múnich pregunta al TJUE si el Reglamento Roma III se puede utilizar para determinar la ley aplicable a un divorcio privado pronunciado ante un tribunal religioso de la *sharía* en Siria, en el marco de un proceso de reconocimiento «sustantivo». El órgano alemán remitente, además de preguntar por el ámbito de aplicación material del Reglamento Roma III, prosigue con la cuestión de si el artículo 10 de dicho reglamento es aplicable en el contexto del examen de los requisitos para otorgar un reconocimiento «sustantivo».

Asimismo, prosigue el Oberlandesgericht de Múnich preguntando si la discriminación a la que se refiere el artículo 10 del Reglamento Roma III ha de ser considerada en abstracto o si la discriminación debe materializarse en el caso concreto. Y pone como ejemplo de no discriminación en concreto el hecho de que el cónyuge discriminado haya aprobado el divorcio a través de la aceptación de una compensación económica.

Este supuesto es el que se plantea en el asunto presentado ante el TJUE de los divorcios privados meramente visados por autoridades públicas extranjeras. Mediante la sentencia dictada en el asunto Sahyouni II, el TJUE finalmente dio respuesta a la cuestión prejudicial que desde un principio (Sahyouni I) planteó el órgano remitente (el Oberlandesgericht de Múnich): si el Reglamento Roma III determina la ley aplicable para el reconocimiento sustantivo (*révision au fond*) de un divorcio privado meramente visado por una autoridad de un país tercero.

El TJUE, en la sentencia del asunto Sahyouni II, indicó que el Reglamento Roma III no se aplica a los divorcios privados sin participación constitutiva de una autoridad pública, independientemente de si el divorcio aconteció en un Estado miembro de la Unión Europea o no.

Así, el TJUE señala que el tenor literal del artículo 112 del Reglamento Roma III (sobre el ámbito de aplicación del reglamento) no proporciona ninguna guía para dilucidar la cuestión. Asimismo, el TJUE se refiere al contexto en el que se inscribe el mencionado precepto. En este sentido, alude a las referencias en el reglamento sobre la intervención de un «órgano jurisdiccional» y a la existencia de un «procedimiento»; referencias que pondrían de manifiesto que el reglamento tiene por objeto exclusivamente los divorcios pronunciados por un órgano jurisdiccional estatal o bien por una autoridad pública o bajo el control de esta.

Prosigue el tribunal señalando la necesidad de que el ámbito de aplicación material y el articulado del Reglamento Roma III sean coherentes con los del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental<sup>5</sup> (Reglamento Bruselas II bis).

Los argumentos aducidos por el TJUE en la sentencia objeto del presente comentario no parecen contundentes cuando se refiere a expresiones «órgano jurisdiccional» o «procedimiento»: en el reglamento examinado llevan al tribunal a concluir que el objeto del reglamento son los divorcios pronunciados por un órgano jurisdiccional estatal, o bien por una autoridad pública o bajo el control de esta para excluir la aplicación del reglamento, pero también impregna un grado de seguridad jurídica a la hora de establecer requisitos mínimos a la hora de su aplicación.

Visto el procedimiento, se podría entender que el asunto versa sobre los divorcios islámicos dictados en terceros países, pero pudiera poner en tela de juicio los divorcios privados que algunos estados miembros están introduciendo en sus ordenamientos jurídicos (por ejemplo, España, Francia o Grecia).

Así, de los párrafos 45 y 47 de la sentencia se desprende que los divorcios privados con efecto constitutivo (aquellos en los que las autoridades públicas comprueban la legalidad del acto de divorcio de la misma manera en que lo haría un juez) quedan dentro del ámbito de aplicación del Reglamento Roma III, mientras que los divorcios con efecto declarativo (aquellos en los que las autoridades públicas se limitan a dar fe de la voluntad de los cónyuges) quedarían fuera del ámbito de aplicación de dicho instrumento.

Nótese que en el considerando 47, al aludir a los divorcios privados que se están introduciendo en los ordenamientos de ciertos países de la Unión, el TJUE señala que la incorporación de estos divorcios al ámbito de aplicación del Reglamento Roma III exigiría ciertas adaptaciones. Al mismo tiempo, en el párrafo 45 de la sentencia el TJUE entiende incluidos en el ámbito de aplicación del reglamento aquellos divorcios en que la intervención de la autoridad pública se equipara a las funciones de los órganos jurisdiccionales estatales.

---

<sup>5</sup> DO L núm. 338, de 23 de diciembre de 2003.

Por ende, el TJUE parece excluir los divorcios privados con efecto declarativo del ámbito de aplicación del Reglamento Roma III. Pero todo ello suscita una importante cuestión que el TJUE no ha aclarado en su sentencia: ¿cómo diferenciar en la práctica un divorcio privado con efecto constitutivo de un divorcio privado con efecto declarativo?

En concreto, ¿se podría considerar que existe efecto constitutivo si concurre la obligación de registrar el divorcio por parte de la autoridad competente para dicho registro, si dicha autoridad no efectúa un control sustantivo? ¿Sería suficiente para establecer el efecto constitutivo llevar a cabo un control del acuerdo entre las partes o también se requiere analizar que el contenido de los términos del divorcio sea justo para ambas partes?

A la vista de que la respuesta del TJUE según el Reglamento Roma III era la de aplicar la ley de la nacionalidad común efectiva, que en el presente asunto era la siria, esas normas nacionales «reactivadas» también apuntaban a la ley de la nacionalidad común, pero dando prevalencia a la alemana en caso de que esta concorra con cualquier otra en ambos cónyuges (como es el caso en este asunto). En consecuencia, el órgano judicial decisor aplicó la ley alemana como ley rectora del divorcio (recuérdese que Alemania se rige por un reconocimiento sustantivo). Dado que las normas alemanas que regulan el divorcio no contemplan los divorcios privados, el Oberlandesgericht de Múnich no reconoció el divorcio dictado.

Sobre este aspecto, el profesor Santiago Álvarez (2018), analizando dicha sentencia, señala que el tribunal comienza recordando que Reglamento Roma III no se aplica al reconocimiento de una resolución de divorcio dictada en un Estado tercero.

Pero también señala que es una verdad con matices, manifestando que según la doctrina del propio tribunal, existe un interés manifiesto de la Unión Europea en que toda disposición de derecho de la Unión reciba una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tenga que aplicarse; incluso cuando el derecho nacional de un Estado miembro se remite a una norma de derecho de la Unión para su aplicación «a una situación *puramente interna*»; incluso cuando los hechos de un procedimiento principal estén fuera del ámbito de aplicación de tal norma, que solo es aplicable por remisión (libre) de las disposiciones del derecho nacional.

En especial se impone también la interpretación del derecho de la Unión Europea incluso en situaciones que no están comprendidas en el ámbito de aplicación de dicho derecho cuando aquel haya sido llamado «directa e incondicionalmente» por el derecho nacional.

Así, es el legislador alemán el que se ata (libremente) a Roma III con todas sus consecuencias, mediante su decisión de sustituir sus normas de conflicto autónomas por una remisión al reglamento. Como consecuencia de ello renuncia a su exclusividad sobre el alcance e interpretación de su derecho internacional privado autónomo, vinculándose a lo que diga el tribunal, siendo el tribunal el que afirma que el reglamento en sí mismo considerado no se aplicaría al reconocimiento de divorcios pronunciados en terceros Estados; los divorcios privados no están comprendidos dentro del ámbito de aplicación de Roma III.

Según opinión del citado autor, en materias que no están comprendidas por el derecho de la Unión, aquellas sobre las que sigue siendo competente el legislador nacional, no hay ninguna obligación eventual de sujeción al derecho de la Unión por razón de la «técnica» empleada: si los legisladores nacionales tienen competencia para decidir el régimen de reconocimiento de divorcios privados pronunciados en terceros Estados, la existencia o inexistencia de Roma III no puede condicionar qué soluciones otorgan aquellos legisladores.

Ante el escenario descrito, y tal y como señala el profesor Velázquez Gardeta (2016), pudiera surgir la duda sobre los criterios que en un futuro mantenga el TEDH a la hora de equilibrar la noción de orden público y qué sistemas estatales quedarán afectados en unas concepciones tan arraigadas. En el sentido indicado, y comparto plenamente la opinión con el profesor Velázquez, el margen de apreciación por parte de las autoridades nacionales seguirá siendo difícil de mensurar por parte de tribunales supranacionales y el derecho al reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras seguirá encontrando eventual freno en la excepción de orden público.

## 4. Conclusiones

### 4.1. La multiculturalidad y la internalización de las relaciones jurídicas privadas

La progresiva internacionalización de las relaciones jurídicas privadas ha aumentado los supuestos de derecho internacional privado. En el ámbito del derecho de familia internacional, se han creado nuevas situaciones no contempladas hasta la fecha por los diferentes ordenamientos jurídicos (repudio, poligamia, kafala, etc.), a las que hay que dar una respuesta jurídica.

A la vista de la sociedad multicultural, se ha producido mayor circulación de derechos, de libertades públicas y de estatus familiares, pero también han aumentado las dificultades prácticas a las que dichas personas tienen que hacer frente, porque los Estados les deniegan el reconocimiento de la situación constituida en el extranjero. El pleno ejercicio de la libertad de circulación tiene como consecuencia o derivada la circulación de derechos, libertades públicas y estatus personales y familiares. Por ello, el hecho de que haya Estados que denieguen el reconocimiento genera una gran inseguridad jurídica.

### 4.2. Fórmulas de adaptación de modelos familiares extranjeros ante la alegación del orden público

Se puede afirmar que la alegación del orden público, interpretada a la luz de los principios constitucionales, permite hoy día adoptar fórmulas de adaptación de los modelos familiares que proceden de otras culturas distintas a las propias, sin que con ello se produzcan graves quebrantos constitucionales. El negar esa fórmula de adaptación sería vulnerar la

protección que el propio ordenamiento jurídico concede a la familia en sentido amplio de la palabra. Desde el punto de vista jurisprudencial y doctrinal, la institución del orden público debe ser interpretada de manera restrictiva y no debe servir para impedir la convalidación de ninguna institución ajena a nuestra tradición. En este sentido, únicamente jugará un rol cuando la institución objeto de convalidación atente gravemente el orden constitucional, es decir, los principios y valores fundamentales.

### 4.3. Sobre el reconocimiento de las resoluciones extranjeras a nivel europeo

Uno de los principales problemas en el ámbito del derecho de familia es que no hay un consenso estatal común o unas instituciones comunes en las diversas materias que forman parte del mismo.

El reconocimiento automático de las relaciones jurídicas creadas en el extranjero o de las resoluciones extranjeras es algo que la mayoría de los Estados no han aceptado hasta la fecha, pero, tímidamente a nivel europeo, mediante los reglamentos aprobados durante los últimos 15 años está cambiando esta realidad. Está claro y resulta patente que necesariamente se tienen que delimitar las condiciones mínimas y los límites que deben ser cumplidos para dicho reconocimiento, siempre teniendo en cuenta que ello no suponga una vulneración de derechos fundamentales. La denegación del *exequatur* de una resolución extranjera que constituye válidamente una situación jurídica ha sido considerada por los jueces europeos vulneradora de derechos fundamentales.

### 4.4. Sobre la interpretación de la excepción de orden público internacional por el TEDH

En relación con la excepción de orden público internacional, el TEDH ha puesto de manifiesto que no se puede utilizar de forma sistemática y automática, justificando con ello la adición de cualquier medida.

En gran medida, su operatividad ha versado en la defensa ciega de los intereses estatales, no obstante, y debido a los avances en la sociedad y las mezclas culturales, se ha observado un avance en su ámbito de aplicación. Se sigue manteniendo su vigencia, pero, a su vez, el poder legislativo ya ha comenzado a hablar de «contrariedad manifiesta» en la nueva Ley de cooperación jurídica internacional o en el Reglamento Roma II. Así, se observa como los tribunales españoles tienden a flexibilizar sus efectos en determinadas ocasiones, como es en el caso de otorgar la pensión de viudedad a las viudas de un hombre polígamo.

A este respecto, la excepción del orden público se debería limitar a casos en los que realmente sea necesaria su operatividad; es decir, debería convertirse en la excepción,

y no en la regla, actuando únicamente en casos excepcionales vulneradores de derechos fundamentales o principios absolutamente inquebrantables.

En el sentido indicado ya se ha comprobado que existe una corriente tanto doctrinal como jurisprudencial que, por mandato de la Ley de cooperación jurídica internacional (Ludeña Benítez, 2014), está adaptando el concepto de orden público a la realidad actual (STSJ de Madrid núm. 13471/2015). La ley de cooperación jurídica internacional implica que el poder judicial no pueda pasar por su filtro todo lo que viene de legislaciones extranjeras y sea desconocido para el suyo propio, sino que deberá intentar respetar la institución extranjera para adaptarla a nuestro ordenamiento jurídico y limitar la excepción de orden público a eso, a su característica de excepcionalidad y no de automaticidad.

Es una figura que seguirá aplicándose mientras no consigamos limitar considerablemente su ámbito de actuación, y resulta imprescindible la labor jurisprudencial que lleve a marcar claramente el carácter de excepción de dicha cláusula.

## Referencias bibliográficas

- Álvarez, S. (2018). Sahyouni más allá del espejo. Un comentario posible a la STJ de 20 de diciembre de 2017. *REDI*, 35.
- Karpat, K. (1982). Millet and Nationality: The Root of the Incongruity of Nation and State in the Post-Ottoman Era. En Benjamin Braude y Bernard Lewis (ed.), *Christians and Jews in the Ottoman Empire. The Functioning of a Plural Society* (2 vols.). Holmes & Meier.
- Ludeña Benítez, O. (2014). El Derecho de familia en la Unión Europea: cuestiones de cooperación jurídica comunitaria entre los Estados miembros. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 32.
- Motilla, A. (2018). *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico. Adaptación al Derecho español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*. Comares.
- Sezgin, Y. (2017). Reforming Muslim Family Laws in Non-Muslim Democracies. En J. Cenary y J. Casanova (Eds.), *Islam, Gender and Democracy in Comparative Perspective*. (pp. 160-187). Oxford U. P.
- Urruela Arnal, I. y Bolaños Cartujo, I. (2012). Mediación en una comunidad intercultural. *Anuario de Psicología Jurídica*, 22, 119-126.
- Valero Estarellas, M. J. (2019). Autonomía de las confesiones religiosas, neutralidad del Estado y prohibición de arbitrariedad, en la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 49.
- Velázquez Gardeta, J. M. (2014). Algunas reflexiones en torno a la sentencia Negre-pontis-Giannisis contra Grecia y la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras. *Revista Vasca de Administración Pública / Herri-Ardularitzako Euskal Aldizkaria*, 99-100, 2.989-3.004.