



Universidad de Valladolid

INSTITUTO DE ESTUDIOS EUROPEOS

TESIS DOCTORAL:
**EL ISLAM EN LA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA
EUROPEA: OCHO CONFLICTOS SURGIDOS EN
EUROPA, DESDE UNA PERSPECTIVA JURÍDICA
Y CON ESPECIAL REFERENCIA AL CASO
ESPAÑOL**

Presentada por **Carlos Pérez Vaquero** para optar al grado
de Doctor por la **Universidad de Valladolid**

Dirigida por:
Dr. D. Alfredo Allué Buiza

ÍNDICE

Abreviaturas	7
Presentación	13
CAPÍTULO I.- LOS ENCUENTROS Y RECHAZOS DE EUROPA Y EL ISLAM:	35
1. EL ISLAM:	50
1.1) Su origen y los cinco pilares (IBADAT).	50
1.2) Las fuentes del derecho Islámico (USUL):	55
1.2.a) <i>El Corán.</i>	56
1.2.b) <i>Los hadices.</i>	58
1.2.c) <i>El ichmá.</i>	59
1.2.d) <i>El quiyás.</i>	59
1.3) Las escuelas jurídicas (MÁDHAB).	60
1.4) La interpretación islámica de los Derechos Humanos.	63
2. EL RECONOCIMIENTO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA COMO DERECHO FUNDAMENTAL:	70
2.1) Origen y evolución histórico-jurídica.	70
2.2) La Libertad Religiosa en el constitucionalismo español.	74
2.3) El desarrollo normativo del Art. 16 CE.	85
2.4) Los principios comunes europeos en las relaciones Iglesia-Estado.	91
CAPÍTULO II.- EL ESTATUTO JURÍDICO DEL ISLAM EN LA UNIÓN EUROPEA	97
3. EL MARCO LEGAL POR PAÍSES:	102
3.1) Francia.	102
3.2) Bélgica.	106
3.3) Italia.	109
3.4) Portugal.	113
3.5) Reino Unido.	116
3.6) Holanda.	119
3.7) Alemania.	122
3.8) Dinamarca.	125
3.9) España.	127

CAPÍTULO III.- LAS DIFERENCIAS EN LOS VALORES COMUNES (I):	149
4. EL VALOR DE LA DIGNIDAD:	155
4.1) El concepto de dignidad humana.	155
4.2.) La vulneración de un derecho por el origen cultural del agresor.	164
4.3) Los puntos de conflicto relacionados con la dignidad humana:	171
4.3.a) <i>Los crímenes de honor:</i>	171
4.3.a).1) Concepto y trasfondo religioso.	171
4.3.a).2) Las víctimas del honor en Europa.	175
4.3.a).3) Las víctimas del honor en España.	181
4.3.a).4) Recapitulación.	187
4.3.b) <i>Las mutilaciones genitales femeninas:</i>	197
4.3.b).1) Concepto y trasfondo religioso.	197
4.3.b).2) El marco jurídico internacional.	201
4.3.b).3) El marco jurídico europeo.	208
4.3.b).4) El marco jurídico español.	216
4.3.b).5) Recapitulación.	220
4.3.c) <i>Las torturas y penas o tratos inhumanos o degradantes:</i>	224
4.3.c).1) Concepto y trasfondo religioso.	224
4.3.c).2) El marco jurídico europeo y español.	231
4.3.c).3) El asilo en España de musulmanes que alegan haber sufrido torturas o malos tratos.	235
4.3.c).4) Recapitulación.	243
4.3.d) <i>La orientación sexual y la identidad de género:</i>	251
4.3.d).1) Concepto y trasfondo religioso.	251
4.3.d).2) El marco jurídico europeo y español.	257
4.3.d).3) Las solicitudes de asilo en España de Musulmanes que alegan su homosexualidad.	264
4.3.d).4) Recapitulación.	270

CAPÍTULO IV.- LAS DIFERENCIAS EN LOS VALORES COMUNES (II):	273
5. EL VALOR DE LAS LIBERTADES:	275
5.1) El concepto de la libertad.	275
5.2) Puntos de conflicto relacionados con las libertades fundamentales:	286
5.2.a) <i>El asunto del velo:</i>	286
5.2.a).1) Origen del conflicto.	286
5.2.a).2) Concepto y trasfondo religioso.	295
5.2.a).3) El marco jurídico europeo y español.	306
5.2.a).4) Cuatro ejemplos españoles de conflictos relacionados con el velo:	316
▪ El uso del velo en las escuelas.	318
▪ La cabeza cubierta en las fotografías del DNI.	327
▪ El pañuelo en las relaciones con la administración.	331
▪ El hiyab en el trabajo.	344
5.2.a).5) Recapitulación.	349
5.2.b) <i>Las consecuencias de la poligamia:</i>	358
5.2.b).1) Concepto y trasfondo religioso.	358
5.2.b).2) El marco jurídico europeo y español.	367
5.2.b).3) Cuatro ejemplos españoles de conflictos relacionados con la poligamia:	375
▪ Las pensiones de viudedad.	376
▪ La bigamia como causa para denegar la nacionalidad.	392
▪ Los visados de reagrupación de las segundas esposas.	397
▪ La inscripción en el registro civil y otros conflictos.	403
5.2.b).4) Recapitulación.	408
5.2.c) <i>La observancia de los ritos funerarios musulmanes y la policía sanitaria mortuoria:</i>	414
5.2.c).1) Concepto y trasfondo religioso.	414
5.2.c).2) El marco jurídico español.	422
5.2.c).3) El marco jurídico europeo.	435
5.2.c).4) Recapitulación.	440

5.2.d) <i>La construcción de mezquitas:</i>	444
5.2.d).1) Concepto y trasfondo religioso.	450
5.2.d).2) Los minaretes y el polémico Art. 72.3º de la Constitución de Suiza.	455
5.2.d).3) El marco jurídico español.	460
5.2.d).4) El marco jurídico europeo.	483
5.2.d).5) Recapitulación.	500
CAPÍTULO V.- LAS DIFERENCIAS EN LOS VALORES COMUNES (III):	503
6. LA EXISTENCIA DE OTROS CONFLICTOS:	505
6.1) El discurso del odio como límite a la libertad de expresión.	505
6.2) Las caricaturas de Mahoma: evitar las ofensas gratuitas y aceptar las doctrinas hostiles.	512
6.3) La solicitud de nacionalidad española y la desigual residencia de sefardíes y moriscos.	521
6.4) Los partidos políticos confesionales y los principios fundamentales de la democracia.	525
6.5) La posibilidad de aplicar la charía en Europa.	531
6.6) El uso compartido de templos cristianos.	535
6.7) El islamismo ante los tribunales.	540
6.8) Decisiones condescendientes y actitudes totalizadoras.	547
CONCLUSIONES	557
BIBLIOGRAFÍA	589
JURISPRUDENCIA CITADA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS	611

ABREVIATURAS

A/RES	Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas
AdD	Antecedente de Derecho
ACNUR	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
AME	Asociación Musulmana de España
AMI	<i>Assemblea Musulmana d'Italia</i>
Art.	Artículo
BBC	<i>British Broadcasting Corporation</i> (Reino Unido)
BOE	Boletín Oficial del Estado
BSG	<i>Bundessozialgericht</i> (Alemania)
C	Corán
CARL	Comisión Asesora de Libertad Religiosa
CC	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CE	Constitución española de 1978
CEDAW	Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (ONU)
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales
CIE	Comisión Islámica de España
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial

CIA	<i>Central Intelligence Agency</i> (EE.UU.)
CIL	<i>Comunidade Islâmica de Lisboa</i> (Portugal)
CIS	Centro de Investigaciones Sociológicas
CMCE	Consejo Musulmán de Cooperación en Europa
CME	Comisión Musulmana de España
CNAV	<i>Caisse Nationale d'Assurance Vieillesse</i> (Francia)
CO.RE.IS	<i>Comunità Religiosa Islamica</i> (Italia)
Coord/s.	Coordinador coordinadores
CP	Código Penal
CPI	Corte Penal Internacional
CRCM	<i>Conseils Régionaux du Culte Musulman</i> (Francia)
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
Dir/s.	Director Directores
DİTİB	<i>Diyanet İşleri Türk-Islam Birliği</i> (Alemania)
DNI	Documento Nacional de Identidad
Ed.	Edición
ECRI	<i>European Commission against Racism and Intolerance</i>
EMB	<i>Exécutif des musulmans de Belgique</i> (Bélgica)
FdD	Fundamento de Derecho
FEERI	Federación Española de Entidades Religiosas Islámicas
FEREDE	Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España
FEME	Federación Musulmana de España

FJ	Fundamento jurídico
FNMF	<i>Fédération nationale des musulmans de France</i> (Francia)
GG	<i>Das Grundgesetz</i> (Constitución de Alemania)
IGMG	<i>Islamische Gemeinschaft Milli Görüs</i> (Alemania)
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
IRPEF	<i>Imposta sul Reddito delle Persone Fisiche</i> (Italia)
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LGBT	Colectivo de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales (traspéneros)
LOLR	Ley Orgánica de Libertad Religiosa
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOPP	Ley Orgánica de Partidos Políticos
LOREG	Ley Orgánica del Régimen Electoral General
LRBRL	Ley reguladora de las Bases del Régimen Local
MCB	<i>Muslim Council of Britain</i> (Gran Bretaña)
MGF	Mutilaciones genitales femeninas
NICMU	<i>National Interim Committee on Muslim Affairs'</i> (Gran Bretaña)
NIMBY	<i>Not In My Back Yard</i>
Ob. cit.	Obra citada
OCI	Organización de la Conferencia Islámica
OMS	Organización Mundial de la Salud (ONU)

ONG	Organización no gubernamental
ONP	<i>Office Nacional des Pensions</i> (Bélgica)
ONU	Organización de las Naciones Unidas
ORCMB	<i>Organe Représentatif du Culte Musulman en Belgique</i> (Bélgica)
p. pp.	Página páginas
PACE	Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa
RETA	Régimen especial de trabajadores autónomos
ss	Y siguientes.
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TAR	<i>Tribunali Amministrativi Regionali</i> (Italia)
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TSJ	Tribunal Superior de Justicia de (nombre de la CC.AA.)
UCIDE	Unión de Comunidades Islámicas de España
UCOII	<i>Unione delle Comunità ed Organizzazioni Islamiche in Italia</i>
UE	Unión Europea
UIO	<i>Unione Islamica in Occidente</i> (Italia)
UMI	<i>L'Unione dei Musulmani in Italia</i>

UNFPA	Fondo de las Naciones Unidas para la Población (ONU)
UOIF	<i>Union des organisations islamiques de France</i> (Francia)
vid.	Véase
WHA	<i>World Health Assembly</i> (ONU)
WHO	<i>World Health Organization</i> (ONU)
ZMD	<i>Zentralrat der Muslimen in Deutschland</i> (Alemania)

PRESENTACIÓN¹

¹ Para elaborar las referencias bibliográficas se han seguido las reglas de la norma UNE 50104:1994 (el equivalente de la norma internacional ISO 690:1987 que AENOR aprobó en España).

Hoy en día, de los 2.013.620.000 habitantes de la Tierra que profesan el Islam², se calcula que unos 56.000.000 de musulmanes viven en Europa, lo que representa el 7,6% de la población de todo el *Viejo Continente*; menos de la mitad –20.500.000– residen en alguno de los Estados miembros de la Unión Europea³ (4,09%) y, de ellos, 1.060.000 se encuentran en España (2,3%).

Estos datos, sin embargo, tienen que ser tomados con carácter meramente orientativo porque no existen estimaciones oficiales sobre el número de fieles de cada comunidad religiosa y, tanto en el caso europeo, en general, como en el español, en particular, los porcentajes pueden diferir de forma significativa entre unas estadísticas y otras⁴; sin olvidar, como ha señalado el sociólogo Bruno Étienne⁵, que estas cifras también deben matizarse porque “no todos [los musulmanes] son practicantes, ni piadosos, ni devotos”.

El origen de su llegada masiva a Europa se produjo a mediados del siglo XX, cuando algunos gobiernos nórdicos y centroeuropeos comenzaron a fomentar la contratación de trabajadores extranjeros, mediante programas de reclutamiento, con el objetivo de emplearlos como mano de obra en sus fábricas, desempeñando los puestos de trabajo que la industria no podía cubrir, dado el exhausto estado en que se

² MUSLIM POPULATION [en línea]. [Fecha de consulta: 21 de febrero de 2012]. Disponible en Internet en: <http://www.muslimpopulation.com/World/>

³ ISLAMIC POPULATION [en línea]. [Fecha de consulta: 21 de febrero de 2012]. Disponible en Internet en: <http://www.islamicpopulation.com/>

⁴ SAYYID, S. La Umma como diáspora. En MARTÍN MUÑOZ, G. y GROSGOUEL, R. (ed.) *La islamofobia a debate. La genealogía del miedo al Islam y la construcción de los discursos antiislámicos*. Madrid: Casa Árabe, 2012, p. 211. Al respecto, este autor señala que “es empíricamente difícil” establecer el número de musulmanes europeos “debido a los procesos de producción del conjunto de datos nacionales, dado que la mayoría de los países miembros no tienen cifras fiables en el censo nacional sobre filiación religiosa”

⁵ ÉTIENNE, B. ¿Qué inquieta del Islam? En EDICIONS BELLATERRA, *Visiones del Islam*. Barcelona: Bellaterra, 2006, p. 163.

encontraba la pirámide de población del continente tras finalizar la II Guerra Mundial.

Aunque Suecia tuvo la iniciativa de buscar obreros en el extranjero, fue Alemania la que implantó el sistema de *Gastarbeiter* (trabajadores invitados), en 1955, gracias al cual se calcula que, antes de que concluyera la década de los años 60, el Gobierno de Bonn ya había reclutado a casi cuatro millones de personas procedentes⁶, en su mayor parte, de países de la cuenca del Mediterráneo y, sobre todo, de Turquía.

Impulsar esta incipiente inmigración fue relativamente sencillo porque, en aquel momento, ningún Gobierno pensó en las consecuencias que tendría esa política a largo plazo y, mucho menos, nadie se planteó que los trabajadores *invitados* –que eran, mayoritariamente, musulmanes– quisieran instalarse definitivamente en los países de acogida, reagrupar a sus familias y exigir sus derechos para construir mezquitas y lugares de culto; atribuir efectos civiles a los matrimonios que celebrasen de acuerdo con sus rituales; enseñar el Islam en las escuelas; conciliar el trabajo con la práctica de su fe; recibir alimentos *halal* en hospitales, prisiones y colegios; guardar el ayuno durante el mes sagrado del ramadán; enterrar a sus difuntos de acuerdo con sus propios ritos funerarios; obtener beneficios fiscales para el desarrollo de sus actividades; o que las mujeres pudieran cubrirse la cabeza con un velo, como símbolo religioso para exteriorizar, abiertamente, en la sociedad de acogida, su condición de musulmanas.

⁶ VON STRITZKY, J. Política de inmigración alemana: de la negativa a la renuencia [en línea]. [Fecha de consulta: 18 de septiembre de 2012]. Disponible en Internet: <http://www.realinstitutoelcano.org>

Bélgica, Holanda, los países escandinavos, Alemania, Francia y Gran Bretaña se encontraron dentro de sus fronteras con un nutrido colectivo de musulmanes, cada vez más numeroso y heterogéneo (procedente de distintas nacionalidades, etnias, lenguas e, incluso, escuelas jurídicas) que, lejos de plantearse debates teológicos, lo que deseaba era poder practicar su fe en el marco de la sociedad que los había acogido; un entorno que, para ellos, también resultaba ajeno a sus propias tradiciones⁷.

En la Europa meridional, en cambio, los problemas surgirían tres décadas más tarde cuando el fenómeno migratorio llegó a Italia o España, a finales de los años 80 y, en especial, con el *boom* económico de los 90.

Durante el proceso de construcción europea, ninguna disposición estableció una política común sobre inmigración; un ámbito que permaneció⁸ “ausente del Derecho comunitario europeo en el momento fundacional (...) hasta el Tratado de Unión Europea de Ámsterdam”, que entró en vigor en 1999, dotando a la Unión de competencias en esta materia. Esa falta de previsión coincidió con otros dos elementos que vinieron a dificultar la situación de la comunidad musulmana:

- Por un lado, los gobiernos europeos abandonaron definitivamente el anterior sistema de invitar a trabajadores extranjeros, sustituyendo los programas de reclutamiento por

⁷ COURBAGE, Y. y TODD, E. *Encuentro de civilizaciones*. Madrid: Foca, 2009, pp. 79-80. Al respecto, los autores señalan que “irónicamente, en el mismo momento en que nos inquietamos por la penetración en Europa de un Islam irreductible e insoluble en las culturas de origen cristiano, hemos de constatar que quien ha sufrido el verdadero choque cultural ha sido el Magreb, cuya cultura se ha visto transformada por la migración hacia Europa”

⁸ VICENTE BLANCO, D. J. Una regulación integral de la inmigración para Europa. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 2003, nº 5, p. 91.

una nueva política restrictiva que fijaba contingentes a la entrada de nuevos flujos migratorios; y,

- Por otro, el proceso descolonizador⁹ en el norte de África y Oriente Medio dio lugar a la independencia de los actuales Estados del Magreb y el Maxreq¹⁰, provocando un reajuste en el mapa político regional, con el retorno de los ciudadanos de países europeos que residían en las antiguas colonias y, sobre todo, con la llegada de un significativo número de habitantes de aquellas jóvenes naciones, que decidieron emigrar a sus metrópolis en busca de un futuro mejor.

Lentamente, la comunidad musulmana fue haciéndose cada vez más visible y, paradójicamente, la misma notoriedad que era un signo inequívoco de su arraigo y de su paulatina integración social, acabó convirtiéndose en el origen de nuevos conflictos porque su presencia dejó de pasar inadvertida en las calles europeas: los fieles acudían los viernes a los oratorios, las estudiantes iban al colegio cubiertas con el hiyab y los comercios de alimentación *halal* ofrecían carne sacrificada según el ritual de la ley islámica.

Algunos sectores sociales percibieron aquellos indicios como un riesgo de que Europa podía acabar perdiendo su propia identidad y sus

⁹ PORTERO RODRÍGUEZ, F. El complejo de la antigua metrópoli. Memoria histórica y percepción de amenaza en Europa. *A distancia*, 2008, nº 1, p. 150. Al respecto, el autor considera que “Paradójicamente cuando Europa había llegado al momento de mayor bienestar y justicia de toda su historia, cuando en apariencia su modelo de desarrollo –en equilibrio entre productividad y redistribución– generaba una sociedad más justa y con mayores oportunidades, asumía una mala conciencia histórica, en gran medida ocasionada por la experiencia colonial, que le llevaba a un extraño relativismo sobre la evolución de los Estados y las formas políticas”.

¹⁰ Países del *Poniente* y *Levante*, respectivamente, del mundo árabe.

valores –a pesar de que, en Occidente, como ha señalado el profesor Allué¹¹, “bien es verdad que muchas veces no nos ponemos de acuerdo en esos valores”– resurgiendo el temor atávico que forma parte del imaginario colectivo europeo desde la época de las Cruzadas y que percibe al Islam como una amenaza que se identifica, exclusivamente, con las posturas más extremas y fundamentalistas de una comunidad de creyentes que se considera que actúa bajo un proyecto colectivo común.

Esta percepción negativa provocó que una parte minoritaria de la sociedad europea retomara un discurso xenófobo que fue germinando con la “acumulación de acontecimientos (atentados terroristas, guerras en Irak y Afganistán, brutal e insospechada crisis económica) [que] han generalizado una sensación de miedo, vulnerabilidad e incertidumbre”¹².

Otros autores, como el politólogo Olivier Roy¹³, consideran en cambio que esa imagen del Islam como agresión “pone en tela de juicio los equilibrios, a menudo frágiles, contruidos a lo largo de una historia tumultuosa en Europa, en la que para empezar se han enfrentado las religiones entre ellas y, después, con la secularización de la sociedad”.

Como ha reconocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es cierto que en un aspecto tan trascendental como es la separación entre Iglesia y Estado, en Europa no existe un modelo único¹⁴ que sea capaz de

¹¹ ALLUÉ BUIZA, A. El control material del pluralismo. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2010, nº 15, p. 229.

¹² LAMO DE ESPINOSA, E. Europa, libre y feliz como Suiza. En LAMO DE ESPINOSA, E. (ed.) *Europa después de Europa*. Madrid: Academia Europea de Ciencias y Artes, 2010, p. 23.

¹³ ROY, O. El Islam en Europa, una religión más que ha de ser tratada como el resto. En HAENNI, P. y LATHION, S. (dirs.) *Los minaretes de la discordia*. Barcelona: Icaria, 2011, p. 7.

¹⁴ Al respecto, el profesor Santolaya distingue tres modelos europeos: confesional (como Dinamarca y Grecia, países con iglesia estatal), separación o laicidad (Francia) y aconfesionalidad-cooperación (Italia, Portugal, Alemania o España). SANTOLAYA MACHETTI, P. Sobre el derecho a la laicidad. *Revista catalana de Dret Públic*, 2006, nº 33, pp. 43-69.

integrar las relaciones de cada país con las distintas religiones que profesan sus habitantes.

Esa falta de consenso supone que el sistema de Estrasburgo concede a los Estados un amplio margen de apreciación y discrecionalidad; porque *en Europa no es posible discernir una concepción uniforme de la importancia de la religión para la sociedad; el significado o el impacto de una creencia en la opinión pública diferirá según el momento y el contexto. Consecuentemente, las normas en esta esfera variarán de un país a otro según las tradiciones nacionales, así como las exigencias impuestas por la necesidad de proteger los derechos de los demás y mantener el orden público. Por tanto, la elección de los límites y la forma de dichas regulaciones debe dejarse, inevitablemente, hasta cierto punto, al Estado interesado, puesto que dependerá de su contexto interno*¹⁵.

Como tendremos ocasión de analizar, ese margen de apreciación¹⁶ que la Corte reconoce a los Estados parte del Consejo de Europa –en aquellas materias donde no existe un consenso y se hace necesario encontrar fórmulas de equilibrio en la regulación de los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales– también conlleva una diversidad de soluciones que, en la práctica, suponen un desigual ejercicio de la religiosidad musulmana; algo que resulta incompatible tanto con las exigencias del principio de seguridad jurídica –aquella que protege la confianza de los ciudadanos *en que sus pretensiones van a ser resueltas*

¹⁵ TEDH. **Caso Leyla Sahin contra Turquía**, de 29 de junio de 2004 (nº 44774/98, § 109). Las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos han sido consultadas en el repertorio que se encuentra disponible en el portal: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>

¹⁶ TEDH. **Caso “Relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica” contra Bélgica**, de 23 de julio de 1968 (nº 1474/62, § 4). Este asunto fue el primero que utilizó la expresión *margin of appreciation*.

*de modo igual para todos, sin discriminaciones injustificadas*¹⁷– como con el deber del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar que se garantizará plenamente el ejercicio de este derecho fundamental.

Para conocer la situación de cada Estado, ese *contexto interno* que mencionaba la Corte europea, *Transatlantic Trends*¹⁸ realizó una macroencuesta en el verano de 2011. Sus resultados revelaron que el 37% de los alemanes consideraba que las segundas generaciones de musulmanes se habían integrado bien o muy bien en su país; porcentaje que ascendía al 41% en Italia, el 44% en Gran Bretaña y el 49% en Francia.

En esa misma encuesta de opinión, el 62% de los entrevistados españoles manifestó que, genéricamente, los inmigrantes sí que se integraban bien en la sociedad, pero ese buen dato se reducía drásticamente a tan solo un 29% cuando se les preguntaba, en particular, por la integración de los musulmanes; es decir, casi tres cuartas partes de los encuestados consideraron que los inmigrantes musulmanes no lograban integrarse socialmente. En palabras de los analistas de este proyecto: *los resultados [españoles] reflejan una gran preocupación por la integración musulmana.*

A pesar del pesimismo que pudiera transmitir ese reducido porcentaje, nuestro país cuenta con dos elementos que nos singularizan positivamente en relación con el resto de la Unión Europea:

¹⁷ Por todas, **STC 200/1989**, de 30 de noviembre (FJ 5º) y **STS 8439/2011**, de 15 de diciembre (AdDº 2º).

¹⁸ TRANSATLANTIC TRENDS. [en línea]. [Fecha de consulta: 4 de enero de 2012]. Disponible en Internet: <http://trends.gmfus.org>. Esta encuesta se realizó en Estados Unidos, Turquía y 12 Estados miembros de la Unión Europea (Bulgaria, Francia, Alemania, Italia, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumania, Eslovaquia, España, Suecia y Reino Unido).

Por un lado, aunque la España del siglo XXI tiene muy poco que ver con aquella de 1611, cuando Felipe III expulsó a los moriscos prohibiendo el culto islámico –y mucho menos con la de 1492, cuando empezó a formarse el Estado tras la Reconquista– es indudable que los casi ocho siglos de presencia musulmana en esta tierra han dejado una huella indeleble en el legado histórico, cultural y social español¹⁹.

Si exceptuamos a Portugal –con sus propias particularidades, como tendremos ocasión de examinar– esa herencia es exclusiva de España porque este país fue “el único territorio europeo que formó parte del mundo musulmán de forma continuada”. Un periodo de histórico que “se ha venido presentando como un valor ejemplificador de la convivencia pacífica de diversas culturas en un mismo territorio”; pero que se trata de un mito, fruto de una lectura “parcial e idílica” que “no responde del todo a la realidad”, en palabras de la profesora Montserrat Abumalhan²⁰; opinión que comparten muchos autores, con mayor o menor vehemencia, como Sotomayor²¹, Sánchez Nogales²² o Rodríguez Magda²³.

¹⁹ Al respecto, téngase en cuenta que sólo en nuestro vocabulario, cerca de 4.000 palabras de origen árabe forman parte del castellano, convirtiéndose en la segunda fuente, después del latín, que más nos enriquece en cualquier faceta de la vida: desde la agricultura al comercio, pasando por las matemáticas, la medicina o los topónimos de cientos de lugares. Puede consultarse un completo “inventario” en VERNET, J. *Lo que Europa debe al Islam de España*. Barcelona: Acantilado, 2006.

²⁰ ABUMALHAN, M. *Comunidades islámicas en Europa*. Madrid: Trotta, 1995, p. 20.

²¹ SOTOMAYOR, M. Cristianismo e Islam en Al-Ándalus. Memoria de la Historia. En *La experiencia de Dios. Actas del IV Curso Cristianos y Musulmanes*. Granada: Facultad de Teología, 2001, p. 128: “Abderramán III (912-961) inaugura una época que se prolongará unos ochenta años, de una unidad y prosperidad en el reino, y de una paz para los cristianos, nunca vividas antes ni después en la España musulmana”.

²² SÁNCHEZ NOGALES, J.L. *El Islam entre nosotros*. Madrid: BAC, 2004, p. 24: “los contemporáneos experimentos ensayistas parecen querer satanizar el legado de los Reyes Católicos para canonizar el llamado andalusí”.

²³ RODRÍGUEZ MAGDA, R.M. *La España convertida al Islam*. Barcelona: Áltera, 2006, p. 65: el mito de al-Ándalus es “una reconstrucción histórica sesgada e idealizada (...) que constituye un manipulado (...) y coartada, no revisada y políticamente correcta, en la vaga y machacona salmodia multicultural de la tolerancia”.

La segunda nota definitoria se refiere al fenómeno migratorio. Durante el último tercio del siglo pasado, los inmigrantes musulmanes empezaron a llegar a España cuarenta años más tarde que al resto de los países europeos, desde mediados de los años 80 y, en especial, durante el desarrollo económico de los 90. Un receso que nos permite aprender de los aciertos que se llevaron a cabo en otros Estados y subsanar los errores que también se cometieron.

En ese marco se desarrolla esta investigación que analiza ocho conflictos relacionados con el ejercicio de la libertad religiosa de los musulmanes en España y la Unión Europea, desde un planteamiento jurídico y tratando de equilibrar el reconocimiento de los aciertos con la crítica de los errores, basándose en el estudio de diversas fuentes:

- La **legislación**: tanto española (en sus distintos ámbitos: local, autonómica y nacional) como europea e internacional; teniendo en cuenta la cláusula interpretativa de los Derechos Fundamentales que establece el Art. 10.2 CE, como enlace entre el Derecho interno y el internacional, y criterio²⁴ para concebir las normas relativas a los derechos y libertades que reconoce la Constitución, de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España sobre las materias relativas a Derechos Humanos;

²⁴ Al respecto, la **STC 91/2000**, de 30 de marzo (FJ 7º) estableció que: *Desde sus primeras sentencias este Tribunal ha reconocido la importante función hermenéutica que, para determinar el contenido de los derechos fundamentales, tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España (...) y, muy singularmente, el CEDH, firmado en Roma en 1950, dado que su cumplimiento está sometido al control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a quien corresponde concretar el contenido de los derechos declarados en el Convenio que, en principio, han de reconocer, como contenido mínimo de sus derechos fundamentales, los Estados signatarios del mismo.*

- Las resoluciones de la **jurisprudencia**²⁵: desde los juzgados que conocen los conflictos en su primera instancia hasta las resoluciones de la Corte de Estrasburgo, como “intérprete auténtico del Convenio²⁶ [Europeo de Derechos Humanos]” y por “la naturaleza jurídicamente vinculante de los efectos interpretativos de las sentencias del TEDH”²⁷;
- El criterio de la **doctrina –administrativa y científica–** para reunir tanto la opinión de instituciones como de expertos procedentes de distintas nacionalidades, respectivamente, de modo que se obtenga un punto de vista lo más objetivo posible sobre estos ocho conflictos;
- Así como otras **fuentes multidisciplinarias** que, no estando relacionadas estrictamente con el Derecho, sí que pueden ser jurídicamente relevantes: como encuestas y barómetros de opinión, estudios elaborados por fundaciones y organizaciones no gubernamentales²⁸, entrevistas realizadas a personalidades de diversos ámbitos o el reflejo de la situación actual a través del prisma que ofrecen la prensa y los medios de comunicación.

²⁵ MARTÍN SÁNCHEZ, I. *La recepción por el Tribunal Constitucional español de la jurisprudencia sobre el CEDH respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza*. Granada: Comares, 2002, p. 1: “Si siempre resulta necesario el recurso a la jurisprudencia para el adecuado conocimiento de un ordenamiento jurídico”, el profesor Martín considera que su estudio tiene una especial importancia en materia de Derechos Fundamentales

²⁶ MATÍA PORTILLA, F.J. Balance de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que afecta al Reino de España: de aciertos, carencias y excesos. En MATÍA PORTILLA, F. J. (dir.) *Pluralidad de ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, p. 174.

²⁷ QUERALT JIMÉNEZ, A. *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 1.

²⁸ GARCÍA RUIZ, C.R. *ONGs y Derecho Internacional. Su influencia en la elaboración de normas internacionales*. Madrid: Iustel, 2007, pp. 320-322: “Las ONGs han alcanzado un gran protagonismo en el contexto internacional, participando en la elaboración de las normas internacionales y vigilando su aplicación”; asimismo, “están presentes en todas las etapas del proceso codificador”.

Todo ello, sin olvidar la interpretación del Corán y de los dichos y hechos (hadices) de Mahoma, como fuentes primarias del Derecho Islámico; así como la doctrina de la fe de la Iglesia Católica, por dos motivos primordiales:

- En primer lugar porque –en el caso español– estos conflictos se van a producir en un país que mantiene una fuerte identidad religiosa (el 73,4 por 100 de la población²⁹ se declaró católico en julio de 2012) y en ese contexto, fruto de nuestra secular tradición cristiana, es donde se va a llevar a cabo el análisis de aquellos conflictos.
- Y, en segundo lugar, porque –de acuerdo con el criterio expuesto por el profesor Fuad I. Khuri³⁰– “sería un error dar por sentado, como hacen muchos árabes y musulmanes, que el laico Occidente es irreligioso o que la secularización implica "irreligiosidad". Muchas leyes laicas occidentales, sobre todo respecto a los derechos individuales y familiares, proceden del cristianismo o parten de una interpretación cristiana”. Opinión que comparte el islamólogo Samir Khalil³¹ cuando reconoce que “aunque los europeos ya no sean cristianos en su totalidad, la mayoría se declara o se considera cristiana de fe, y se reconoce dotada de esa sensibilidad” de modo que incluso “el europeo agnóstico es culturalmente cristiano”.

²⁹ BARÓMETRO DEL CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOLOGICAS (CIS) [en línea]. [Fecha de consulta: 17 de septiembre de 2012]. Disponible en Internet: www.cis.es

³⁰ KHURI, F.I. *Imames y emires: ¿hermanos o ciudadanos?* En EDICIONS BELLATERRA, *Visiones del Islam. Diez años de la Biblioteca del Islam Contemporáneo*. Barcelona: Bellaterra, 2006, p. 99.

³¹ KHALIL SAMIR, S. *Cien preguntas sobre el Islam*. Madrid: Encuentro, 2003, p. 117.

En el **Capítulo I** se ofrece una visión de los encuentros y rechazos de Europa y el Islam desde el siglo VII, cuando los musulmanes conquistaron Jerusalén y Tierra Santa y surgió esa imagen estereotipada de los musulmanes y de Occidente que aún perdura arraigada en el subconsciente colectivo de ambas culturas. De ahí la trascendencia de conocer el origen y evolución de la tercera de las grandes religiones monoteístas, prestando una especial atención a cuáles son sus pilares, las fuentes del Derecho Islámico, sus escuelas jurídicas, la situación de los Derechos Universales y el legado jurídico que Occidente dejó en los Estados de mayoría musulmana durante el periodo colonizador.

Asimismo, en este apartado analizaremos la diversidad en el desarrollo de ambas sociedades: una autónoma (donde la comunidad se basa en la voluntad de sus miembros, lo que exige unos ciudadanos que también sean libres y responsables) y otra heterónoma (basada en unas reglas que los sujetos no pueden modificar ni reformar porque les han sido impuestas por la práctica irremplazable de Alá); es decir, como afirma Sartori³², frente a la “Gracia de Dios”, Occidente inició un lento proceso hacia la “voluntad de la Nación” que concluyó a finales del siglo XVIII, cuando los revolucionarios franceses sentaron las bases para diferenciar entre Iglesia y Estado; un proceso que no ha encontrado un fenómeno análogo en el mundo islámico.

Por ese motivo, este primer capítulo concluye con el reconocimiento de la libertad religiosa como derecho fundamental: su origen y evolución histórico-jurídica, su plasmación en el

³² SARTORI, G. *La democracia en treinta lecciones*. Madrid: Taurus, 2009, pp. 116-117.

constitucionalismo español y los principios comunes europeos que se encuentran en las distintas relaciones existentes entre Iglesia y Estado.

En el **Capítulo II** se presenta el **estatuto jurídico del Islam en la Unión Europea**, analizando el marco legal que Francia, Bélgica, Italia, Portugal, Reino Unido, Holanda, Alemania, Dinamarca y España reconocen a esta religión.

Más allá de los tres principios que comparten los Estados miembros de la Unión Europea (libertad religiosa, autonomía de las comunidades religiosas y cooperación entre el Estado y estas comunidades) no existe un modelo único a la hora de configurar las relaciones que mantiene cada país con sus ciudadanos musulmanes; y, como tendremos ocasión de reseñar, ninguno de estos países se configura como una clara referencia; por lo cual, tendremos que seleccionar algunos elementos individuales para conformar un patrón ejemplar donde el ejercicio de la libertad religiosa de estos creyentes sea plenamente efectivo en el marco que establece el ordenamiento jurídico.

A continuación, en los **capítulos III y IV**, tomando como referencia los dos primeros capítulos de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, los referidos a la **dignidad** y las **libertades** –“el ser humano, desde su dignidad propia crece gracias a procesos culturales de socialización, en un status de libertad”³³– se abordan en propiedad los ocho supuestos concretos, cuatro relativos a cada uno de estos dos valores, que están planteando conflictos en el

³³ ALLUÉ BUIZA, A. Libertad y seguridad en Europa. La protección del pluralismo y las experiencias de democracia militante. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 2006, nº 10, p. 235.

desarrollo de la libertad religiosa de las comunidades musulmanas en la Unión Europea.

Por lo que se refiere a la dignidad, analizaremos:

- Los **crímenes de honor**: una conducta social que hunde sus raíces en costumbres ancestrales de carácter cultural –no religioso– pero que, en Europa, se asocia con el Islam porque la mayoría de los casos registrados se han producido entre musulmanes o en estas comunidades de inmigrantes;
- **Las mutilaciones genitales femeninas**: considerada como una práctica tradicional nociva, esta convención social se vincula con la moralidad de determinadas culturas de todo el mundo y, al igual que sucedía en el conflicto anterior, tampoco responde a ningún precepto islámico; y
- **Las torturas y penas o tratos inhumanos o degradantes y la orientación sexual y la identidad de género**: dos situaciones que, habitualmente, son alegadas para determinar la condición de refugiado; en ambos casos, el sólido y coherente criterio que mantiene la jurisprudencia del Tribunal Supremo español coincide con el declarado por la posición común de la Unión Europea: corresponde a los solicitantes demostrar la existencia de temores fundados de ser perseguido por esos motivos, presentando los elementos necesarios para la apreciación de la veracidad de los hechos y las circunstancias alegadas.

En cuanto a las libertades, estudiaremos la problemática que ha generado la existencia de una pluralidad de escenarios jurídicos a la hora de ejercer el derecho a la libertad religiosa en torno a:

- **El asunto del velo:** desde el origen del conflicto a sus implicaciones en diversos ámbitos sociales: la presencia del pañuelo en las escuelas o el trabajo, la posibilidad de mostrarlo en las fotografías de la documentación oficial o las relaciones de las mujeres *veladas* con las administraciones; prestando una especial atención a la incipiente prohibición del uso de los velos integrales: burka y niqab;
- **Las consecuencias de la poligamia:** una institución jurídica que está tipificada como delito en todos los códigos penales europeos, que supone un límite infranqueable para la eficacia del derecho extranjero por oponerse al concepto de orden público y, sin embargo, produce efectos jurídicos en la jurisdicción social al prorratearse las pensiones entre las viudas del polígamo fallecido que causó el derecho a recibir esta prestación; asimismo, este modelo familiar plantea problemas al denegar la nacionalidad a un extranjero polígamo o el visado a la segunda esposa para que se reagrupe con la familia del marido y su primera mujer.
- **La observancia de los ritos funerarios musulmanes** provoca notables diferencias entre los países de la Unión Europea y dentro de la propia España, donde la policía sanitaria mortuoria es competencia autonómica, lo que supone que, en función de donde fallezca un musulmán, podrá ser enterrado cubierto

simplemente con un sudario que lo amortaje, sin ataúd, tal y como prescribe el rito musulmán, o no;

- Y, finalmente, la **construcción de mezquitas**: el epicentro de cualquier comunidad islámica no es solo un lugar de oración sino, sobre todo, un espacio de reunión y de convivencia; de ahí que la apertura de estos lugares de culto sea un buen indicador del nivel de asentamiento y consolidación de la población musulmana; pero, en España, el planeamiento urbanístico es competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas y, salvo alguna excepción, la normativa autonómica no otorga ninguna consideración especial a los espacios religiosos, enmarcándolos con otros equipamientos comunitarios, como los hospitales, colegios o polideportivos.

El ejercicio de la libertad religiosa –protegido por el Art. 9 del Convenio de Roma³⁴ de 1950– es *una de las bases de una "sociedad democrática" (...) y uno de los elementos más importantes que van a formar la identidad de los creyentes y su concepción de la vida*³⁵, como ha reiterado la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo; pero *aquellos que*

³⁴ TEDH. **Caso Oluic contra Croacia**, de 20 de mayo de 2010 (nº 61260/08, § 47) ha reiterado el criterio establecido por la jurisprudencia de la Corte europea al afirmar que “la Convención pretende proteger derechos que son “concretos y efectivos”, no “teóricos o ilusorios””; asimismo, el profesor Queralt ha señalado que: “La mayor parte de la doctrina defiende que la relación existente entre el texto convencional [se refiere al CEDH] y nuestra Constitución se basa en el principio de jerarquía, siendo la posición mayoritaria que el Convenio Europeo de Derechos Humanos es una norma infra constitucional pero supra legal”. QUERALT JIMÉNEZ, A. *Ob. cit.*, p. 195.

³⁵ TEDH. **Caso Kokkinakis contra Grecia**, de 25 de mayo de 1993 (nº 14307/88, § 31). Aunque el repertorio de la Corte se inició con el **Caso Lawless contra Irlanda**, de 1 de julio de 1961 (nº 332/57), la primera resolución que se dictó expresamente sobre el ejercicio de la libertad religiosa –como reconoce el propio texto de la resolución (§ 40)– fue esta condena a Grecia por reprender el proselitismo del señor Minos Kokkinakis; es decir, transcurrieron más de tres décadas hasta que un particular demandó a un Estado por violar el Art. 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

*opten por ejercer la libertad de manifestar su religión, (...) no pueden esperar librarse de toda crítica. Deben tolerar y aceptar que otros nieguen sus creencias religiosas e incluso que propaguen doctrinas hostiles a su fe; sin embargo, el modo en que se lleve a cabo la oposición o negación de las creencias y doctrinas religiosas es una cuestión que puede comprometer la responsabilidad del Estado, en particular, para garantizar el disfrute pacífico del derecho garantizado por el Art. 9 a los titulares de dichas creencias y doctrinas religiosas*³⁶.

Las comunidades musulmanas deben llevar a cabo un notable esfuerzo de aproximación y divulgación de los valores y principios básicos de los sistemas democráticos del *Viejo Continente*; solucionar el problema que conlleva su organización –al carecer de una jerarquía análoga a la de otras Iglesias– para que puedan expresarse con una sola voz y presentarse como interlocutora, asesora y representante ante las Administraciones y la propia sociedad civil en la que viven; y asumir que Europa no puede justificar cualquier pretensión en aras de lograr una convivencia porque –como ha reconocido Tariq Ramadan³⁷– “evidentemente” no se pueden aplicar “todos los principios y prescripciones generales instituidos por el Corán y la Sunna en el ámbito de los asuntos sociales. Las prescripciones específicas relativas al matrimonio, la muerte, la herencia, el comercio, el interés, etc. no están en vigor en Europa. Las naciones europeas se remiten a la vez a sus constituciones respectivas y a las cartas internacionales ratificadas, por ejemplo, por la ONU o por el Consejo de Europa”.

³⁶ TEDH. **Caso Otto Preminger Institut contra Austria**, de 20 de septiembre de 1994 (nº 13470/87, § 47).

³⁷ RAMADAN, T. *El Islam minoritario. Cómo ser musulmán en la Europa laica*. Barcelona: Bellaterra, 2002, p. 192.

Es importante que los propios musulmanes realicen un ejercicio de autocritica a la hora de plantear sus reivindicaciones, aunque el Corán los defina como *la mejor comunidad humana que jamás se haya suscitado* (C. 3, 110).

Como ha señalado el escritor egipcio Alaa Al-Aswany³⁸: “es verdad que la lectura retrógrada del Islam que hacen los wahabíes y que se ha extendido por el mundo islámico ayuda a arraigar una imagen injusta y errónea de nuestra religión. Tenemos la obligación de empezar por nosotros mismos. Debemos rescatar al Islam de todas las tonterías, falsedades e ideas retrógradas que se han asociado a él sin ninguna base”.

Desde que se inició este proceso de integración, en los años 50, hace tiempo que los musulmanes dejaron de ser aquellos extranjeros inmigrantes que venían a trabajar a Europa. Ahora forman parte de nuestra sociedad democrática y el objetivo que se plantea es lograr que participen en este proyecto común, para que puedan ejercitar su religiosidad pero “reconociendo y respetando nuestras diferencias”, como señaló el Papa³⁹ Juan Pablo II en un discurso que ofreció a los jóvenes marroquíes en Casablanca, en 1985; todo ello, en el marco del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura que caracteriza a los Estados de Derecho europeos.

A pesar de las legítimas diferencias que existen entre las culturas islámica y europea, actualmente contamos con *la posibilidad de resolver los problemas (...) mediante el diálogo, sin recurrir a la violencia,*

³⁸ ALAA AL-ASWANY [en línea]. [Fecha de consulta: 7 de septiembre de 2012] Disponible en Internet en: alaaalawany.maktoobblog.com

³⁹ GARCÍA DÍAZ, E. *Diccionario de Juan Pablo II*. Madrid: Espasa, 1997, p. 634.

*incluso cuando esta situación nos resulte desabrida*⁴⁰. Un recurso que aunque define a una sociedad democrática –y es ajeno a los regímenes teocráticos– tampoco debe entenderse como un valor absoluto: “cuando se habla de diálogo hay que precisar con quién se dialoga, bajo qué condiciones y hasta qué límite” porque “la avenencia no siempre es posible ni deseable”⁴¹.

Para conseguirlo, todas las Administraciones Públicas deben ser conscientes de la realidad social que nos rodea y comprender que, muchos de los conflictos que se analizan en esta investigación, podrían resolverse, simplemente, si se evitara una aplicación descoordinada del Derecho y, por razones de seguridad jurídica, no se incurriera en desigualdades.

Uno de los ejemplos más evidentes es la observancia de las exequias funerarias del Islam en España: el cuerpo de un musulmán puede ser enterrado –o no– en una sepultura, envuelto en un sudario, sin ataúd, en contacto directo con la tierra y mirando a La Meca en función de la política sanitaria mortuoria vigente en cada Comunidad Autónoma y, aun así, dependerá de que su Ayuntamiento le conceda la perceptiva autorización municipal; es decir, su derecho a recibir sepultura, sin discriminación por motivos religiosos, dependerá del lugar donde haya residido. Existen pocas muestras de mayor integración que desear ser

⁴⁰ TEDH. **Caso Partido Comunista Unificado de Turquía y otros contra Turquía**, de 30 de enero de 1998 (nº 19392/92, § 57).

⁴¹ PORTA, M. El diálogo como terapia buenista. En PUIG V. (coord.) *El fraude del buenismo*. Madrid: FAES, 2005, p. 26. En esta misma obra colectiva, Florentino Portero enfatiza la idea de que *para llegar a compromisos imposibles no podemos estar dispuestos a dejar de ser nosotros mismos, a renunciar a los principios que han dado sentido a nuestras sociedades* porque al dialogar con otra parte puede que ésta mantenga una posición tan ilegítima como ilegal. PORTERO, F. “Buenismo” y Alianza de Civilizaciones. En PUIG V. (coord.) *El fraude del buenismo*. Madrid: FAES, 2005, p. 47.

enterrado allí donde se ha vivido y que ese último contacto se realice respetando las creencias del difunto, de acuerdo con sus propios ritos.

No hay duda de que se trata de una ardua tarea pero, con el esfuerzo de todos, podremos alcanzar “una mayor cercanía y afinidad, mediante el entendimiento y la cooperación” –como señala el teólogo suizo Hans Küng⁴²– conociéndonos para superar resentimientos, falsos mitos y siglos de incompreensión y encontrar los valores humanos que tenemos en común todos los ciudadanos de esta Europa que, hace cinco siglos, inició “una gigantesca epopeya, la de la europeización y occidentalización del mundo”; de modo que, hoy en día, este pequeño rincón del planeta continúa siendo el “gran experimento político exitoso del siglo XX tras los terribles fracasos del comunismo y del fascismo (los otros dos grandes «experimentos» políticos europeos)”⁴³; un triunfo que –en todo caso– debe ser nuestra referencia, a pesar de las actuales incertidumbres.

⁴² KÜNG, H. *El Islam: Historia, Presente y Futuro*. Madrid: Trotta, 2006, p. 732.

⁴³ LAMO DE ESPINOSA, E. *Ob cit.* p. 24.

CAPÍTULO I

LOS ENCUENTROS Y RECHAZOS DE EUROPA Y EL ISLAM

“Cada una de las tres grandes religiones del Cercano Oriente” –como han señalado Josef van Ess y Hans Küng⁴⁴, recogiendo la opinión de la teóloga islámica Riffat Hassan– “tiene un punto neurálgico concreto que para sí misma no es negociable, pero para las otras dos es inaceptable. Tal punto es, para el judaísmo, la singular elección de Israel como pueblo de Dios (con la promesa de la tierra); para el cristianismo, la doctrina de Cristo como Hijo de Dios; y, para el islam la doctrina del Corán como palabra de Dios. Pero –como sigue diciendo la misma teóloga pakistaní– sobre estas cuestiones también se debe poder hablar”.

El nacimiento de la tercera de las grandes religiones monoteístas – tras el Judaísmo y el Cristianismo– revolucionó la situación del mundo durante la Alta Edad Media.

En poco más de un siglo –desde la muerte del profeta Mahoma en Medina, en el año 632– las tribus árabes propagaron la nueva fe por la Península Arábiga y el territorio de las dos grandes potencias que, en aquel tiempo, se disputaban el control de Oriente Medio: el Imperio Romano Oriental, de Bizancio (actual Estambul) y el Sasánida, de Ctesifonte (cerca de Bagdad), logrando que el poder de los Omeyya abarcara un inmenso territorio que se extendía desde Portugal hasta la India, bajo el control del califa de Damasco.

Con la llegada del segundo milenio, los turcos selyúcidas –recién convertidos al Islam– atacaron el Imperio Bizantino, Siria y Palestina y, con la fuerza que suele atribuirse a la fe de los conversos, su ejército conquistó los *Santos Lugares* de Jerusalén. La caída de *Tierra Santa*

⁴⁴ Van ESS, J. y KÜNG, H. *Islam y Cristianismo. El Cristianismo y las grandes religiones*. Madrid: Libros Europa, 1987, p. 55.

conmocionó a toda Europa logrando que los reinos cristianos superaran sus diferencias para reunir un ejército que hiciera frente común contra los llamados *infielos sarracenos*. Después de varias campañas militares – entre finales del siglo XI y principios del XIII hubo ocho Cruzadas– ambas culturas sentaron las bases sobre las que se configurarían sus relaciones a partir de entonces: los cristianos perdieron la guerra pero asumieron gran parte de los conocimientos que atesoraba el legado cultural islámico mientras los musulmanes, en cambio, ganaron en el campo de batalla pero terminaron aislados recordando su glorioso pasado y sin contacto con Occidente; así arraigaron los dos estereotipos que han perdurado hasta la actualidad⁴⁵:

- Para los seguidores de la media luna, aquellas luchas fueron la violenta agresión de unos pueblos bárbaros y atroces a los que consideraban culturalmente muy inferiores (“el mundo árabe, desde España hasta Iraq, era intelectual y materialmente, el depositario de la civilización más avanzada del planeta”)⁴⁶;
- Mientras en el *Viejo Continente* se configuró el cliché de que todos los musulmanes eran seres sanguinarios y amorales, creándose una leyenda que, en gran medida, ha perdurado en el subconsciente colectivo europeo y, por extensión, en todo el occidental.

Ese es el punto de vista que los cantares de gesta divulgaron por Europa, contribuyendo a inculcar una imagen distorsionada del Islam.

⁴⁵ MAALOUF, A. *Las Cruzadas vistas por los árabes*. Madrid: Alianza, 1999, p. 289. El escritor libanés aún se sorprende al descubrir “hasta qué punto la actitud de los árabes –y de los musulmanes en general– respecto a Occidente sigue, incluso hoy, bajo la influencia de los acontecimientos que se supone terminaron hace siete siglos”.

⁴⁶.MAALOUF, A. *Ob. cit.* p. 285

En la *Canción de Roldán*, el personaje del *juicioso* Oliveros – amigo del protagonista, Roldán (sobrino de Carlomagno)– exclama que ha contemplado “a los sarracenos de España: son tantos que cubren montes y valles, colinas y llanuras. ¡Poderosos son los ejércitos de esta turba extranjera y muy reducido el nuestro!” Una turba de musulmanes a los que el poema épico también descalifica como *felones* y *viles* en otros versos.

En relación con esta mala imagen, el arabista Serafín Fanjul⁴⁷ afirma que “las notas negativas con que se adorna a los moros en los escritos medievales, lastradas de extremosidad (...) resultan irreales precisamente por su exageración y suelen concentrarse en varios aspectos que conforman hasta nuestros días la noción popular –y no solo– española en torno a los árabes. No obstante, para ser equilibrados no puede pretenderse que todo se deba a pura invención y mala fe, postura tan extrema y desaforada como la contraria: nada surge de la nada y la confrontación y el roce permanente no podían por menos que originar de uno y de otro lado conceptos elementales y simplificaciones con las cuales fortalecer y justificar las posiciones y actos propios, en detrimento de la razón y de cualquier consideración humanitaria”.

En tiempos de Alfonso X *el Sabio*, Fanjul considera que “los contactos entre ambas culturas no pasaron del aprovechamiento de los valores prácticos de la cultura dominada por parte de la dominadora sin que ninguna reconociera jamás los valores morales o religiosos de la otra”.

⁴⁷ FANJUL, S. *Al Ándalus contra España. La forja del mito*. 2ª ed. Madrid: Siglo XXI, 2001, pp. 31-32 y 43.

Para muchos historiadores occidentales, la Edad Media se convirtió en Edad Moderna cuando los turcos entraron en Constantinopla en 1453; otros autores, sin embargo, consideran que ese momento llegó en 1492, con el fin de la Reconquista española y la caída del reino nazarí de Granada. En ambos casos, fueron dos enfrentamientos entre culturas que, a partir de la segunda mitad del siglo XV y comienzos del XVI siguieron caminos muy dispares: Europa volvió su mirada hacia los textos clásicos grecorromanos, surgió el Humanismo, Gutenberg imprimió el primer libro con caracteres móviles facilitando la divulgación del conocimiento, la economía dio signos de recuperación, desaparecieron los problemas demográficos de los siglos precedentes y los distintos países europeos empezaron a consolidarse ya como verdaderos Estados.

Como afirma el filósofo iraní Seyyed Hossein Nasr⁴⁸, mientras en Occidente, las leyes se fueron secularizando a partir del Renacimiento “y llegaron a ser consideradas como regulaciones siempre cambiantes, concebidas y definidas por la sociedad, que las elaboraba y desechaba en función de lo que dictaran las circunstancias. Con el ascenso de la democracia parlamentaria, los representantes del pueblo hacen y abrogan las leyes”; en cambio, para “la filosofía de la ley” en el Islam “Dios ha revelado Sus leyes a través de Sus profetas y la charía es la encarnación concreta de la voluntad divina”.

Zygmunt Bauman⁴⁹, de acuerdo con el filósofo Cornelius Castoriadis, identifica esta dualidad con los conceptos de sociedad autónoma (donde la comunidad se basa en la voluntad de sus miembros,

⁴⁸ NASR, S.H. *El corazón del Islam*. Barcelona: Kairós, 2007, pp. 134-135.

⁴⁹ BAUMAN, Z. *Europa. Una aventura inacabada*. Madrid: Losada, 2006, pp. 188-190.

lo que también exige unos ciudadanos autónomos; es decir, libres y responsables) frente a una sociedad heterónoma (basada en unas reglas que los sujetos no pueden modificar ni reformar porque les fueron impuestas; en este caso, por la *práctica irremplazable*⁵⁰ de Alá).

En este devenir histórico, cuando el emperador Constantino reconoció la libertad religiosa en el Edicto de Milán del año 313, el Derecho Romano continuó siendo el ordenamiento jurídico que regulaba la vida de los habitantes del Imperio mientras el Derecho Canónico se mantuvo como “el derecho interno de la Iglesia”⁵¹. El Derecho Islámico, en cambio, nunca ha sido un Derecho autónomo en el seno de una sociedad teocrática donde la religión forma parte consustancial de cualquier faceta de la vida de los creyentes.

Frente a la “Gracia de Dios”, Occidente inició un lento proceso hacia la “voluntad de la Nación”⁵² que concluyó a finales del siglo XIX, cuando los revolucionarios franceses sentaron las bases para diferenciar entre Iglesia y Estado. El Humanismo logró que el Derecho se desvinculara de la Fe, concibiéndolo como una obra de los hombres sin interferencias morales ni religiosas. Un proceso de laicización que no ha llegado a producirse en el Islam; por el contrario, en esta creencia no se discierne entre lo religioso y lo jurídico porque se trata de dos conceptos que están inexorablemente unidos en un marco más amplio de sumisión – significado de *Islam*, en árabe– a Dios. De ahí que el Derecho Islámico se

⁵⁰ Corán 48, 26: “Y encontrarás la práctica de Dios irremplazable”.

⁵¹ SARTORI, G. *La democracia en treinta lecciones*. Madrid: Taurus, 2009, p. 114.

⁵² SARTORI, G. *Ob cit.* pp.116-117.

pueda definir como la aplicación a los hombres de la ley de Dios, la charía⁵³, con la que Alá traza el camino correcto que se debe seguir.

Desde su origen en el siglo VII, la misma civilización musulmana que nos había legado el álgebra, la geometría analítica, la numeración decimal, los logaritmos, las novelas, la guitarra, la cirugía o la rotación de la tierra sobre su eje, de pronto, entró en un profundo declive tan difícil de comprender como el rápido proceso que le llevó a su antiguo esplendor. Para Maalouf, “el pueblo del Profeta había perdido (...) el control de su destino (...) y era incapaz de crear instituciones estables”⁵⁴; por su parte, el escritor paquistaní Ziauddin Sardar considera que “no cabe duda de que la merma del espíritu intelectual contribuyó al declive del Islam; no obstante, la hostilidad de Occidente así como el colonialismo, contribuyeron a la decadencia de la civilización musulmana”⁵⁵.

Aunque ambas culturas venían arrastrando conflictos desde las Cruzadas, el acontecimiento que marcó una huella indeleble en el mundo musulmán, obligándole a realizar cambios irreversibles, ocurrió en 1798 cuando las tropas de Napoleón invadieron Egipto. Fue entonces cuando los países musulmanes tomaron conciencia de que “tecnológicamente y como organización política estaban en unas condiciones infinitamente

⁵³ Al respecto, es muy significativa la opinión de la Corte en la decisión **Kalifatstaat contra Alemania**, de 11 de diciembre de 2006 (nº 13828/04), al afirmar que: *la charia es incompatible con los principios fundamentales de la democracia, tal y como resultan de la Convención*; reiterando el mismo criterio que mostró en el **caso Refah Partisi y otros contra Turquía**, de 13 de febrero de 2003 (nº 41340/98, § 123): *La Corte está de acuerdo con el análisis realizado [por el Tribunal Constitucional turco] en cuanto a la incompatibilidad de la charía con los principios fundamentales de la democracia, como se concibe en la Convención*.

⁵⁴ MAALOUF, A. *Ob. cit.* p. 286.

⁵⁵ SARDAR, Z. y DAVIES, M.W. *Inshallah. Comprender el Islam*. Barcelona: Intermón Oxfam, 2004, p. 104.

inferiores”⁵⁶ que Europa, a la que –a pesar de todo– seguían considerando como moralmente inferior.

Hasta ese momento, “la estructura de los estados musulmanes, así como la sociedad, se había mantenido fundamentalmente estática”⁵⁷ lo que explica que la charía pudiera adaptarse al paso de tiempo; pero, a raíz de la invasión napoleónica de finales del siglo XVIII, muchos gobernantes musulmanes –que querían desprenderse del férreo control otómano– intentaron crear sus propios Estados, siguiendo los modelos europeos, pero fracasaron en el intento por dos motivos principales:

- Por un lado, porque carecían de una estructura básica para construir una Administración Pública, elemento imprescindible para organizar un Estado; y,
- Por otro, porque les faltaba el presupuesto necesario para sostener todos los gastos que suponía imitar a Europa, con unos costes inasumibles para sus arcas.

En algunos casos, los intentos por implantar estas reformas sólo consiguieron el efecto contrario: debilitar las estructuras económicas, políticas y administrativas hasta el punto de acelerar su declive. Ocurrió en el Imperio Otómano con la llamada *Tanzimat*, que en turco significa *regulación y organización*; una política de renovación que el sultán llevó a cabo, entre 1839 y 1876, a todos los niveles, en un intento de modernizarse ante la presión de las potencias occidentales, dando

⁵⁶ JOFFE, E.G.H. Federalismo y minorías en los países del Oriente Medio y del norte de África. *Revista de Estudios Políticos*, 1986, nº 54, p. 65.

⁵⁷ COULSON, N.J. *Historia del Derecho Islámico*. Barcelona: Bellaterra, 1998, p. 159.

cohesión a un vasto territorio mediante un voluminoso código civil de 1.851 artículos –el *Mecelle* o *Mejelle*– que recopiló el jurista Ahmed Jawdat Pashá y que, durante el siglo XX, aún estuvo en vigor en numerosos países de Oriente Medio (Turquía, Líbano, Siria, Chipre, etc.).

Aunque desde el siglo XIX, el contacto entre ambas civilizaciones se fue estrechando, cada vez más, la cultura occidental se asentaba sobre instituciones que eran completamente ajenas a las costumbres islámicas y a su propio Derecho. Con esa base tan frágil, fue inevitable el conflicto entre las normas tradicionales de estos países y las necesidades de las sociedades musulmanas que trataban de organizarse de acuerdo con las leyes y los valores occidentales.

La solución que pareció más adecuada consistió en armonizar aquellos códigos de las metrópolis con los principios de las tradiciones musulmanas, llegando a reemplazar la ley islámica por otras normas de corte occidental. Como resultado, el Derecho de las potencias coloniales europeas se transcribió a los nuevos ordenamientos de Egipto, Turquía, Líbano, Siria, Libia o Indonesia. Los ejemplos más evidentes fueron la notable influencia del Código Civil francés (o Código de Napoleón, de 1804) en su homónimo de Egipto o la plena literalidad del suizo, redactado por el jurista Eugen Huber en 1907, en los artículos del Código Civil de Turquía de 1926 (como había sucedido anteriormente con sus Códigos de Comercio y Penal, basados en los franceses) pero no fueron dos casos aislados: ocurrió con Italia en la codificación libia o con Holanda, en la indonesia; y, con el tiempo, abriría las puertas a una segunda generación de códigos (en Jordania, Túnez, Líbano...) influidos

a su vez por las recopilaciones egipcia y turca y –por lo tanto, indirectamente– también, por Europa.

“En esto consistió la grandeza del movimiento reformista que se desarrolló durante aquel periodo” –como reconoció el islamólogo Samir Khalil Samir⁵⁸– “en la capacidad de asimilar la cultura y la civilización occidentales conciliándolas con la tradición islámica” al inspirarse en el Código napoleónico y en la Constitución suiza, para adaptarlos a un contexto islámico y que algunos Estados de Oriente Medio redactaran sus propias constituciones.

Cuando las potencias coloniales empezaron a reconocer la independencia de los Estados musulmanes, éstos apenas tenían experiencia democrática, no conocían otra Administración más que el modelo heredado de la metrópoli y carecían de recursos económicos, infraestructuras y medios humanos o técnicos. Una difícil situación que se agravó con los enfrentamientos heredados por las fronteras que trazó la rebatiña de las antiguas potencias, las corrientes secesionistas, las luchas por hacerse con el poder y los conflictos internos en los que subyacían luchas étnicas o interreligiosas.

Con la llegada de la independencia, la estructura jurídica de muchos de aquellos jóvenes Estados se inspiró en el modelo occidental – repúblicas o monarquías– reflejándose en sus leyes fundamentales (DUSTUR) más antiguas:

- La Ley Orgánica de Túnez, de 1861 –la primera que se promulgó en un país musulmán– comenzaba con una declaración de los derechos fundamentales de los tunecinos (en

⁵⁸ KHALIL SAMIR, S. *Cien preguntas sobre el Islam*. Madrid: Encuentro, 2003, p. 62.

España, por establecer una correlación temporal, esa declaración no llegó a redactarse hasta la Constitución Democrática de la Nación Española de 1869, ocho años más tarde);

- La Constitución *non-nata* de Siria (1920) previó la división de poderes y la libertad de cultos, estableciendo que todos los sirios tenían los mismos derechos y obligaciones por ser iguales ante la ley (una idea innovadora, teniendo en cuenta las tradiciones jurídicas islámicas);
- En 1923, a pesar de no tener ninguna tradición parlamentaria, Egipto aprobó su primera Constitución inspirada en la de Bélgica; estableció un sistema bicameral, enumeró los derechos y deberes de los egipcios y garantizó la libertad para practicar otros cultos distintos al Islam... pero el rey acabó concentrando tantas prerrogativas en sus manos que, en 1930, fue sustituida por una nueva aún más monárquica.
- La primera constitución iraquí dedicó catorce artículos a establecer los derechos y libertades civiles, en 1925;
- En 1945, el preámbulo de la Ley Fundamental de Yakarta (*Jakarta Charter*) incluyó la filosofía indonesia de los cinco principios –o *Pancasila*, en sánscrito– como forma de unificar el mayor país musulmán del mundo (con 240.000.000 de habitantes): 1) Creencia en un Dios Supremo (se decidió incluir el término *Dios* en lugar del inicial *Alá*, para garantizar la libertad religiosa; algo fundamental en un crisol de miles de islas donde la inmensa mayoría musulmana convive con

importantes minorías animistas, cristianas, budistas e hinduistas); 2) Respeto al ser humano; 3) Unidad del país, 4) Democracia basada en las deliberaciones de los representantes del pueblo y 5) Justicia social, compartiendo el bienestar entre todos, de forma equitativa; protegiendo a los débiles y garantizando el imperio de la justicia.

Otros países, en cambio, se distanciaron de aquella apariencia de Derecho Occidental como Arabia Saudí que, ya en 1926, proclamó que las leyes del reino deberían dictarse en armonía con el Corán y la Tradición. Posteriormente, las constituciones de Kuwait (1962), Catar (1970), los Emiratos Árabes Unidos (1971) y Bahrein (1973) consideraron a la charía como su fuente normativa. Ese rechazo a la existencia de una legislación laica, ajena al hecho religioso, hace muy difícil que el Corán –y los hadices– dejen de ser la fuente suprema de estos ordenamientos, en lugar de una *Carta Magna*, como sucede en el ámbito occidental.

¿Qué problema conllevó la mera transcripción de normas occidentales en los países musulmanes? Lógicamente, no se puede tratar de implantar un ordenamiento –con sus correspondientes instituciones (juzgados y tribunales, Parlamento, Gobierno, Tribunal Constitucional, Defensor del Pueblo, partidos políticos, etc.)– si al mismo tiempo no se aceptan los principios y valores que inspiraron aquel conjunto de leyes, con todas sus consecuencias: soberanía nacional, división de poderes, libertad religiosa, igualdad entre hombres y mujeres, derecho a la vida y

a la integridad física o moral... Elementos básicos que no encajaron con la ley islámica.

El escritor Nathan J. Brown⁵⁹ piensa que muchos países musulmanes tienden a “elaborar códigos legales inoperantes, como sucede con las propias constituciones árabes que, en su mayoría, fijan la charía como fuente primordial de derecho mientras que sus ordenamientos jurídicos suelen estar basados en ligeras adaptaciones de códigos legales europeos”, como mencionamos anteriormente. En esta misma línea, otros autores⁶⁰ opinan que “cuando se observa la realidad constitucional de aquellos países en los que el Islam es el sustrato religioso y jurídico de su historia común, llama la atención la evidente carga ideológica de la mayoría de sus constituciones, que son más una declaración de intenciones” –y no siempre cumplidas– “que un ordenamiento con las reglas para que funcione el Estado”.

El proceso que se produjo, durante la etapa colonial, para tratar de occidentalizar a los países musulmanes dio paso, en los años 70, al movimiento contrario: la reislamización de una sociedad que no concebía su fe como una mera religión sino como un sistema político y de gobierno que, después de intentar emular los valores europeos, se apartó de aquellas instituciones y normas que le eran ajenas, volviendo a su tradición y a sus costumbres, como modelo de su orden social y moral. Este regreso a los orígenes se vio agravado por otros acontecimientos históricos que aún están recientes y muchos, aún, permanecen sin cicatrizar: La creación del Estado de Israel, en 1948; las contundentes

⁵⁹ BROWN, N. J. *Constitutions in a nonconstitutional world. Arab basic laws and the prospects for accountable government*, Nueva York: Suny Press, 2002.

⁶⁰ LÓPEZ GARCÍA, B. y FERNÁNDEZ SUDOR, C. *Introducción a los regímenes y constituciones árabes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1985, pp. 4, 6 y 7.

derrotas sufridas por Egipto, Siria, Jordania, Iraq y El Líbano en las sucesivas guerras árabo-israelíes (Suez, Seis días, Yom Kipur, etc.); el enquistamiento del conflicto palestino o las dos Guerras del Golfo (Irán contra Iraq y la invasión iraquí de Kuwait, con la posterior ocupación aliada de su territorio). Todo ello, acabó minando, especialmente, al nacionalismo árabe de Oriente Medio, radicalizando la postura de numerosos grupos que empezaron a buscar el regreso a esa utopía de comunidad islámica llamada UMMA.

En ese contexto, el escritor egipcio Alaa Al-Aswany ha señalado – al comentar en una entrevista⁶¹ cuáles eran las claves de la reciente revolución de la *Primavera árabe* en su país– qué es lo que él admira de Occidente: “la protección que las leyes ofrecen a todo ciudadano frente a los abusos del poder (...) Lo peor de la vida bajo un régimen despótico es la sumisión a los abusos de funcionarios, sean profesores o policías, que reproducen a su nivel el ejemplo que viene de lo alto (...) Junto al despotismo y la corrupción, el otro gran tema que le preocupa es la lectura empobrecedora de la religión que se ha extendido en Egipto durante las últimas décadas, de la mano de predicadores financiados por los petrodólares saudíes. La esencia del Islam estriba (...) en la defensa de la verdad, la justicia y la libertad, pero el Islam que muchos predicán se reduce al cumplimiento formal de unos ritos”.

⁶¹ AVILÉS, J. Crítica del libro *Egipto. Las claves de una revolución inevitable*, de Alaa Al-Aswany. En: *Revista El Cultural*, 15 de julio de 2011, p. 21.

1. EL ISLAM

1.1) Su origen y los cinco pilares (IBADAT): Según *L'Osservatore Romano*⁶², uno de cada cinco habitantes de la Tierra profesa esta religión; es decir, casi el 20% de la población de nuestro planeta es musulmana. Hoy por hoy, es la fe con mayor número de fieles y, por Estados, de los 193 países reconocidos por las Naciones Unidas, 57 forman parte de la Organización de la Conferencia Islámica⁶³, el segundo organismo internacional, por número de miembros, tras la propia ONU.

El origen del Islam se remonta a los años 610 y 632 de nuestra era, cuando el arcángel Gabriel transmitió al profeta Mahoma (Muhammad ibn Abdallah) las revelaciones de Dios que, posteriormente, se recopilaron en el Corán. Desde entonces, este sencillo credo (Alá – considerado por los musulmanes como Dios creador único de toda la Humanidad– dirige el mundo hasta el día del Juicio Final en que se juzgarán las almas para que vayan al Paraíso o al Infierno) se basa en la idea comunitaria de constituir *una comunidad que llame al bien, ordenando lo que está bien y prohibiendo lo que está mal*⁶⁴ –un deber que, según el profesor Buendía⁶⁵, “oculta un concepto islámico de la moral pública que, en teoría, faculta a todo musulmán para exigir el

⁶² BBC [en línea]. [Fecha de consulta: 1 de abril de 2008]. Disponible en Internet: http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/misc/newsid_7322000/7322634.stm “Por primera vez en la historia ya no estamos en la cima: los musulmanes nos han superado”, comentó monseñor Vittorio Formenti en una entrevista que publicó este diario vaticano.

⁶³ Los 57 miembros de la OCI son: Afganistán, Albania, Arabia Saudí, Argelia, la “Autoridad Palestina”, Azerbaiyán, Bahréin, Bangladesh, Benín, Brunéi, Burkina-Faso, Camerún, Catar, Chad, Comores, Costa de Marfil, Egipto, Emiratos Árabes Unidos, Gabón, Gambia, Guinea, Guinea-Bissau, Guyana, Indonesia, Irán, Iraq, Jordania, Kazajistán, Kirguizia, Kuwait, Líbano, Libia, Malasia, Maldivas, Malí, Mauritania, Marruecos, Mozambique, Níger, Nigeria, Omán, Pakistán, Senegal, Sierra Leona, Siria, Somalia, Sudán, Surinam, Tayikistán, Togo, Túnez, Turkmenistán, Turquía, Uganda, Uzbekistán, Yemen y Yibuti.

⁶⁴ Corán, 3, 104.

⁶⁵ BUENDÍA, P. La Declaración de los Derechos Humanos en el Islam. En MARTÍN DE LA GUARDIA, R. y PÉREZ SÁNCHEZ, G. A. (dirs.) *Los Derechos Humanos. 60 años después (1948-2008)*. Valladolid: Instituto de Estudios Europeos, Universidad de Valladolid, 2009, p. 279.

cumplimiento de los preceptos religiosos en cualquier circunstancia en la que se encuentre ausente la autoridad legal”– así como en cinco pilares (IBADAT) que constituyen las obligaciones de culto individuales de cada musulmán:

- La CHAHADA es la profesión de fe con la que los fieles rezan que *Sólo hay un Dios y Mahoma es su enviado*; reconociendo, de este modo, el monoteísmo de Alá (frente a los cultos anteriores al Islam, que eran politeístas) y el carácter profético de Mahoma. Como curiosidad, este es el texto que aparece escrito en blanco sobre el fondo verde de la bandera saudí. Convertirse al Islam es tan sencillo como recitar esta chahada, delante de dos testigos, y cumplir con los otros cuatro deberes; en cambio, renegar de esta religión para convertirse a otro credo, se considera apostasía (RIDDA) y es uno de los peores delitos que puede cometer un musulmán; de modo que el Corán condena *a los que apostasen de su fe y mueran como infieles a morar en el fuego eternamente*⁶⁶.
- Con la oración (SALAT o azalá) se muestra la devoción a Dios, rezando cinco veces al día que coinciden, aproximadamente, con la aurora, el mediodía, la tarde, el ocaso y la noche; para alabarlo y mostrar la fidelidad del creyente [que debe orar de acuerdo con unas reglas de pureza en cuanto a su aseo (abluciones), vestimenta y orientación a La Meca].
- El ZAKAT o azaque es un impuesto que se paga anual y obligatoriamente. Es la llamada *obligación para con los pobres*.

⁶⁶ Corán, 2, 217.

- El ayuno (o SAUM) lo realizan los musulmanes adultos y sanos, durante el mes de Ramadán, absteniéndose de ingerir alimentos, tomar bebidas, fumar o mantener relaciones sexuales entre el orto y el ocaso del sol. Y, finalmente,
- El HACH o peregrinación a los lugares sagrados de La Meca; que deben realizar, al menos una vez en la vida, quienes tengan medios económicos y fortaleza física para afrontar este viaje.

Cuando murió Mahoma, sus sucesores recibieron el cargo de CALIFAS como máxima autoridad espiritual y política. Los cuatro primeros fueron Abú Bakr (suegro del profeta), Omar (también suegro, debido a que Mahoma se casó una decena de veces), Uzmán (yerno) y Alí (primo carnal y yerno); a partir del cual se fracturó la comunidad musulmana (UMMA), a mediados del siglo VII, en un cisma (FITNA) que lo escindió en dos grandes doctrinas:

- La mayoría **suní** prefirió continuar con el ejemplo (SUNNA) de Mahoma y elegir al quinto califa entre los mejores miembros de las tribus (Moavia I, primo de Uzmán). A partir de entonces, la autoridad del califato pasó por distintas dinastías (omeya, abasí, fatimí y otómana) hasta que fue abolido el 3 de marzo de 1924 por Turquía. Puntualmente, surgen voces que defienden la recuperación de la institución del califato para que todo el Islam pueda expresarse con una única voz⁶⁷ y –salvando las

⁶⁷ TEDH: Al respecto, es muy significativo el **caso Kalifatstaat contra Alemania**, de 11 de diciembre de 2006 (nº 13828/04). El objetivo de los denunciantes era reestablecer el califato, abolido por Kemal Ataturk en Turquía, en 1924; creando un Estado islámico basado en la charía, primero en Anatolia y, después, en el resto

distancias— que haya una figura análoga a la del Papa en la Iglesia Católica⁶⁸. Hoy en día, los suníes representan al 85% de los musulmanes y su convivencia con los chiíes no siempre resulta fácil⁶⁹.

- La minoría **chií** buscó la legitimidad de la sucesión en Hasan y Huséin, hijos de Alí y Fátima y, por lo tanto, nietos de Mahoma. De esta forma, los partidarios (CHÍA) de la familia de Alí encontraron a sus guías (IMÁN) en los descendientes del segundo de esos niños, pero terminaron ramificándose en duodecimanos, ismaelíes, zaidíes y alauíes, con sus correspondientes subgrupos. En el siglo IX, el duodécimo imán —al Muntazar— se ocultó y desapareció. Los chiíes esperan que el *bien guiado* (MAHDI) regrese y esta creencia se ha convertido en una de sus principales discrepancias con los suníes con quienes comparten el mismo dogma pero con distinta doctrina (veneran a sus santos, pueden disimular su fe, rezan sólo 3 veces a día, conceden más autonomía al individuo, su doctrina es más dinámica, etc.). Actualmente, el 15% de los musulmanes son chiíes.
- De ellos surgió una tercera doctrina, muy minoritaria, en el año 657: los **jariyíes** (secesionistas) que fueron quienes mataron al califa Alí.

de todos los países. El mismo fin que se perseguía la asociación de la **decisión Hizb ut-Tahrir y otros contra Alemania**, de 12 de junio de 2012 (nº 31098/08).

⁶⁸ El escritor libanés Amin Maalouf considera que en el mundo musulmán *ninguna autoridad incontestable puede decir si los talibanes afganos representan una visión justa o equivocada de la fe*.

⁶⁹ Al respecto, Bahrén e Iraq son dos buenos ejemplos de los enfrentamientos que mantienen los dos brazos de Alá: chiíes y suníes.

A diferencia de la jerarquía católica, el Islam mayoritario –el suní– carece de una estructura similar, no tiene sacramentos (el matrimonio, por ejemplo, no es una ceremonia religiosa sino un contrato celebrado ante dos testigos) ni tampoco ordena sacerdotes (por mantener la analogía con el Catolicismo). El imán es quien dirige la oración (SALAT o AZALÁ) en las mezquitas u oratorios y no requiere para ello de ninguna formación específica; simplemente, es elegido por su propia comunidad de fieles. Esta situación suele preocupar a los Estados occidentales por temor a que los imanes utilicen el púlpito (MIMBAR) para divulgar tesis fundamentalistas. Asimismo, entre los suníes, cuando una persona alcanza un determinado estatus personal y sus convecinos lo respetan y le tienen en cuenta por sus conocimientos –que habitualmente aprendió en alguna escuela (MADRASA⁷⁰)– se le denomina ULEMA.

Para los chiíes, un ulema tiene la formación jurídica necesaria que le permite interpretar las leyes religiosas e incluso fijar unas normas de conducta; habitualmente, se le llama MULÁ. Entre los imanes, ulemas y mulaes que hemos visto, no existe ningún grado de jerarquía. Donde sí que existe un organigrama clerical es entre los chiíes duodecimanos, cuando un imán puede llegar a merecer la distinción de GRAN AYATOLÁ (o cualquiera de los otros seis grados inferiores). Sin duda, el ayatolá Jomeini ha sido el más conocido en Occidente.

Un supuesto especial es el de los MUFTÍES (sean suníes o chiíes). Son expertos en materia jurídico-religiosa y responsables de emitir un dictamen a requerimiento de una persona sobre cualquier tipo de asunto

⁷⁰ Al respecto, el historiador escocés William Dalrymple ha señalado, hablando de las madrasas de Pakistán, que estas escuelas son “todo un sistema de educación gratuita islámica paralelo al moribundo sector estatal”. DALRYMPLE, W. En el corazón de las madrasas. *Revista de Occidente*, 2006, nº 298, p. 95.

(doméstico o de organización de la vida política). Esas resoluciones son las FETUAS. La más conocida fue la que condenó a muerte al escritor Salman Rushdie por escribir el libro de *Los versos satánicos* pero, habitualmente, ese dictamen no es una “forma de intimidación”⁷¹ sino una opinión legal, el modo de resolver cualquier supuesto que se le plantee al muftí y cuya decisión deberá justificar de acuerdo con la doctrina de la escuela jurídica a la que pertenezca.

“El Islam” –como ha señalado Sartori– “nunca ha llegado a ser una Iglesia unitaria y ni siquiera –para ser exactos– una iglesia en nuestra acepción del término”. Para este pensador italiano, “cuando la religión se basa en una estructura jerárquica establecida”, se pierden dos elementos de fuerza que sí que se dan en las comunidades musulmanas: una “naturaleza fuertemente policéntrica” y horizontal que da lugar a “un enraizamiento capilar social que se salda con una intensa coralidad colectiva”⁷².

1.2) Las fuentes del derecho Islámico (USUL): Si en el ordenamiento jurídico español, el Art. 1.1 del Código Civil establece nuestro conocido sistema de fuentes: ley, costumbre y principios generales del derecho; en los países musulmanes, para conocer la ley sagrada y aplicársela a los hombres –es decir, el Derecho Islámico– el fiqh de la mayoría suní se basa en cuatro fuentes: dos primarias (el Corán y los hadices) y dos secundarias (el ichmá y el quiyás):

⁷¹ ROY, O. *El Islam mundializado*. Barcelona: Bellaterra, 2002, p. 89.

⁷² SARTORI, G. *La sociedad multiétnica. Extranjeros e islámicos*. Madrid: Taurus, 2002, pp. 20-21.

1.2.a) *El Corán*⁷³: el primer califa, Abú Bakr, fue quien ordenó reunir las revelaciones que Dios le hizo al profeta para que cuando fallecieran sus compañeros, no desapareciera ninguno de los pasajes que se recitaban de memoria; a su muerte, una de las esposas de Mahoma, Hafsha (hija de Omar, el segundo califa) conservó aquellas lecturas y, a partir de esta base, fue Uzmán (tercer califa) quien terminó de compilar el libro sagrado hacia el año 650, para que no se dispersara la palabra de Dios y todos los creyentes pudieran recitar lo mismo. En este punto, aunque los chiíes aceptan el texto sagrado (no existe un Corán suní y otro chií) consideran que Uzmán omitió la importancia de Alí (cuarto califa) y de su familia.

Para todos los musulmanes, el texto coránico es –esencialmente– un libro religioso –no jurídico, aunque sí incluye algún contenido legal, como veremos a continuación– que ensalza los atributos de Dios y las virtudes del conocimiento. Se escribió en una prosa rimada (SACH) que se recita para encontrar a Dios meditando en árabe. Esta es la única lengua que se utiliza en las ceremonias litúrgicas a pesar de que este pueblo sólo represente al 18% de los musulmanes; es decir, el 82% restante –que puede tener un origen variado: turco, indonesio, subsahariano, paquistaní, iraní o albanés, etc.– rezan en aquel idioma porque las traducciones sólo tienen valor didáctico, no se pueden emplear en la liturgia.

La palabra de Alá se estructura en 114 capítulos (SURAS o azoras), cada una con su propio título (*Las mujeres, El viaje nocturno, El*

⁷³ Al respecto, la edición en árabe más utilizada es la oficial que se publicó en El Cairo, en 1923. En castellano existen numerosas versiones pero, quizá, la más prestigiosa es la que Julio Cortés tradujo y anotó en 1986 para Herder Editorial. Todas las citas coránicas de esta investigación se han extraído de ella. CORTÉS, J. *El Corán*. 2ª ed. Barcelona: Herder, 2007.

arrepentimiento...) que –a excepción de la 1ª sura– comienzan con la misma fórmula (BASMALA) de *En el nombre de Dios, el Compasivo, el Misericordioso*. Tienen una extensión muy variada que no se ordena cronológicamente sino de mayor a menor longitud (salvo, de nuevo, la primera plegaria); algo habitual en aquel tiempo: en el Nuevo Testamento ocurre lo mismo con todas las cartas de san Pablo. A su vez, las azoras se dividen en más de 6.200 versículos (ALEYAS) que aparecen numerados. En total, casi 78.000 palabras.

En cuanto su contenido jurídico; aunque se trata de la primera de las cuatro fuentes del Derecho Islámico, sólo unas 80 aleyas –ni un 2% del texto– hacen referencia, más o menos expresa, a normas relacionadas con diferentes ámbitos del Derecho: civil (sobre matrimonio, sucesión o herencias); mercantil (reglas de comercio, depósitos y préstamos), penal (robos, homicidios, calumnias, adulterios...), fiscal (prohibiendo la usura) e incluso internacional (hablando de la guerra y la paz).

Como el Corán se redactó a mediados del siglo VII, durante las siguientes centurias –mientras el Islam se extendía desde Arabia– la vida de las primeras comunidades musulmanas se vio en la necesidad de tener que crear una aplicación práctica: una ciencia jurídica o jurisprudencia, que se llama FIQH. Ésta clasifica todas las acciones que las personas pueden llevar a cabo en obligatorias, recomendables, permitidas, reprobables o prohibidas pero, como existen diversas escuelas jurídicas, cada una puede dar su propia interpretación y no ser todas coincidentes; por ejemplo, el debate abierto sobre si una mujer puede dirigir la oración de los fieles en igualdad con un imán masculino. De esta forma, el fiqh

interpreta y aplica el conjunto de leyes islámicas: la charía⁷⁴; ésta se basa en el propio Corán pero también en la SIRA (biografía de Mahoma que nos ayuda a comprender el contexto histórico y sus intenciones) y, sobre todo, en el ejemplo de la Tradición, una exhaustiva recopilación tanto de lo que hacía el profeta (SUNNA) como de sus declaraciones (HADIZ).

1.2.b) Los hadices: son la segunda fuente legal del Islam. El experto italo-egipcio Samir Khalil Samir los ha definido de un modo muy gráfico: “el Corán es la lengua de Dios, mientras que los hadices son la lengua de Mahoma”⁷⁵. Reúnen lo dicho y hecho personalmente por el profeta, sus compañeros y los primeros califas. Es un derecho consuetudinario que unido a la Sira dio lugar a la Sunna, tradición que ya estudió el imán al-Chafii en el siglo IX y que, en los cuatro siglos posteriores, se compiló en seis grandes recopilaciones. Su temática es muy variada, desde asuntos espirituales (como ritos o dogmas) hasta cuestiones relacionadas con cualquier asunto del día a día [qué alimentos son HALAL y están permitidos, cómo se realiza una transferencia de fondos (HAWALA) basada en la confianza o temas de la dote de un matrimonio, etc.). La fiabilidad de un hadiz depende de su cadena de transmisión a lo largo de los años; de ahí que se hable de hadices ciertos,

⁷⁴ Al respecto, debe tenerse en cuenta que en los casos **Refah Partisi y otros contra Turquía**, de 13 de febrero de 2003 (nº 41340/98, § 123) y **Kalifatstaat contra Alemania**, de 11 de diciembre de 2006 (nº 13828/04), la Corte de Estrasburgo ha reiterado que la charía es *incompatible con los principios fundamentales de la democracia, tal y como resultan de la Convención*. En el primer asunto, el TEDH reconoció que los principios fundamentales de la democracia, tal y como se conciben en la Convención de 1950, resultan difícilmente conciliables con la introducción de la charía, al entender que la ley islámica es un fiel reflejo –permanente e invariable– de los dogmas y reglas divinas que establece la religión; lo que supone que algunos principios, como el pluralismo en la esfera política o la constante evolución de las libertades públicas, no tengan cabida en ella; en especial, cuando se aparta de los valores que proclama el Convenio en materias como la legislación penal y el enjuiciamiento criminal, las normas relativas a la condición jurídica de las mujeres o el modo en que los preceptos religiosos intervienen en todas las esferas de la vida pública y privada.

⁷⁵ KHALIL SAMIR, S. *Cien preguntas sobre el Islam*. Madrid: Encuentro, 2003, p. 31.

aceptables, endebles, falsos y apócrifos en función de si se ha podido autenticar su “engranaje” hasta llegar al profeta o su círculo de primeros fieles. A lo largo de esta tesis prestaremos una especial atención a la recopilación de hadices que reunió el imán Sahih al-Bujari⁷⁶ en el siglo IX.

Por su parte, los chiíes también cuentan con sus propias fuentes que, como es lógico, destacan el papel desempeñado por Alí y su familia; a estos hadices, codificados en cuatro libros, se les denomina los AJBAR.

1.2.c) El ichmá: se recurre a esta fuente secundaria cuando no se encuentran referencias ni en el Corán ni en los hadices a la hora de dilucidar si una determinada acción es lícita o no. La tercera fuente del Derecho Islámico acude a la opinión de los eruditos (MUCHTAHIDINES) para determinar la correcta interpretación de las otras dos fuentes anteriores. Trasladándolo a un concepto occidental, podríamos decir que estos especialistas sientan jurisprudencia sobre cómo se debe aplicar la charía, utilizando un sistema interpretativo (el ICHTIHAD), con el que se logra el consenso (ICHMÁ) de esos sabios legales; un acuerdo consensuado que puede ser tácito o explícito.

1.2.d) El quiyás: por último, cuando el Corán, los hadices o el ichmá no han hallado una solución, se utiliza el razonamiento analógico de la QUIYÁS; por ejemplo, cuando se planteó si se prohibía el consumo de drogas, ninguna de las tres primeras fuentes encontró una respuesta; en

⁷⁶ ISLAM HOUSE [en línea]. [Fecha de consulta: 1 de enero de 2012]. Disponible en Internet: http://d1.islamhouse.com/data/es/ih_books/single/es_Sahih_Al-Bujari_Version_para_imprimir.pdf

cambio, se recurrió a la analogía y se llegó a un supuesto similar: el alcohol. Como el Islam prohíbe ingerir vino o cualquier bebida alcohólica, se estimó que los estupefacientes tendrían los mismos efectos y por eso se consideraron un acto HARAM (prohibido). La analogía es una técnica habitual del Islam más tradicional.

En cuanto a los chiíes, también se basan en el Corán y en sus propios hadices, pero –al tener un carácter más *dinámico* que los suníes– sus fuentes secundarias fomentan más el consenso de los MUCHTAHIDINES, los sabios que interpretan las dos primeras fuentes, e incluyen otros textos como tratados y cartas relacionadas con Alí.

1.3) Las escuelas jurídicas (MÁDHAB): En época de la dinastía Omeya, los califas mantuvieron el monopolio a la hora de interpretar la charía; pero, con el cambio dinástico, durante el gobierno de los abasíes, ese control del Derecho Islámico pasó a manos de los ulemas expertos en la ley islámica. Hacia el año 800, aquel Derecho se convirtió en inmutable de forma que la actividad jurídica se limitó a transmitir la interpretación de la ley divina tal y como había sido recibida; pero, con el paso del tiempo, fueron surgiendo nuevas situaciones y casos particulares que debían adecuarse a las fuentes del Derecho Islámico; para interpretar la normativa, a finales del siglo VIII empezaron a surgir las escuelas jurídicas.

A grandes rasgos, aunque han existido algunas otras, podemos hablar de cuatro doctrinas suníes, tres chiíes y una jariyí que se desarrollaron a la sombra de un reconocido jurista que dio nombre a cada mádhab. Todas ellas –excepto la chií Fatimí– se basan en las dos fuentes

principales (Corán y hadices) pero varían en las secundarias (unas priman el consenso del ichmá; otras, el interés público o la conveniencia, etc.).

Son las siguientes:

- **Escuelas suníes:**

1. Hanafí: es la más antigua y la más abierta. Su ciencia jurídica (fiqh) la fundó Abú Hanifa y se elabora tomando como base el ichmá, la analogía del quiyás y –su nota característica– tratando de que se imparta justicia, simplemente, pueden buscar aquella aplicación que a su juicio sea la mejor, mediante la conveniencia (Istihsán). Esta discrecionalidad ha sido muy criticada por los musulmanes más conservadores; aun así, es la escuela suní con mayor número de seguidores.
2. Chafí: al hablar de los hadices ya tuvimos ocasión de mencionar al imán al-Chafii que sistematizó las fuentes del derecho en Corán, Sunna, consenso y analogía. Opta por el compromiso de toda la comunidad de fieles, fomentando su participación.
3. Malikí: más rigurosa que las anteriores, la fundó Málik Ibn Anás que escribió el primer manual de Derecho Islámico titulado *al-Muwatta*. A las cuatro fuentes suníes del Derecho le suman el interés público (MASLAHA), la opinión de las autoridades (RAY) y las costumbres locales ajenas al Islam (URF). Esta escuela –la mayoritaria en los países del Magreb y, tradicionalmente, también en España– cuenta con un importante

tratado de jurisprudencia llamado La Risala⁷⁷, con todo lo que *ha de saber el creyente para pasar de ser ignorante a ser instruido en los asuntos de su religión*; y, por último,

4. Hanbalí: la más rigurosa de todas. De aquí procede el WAHABISMO de Arabia Saudí. Fue creada por Ahmad Ibn Hánbal y destaca por su carácter rígido y tradicional, apegado literalmente al Corán y los hadices, no recurre ni al consenso ni a la analogía.

- **Escuelas chiíes:**

1. Zaidí: un tataranieta de Mahoma –Zaíd Ibn Alí– creó esta escuela situada a medio camino entre las cuatro suníes y las otras dos chiíes; de hecho, hay quien considera que es una doctrina islámica distinta de esas dos corrientes.
2. Fatimí: la escuela de este grupo de los ismaelitas concede un valor absoluto al criterio de sus imanes y al ejercicio de su autoridad; y
3. Yafarí: el sexto imán, Yáfar Al-Sádiq da nombre a esta doctrina jurídica marcada por su racionalismo (AQL), donde la razón del ser humano tiene una vital importancia para distinguir entre lo que está bien y lo que está mal.

⁷⁷ SAMAN HABIBI [en línea]. [Fecha de consulta: 4 de enero de 2012]. Disponible en Internet: <http://samanhabibi.files.wordpress.com/2009/06/la-risala-maliki-tratado-de-derecho-y-creencia-musulman.pdf>

- **Escuela jariyí:** la doctrina Ibadí es muy minoritaria, procede del nombre de Abdalá Ibn Ibad y reúne elementos chíes y suníes.

1.4) La interpretación islámica de los Derechos Humanos: Bauman⁷⁸ reconoce que “durante siglos Europa se sintió reina del planeta y actuó como tal (...) Europa ofrecía el modo de vida superior: mejor equipado, más seguro, más rico, menos peligroso y más digno. Ofrecía una visión del orden legal tal que, en comparación, todos los demás (des)órdenes semejabán una jungla”; así, aquella Europa que inventó las naciones comenzó a “europeizar” a toda La Tierra de acuerdo con la identidad democrática del *Viejo Continente*, con sus derechos y libertades.

Aunque el sociólogo Jürgen Habermas⁷⁹ también reconoce que “los Derechos Humanos se han desarrollado en Occidente”, reivindica su valor universal; pero esta valoración requiere, a su vez, “una interpretación de estos derechos capaz de convencer a todas las culturas”.

Ese debate es, probablemente, uno de los aspectos más polémicos de la relación con el Islam, si tenemos en cuenta que el origen de estos derechos universales es una construcción eminentemente europea y, por extensión, occidental. En este caso, cabría preguntarse si Occidente ha logrado universalizar su propio código moral al resto del mundo o si esas normas pueden aplicarse a las sociedades musulmanas aunque éstas no las compartan.

⁷⁸ BAUMAN, Z. *Europa. Una aventura inacabada*. Madrid: Losada, 2006, pp. 30-31 y 61.

⁷⁹ HABERMAS, J. Los Derechos Humanos: Instrumentos para construir una utopía realista. *Cuadernos de Alzate*, 2009, nº 41, p. 63.

La relación que existe entre estos derechos y el Islam se puede plantear desde cinco perspectivas distintas, de acuerdo con el criterio del profesor irlandés Fred Halliday⁸⁰:

1. La asimilación: que niega la existencia de un conflicto entre ambas concepciones de los Derechos Humanos y ofrece una interpretación abierta de las escrituras islámicas;
2. La apropiación: considera que los Estados musulmanes respetan estos Derechos en mayor medida que otras sociedades y que sólo el Islam puede proporcionarles plenas garantías;
3. El particularismo: simplemente, se trata de sociedades distintas porque la tradición y la fe las han hecho así;
4. El enfrentamiento: se basa en la confrontación, rechazando cualquier concepto no islámico de ley y derecho y abogando por rechazar la dominación occidental y su cultura omnipresente; y
5. La incompatibilidad: es ineludible el conflicto entre la tradición islámica y los códigos internacionalmente aceptados.

Este experto –que exponía esta cuestión siendo consciente de que su conclusión era deprimente pero absolutamente clara– no tenía duda de que “todo intento de formular una postura islámica de los Derechos Humanos está condenada”, porque no es posible ninguna inferencia derivada de la religión, y que “la única respuesta es promover y esperar –

⁸⁰ HALLIDAY, F. *El Islam y el mito del enfrentamiento*. En EDICIONS BELLATERRA, *Visiones del Islam*. Barcelona: Bellaterra, 2006, pp.155 a 160.

sin duda durante muchos años– la secularización de las sociedades musulmanas”.

En cambio, muchos autores (Sinaceur, Drisi Alami, Elizabeth Ann Mayer, etc.) consideran que los Derechos Humanos sí que son compatibles con el Derecho Islámico porque, aunque la cultura jurídica del Islam no contiene una noción similar, la riqueza de su sistema de fuentes normativas sí que permitiría darles cabida. A esta posibilidad, el filósofo argelino Mohamed Arkoun la denomina bricolaje ideológico y se refiere a que el lenguaje coránico es eminentemente simbólico, lo que significa que también sería adaptable. El historiador israelí Élie Barnavi⁸¹ lo ha expresado muy acertadamente al afirmar que en el Corán, como en todas las Sagradas Escrituras, “encontramos aquello que buscamos (...) La cuestión no es lo que dice el Corán sino lo que elegimos leer en el Corán (...) A menudo preferimos optar por leer la incitación a la violencia en lugar de la invitación a la tolerancia”.

Por su parte, otro conjunto de estudiosos (Arzt, Sayid Qutb, Hassan Al-Banna o Aklí Shariati) enfatizan que el pensamiento islámico difiere en muchos puntos –e incluso contradice– los Derechos Humanos reconocidos internacionalmente cuando todos los derechos y deberes son otorgados por Alá; es decir, cuando tienen un origen divino y, por lo tanto, no son inherentes al ser humano.

Estos obstáculos ¿son un impedimento insalvable en el camino hacia la identificación de un núcleo común de principios y valores o es factible un entendimiento entre culturas que, evidentemente, son distintas?

⁸¹ BARNAVI, É. *Las religiones asesinas*. Madrid: Turner, 2006, p. 75.

La solución radica en la interpretación que se haga de la charía y en su aplicación, más o menos estricta, y eso depende de cada país islámico; por ese motivo, conviene recordar que, aunque todos los musulmanes formen parte de la misma comunidad y el Islam pueda ofrecer la imagen de una religión uniforme, tienen muy poco que ver entre sí los países de la Liga Árabe (como Jordania, Túnez o Libia) con Turquía, Irán, las naciones del Indostán (Pakistán o Bangladesh), el crisol de Indonesia, el África negra (Malí, Uganda o Togo), la europea Albania o las comunidades musulmanas de China.

Como ha señalado el analista sirio-alemán Bassam Tibi⁸², “la identidad de los musulmanes es, por tanto, la de un conjunto de pueblos culturalmente muy diversos que comparten una idea de religión”.

A pesar de ese carácter tan heterogéneo, los países de mayoría musulmana quisieron dotarse de su propia Declaración de los Derechos Humanos que se promulgó durante la 19ª Conferencia Islámica celebrada en El Cairo el 5 de agosto de 1990; una declaración alternativa⁸³ a la aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948 – imitándola en la forma aunque, en el fondo, contenga diferencias esenciales sin citarla en ningún momento– que venía a poner fin al discrepante punto de vista islámico sobre su redacción, expresado por el ulema paquistaní Al-Maududi cuando afirmó que ningún individuo, familia, clase o raza puede ponerse por encima de Dios; sólo Dios es el

⁸² TIBI, B. Los inmigrantes musulmanes de Europa: Entre el Euro-Islam y el gueto. En CASTELLS, M. y ALSAYYAD, N. (coords.) *¿Europa musulmana o Euro-islam? Política, cultura y ciudadanía en la era de la globalización*. Madrid: Alianza, 2003, pp. 63 y 64.

⁸³ MARTÍN MUÑOZ, G. *Derechos Humanos y Mundo árabe. Distintas vertientes de una misma cuestión*. En: *Democracia y derechos humanos en el mundo árabe*. Madrid: AECI, 1993, p. 20. La directora de Casa Árabe considera que, para el mundo árabo-islámico, la Declaración de la ONU era “un producto etnocéntrico de la cultura judeocristiana que voluntariamente ignoró la aportación humanística del Islam”.

legislador y sus mandamientos constituyen la ley del Islam. De ahí que algunos autores, como el profesor Buendía⁸⁴, hayan remarcado que se trata de “una declaración de preceptos, no de derechos, cuyo objetivo esencial es imponer el hecho religioso como un requisito previo a los Derechos Fundamentales”.

Esta visión islámica de los Derechos Humanos queda patente en la redacción de su prólogo –*observarlos es signo de devoción y descuidarlos o transgredirlos es una abominación de la religión*– y en el contenido de los veinticinco artículos de la parte dispositiva, caracterizada por una redacción en la que se afirma negando, haciendo difícil que se puedan compaginar los diversos preceptos: mientras el Art. 6.a) establece que *la mujer es igual al hombre en dignidad humana y tiene tantos derechos como obligaciones*, el párrafo b) del mismo artículo indica que *sobre el varón recaerá el gasto familiar, así como la responsabilidad de la tutela de la familia*. Prácticamente toda la Declaración de 1990 gira en torno a la expresión *de acuerdo con lo estipulado en la charía*; es decir, los derechos fundamentales se reconocen solo si la ley religiosa islámica los convalida, remitiéndose a ella para determinar su alcance y ámbito de aplicación. Así, la educación de los hijos, la capacidad legal, la libertad de circulación, el derecho a la propiedad, la libertad de expresión, etc. dependen de que se contradigan los principios de la charía, lo que pone de manifiesto que la Declaración no distingue entre lo religioso y lo jurídico (penal, civil, mercantil, etc.).

El Art. 2.a) establece que *no es posible suprimir una vida si no es a exigencias de la charía*; abriendo la posibilidad de infligir castigos

⁸⁴ BUENDÍA, P. *Ob. cit.* p. 274.

físicos o de ejecutar a ciudadanos cuando la Ley Islámica los prescriba – incluso la muerte– para delitos que sean considerados graves como el adulterio, la apostasía o la ofensa a la dignidad de Mahoma. De modo que, consecuentemente, “los derechos fundamentales referentes a la integridad física del ser humano, a la igualdad entre el hombre y la mujer y a la igualdad entre musulmanes y no-musulmanes son completamente silenciados”⁸⁵.

El articulado de la declaración islámica –calificada por Charfi como inferior con respecto a otros pactos y estatutos internacionales; y de coherente para los regímenes de países como Irán o los emiratos del Golfo, pero “totalmente incoherente” con Túnez o Turquía que “adoptan en la práctica una actitud más o menos moderna sin asumirla, lo que contribuye considerablemente a desorientar a su población”⁸⁶– se puede resumir leyendo su Art. 1.a): Como *la humanidad entera forma una sola familia unida por su adoración a Alá y su descendencia común de Adán*, todos los seres humanos tienen la obligación de creer en Dios y ninguno podrá reclamarse agnóstico, ateo o animista; reafirmando que *el Islam es la religión indiscutible* (Art. 10).

Para Sartori⁸⁷, ante la pregunta de si los derechos proclamados por las Naciones Unidas son verdaderamente “universales”, su respuesta es rotundamente negativa, porque considera que para la óptica del Islam esos derechos son derechos “peculiares”, particularistas, a los que el Islam contrapone una universalidad suya, distinta. En su opinión, “la universalidad no existe y ni siquiera lograremos encontrarla”.

⁸⁵ CHARFI, M. *Islam y libertad. El malentendido histórico*. Granada: Almed, 2001, p. 116.

⁸⁶ CHARFI, M. *Ob. cit.*, p. 117.

⁸⁷ SARTORI, G. *La sociedad multiétnica. Extranjeros e islámicos*. Madrid: Taurus, 2002, p. 55

Por su parte, la contestación que da el profesor Linde Paniagua⁸⁸ es que “la universalización de los derechos humanos precisa establecer unas nuevas bases en las relaciones internacionales, en las que uno de sus objetivos principales sea la erradicación de la pobreza y la injusticia, la devolución de la dignidad a esa inmensa mayoría de hombres y mujeres que viven en la mayor de las indignidades”; y, en ese contexto, no le cabe duda de que “los occidentales tenemos que seguir defendiendo nuestras ideas y que debemos hacerlo con firmeza porque, aun cuando son muchos los problemas internos de nuestras sociedades, hemos conseguido uno de los niveles más altos de bienestar que comprende uno de los más altos niveles de protección de los derechos humanos y libertades públicas sin los que no podríamos siquiera concebir la vida”.

⁸⁸ LINDE PANIAGUA, E. La universalización de los Derechos Fundamentales. ¿El sistema europeo como modelo? *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 2002, nº 2, p. 41.

2. EL RECONOCIMIENTO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

2.1) Origen y evolución histórico-jurídica:

Aunque hace más de sesenta años que el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos proclamó (...) *como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, (...) disfruten (...) de la libertad de creencias*, hoy en día, las persecuciones por motivos religiosos, la intolerancia y la discriminación aún atentan contra la dignidad y la igualdad de muchas personas que no pueden manifestar sus creencias religiosas, (...) *individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la observancia, la práctica y la enseñanza* como ha reiterado la Asamblea General de las Naciones Unidas.

En aquella declaración de la ONU⁸⁹ también se afirmaba que (...) *el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad* y, en concreto, en el ámbito religioso, la Tierra ha sido testigo de innumerables muestras de fanatismo, en cualquier momento histórico y en todas las culturas.

⁸⁹ MARTÍN DE LA GUARDIA, R. y PÉREZ SÁNCHEZ, G. A. (dirs.) *Los Derechos Humanos sesenta años después (1948-2008)*. Valladolid: Instituto de Estudios Europeos y Universidad de Valladolid, 2009, p. 14: “En un ambiente totalmente mediatizado por la situación de Guerra Fría (...) los trabajos sobre el contenido de una magna declaración de derechos humanos siguieron su curso” y a pesar de las dificultades existentes “los negociadores fueron capaces de plasmar en no poca medida todo el *corpus* sobre derechos civiles, políticos y sociales ya existente (...) considerados, a partir de ese momento como derechos humanos básicos, inalienables y de carácter universal”.

Para eliminar cualquier forma de intolerancia o discriminación fundada en la religión, la Asamblea de la ONU⁹⁰ enumeró las libertades que estaban comprendidas dentro de este derecho:

- a) Practicar el culto o celebrar reuniones en relación con la religión y fundar y mantener lugares para esos fines;
- b) Fundar y mantener instituciones de beneficencia o humanitarias adecuadas;
- c) Confeccionar, adquirir y utilizar en cantidad suficiente los artículos y materiales necesarios para los ritos o costumbres de una religión;
- d) Escribir, publicar y difundir publicaciones pertinentes en esas esferas;
- e) Enseñar la religión en lugares aptos para esos fines;
- f) Solicitar y recibir contribuciones voluntarias financieras y de otro tipo de particulares e instituciones;
- g) Capacitar, nombrar, elegir y designar por sucesión los dirigentes que correspondan según las necesidades y normas de cualquier religión;
- h) Observar días de descanso y celebrar festividades y ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión; e

⁹⁰ Art. 6° de la Resolución A/RES/36/55, de 25 de noviembre de 1981.

i) Establecer y mantener comunicaciones con individuos y comunidades acerca de cuestiones de religión en el ámbito nacional y en el internacional.

Millones de personas profesan distintas religiones en todo el mundo y, para ellos, esa creencia es un elemento fundamental de sus vidas; por lo tanto –como señala la resolución de la ONU A/RES/36/55– *la libertad de religión debe ser íntegramente respetada y garantizada.*

El derecho fundamental de la libertad religiosa –al igual que sucedió con los demás derechos y libertades incluidos en la primera generación de los Derechos Humanos (civiles y políticos)– es un logro relativamente reciente en la Historia de la Humanidad ya que empezó a ser reconocido en los ordenamientos jurídicos a finales del siglo XVIII.

Aunque dos siglos antes –como señaló el profesor Peces-Barba– Europa comenzó a buscar fórmulas jurídicas de pacificación para acabar con las guerras de religión –la mejor muestra fue el Edicto de Nantes, de 1598, firmado por el rey Enrique IV de Francia para evitar las encarnizadas luchas entre católicos y hugonotes, que habían alcanzado su cénit en la matanza de san Bartolomé de 1572– no nos encontramos todavía ante una libertad religiosa, en el sentido actual de este derecho, que previera también una opción a no creer, sino ante “una protección para creyentes disidentes de la creencia mayoritaria”⁹¹.

Muchos de aquellos disidentes, como los *puritanos* que huyeron del anglicanismo oficial de Jacobo I de Inglaterra a América a bordo del

⁹¹ PECES-BARBA, G. y FERNÁNDEZ GARCÍA, E. (dirs.). *Historia de los Derechos Fundamentales. Tomo I. Tránsito a la modernidad. Siglos XVI y XVII*. Madrid: Dykinson y Universidad Carlos III, 1998, p. 687.

Mayflower, encontraron refugio en las colonias religiosas de la Costa Este norteamericana, el tercer tipo de asentamiento junto a las colonias reales (como Virginia) y las que concedía la Corona a determinados propietarios (como Pensilvania o Georgia).

La variedad de creencias que se practicaba en aquellos jóvenes territorios –Massachussets, Maine o Nueva Hampshire– explica la importancia que EEUU le ha concedido siempre a la libertad religiosa; por ese motivo, ya en 1649 se aprobó el Acta de Tolerancia de Maryland para que los cristianos –fuesen católicos o protestantes– pudieran ejercer libremente estos cultos; veinte años más tarde, en 1669, las Normas Fundamentales de Carolina también inspiraron cierta tolerancia, al igual que sucedió con la Carta de los Privilegios de Pensilvania (1701), de influencia cuáquera.

Posteriormente, el Art. XVI de la pionera Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia (1776) estableció *que la religión, o los deberes que tenemos para con nuestro Creador, y la manera de cumplirlos, sólo pueden regirse por la razón y la convicción, no por la fuerza o la violencia; en consecuencia, todos los hombres tienen igual derecho al libre ejercicio de la religión de acuerdo con el dictamen de su conciencia, y que es deber recíproco de todos el practicar la paciencia, el amor y la caridad cristiana para con el prójimo.*

Trece años más tarde, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano aprobada en París (1789) dio un paso adelante al establecer, en su apartado X, que *ningún hombre debe ser molestado por razón de sus opiniones, ni aún por sus ideas religiosas, siempre que al*

manifestarlas no se causen trastornos del orden público establecido por la ley.

Desde entonces, Europa puede “alardear de que el sistema de pluralismo y convivencia establecido ha hecho desaparecer los grandes enfrentamientos religiosos”⁹²; de ahí que, gráficamente, el profesor Martín-Retortillo⁹³ afirme que la experiencia europea ha evolucionado “de las guerras de religión a meras cuestiones administrativas” que, agotada la vía de Derecho interno, resuelve la Corte de Estrasburgo.

2.2) La Libertad Religiosa en el constitucionalismo español:

A pesar de su carácter liberal y progresista, el Art. 12 de la Constitución Política de la Monarquía Española, de 1812, se mantuvo fiel a la confesionalidad del Estado regulando que *la religión de la nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica y romana, única y verdadera. La Nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquier otra*⁹⁴. El historiador Enrique Orduña⁹⁵ considera que no fue sólo este reconocimiento y la exclusión de cualquier otra religión sino que “los principios de la religión católica y su culto” están presentes a lo largo del articulado, con referencias religiosas que se prodigan en todo el texto, sin olvidar “la numerosa presencia de eclesiásticos entre los diputados doceañistas”.

⁹² MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. La libertad de conciencia en un mundo interrelacionado. *Curso Pluralismo y libertad religiosa I*. Madrid: Colegio Libre de Eméritos, 2011, p. 9.

⁹³ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. *La afirmación de la libertad religiosa en Europa: de guerras de religión a meras cuestiones administrativas*. Cizur Menor: Civitas, 2007.

⁹⁴ De igual forma, el mismo sentido de aquel Art. 12 permaneció inalterado en las Constituciones de 1837 y 1845 (como, anteriormente, ya lo había establecido el Art. 1 del denostado Estatuto de Bayona de 1808).

⁹⁵ ORDUÑA REBOLLO; E. *La nación española. Jalones históricos*. Madrid: Fundación Alonso Martín Escudero y Iustel, 2011, p. 634. El autor recuerda el primer párrafo del texto constitucional: *En el nombre de Dios todopoderoso, Padre, Hijo y Espíritu Santo, autor y supremo legislador de la sociedad.*

El profesor Mantecón⁹⁶ ha señalado a este respecto que “en los países que cuentan con una confesión histórica y sociológicamente mayoritaria, como es el caso de España, es muy frecuente que existan grandes y graves prejuicios frente a quienes profesan religiones minoritarias. Prejuicios que tienen su origen en causas históricas (...) pero también en un absoluto desconocimiento de las otras confesiones. (...) el desconocimiento engendra desconfianza, y la desconfianza es campo abonado para los prejuicios de toda suerte”.

El cambio de tendencia –a favor de cierta tolerancia– pudo haber llegado en la Constitución *Non Nata* de 1856, una ley fundamental de carácter progresista que previó –por primera vez (Art. 14)– que *ningún español ni extranjero podrá ser perseguido por sus opiniones y creencias religiosas, mientras no las manifieste por actos públicos contrarios a la religión*, en referencia a la católica; pero el texto no llegó a promulgarse y nunca entró en vigor.

Al finalizar la siguiente década, el 6 de junio de 1869, las Cortes Constituyentes aprobaron una nueva ley fundamental que incluía el texto más completo y avanzado que España había tenido nunca hasta ese momento. Su Art. 21 sí que estableció la libertad de cultos al regular que (...) *el ejercicio público o privado de cualquiera otro culto queda garantizado a todos los extranjeros residentes en España, sin más limitaciones que las reglas universales de la moral y del derecho. Si algunos españoles profesaren otra religión que la católica, es aplicable a los mismos todo lo dispuesto en el párrafo anterior. Libertad que*

⁹⁶ MANTECÓN, J. *El diálogo religioso en un mundo globalizado*. Ponencia impartida en: XXI Conferencia internacional de Jefes de Capellanes Militares, Madrid, 2 de febrero de 2010.

también se planteó el proyecto de Constitución Federal de la República de 1873.

Los continuos vaivenes políticos entre liberales y conservadores para alternarse en el poder durante buena parte del siglo XIX español, también se reflejaron en 1876, cuando la llamada Constitución *de los Notables* (por las personalidades que la redactaron) vino a romper la línea progresista y estableció (Art. 11) que *la religión Católica, Apostólica, Romana es la del Estado (...)* aunque también introdujo un importante matiz: *Nadie será molestado en territorio español por sus opiniones religiosas, ni por el ejercicio de su respectivo culto, salvo el respeto debido a la moral cristiana. No se permitirán, sin embargo, otras ceremonias ni manifestaciones públicas que las de la religión del Estado;* es decir, el catolicismo era la religión oficial del Estado, pero se toleraba el culto privado.

Con el cambio de siglo, la nueva Constitución de la II República, de 1931, garantizó *la libertad de conciencia y el derecho de profesar y practicar libremente cualquier religión* (Art. 27); asimismo, estableció que *todas las confesiones podrán ejercer sus cultos privadamente. Las manifestaciones públicas del culto habrán de ser, en cada caso, autorizadas por el Gobierno;* y, un año más tarde, la Ley de 28 de junio de 1932 instauró el matrimonio civil obligatorio para cualquier contrayente. Con estas medidas, el Estado se organizó “de acuerdo con una premisa que la proclamación de la República convierte en axioma: *España ha dejado de ser católica*”⁹⁷.

⁹⁷ JULIÁ, S. *Vida y tiempo de Manuel Azaña*. Madrid: Taurus & Google eBooks, 2010. Se refiere a la famosa frase que pronunció Azaña el 14 de octubre de 1931 al debatir “el problema religioso” en las Cortes constituyentes.

Pero este nuevo marco legal del régimen republicano coincidió con el incendio “de más de un centenar de iglesias y conventos en las principales ciudades españolas” –que, para el profesor Hernández Figueiredo⁹⁸, demostraba la barbarie popular y “la presencia viva y decidida de un sector violentísimo dispuesto a imponerse por el terror” (...) “ante la inhibición complaciente de la autoridad, tan parecida a la complicidad”– y con el inicio de una persecución religiosa que, entre 1931 y 1939, supuso la ejecución de 6.771 sacerdotes, religiosos, seminaristas y obispos, según los datos que ha sintetizado el sacerdote Martín Rubio⁹⁹.

El desorden que provocó aquel anticlericalismo violento –con sacrilegios, el incendio de edificios religiosos y los asesinatos del clero– fue lo que provocó la intervención de la Iglesia, como ha investigado el historiador Julián Casanova¹⁰⁰, “a favor del bando en el que se respetaba la religión e imperaba el orden” frente a un Gobierno republicano que “se mostró incapaz de contener los desmanes, desbordado por las turbas anarquizantes”.

Con el fin de la Guerra Civil (1936-1939), “el Estado franquista¹⁰¹ pagó a la Iglesia la factura de las deudas que la República había dejado pendientes” y “durante el Gobierno de Francisco Franco, la Iglesia (...)”

⁹⁸ HERNÁNDEZ FIGUEIREDO, J. R. El anticlericalismo y sus consecuencias en las diócesis gallegas durante el periodo de la II República, *Cuadernos de Estudios Gallegos*, 2009, nº 122, p. 287.

⁹⁹ MARTÍN RUBIO, Á. D. La persecución religiosa en España (1931-1939); una aportación sobre las cifras. *Hispania Sacra*, 2001, vol. 53, nº 107, p. 69.

¹⁰⁰ CASANOVA, J. *La Iglesia de Franco*. Madrid: Temas de hoy, 2001, p. 46.

¹⁰¹ CHAO REGO, X. *Iglesia y franquismo. 40 años de nacional catolicismo (1936-1976)*. Santa Comba: tresCtres, 2007, p. 95.

vivió con un régimen que la protegió, la colmó de privilegios¹⁰² [y] defendió sus doctrinas”.

La norma básica que reguló entonces la vida de los españoles fue una recopilación de textos denominada *Leyes Fundamentales del Reino*, que incluía –entre otras disposiciones– el Fuero de los Españoles (1945). El Art. 6 de esta disposición estableció que *No se permitirán otras ceremonias ni manifestaciones externas que las de la religión católica*. Una regulación que se mantuvo veintidós años, hasta que la Ley Orgánica del Estado 1/1967 modificó la redacción de aquel artículo: *La profesión y práctica de la Religión Católica, que es la del Estado español, gozará de la protección oficial. El Estado asumirá la protección de la libertad religiosa, que será garantizada por una eficaz tutela jurídica que; a la vez, salvaguarde la moral y el orden público*.

Como consecuencia, aquel mismo año se aprobó la Ley 44/1967, de 28 de junio, regulando el ejercicio del derecho civil a la libertad en materia religiosa. Su Art. 1 indicaba que *el Estado Español reconoce el derecho a la libertad religiosa fundado en la dignidad de la persona humana y asegura a ésta, con la protección necesaria, la inmunidad de toda coacción en el ejercicio legítimo de tal derecho. 2. La profesión y práctica privada y pública de cualquier religión será garantizada por el Estado*.

Esta norma abrió las puertas a poder celebrar, públicamente, actos de otros cultos y a crear asociaciones religiosas como, por ejemplo, la Asociación Musulmana de Melilla, en 1968 –de la que, sin temor a exagerar, podría decirse que fue la primera entidad islámica española que

¹⁰² CASANOVA, J. *Ob. cit.*, p. 236.

existió oficialmente desde que se expulsó a los moriscos en 1611– o la AME (Asociación Musulmana de España) inscrita en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia en 1971; asimismo, a finales de los 60 se abrió al culto la sinagoga de la calle Balmes de Madrid.

No obstante, en España también hubo un lugar excepcional: la Provincia del Sahara. Un Decreto de la Presidencia del Gobierno de 10 de enero de 1958 reorganizó el *Gobierno General del África Occidental Española* estableciendo que estos territorios se integrarían en *dos provincias, denominadas Ifni y Sahara Español* (Art. 1) y que cada una de ellas estaría regida *por un Gobernador general con residencia en Sidi Ifni y en El Aaiún, respectivamente* (Art. 5). Su penúltimo artículo habilitó a la Presidencia del Gobierno para *dictar las disposiciones oportunas para la ejecución de este Decreto y la adaptación al mismo de los servicios y de las normas que lo rijan*. En ese sentido, tres años más tarde se aprobó la Ley 8/1961, de 19 de abril, sobre organización y régimen jurídico de la Provincia del Sahara¹⁰³.

Esta disposición fue única en su tiempo porque reconoció *a los naturales musulmanes su derecho a practicar su religión islámica, así como sus usos y costumbres tradicionales* (Art. 7) y adaptó la

¹⁰³ El preámbulo de esta ley consideró que era *incuestionable la singularidad de los diversos factores físicos y humanos que presenta la Provincia española del Sahara; entre ellos, la religión, causa y consecuencia a la vez de unas peculiares costumbres y formas de vida*. Este elemento –junto al elevado porcentaje de población nómada, las características especiales de su clima, la pobreza de su suelo y los condicionamientos de todo orden que el conjunto de estos elementos suponen– *imprimen a esta Provincia y a sus hombres un especial modo de vivir al que pretende adaptarse una administración que no puede perder de vista ninguno de estos factores y que ha de tener como objetivo principal una singularidad de trato de los problemas específicos que la Provincia plantea*. Por todo ello, esta ley estableció *las bases sobre las que debe asentarse el ordenamiento jurídico de la provincia del Sahara y un sistema de prelación de fuentes en el que en defecto de disposición legal especialmente dictada para la provincia o, en su caso, de norma coránica y consuetudinaria aplicable se acudirá a la legislación sustantiva y procesal de aplicación general en el resto del territorio nacional*.

organización judicial *a la general española*, pero manteniendo *en su integridad las peculiaridades de la provincia y la tradicional justicia coránica en su ámbito actual de aplicación* (Art. 5).

Posteriormente, la muy breve Ley 40/1975, de 19 de noviembre, sobre descolonización del Sahara –formada por un único artículo y dos disposiciones– derogó aquellas normas *dictadas para la administración del Sahara*.

Otras normas internacionales que tuvieron una indudable repercusión en el ámbito de la libertad religiosa en esta época fueron:

- El Art. 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (París, 1948): *Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia*. España la ratificó en 1976.
- El Art. III de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948): *Toda persona tiene el derecho de profesar libremente una creencia religiosa y de manifestarla y practicarla en público y en privado*. De forma análoga, pero treinta años más tarde, también el Art. 8 de la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos (Banjul, 1981) reconocería *La libertad de conciencia y profesión, y la libre práctica de la religión estarán garantizadas*.

- El Art. 9 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 1950) reconoció la *libertad de pensamiento, de conciencia y de religión* en términos prácticamente idénticos que las Naciones Unidas (libertad que, posteriormente, sería de nuevo garantizada en el Art. 10 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, al tiempo que el Tratado de Lisboa); y
- El Art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (de 16 de diciembre de 1966, ratificado por España el 28 de septiembre de 1976) establece que la libertad de religión a la que tiene derecho toda persona incluye *la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.*

La repercusión de estos acuerdos internacionales proporcionó “un importante material” a los ponentes que redactaron la Constitución Española de 1978 a la hora de abordar la “cuestión religiosa”, como ha reconocido el profesor Souto Paz¹⁰⁴, logrando un consenso “al que se sumaron, además de las fuerzas políticas, las fuerzas sociales y, en este caso, la jerarquía de la Iglesia Católica hicieron posible la aceptación del

¹⁰⁴ SOUTO PAZ, J. A. *La transición política en España y la cuestión religiosa*. Piacenza: OLIR, 2005, pp. 5 y 14 [en línea]. [Fecha de consulta: 8 de octubre de 2012]. Disponible en Internet: http://www.olir.it/areetematiche/103/documents/Souto_Transicion.pdf

principio de aconfesionalidad constitucional, que, por otra parte, convergía con lo reclamado por la doctrina del Concilio Vaticano II, al proclamar la necesaria independencia de la Iglesia respecto de la sociedad política”.

En este nuevo marco político –que comenzó con la proclamación de la monarquía parlamentaria, la legalización de los partidos políticos y sindicatos y la celebración de las primeras elecciones democráticas– la transición española a la democracia necesitó reflejarse en un nuevo texto constitucional que logró un carácter integrador y una estabilidad y aceptación popular insólitas en la Historia española; y que, por lo que se refiere a la libertad religiosa, introdujo “innovaciones importantes”, como reconoció el profesor Peces-Barba¹⁰⁵ al calificar “la declaración de laicidad que supone que ninguna confesión tendrá carácter estatal” como una “forma elegante y discreta de proclamar la separación de la Iglesia y el Estado” en el Art. 16 CE.

Este precepto garantizó *la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley. 2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. 3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.*

¹⁰⁵ PECES-BARBA, G. *Constitución Española, Estatuto de Autonomía para Andalucía y Declaración Universal de los Derechos Humanos*. 3ª ed. Granada: Diputación Provincial de Granada, 1993, p. 15.

El profesor Prieto Sanchís¹⁰⁶ ha considerado que la alusión a la libertad ideológica como “concepto distinto y más amplio que el tradicional de la libertad religiosa” aseguró expresamente “el respeto hacia aquellos individuos y grupos que profesen una filosofía agnóstica o claramente atea”; asimismo, valoró muy positivamente el hecho de que se mantuviera “prácticamente el mismo tenor literal” en la redacción de este precepto constitucional, desde el primer borrador; lo que, en su opinión, demostraba una “esperanzadora unanimidad”.

El único punto que suscitó entonces cierta controversia fue la mención expresa a la Iglesia Católica que se incorporó en el Art. 16.3 CE *in fine*; una inclusión que no debe entenderse como un privilegio sino como el efecto de constatar que, en 1978, esta religión era la que tenía¹⁰⁷ “más implantación y tradición” en nuestro país.

De hecho, como puso de manifiesto el profesor López Castillo¹⁰⁸: al recordar el papel histórico de la Iglesia Católica “desde el centro y la derecha se sostuvo con vigor (...) la exigencia de una mención expresa que, frente a la renuencia de algunas posiciones minoritarias y de los socialistas, se acogería a la comprensión, diríase histórica y sociológicamente motivada, de los representantes comunistas”. En este caso, el autor cita las significativas declaraciones que efectuaron, en aquel momento, tanto Jordi Solé Tura (“dicha solución «permit(ía) abordar con serenidad la superación de la vieja y nociva contraposición entre clericalismo y anticlericalismo»”) como Santiago Carrillo: “«se

¹⁰⁶ PRIETO SANCHÍS, L. Las relaciones Iglesia-Estado a la luz de la nueva Constitución: problemas fundamentales. En PREDIERI, A. y GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, 2ª ed. Madrid: Civitas, 1981, pp. 334-335.

¹⁰⁷ PÉREZ VAQUERO, C. *Con el derecho en los talones*. Valladolid: Lex Nova, 2010, p. 290.

¹⁰⁸ LÓPEZ CASTILLO, A. A cerca de la libertad religiosa en el tiempo. *Revista de Estudios Políticos*, 1998, nº 102, p. 10.

trata(ba), simplemente, de reconocer un hecho objetivo, sin comparación posible: la importancia de la Iglesia católica en relación con las otras confesiones»”).

A diferencia de las anteriores constituciones –que se declaraban confesionales católicas o directamente laicas– el mencionado Art. 16.3 CE establece la aconfesionalidad de España. El Estado se inhibe y no se entromete en las creencias de los ciudadanos; se limita a tutelar que éstos puedan creer y practicar su fe, en público y en privado (con el único límite de “la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática”)¹⁰⁹ o, simplemente, no creer en nada y ser ateos o agnósticos¹¹⁰. En palabras del Tribunal Constitucional¹¹¹, “la libertad religiosa exige la neutralidad de los poderes públicos”. Una neutralidad que “en materia religiosa se convierte (...) en presupuesto para la convivencia pacífica entre las distintas convicciones religiosas existentes en una sociedad plural y democrática”¹¹².

Para el profesor Álvarez Conde¹¹³, el ejercicio de la libertad religiosa “está sometido a un doble condicionamiento: que los medios para propagar los mensajes sean lícitos y que el objetivo perseguido sea asimismo lícito, lo que impide, por una parte, la utilización de la fuerza u

¹⁰⁹ Art. 3.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa.

¹¹⁰ TEDH. **Caso Kokkinakis contra Grecia**, de 25 de mayo de 1993 (nº 14307/88, § 31). Se establece que “tal y como garantiza el Art. 9 CEDH la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (...) también es un bien para los ateos, agnósticos, escépticos e indiferentes”.

¹¹¹ **STC 154/2002, de 18 de julio** (FJ 6º).

¹¹² **STC 177/1996, de 11 de noviembre** (FJ 9º).

¹¹³ ÁLVAREZ CONDE, E. *Curso de Derecho Constitucional*, 6ª ed. Madrid: Tecnos, 2008, p. 410.

otro medio ilícito para captar nuevos adeptos, y, por otra, perseguir acabar con el pluralismo e imponer la propia creencia”.

2.3) El desarrollo normativo del Art. 16 CE:

Con la aprobación de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, su Art. 7.1 estableció que *el Estado, teniendo en cuenta las creencias religiosas existentes en la sociedad española, establecerá, en su caso, acuerdos o convenios de cooperación¹¹⁴ con las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas en el Registro que por su ámbito y número de creyentes hayan alcanzado notorio arraigo en España. En todo caso, estos acuerdos se aprobarán por Ley de las Cortes Generales*; es decir, que para llevar a cabo dichos acuerdos de cooperación, las confesiones religiosas debían cumplir dos requisitos:

- Estar inscritas en el Registro de Entidades Religiosas (actualmente, forma parte de la Dirección General de Asuntos Religiosos, del Ministerio de Justicia) y;
- Haber alcanzado un notorio arraigo en España¹¹⁵.

¹¹⁴ Al respecto, en el caso *Savez Crkava “Rijeè Zivota” y otros contra Croacia*, de 9 de diciembre de 2010 (nº 7798/08, § 85), la Corte de Estrasburgo ha señalado que no es contrario al Art. 9 de la Convención que un Estado suscriba acuerdos con una determinada comunidad religiosa, estableciendo un régimen especial, siempre que, objetiva y razonablemente, se justifique esa diferencia de trato con respecto a otras creencias. Justificación que no existía en el caso de la *Iglesia Palabra de Vida*, por lo que el TEDH condenó al Gobierno de Zagreb.

¹¹⁵ En su informe de junio de 2012, el Observatorio del Pluralismo Religioso de España realiza una “explotación histórica del Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia” y recuerda que ese carácter de notorio arraigo se ha reconocido al Protestantismo, Judaísmo e Islam (1989), Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días (2003), Testigos Cristianos de Jehová (2006), Budismo (2007) e Iglesia Ortodoxa (2010). OBSERVATORIO RELIGIÓN [en línea]. [Fecha de consulta: 30 de septiembre de 2012]. Disponible en Internet: http://www.observatorioreligion.es/directorio-lugares-de-culto/explotacion-datos/index_1.html

Con esas premisas, en 1992 el Estado español suscribió tres acuerdos de colaboración con:

- La Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España¹¹⁶, mediante la Ley 24/1992, de 10 de noviembre (según la propia FEREDE¹¹⁷, se calcula que en nuestro país hay, aproximadamente, 1.200.000 protestantes);
- La Federación de Comunidades Israelitas de España; por la Ley 25/1992, de 10 de noviembre (desde 2004, se denomina Federación de Comunidades Judías de España y aglutina a unos 50.000 fieles) y, por último,
- La Comisión Islámica de España (CIE), por la Ley 26/1992, de 10 de noviembre (aunque no existen cifras oficiales, se estima que cerca de 1.500.000 musulmanes¹¹⁸ residen en nuestro país; aunque el portal *Islamic Population*¹¹⁹ reduce esa cifra a 1.083.300).

¹¹⁶ En la **decisión Alujer Fernández y Caballero García contra España**, de 14 de junio de 2001 (nº 53072/99), el TEDH desestimó la reclamación de los demandantes (miembros de la Iglesia Bautista Evangélica de Valencia) que consideraban discriminatorio no poder asignar una cantidad en la declaración del IRPF a su credo, como sucedía con la Iglesia Católica. Según la Corte, la FEREDE podía haber aceptado la propuesta del Gobierno español en 1992 cuando se negoció este acuerdo, pero su representante renunció a ella por la división interna mostrada por las iglesias que integraban la Federación. El TEDH resolvió que una diferencia de trato sólo es discriminatoria si carece de justificación objetiva y razonable y que, en este supuesto, la FEREDE no ha hecho valer esta posibilidad desde que firmó aquel acuerdo y que los demandantes, como personas físicas, pueden beneficiarse del régimen previsto para las donaciones a comunidades religiosas.

¹¹⁷ Incluye a la Iglesia Ortodoxa Griega para poder obtener los beneficios jurídicos de los acuerdos entre FEREDE y el Estado. Al respecto: LÓPEZ LOZANO, C. y BLÁZQUEZ BURGO, M. Problemática jurídica general de las iglesias evangélicas españolas. *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2004, nº 11, p. 167.

¹¹⁸ CIE [en línea]. [Fecha de consulta: 6 de junio de 2011]. Disponible en Internet: <http://muslim.multiplexor.es/promo/cie.htm>

¹¹⁹ ISLAMIC POPULATION [en línea]. [Fecha de consulta: 21 de julio de 2011]. Disponible en Internet: <http://www.islamicpopulation.com/>

El abogado Iván Jiménez-Aybar¹²⁰, especialista en el Islam, no dudó en calificar este último acuerdo como un *caso único en Europa*; de forma similar, el catedrático Andrés Ollero¹²¹ definió esas tres leyes como “un hecho histórico porque intentan acabar con esa visión intencionadamente dualista de la realidad socio-económica española – católicos y no católicos–, a la vez producto y causa de una diferencia de trato jurídico que había marcado decisivamente nuestro Derecho Eclesiástico hasta hace pocos años”. Aun así, este autor y otros –como Otaduy Guerin– se han planteado si las extraordinarias semejanzas entre los tres acuerdos no han dado lugar a una pérdida de la tipicidad propia de cada grupo religioso, acentuando excesivamente los rasgos comunes.

Siguiendo esta línea, el profesor Lanzas Gámez¹²² va más allá y se plantea si “a través de la legislación o los acuerdos que se han firmado con las confesiones religiosas (...) se han incrementado las diferencias de régimen jurídico entre las diferentes agrupaciones religiosas asentadas en España”.

Por ese motivo, en España se podría hablar de dos grandes categorías:

1. La situación de la Iglesia Católica: se estableció el 3 de enero de 1979, cuando se suscribió el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos; es decir, se trata de un tratado internacional, no de una ley ordinaria.

¹²⁰ CCME [en línea]. [Fecha de consulta: 6 d junio de 2011]. Disponible en Internet: <http://www.ccme.org.ma/fr/Ev%C3%A9nements-du-CCME/Colloque-internationalStatut-juridique-de-l-Islam/Pasado-presente-y-futuro-de-la-representaci%C3%B3n-del-Islam-en-Espa%C3%B1a-Iv%C3%A1n-Jim%C3%A9nez-aybar-Espagne.html>

¹²¹ OLLERO TASSARA, A. *España: ¿Un Estado laico?* Cizur Menor: Thomson Cívitas, 2005, p. 144.

¹²² LANZAS GÁMEZ, F. La libertad religiosa en España durante los treinta años de la Constitución de 1978. *Revista Videtur Quod - Anuario del Pensamiento Crítico*, 2008, nº 0, pp. 44 a 60.

2. La situación de las demás confesiones, donde se distinguiría entre:

- Aquéllas que están inscritas en la sección especial del Registro de Entidades Religiosas: Protestantismo, Judaísmo e Islam. Con estas religiones, el Estado suscribió los acuerdos de colaboración de 1992, citados anteriormente, mediante leyes ordinarias;
- Aquéllas que están inscritas en la sección general del Registro de Entidades Religiosas: confesiones que están inscritas pero con las que el Estado no ha llegado a firmar ningún acuerdo; por ejemplo, Budismo, Comunidad Bahái, Hare Krisna, Testigos de Jehová, *Mormones*, etc. y, finalmente,
- Aquéllas que ni siquiera están inscritas. El caso más notorio es el de la Iglesia de la Cienciología con la que Europa no mantiene un criterio uniforme¹²³ (mientras Francia la considera una secta; Bélgica, Alemania o el Reino Unido rehúsan reconocerla como religión y Suecia, en cambio, sí que le otorga ese reconocimiento). En España, en principio, el Tribunal Supremo le denegó su inscripción en 1990¹²⁴ por *la ausencia de finalidades esencialmente religiosas (...)* para encontrarnos prácticamente de forma exclusiva en una *técnica psicológica*; pero, finalmente, la Audiencia

¹²³ Al respecto, el **caso Kimlya y otros contra Rusia**, de 1 de octubre de 2009 (nº 76836/01 y 32782/03, § 79) sobre la ausencia de un consenso europeo: La cuestión de si la Cienciología puede ser descrita o no como una religión no es una controversia que deba decidir en abstracto la Corte, sino los Estados parte.

¹²⁴ **STS 12329/1990, de 25 de junio** (FdD 2º)..

Nacional¹²⁵ declaró su derecho a inscribirse en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia en 2007 (un caso similar al que se vivió en Portugal). La negativa a inscribir a ciertas confesiones¹²⁶ acabó provocando un cambio de criterio en 2001, cuando el Tribunal Constitucional anuló una resolución¹²⁷ que denegó la inscripción de la Iglesia de Unificación –la llamada *secta Moon*– en aquel Registro. La sentencia señaló que este organismo administrativo no podía realizar un control de fondo o sustantivo, sino que debía limitarse a verificar el cumplimiento de los requisitos formales legalmente establecidos; es decir, *la Administración no debe arrogarse la función de juzgar el componente religioso de las entidades solicitantes del acceso al Registro, sino que debe limitarse a constatar que, atendidos sus estatutos, objetivos y fines, no son entidades de las excluidas por el Art. 3.2 LOLR*¹²⁸.

Esas diferencias en el régimen que disfrutaban las distintas confesiones se manifiestan en diversos aspectos; por citar dos casos:

1. En España sólo son válidos los enlaces celebrados por los ritos católico, evangélico (incluido el ortodoxo), musulmán o judío pero, excepto los matrimonios católicos, los demás van a

¹²⁵ SAN 4394/2007, de 11 de octubre.

¹²⁶ Como sucedió, por ejemplo, con la Iglesia Espiritual Fe de Dios (en 2001), la Iglesia de la Confraternidad de la Realización del Ser (2002), la Congregación Mita (2006) o la Iglesia *Sang Précieux* (2006).

¹²⁷ Resolución de la Dirección General de Asuntos Religiosos, de 22 de diciembre de 1992.

¹²⁸ STC 46/2001, de 15 de febrero (FJ 10º).

necesitar –en distintos momentos de su celebración y con diversos efectos– un certificado de capacidad matrimonial que se tramita en el Registro Civil¹²⁹.

2. Asimismo, otro aspecto polémico ha sido la asignación tributaria prevista únicamente para la Iglesia Católica que, *en desarrollo de lo previsto en el artículo II del Acuerdo con la Santa Sede ha establecido con carácter indefinido y con vigencia desde el 1 de enero de 2007, que el Estado destinará al sostenimiento de la Iglesia Católica el 0,7% de la cuota íntegra del IRPF correspondiente a los contribuyentes que manifiesten su voluntad en tal sentido*¹³⁰ marcando la casilla 105 de su declaración de la Renta. Más adelante, tendremos ocasión de conocer el criterio de dos decisiones del TEDH que abordaron tanto la asignación del IRPF español como la cuota del denominado *otto per mille* del IRPEF italiano¹³¹.

¹²⁹ En 2008, el Congreso de los Diputados debatió una proposición de Ley Orgánica de libertad ideológica, religiosa y de culto, presentada por el Grupo Parlamentario de *Esquerra Republicana*-Izquierda Unida-*Iniciativa per Catalunya Verds* para modificar La Ley Orgánica de 1980 porque, según su exposición de motivos, esta norma omitía *en su regulación y aplicación otras opciones de conciencia diferentes de las religiosas*; y se pretendía *superar el vacío legal soportado* desde entonces, abogando por la *separación, neutralidad y laicidad* de los poderes públicos con respecto a *las creencias*. El texto, finalmente, fue rechazado (dos años antes, otra propuesta similar de *Esquerra Republicana*, terminó caducando).

¹³⁰ Disposición adicional decimoctava de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007.

¹³¹ Asimismo, en 2012, en España se debatió sobre la exención del Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI).

2.4) Los principios comunes europeos en las relaciones Iglesia-Estado:

Mientras la regulación española afirma que *ninguna confesión tendrá carácter estatal*¹³²; los Estados miembros de la Unión Europea mantienen posicionamientos diametralmente opuestos. Por un lado se encuentra Francia, donde –al igual que ocurre en Turquía– el laicismo se ha convertido en uno de los pilares básicos de la República¹³³; y, por otra parte, las Constituciones de algunos países muestran la tendencia opuesta: Dinamarca mantiene su confesionalidad¹³⁴ aunque posteriormente reconoce *que los ciudadanos tienen derecho a reunirse en comunidades para el culto a Dios conforme a sus convicciones, con tal de que no enseñen ni practiquen nada que sea contrario a las buenas costumbres o al orden público*¹³⁵; la Constitución de Grecia¹³⁶ comienza con el elocuente *En el nombre de la Santísima Trinidad, consustancial e indivisible* para continuar regulando que *la religión dominante (...) es la de la Iglesia Ortodoxa Oriental de Cristo*; de forma análoga a las Constituciones de Irlanda y Polonia (preámbulos), Malta (Art. 2) y, fuera de la Unión Europea, Suiza¹³⁷ cuyo preámbulo también se inicia con una invocación.

¹³² Art. 1.3 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa.

¹³³ Al respecto, la Ley 2004-228, de 15 de marzo de 2004 enmarca, en aplicación del principio de laicidad, la tenencia de símbolos o ropa que manifiesten una pertenencia religiosa en los colegios, escuelas y liceos públicos.

¹³⁴ Art. 4 de la Constitución danesa de 1953: *La Iglesia evangélica luterana es la Iglesia nacional danesa y goza, como tal, del apoyo del Estado.*

¹³⁵ Art. 67 de la Constitución danesa de 1953.

¹³⁶ El Art. 3.3º de la Constitución griega establece que “el texto de las Sagradas Escrituras es inalterable, su traducción oficial en otra forma de lenguaje, sin el consentimiento previo de la Iglesia autocéfala de Constantinopla, está prohibido”.

¹³⁷ Preámbulo de la Constitución suiza de 1999: *En nombre de Dios Omnipotente! El pueblo suizo y los cantones, Conscientes de su responsabilidad frente a la Creación...*

Junto a la habitual doctrina del margen de apreciación nacional, la Corte de Estrasburgo ha aplicado el criterio de que, en las sociedades democráticas, las relaciones entre Iglesia y Estado pueden ser *razonablemente muy diferentes*¹³⁸, dando lugar a que, en Europa, no exista un modelo único capaz de integrar las relaciones de los Estados miembros con las distintas religiones que profesan sus habitantes, tal y como también ha reconocido la doctrina¹³⁹.

Aunque el TEDH¹⁴⁰ ha señalado que *evidentemente, no es tarea de la Corte decidir en abstracto si un cuerpo de creencias y sus prácticas pueden ser consideradas o no como una "religión" en el sentido del Art. 9 de la Convención*; su jurisprudencia ha sido determinante para que el Parlamento Europeo pudiera sintetizar, en 2007, los tres principios comunes donde –al menos– coinciden todos los países que están representados en Estrasburgo y que constituyen el núcleo alrededor del cual giran dichas relaciones Estado-Confesiones religiosas; son:

- La libertad religiosa¹⁴¹,
- La autonomía de las comunidades religiosas¹⁴² y

¹³⁸ TEDH. **Caso Leyla Sahin contra Turquía**, de 29 de junio de 2004 (nº 44774/98, § 109).

¹³⁹ El profesor Torres Gutiérrez –citando a Gerhard Robbers– ha señalado que *“es preciso tener en cuenta la diversidad de modelos de relaciones Iglesia-Estado existentes en Europa, de modo que, probablemente, no existe otro ámbito en el que las experiencias históricas tengan una eficacia jurídica tan inmediata, y nos encontramos ante una pluralidad de sistemas que reflejan una pluralidad de identidades y culturas nacionales”*. TORRES GUTIÉRREZ, A. La libertad de pensamiento, conciencia y religión. En: SANTOLAYA MACHETTI, P. y GARCÍA ROCA, F. J. *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 569.

¹⁴⁰ TEDH. **Caso Kimlya y otros contra Rusia**, de 1 de octubre de 2009 (nº 76836/01 y 32782/03, § 79),

¹⁴¹ Al respecto, en el **caso Masaev contra Moldavia**, de 12 de mayo de 2009 (nº 6303/05), donde el demandante alegó que las autoridades moldavas vulneraron su libertad religiosa al sancionarlo por practicar el Islam, una religión que no estaba reconocida por el Estado, al rezar con un grupo en una finca privada. Una injerencia que aunque estuviese prevista en su ordenamiento jurídico, no fue proporcionada (§ 24). La Corte ya había condenado también a este país en el **caso Iglesia Metropolitana de Besarabia y otros contra Moldavia**, de 13 de diciembre de 2001 (nº 45701/99) por lesionar la libertad religiosa de los demandantes.

¹⁴² En el **caso Sagrado Consejo Supremo de la Comunidad Musulmana contra Bulgaria**, de 16 de diciembre de 2004 (nº 39023/97), donde la Corte apreció que la autonomía interna de esta organización

- La cooperación entre el Estado y estas comunidades¹⁴³.

Esas tres ideas son el núcleo común de los 27 países de la Unión; pero cuando la eurocámara redactó esta nota de síntesis¹⁴⁴ lo hizo pensando en una única religión –la musulmana– y dentro de un contexto mayor, donde el Parlamento Europeo se preguntaba *¿Qué nos deparará el futuro?* al hablar de la realidad del Islam en la Unión Europea; en ese ámbito, Estrasburgo señaló que esta religión “podrá encontrar su sitio en los diversos sistemas nacionales de relaciones entre Estado y religión siempre que respete ese núcleo común”.

Recordemos que el Art. 10 de la Declaración de los Derechos Humanos en el Islam –que mencionamos anteriormente– es muy taxativo en este punto al afirmar que *El Islam es la religión indiscutible. No es lícito ejercer ningún tipo de coerción sobre el ser humano, ni aprovecharse de su pobreza o ignorancia, para llevarle a cambiar su religión por otra distinta, o al ateísmo.* Aunque el Corán rechaza la apostasía (RIDDÁ), no la castiga de forma expresa con la pena de muerte como suele creerse; esa interpretación encuentra su base, para ciertas corrientes fundamentalistas, en algunos hadices, basados en los dichos y

paraguas islámica búlgara también está protegida por el Art. 9 de la Convención ante las injustificadas interferencias del Estado (§ 73). Cuatro años antes, el Gobierno de Sofía también reemplazó al Gran Muftí musulmán (**caso Hasan y Chaush contra Bulgaria**, de 26 de octubre de 2000 (nº 30985/96).

¹⁴³ Se correspondería con la idea de *laicidad positiva* que ha reiterado también la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, como veremos más adelante. Se trata de un *compromiso positivo por parte del Estado que garantice el respeto efectivo de la libertad de religión*, como señaló la Corte en el **caso Cha'are Shalom ve Tsedek contra Francia**, de 27 de junio de 2000 (nº 27417/95, § 76), sobre comida *kosher*; o en las creencias alevíes (una rama musulmana) de una familia en el **caso Hasan y Eylem Zengin contra Turquía**, de 9 de octubre de 2007 (nº 1448/04, § 49). En sentido contrario, esta idea también significa que la neutralidad e imparcialidad de Estado es incompatible con cualquier evaluación que pretenda realizar sobre la legitimidad de las creencias religiosas (§ 54).

¹⁴⁴ PARLAMENTO EUROPEO [en línea]. [Fecha de consulta: 15 de julio de 2011]. Disponible en Internet: www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/dv/668/668402/668402es.pdf

hechos del profeta Mahoma, que son muy discutidos por la gran mayoría de musulmanes.

El profesor tunecino Mohamed Charfi¹⁴⁵ lo ha expresado de forma muy elocuente: “Por sorprendente que pueda parecer, los ulemas han creado esta infracción que atenta contra la libertad de conciencia” [la apostasía] “sin apoyarse en base coránica alguna”. Lo cierto es que, para la mentalidad de un musulmán, es prácticamente inconcebible que alguien quiera abandonar el Islam porque su religión es mucho más que una simple creencia, es un modo de entender la vida en todas sus facetas (personal, familiar, social, política, jurídica, económica, etc.) en el marco de esa gran comunidad denominada UMMA.

En el Corán, la aleya 2, 256 suele citarse como ejemplo de la libertad religiosa musulmana: *No cabe coacción en religión*; pero los expertos exégetas que la han interpretado, consideran que este pasaje coránico ha sido abrogado por la *aleyas de la espada* que es posterior (9, 5: *contra los asociados*) aunque también se citan la 18, 29 (*¡Que crea quien quiera, y quien no quiera que no crea!*) o la 109, 6 (*Vosotros tenéis vuestra religión y yo la mía*). Buena muestra, sin duda, de la ambivalencia de un texto sagrado que admite una gran variedad de lecturas, en función de quien lo interprete. De ahí que otros autores – como Santiago Catalá¹⁴⁶ – afirmen que quien “prohíbe a todo musulmán cambiar de credo que es, de algún modo, la primera facultad inherente al derecho de libertad religiosa” no es el Corán sino la Sunna (la tradición) del Islam; llegando a haber quien afirma que, en esta creencia, la libertad

¹⁴⁵ CHARFI, M. *Islam y libertad. El malentendido histórico*. Granada: Almed, 2001, p. 90.

¹⁴⁶ CATALÁ, S. *Libertad religiosa de la mujer musulmana en el Islam*. En MOTILLA, A. (coord.) *El pañuelo islámico en Europa*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 34.

religiosa sólo existe en un único sentido: “entrée libre, sortie interdite” (entrada libre, salida prohibida) como ha señalado el abogado palestino-cisjordano Sami Aldeeb Abú-Sahlieh¹⁴⁷.

Probablemente, en los últimos años, la conversión más conocida haya sido la del europarlamentario italiano Magdi Cristiano Allam, nacido en El Cairo (Egipto). Él mismo escribió una Carta al diario *Corriere della Sera*¹⁴⁸ en la que “como protagonista de este asunto narra cómo me convertí a la religión católica renunciando a mi anterior fe islámica” al ser bautizado por Benedicto XVI durante la vigilia pascual del Domingo de Resurrección de 2008; en dicha carta, el político afirmó que “es hora de poner fin al puro arbitrio y a la violencia de los musulmanes que no respetan la libertad de elegir religión”; asimismo, describió su profunda reflexión interior, ante “las amenazas y de las condenas a muerte dictadas contra mí por los extremistas y los terroristas islámicos” y las fetuas que lo denunciaban como “"enemigo del Islam", "hipócrita cristiano copto que finge ser musulmán para perjudicar al Islam" y "traidor y difamador del Islam"”.

Para algunos neocristianos –el propio Allam define de este modo a quienes se convierten, como él, al Cristianismo– la deportación a sus países de origen supondría un indudable riesgo para su integridad, su dignidad y su vida; de ahí que la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo –concediendo una gran importancia a los informes que elabora el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados

¹⁴⁷ ABÚ-SAHLIEH, S.A.A. *Les Musulmans face aux droits de l'homme (religion, droit et politique : études et documents)*. Bochum: Dieter Vinkler, 1994, pp. 87-158.

¹⁴⁸ VIDA SACERDOTAL [en línea]. [Fecha de consulta: 24 de mayo de 2012]. Disponible en Internet: <http://www.vidasacerdotal.org/index.php/noticias-del-mundo/noticias-de-2008/203-punto-de-llegada-de-un-largo-camino-decisivo-el-encuentro-con-el-papa.html>

(en adelante, ACNUR)– esté aplicando una consolidada doctrina en la que se reconoce el derecho de asilo a quienes entraron ilegalmente en Turquía procedentes de Irán, y alegaron su conversión del Islam al Cristianismo para no ser extraditados¹⁴⁹. Esta jurisprudencia del TEDH confiere “a los informes individualizados del ACNUR un indudable peso para que los tribunales valoren la existencia de una seria posibilidad de riesgo para la dignidad de las personas (...) produciéndose una interesante relación de complementariedad en la actuación de dos organizaciones internacionales actuantes cada una en su propio ámbito competencial pero con el común objetivo de garantizar derechos fundamentales”¹⁵⁰. Uno de ellos –la libertad de pensamiento, conciencia y religión, proclamada en el Art. 10.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea– implica, precisamente, “la libertad de cambiar de religión”.

¹⁴⁹ TEDH. **Casos Z.N.S. contra Turquía**, de 19 de enero de 2010 (nº21896/08), **M.B. y otros contra Turquía**, de 15 de junio de 2010 (nº 36009/08) y **Ahmadpour contra Turquía**, de 15 de junio de 2010 (nº 12717/08).

¹⁵⁰ GARCÍA ROCA, J. (coord.) Crónicas de jurisprudencia. Derechos fundamentales y libertades públicas. *Justicia Administrativa*, 2010, nº 48, p. 92.

CAPÍTULO II

**EL ESTATUTO JURÍDICO DEL ISLAM EN LA
UNIÓN EUROPEA**

Más allá de los tres principios que comparten los 27 Estados miembros de la Unión Europea, no existe un modelo único a la hora de configurar las relaciones que mantiene cada país con sus ciudadanos musulmanes; a diferencia de las relaciones históricas que se mantienen con las iglesias Cristianas (Católica, Ortodoxa o Protestante) o Judía.

Algunos Estados (como Francia, Bélgica o España) han establecido una serie de instrumentos jurídicos para regular –en mayor o menor medida– la práctica de la religión islámica (en ámbitos que ya hemos destacado anteriormente como la protección de las mezquitas, el estatuto de los imanes, los efectos civiles de los matrimonios islámicos, la asistencia y enseñanza religiosa, la celebración de festividades en los calendarios laborales, los beneficios fiscales o el régimen de la alimentación *halal*) pero la mayoría de los países no cuenta con un estatuto jurídico del Islam, de forma que, por ejemplo, la *Unione dei musulmani in Italia* (UMI) llegó a señalar¹⁵¹ que hay que poner fin a *décadas de sufrimiento padecido por la minoría musulmana en Italia debido a la falta de reconocimiento institucional*. Una falta que *ha afectado tan negativamente el desarrollo social, cultural, religioso, informativo, educativo y de seguridad, que no podemos esperar para dar vuelta la página e inaugurar un período de protección jurídica de la minoría musulmana en Italia, y recuperar la zaga de otros países europeos*; donde cita, textualmente, a *España 1992* en relación al acuerdo que firmó el Estado con la Comisión Islámica aquel emblemático año.

Pero, ¿cuántos musulmanes viven en los 27 Estados miembros? Como no existen cifras oficiales, los datos más aproximados puede que

¹⁵¹ UMI [en línea]. [Fecha de consulta: 12 de julio de 2011]. Disponible en Internet: <http://umislamitalia.blogspot.com/p/documenti.html>

sean los que figuran en el portal *Islamic Population*¹⁵², una organización que elabora sus estadísticas basándose en diecinueve referencias internacionales: la CIA *Fact Sheet*, el Atlas HRW, la BBC, el Departamento de Estado norteamericano, *The Pew Forum*, etc. De acuerdo con esta información, en 2012 la población musulmana en los 49 países del Viejo Continente era de 55.780.000 personas (el 7,6% de los 738.410.000 habitantes que vivían en toda Europa). Hay que tener en cuenta que esos datos incluyen a países y territorios de mayoría musulmana, como Albania (donde representan al 79,9% de la población), Bosnia-Herzegovina (44%) o Kosovo (90%).

Por lo que se refiere a la Unión Europea, los datos son:

ESTADO MIEMBRO (UE 27)	Población total	Población musulmana	% sobre el total
België Belgique Bélgica	11.000.000	660.000	6%
Bulgaria	7.500.000	920.000	12,2%
Ceská Rep. Rep. Checa	10.500.000	50.000	0,5%
Danmark Dinamarca	5.600.000	230.000	5,6%
Deutschland Alemania	81.800.000	4.090.000	5%
Eesti Estonia	1.300.000	10.000	0,7%
Éire Irlanda	4.600.000	20.000	0,5%
Elláda Grecia	11.300.000	530.000	4,7%
España	46.200.000	1.060.000	2,3%
France Francia	63.300.000	6.080.000	9,6%

¹⁵² ISLAMIC POPULATION [en línea]. [Fecha de consulta: 21 de febrero de 2012]. Disponible en Internet: <http://www.islamicpopulation.com/>

ESTADO MIEMBRO (UE 27)	Población total	Población musulmana	% sobre el total
Italia	60.800.000	1.580.000	2,6%
Kypros Chipre	1.100.000	253.000	23%
Latvija Letonia	2.200.000	10.000	0,45%
Lietuva Lituania	3.200.000	0	0,1%
Luxembourg Luxemburgo	500.000	10.000	2,6%
Magyarország Hungría	10.000.000	20.000	0,2%
Malta	400.000	0	0,2%
Nederland Holanda	16.700.000	920.000	5,5%
Österreich Austria	8.400.000	480.000	5,7%
Polska Polonia	38.200.000	45.000	0,13%
Portugal	10.700.000	60.000	0,6%
România Rumanía	21.400.000	60.000	0,3%
Slovenija Eslovenia	2.100.000	50.000	2,4%
Slovensko Eslovaquia	5.400.000	10.000	0,1%
Suomi Finlandia	5.400.000	40.000	0,8%
Sverige Suecia	9.400.000	460.000	4,9%
UK Reino Unido	62.700.000	2.880.000	4,6%
Total UE 27	501.700.000	20.528.000	4,09%

El 4,09% de la población de la Unión Europea es musulmana; es decir, más de 20.500.000 personas.

3. EL MARCO LEGAL POR PAÍSES:

A continuación, veremos la situación en ocho Estados miembros, los más significativos de la Unión Europea, y en España.

3.1) Francia:

Esta nación representa el mejor exponente europeo de Estado laico; un laicismo¹⁵³ que se basa en los principios que reguló la *Loi de la Séparation* de 9 de diciembre de 1905; ley que aprobó la separación entre la Iglesia y el Estado, de modo que éste no financia ni subvenciona ningún culto.

A esta disposición se han adherido los grupos y asociaciones de musulmanes franceses; al igual que a todos los principios jurídicos recogidos en los Arts. 10 y 11 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (libertad de pensamiento y de religión); el Art. 1 de la Constitución que afirma el carácter laico, democrático y social de la República y la igualdad sin distinción de religión así como a las normas relativas a la libertad de pensamiento, conciencia y religión del Convenio Europeo de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (1950), ratificado por Francia el 31 de diciembre de 1973. De forma que los musulmanes disfrutan “de los mismos derechos y están sujetos a las mismas obligaciones que los fieles de otras religiones, siempre que se

¹⁵³ Al respecto, el sociólogo Díaz-Salazar considera que “el modelo francés originario de laicismo posee las siguientes características: a) La separación total del Estado y la Iglesia; b) La privatización de la religión; c) La escuela pública laica con exclusión de la enseñanza de la religión; d) La moral laica como fundamento del vínculo social, pues la religión deja de ser el núcleo de la moral; e) La constitucionalización laica de la República”. DÍAZ-SALAZAR, R. *España laica*. Madrid: Espasa, 2008, p. 31.

respete el orden público y se preserve la neutralidad religiosa de la República»¹⁵⁴.

Hoy en día, los musulmanes franceses –mayoritariamente, de origen latinoafricano: argelinos, marroquíes o tunecinos (antiguas colonias de la Francofonía en el norte de África)– representan el 9,6% de la sociedad; algo más de 6.000.000 de personas sobre una población total de 63.000.000 de habitantes, formando la mayor comunidad dentro de la Unión Europea.

Se organizan en numerosas comunidades religiosas; las tres más importantes son la *Grande Mosquée de Paris* (GMP), considerada moderada y cercana al Gobierno de París; la *Union des organisations islamiques de France* (UOIF), próxima a los Hermanos Musulmanes; y, en un término medio, la *Fédération nationale des musulmans de France* (FNMF). Pero no son las únicas entidades; junto a éstas destacan el *Comité de coordination des musulmans turcs de France* (CCMTF), la *Fédération française des associations islamiques d'Afrique, des Comores et des Antilles* (FFAIACA) o la *Rassemblement des musulmans de France*.

Todas ellas –así como otras organizaciones menos oficialistas y más radicales, como la *Fédération Tabligh* o la *Association Foi et Pratique*– y diez personalidades –cinco hombres y cinco mujeres de reconocido prestigio moral, espiritual e intelectual (denominadas *personnalités cooptées*)– forman parte del Consejo Francés del Culto Musulmán (CFCM) que se creó en 2002, a instancia del Ministerio del

¹⁵⁴ LECFCM [en línea]. [Fecha de consulta: 20 de junio de 2011]. Disponible en Internet: <http://www.lecfc.fr/?p=2599>

Interior galo tomando como referente los antiguos Consejos Protestante y Judío que, doscientos años antes, ya se habían establecido en tiempos de Napoleón, a comienzos del siglo XIX.

El CFCM –la institución musulmana más importante del Estado francés y su representante en todos los foros y eventos públicos– nació con el propósito de reunir a los veinticinco Consejos Regionales de Culto Musulmán (*Conseils Régionaux du Culte Musulman ó CRCM*) que son los interlocutores con las administraciones locales y regionales; así como a las federaciones y asociaciones relacionadas con la gestión y la administración de los lugares de culto islámico y a las grandes mezquitas. De acuerdo con sus estatutos, el Consejo persigue cuatro objetivos:

- Defender la dignidad y los intereses de la fe musulmana en Francia;
- Promover y organizar el intercambio de información y servicios entre los lugares de culto;
- Promover el diálogo entre las religiones; y
- Asegurar la representación de los lugares de culto musulmanes con los poderes públicos.

En abril de 2003 se celebraron las primeras elecciones al Consejo que ganó la FNMF, seguida por la UOIF y la Gran Mezquita de París, cuyo rector –el moderado y moderno Dalil Boubakeur– fue elegido su primer presidente (bajo los auspicios del Gobierno que presidía Nicolas Sarkozy) y dos representantes de las otras organizaciones vencedoras, sus vicepresidentes. En junio de 2008, Mohammed Moussaoui, profesor de matemáticas en la Universidad de Aviñón y vicepresidente de la

Rassemblement des musulmans de France, lo reemplazó en la presidencia del Consejo.

La organización se estructura en dos niveles: nacional (CFCM) y regional (CRCM), con diversos organismos (la Asamblea General, el Consejo de Administración y la Oficina Ejecutiva) que funcionan de manera similar en cada nivel aunque difieren en cuanto a su composición.

Como resultado de la buena sintonía que existía entre el Consejo Francés del Culto Musulmán y el Gobierno, en 2009 la entonces Ministra de Economía, Christine Lagarde, anunció que París debía convertirse en la *capitale européenne de la finance islamique*, afirmando que Francia debía tener un marco legal y fiscal para facilitar estas finanzas; un año después, el *Bulletin officiel des impôts* publicaba la nueva regulación de los primeros instrumentos financieros *conforme à la charia*, como la MURÁBAHA¹⁵⁵ (préstamo para eludir la prohibición islámica de la usura¹⁵⁶) y el TAWARRUQ (instrumento con el que se financia la adquisición de un activo).

A pesar de todo este esfuerzo, el modelo francés de asimilación –la minoría musulmana debe asumir los valores e ideales de la República laica en la que viven– ha generado numerosos incidentes sociales desde finales de los años 80; problemas que alcanzaron su cénit a partir del 7 de octubre de 1989 cuando un instituto de las afueras de París expulsó a tres alumnas por cubrirse la cabeza con el tradicional *hiyab*. Desde entonces,

¹⁵⁵ Al respecto, puede consultarse la Instrucción de 23 de julio de 2010, de la Dirección General de las Finanzas Públicas. Disponible en: www11.minefi.gouv.fr/boi/boi2010/4fepub/textes/4fes110/4fes110.pdf

¹⁵⁶ GÓMEZ GARCÍA, L. *Diccionario de Islam e Islamismo*. Madrid: Espasa, 2009, p. 285-286: Al explicar el concepto de usura (ribá, en árabe), la autora señala que: “doctrinalmente, el Islam solo permite el intercambio de valores iguales y al contado, pero la práctica comercial y financiera islámica buscó desde muy temprano subtergios jurídicos a estas constricciones”

el *affaire du foulard* –como veremos más adelante– ha marcado la agenda de las relaciones entre el Estado y las comunidades islámicas desde un punto de vista tanto legislativo (Ley de símbolos religiosos de 2004) como jurisprudencial y doctrinal. En este sentido, como ha señalado el profesor Máiz¹⁵⁷, “a partir de los años ochenta del siglo pasado diversos conflictos políticos relacionados con la inmigración” han mostrado “todas las contradicciones del modelo francés: bajo la brillante superficie del universalismo republicano de derechos, operaba en la sombra el particularismo nacionalista del asimilacionismo cultural”.

En idéntico sentido, el profesor Motilla¹⁵⁸ también considera que “los intentos de *galicanizar* [sic: afrancesar] a las minorías inmigrantes y las medidas restrictivas frente a manifestaciones religiosas, como la del pañuelo en la escuela, sólo han creado oposición, polémica y, en definitiva, tensión social”.

3.2) Bélgica:

Los musulmanes llegaron al corazón de Europa tras la II Guerra Mundial, alentados por las políticas de reconstrucción nacional con las que el gobierno de Bruselas contrató, para trabajar en sus fábricas, a ciudadanos marroquíes y turcos que, junto a las comunidades albanesa, palestina, bosnia y paquistaní, convirtieron al Islam en la segunda comunidad religiosa del país –por detrás de los católicos– con más de seiscientos mil fieles (un 6% de la población).

¹⁵⁷ MÁIZ SUÁREZ, R. Nacionalismo e inmigración en Francia: La République une et indivisible y el affaire du foulard. *Revista de Estudios Políticos*, 2005, nº 129, p. 25.

¹⁵⁸ MOTILLA, A. *Los musulmanes en España. Libertad religiosa e identidad cultural*. Madrid: Trotta, 2004, p. 16.

Aunque en 1968, un Real Decreto de 7 de mayo reconoció la personalidad civil al *Centre Islamique et Culturel de Belgique*, no fue hasta el 19 de julio de 1974, cuando el Parlamento belga institucionalizó esta religión, otorgándole su reconocimiento oficial. Como consecuencia, en el curso escolar de 1975/76, los niños musulmanes ya pudieron recibir clases de su propia religión en las escuelas públicas; un hecho histórico en un reino donde el Catolicismo se encuentra tan arraigado.

Un nuevo Real Decreto, de 3 de mayo de 1978, desarrolló aquel primer reconocimiento y, en 1990 se creó el Consejo de Ancianos (*Conseil des Sages*) que se responsabilizó de la gestión educativa en las escuelas.

Todos estos hechos fueron importantes para la comunidad musulmana belga, pero el momento que marcó un punto de inflexión llegó el 13 de enero de 1991 cuando los musulmanes de este país eligieron, por sufragio universal, a sus primeros representantes en el denominado *Conseil Supérieur des Musulmans de Belgique* (Consejo Superior de los Musulmanes de Bélgica). En sus primeros años de funcionamiento, esta institución se encontró con numerosas dificultades: falta de financiación, escasa participación de los musulmanes en las elecciones, cierta hostilidad de las autoridades y el inconveniente de que algunos consejos provinciales quedaron marginados con relación al nacional y que algunas provincias ni tan siquiera llegaron a constituirlos.

El *Conseil* nació con tres grandes objetivos: unir a la comunidad musulmana, establecer un organismo oficial que los representara en un plano de igualdad con las demás religiones de Bélgica y organizar a los musulmanes para *alcanzar un mejor nivel de vida, en consonancia con*

sus principios religiosos, las leyes del país y las exigencias de la vida moderna, como establecen sus estatutos.

Un Real Decreto de 3 de julio de 1996, reguló la enseñanza islámica en los colegios, la asistencia en los hospitales y centros penitenciarios, la financiación de los lugares de culto y el sueldo de los *dignitaires religieux*.

En diciembre de 1998, el Consejo Superior cedió la representación oficial a un nuevo interlocutor: los dieciséis miembros del *Exécutif des musulmans de Belgique* (EMB) que ha sido presidido –sucesivamente– por el doctor belga Didier-Yacine Beyens (1996-1999), el inspector de Hacienda de origen marroquí Nordin Maloujahmoune (1999-2003), el economista también marroquí Mohamed Boulif (2003-2005) y el imán de origen turco Coskun Beyazgül (2005-2008) que dimitió por un escándalo financiero y de falsificación de documentos. Desde 2009, el EMB lo preside una mujer, la turco-flamenca Hacer Düzgün.

Junto a la Asamblea General (AG), el EMB conforma el denominado ORCMB (Organe Représentatif du Culte Musulman en Belgique) que, de acuerdo con sus estatutos, tiene por objeto la representación de los intereses del culto islámico belga y su gestión temporal. Para asesorarles, existe un *Conseil des Théologiens*, un Consejo de Teólogos que se encarga de resolver las dudas sobre teología islámica que se presentan al EMB y la AG o que plantea cualquiera de las mezquitas del país o las organizaciones musulmanas.

3.3) Italia:

Aunque se trata de la segunda religión con un mayor número de seguidores del país, el Gobierno de Roma no ha reconocido ningún estatus oficial al Islam italiano; a pesar de habérselo concedido a otras religiones más minoritarias como la Iglesia Adventista o los *Valdenses*.

La comunidad musulmana está formada por más de millón y medio de fieles que están representados por diversas entidades con un denominador común: su fragmentación y su fuerte componente localista, de modo que cada organización tiene su epicentro en una ciudad específica:

- La CO.RE.IS (*Comunità Religiosa Islamica*), con sede en Milán, se fundó en 1993 entorno a la figura del converso Abd al Wahid Pallavicini y es la organización que reúne *il maggior numero di cittadini italiani musulmani*, desarrollando numerosas iniciativas encaminadas a *sensibilizar a la opinión pública de que es posible una plena y armoniosa compatibilidad entre la fe islámica y la identidad italiana*. Pese a que la CO.RE.IS carece de un reconocimiento institucional, es la comunidad que representa a Italia –desde 1995– en los congresos islámicos internacionales y la que ha suscrito un acuerdo con la Organización para la Educación, la Ciencia y la Cultura de la Conferencia Islámica. Ha presentado al Ministerio del Interior la solicitud para ser reconocida como *ente morale di culto*.
- A su lado, existen otras entidades como *L'Unione dei Musulmani in Italia*. La UMI surgió en 2007 en Turín y es una de las más críticas con la situación de esta religión en su país; afirmando que

hay que *poner fin a décadas de sufrimiento padecido por la minoría musulmana en Italia debido a la falta de reconocimiento institucional*. La dirige el imán de origen marroquí Abdulaziz Khounati.

- Los estatutos de la *Assemblea Musulmana d'Italia* (AMI) –antigua *Associazione Musulmani Italiani*– proponen la defensa de la imagen del Islam en Italia, condenando el extremismo fundamentalista y denunciando a las organizaciones que instigan al odio, la violencia y el terrorismo sobre la base de una lectura *aberrante e deviante della religione islamica*. La fundó un inspector de Hacienda retirado, el italo-somalí Ali Mo'allim Hussen, en Nápoles, en 1982; aunque en 1985 trasladó su sede a Roma. Entre sus miembros destaca la mayor comunidad italiana de conversos.
- La *Unione delle Comunità ed Organizzazioni Islamiche in Italia* (UCOII), relacionada con los *Hermanos Musulmanes*, se creó en Ancona en 1990. Temerosos de la *occidentalización* de sus miembros, propugnan la creación de espacios islamizados puros.
- Finalmente, existen otras entidades como la *Associazione Culturale Islamica in Italia* que reúne, desde 1994, a los fieles que acuden a la oración de los viernes en la mezquita de Roma; el *Istituto Culturale Islamico*, de Milán; la *Lega Musulmana*; la Comunidad Ismaelita o la *Unione Islamica in Occidente* (UIO) que fue la primera organización musulmana que se fundó en Italia, en 1947.

Aunque no existe ninguna federación de asociaciones musulmanas, un breve decreto¹⁵⁹ –cuatro artículos– del 10 de septiembre de 2005 creó un órgano consultivo nacional denominado *La Consulta per l'Islam italiano*¹⁶⁰ que se inspiraba en el Consejo francés, con el objetivo de fomentar el diálogo institucional entre el Estado –representado por el Ministerio del Interior– y la comunidad islámica, para lograr su integración armónica en la sociedad italiana, basada en el *rispetto della Costituzione e delle leggi della Repubblica*. La preside el Ministro del Interior y está formada por 16 miembros: *algunas de las voces más significativas de la múltiple realidad islámica italiana* –según señala el propio Ministerio– y representantes de origen albanés, argelino, jordano, iraquí, libio, marroquí, paquistaní, senegalés, sirio, somalí y tunecino; asimismo, son miembros de *La Consulta* los *vertice di organizzazioni* de la Comunidad *ismailita*, la CO.RE.IS., la sección italiana de la Liga Musulmana Mundial, la UCOII y la UIO que deben reunirse al menos tres veces al año.

La *Consulta* aglutina a las principales asociaciones musulmanas italianas pero sólo tiene carácter consultivo. Como señaló el imán Pallavicini (de la CO.RE.IS.) en una entrevista que publicó el diario *Corriere della Sera* en agosto de 2010, sería *oportuno que se empezara a trabajar en el reconocimiento jurídico de los musulmanes moderados*

¹⁵⁹ M. INTERNO [en línea]. [Fecha de consulta: 24 de julio de 2011]. Disponible en Internet: http://www.interno.it/mininterno/export/sites/default/it/sezioni/servizi/legislazione/religioni/legislazione_691.html

¹⁶⁰ M. INTERNO [en línea]. [Fecha de consulta: 24 de julio de 2011]. Disponible en Internet <http://www.interno.it/mininterno/export/sites/default/it/temi/religioni/sottotema003.htm>

*que desde hace años han demostrado que son interlocutores fiables e independientes de cualquier ideología fundamentalista*¹⁶¹.

Una de las consecuencias prácticas que conlleva esta falta de reconocimiento oficial se produce, cada año, a la hora de liquidar el *Imposta sul Reddito delle Persone Fisiche* (IRPEF) de Italia, análogo al IRPF español. El Art. 47.2 de la Ley 222 de 20 de mayo de 1985 estableció, a partir del ejercicio fiscal de 2000, una cuota denominada *il otto per mille* (el ocho por mil) en donde los contribuyentes italianos pueden destinar ese porcentaje a los fines que ellos mismos elijan¹⁶²: 1) Para intereses sociales o de carácter humanitario que gestiona el Estado en caso de intervención ante desastres naturales, hambruna, asistencia a los refugiados o la conservación del patrimonio; 2) La Iglesia Católica; 3) La Iglesia Adventista del Séptimo Día; 4) La Asamblea de Dios (Pentecostales); 5) Las Iglesias Valdense y Metodista; 6) La Iglesia Evangélica Luterana; ó 7) La Comunidad Judía. Como el Islam carece del mismo reconocimiento institucional que esas otras seis confesiones, no recibe ninguna aportación.

En relación con este debate, existen dos decisiones del TEDH¹⁶³ donde se ha puesto de manifiesto el amplio margen de apreciación de los Estados en el ámbito fiscal; máxime teniendo en cuenta –como ha señalado la Corte de Estrasburgo en las decisiones Spampinato contra Italia y la ya citada Alujer Fernández contra España– que estas

¹⁶¹ CORRIERE DELLA SERA [en línea]. [Fecha de consulta: 26 de julio de 2011]. Disponible en Internet: http://www.corriere.it/cronache/10_agosto_27/l-otto-per-mille-si-allarga-restano-fuori-i-musulmani-gian-guido-vecchi_a6163adc-b1a8-11df-a044-00144f02aabe.shtml

¹⁶² Regulado por las leyes italianas números 516, de 1988; 637, de 1996; 517, de 1988; 449, de 1984; 409, de 1993; 520, de 1995; 101, de 1989 y 638, de 1996; en desarrollo de los Arts. 7 y 8 de la Constitución.

¹⁶³ TEDH. Decisiones de los casos **Alujer Fernández y Caballero García contra España**, de 14 de junio de 2001 (nº. 53072/99) y **Spampinato contra Italia**, de 29 de marzo de 2007 (nº 23123/04).

asignaciones en la declaración de la renta no suponen una carga excesiva para los declarantes, que no son arbitrarias y que deben examinarse en el contexto europeo, donde no existe una norma común que rija la financiación de las iglesias o confesiones al tratarse de una cuestión estrechamente relacionada con la historia y las tradiciones de cada país.

3.4) Portugal:

La comunidad musulmana que reside en Portugal *es pequeña, si se compara con la existente en algunos países de Europa Occidental, y tiene un origen reciente. Los primeros musulmanes llegaron en la década de 1950, pero la mayor parte vino después de la instauración del régimen democrático*¹⁶⁴, hoy en día son poco más de 60.000 fieles que, en su mayoría, comparten un mismo origen latinoafricano (Cabo Verde, Mozambique y Guinea Bissau).

El Islam portugués hunde sus raíces históricas –como en el caso español– en la presencia de Al-Andalus durante más de cinco siglos. Hoy en día, se caracteriza por su activa participación en la vida social, cultural y religiosa del Estado; pero con tres elementos que lo singularizan: 1) Que a diferencia de lo que ocurre en otras naciones del *Viejo Continente*, en Portugal, los musulmanes no han suscitado ningún problema de integración –“no levanta tensiones pero tampoco genera ninguna atención”– como ha señalado la filósofa Nina Clara Tiesler¹⁶⁵; 2) Según esta autora, esa sería su segunda característica: “es difícil encontrar un país occidental en el que la presencia islámica sea tan constantemente

¹⁶⁴ COSTA, S. O Islão em Portugal. En PINTO, M. C. (coord.) *O Islão na Europa*. Lisboa: Prefácio, 2006, p.155.

¹⁶⁵ MACUA [en línea]. [Fecha de consulta: 21 de julio de 2011]. Disponible en Internet: <http://www.macua.org/MuculmanosemPortugal.pdf>

ignorada por los medios de comunicación, la investigación social, las negociaciones políticas o el diálogo interconfesional (...) no se ven manifestaciones contra la apertura de mezquitas (...) ni oposición a los pañuelos en la cabeza (...) ni debates sobre el papel del Islam”. Y 3) La tolerancia y el éxito de esta integración se debe –en gran medida– a que la mayoría de los musulmanes portugueses o son conversos o proceden de sus antiguas colonias, lo que ha facilitado el conocimiento del mismo idioma y una historia y cultura en común.

Para explicar esta particular idiosincrasia debemos tener en cuenta que Portugal no vivió el éxito económico de finales de los años 80 y comienzos de los 90, como sucedió en Italia o España; ni recibió un gran flujo de trabajadores inmigrantes (una excepción en el contexto europeo, similar a los casos de Islandia, Finlandia o Irlanda); asimismo, el porcentaje de musulmanes apenas supone un 0,6% del total de la población y carecen de presencia en los ámbitos políticos. La suma de estos elementos podría explicar el estado actual que vive esta comunidad, respetada pero ignorada: “una marginalização pública inconsciente da presença musulmana portuguesa”; en palabras de Tiesler.

Al igual que en el resto de la Unión Europea, uno de los requisitos previos que planteó el Gobierno de Lisboa para negociar con este colectivo fue elegir un interlocutor válido; una entidad o institución que representara a la totalidad de la comunidad.

El 12 de febrero de 1968, finalmente, el profesor Suleyman Valy Mamede y otros catorce estudiantes procedentes de las antiguas colonias portuguesas sortearon las numerosas dificultades burocráticas –aún faltaban unos años para la *Revolución de los Claveles*– y lograron el

reconocimiento oficial de la *Comunidade Islâmica de Lisboa* (CIL) como *comunidade religiosa*. En enero de 1979, la CIL colocó la primera piedra de la mezquita lisboeta (inaugurada en 1985) y en 1998 se inauguró la primera escuela islámica del país, la madrasa de Palmela.

Actualmente, según sus estatutos, la CIL es una *associação de carácter religioso, social e cultural e de âmbito nacional* que, hasta 2013, estará presidida por el banquero Abdul Karim Vakil. Su organigrama está compuesto por una Asamblea General, un Consejo Fiscal, la Dirección y el Consejo Consultivo. Entre sus fines, el Art. 2 de los estatutos establece un objetivo que no suele mencionarse en otros países, al menos de forma expresa: la adscripción de la comunidad a la rama suní (*promover e sustentar o culto religioso islâmico segundo a orientação sunita*). De ahí que, por ejemplo, los 7.000 ismaelitas –una rama chií– que viven en Lisboa –un número elevado en comparación con el resto de Europa– no formen parte de la CIL sino de su propio *Centro Ismaili*, en Laranjeiras, creado en 1988; y que el resto de la comunidad chií se reuniera en la *Comunidade Chiita de Portugal*, en Almada. Asimismo, existen otros movimientos como el sufí *Ahie Sunnah wa Jamaat* o el *Tabligh Jamaat*, de influencia india.

Con este marco, desde 2001, la nueva *Lei de Liberdade Religiosa* (Ley 16/2001, de 22 de junio) regula –tanto para los musulmanes como para los demás cultos– la asistencia religiosa, la educación en escuelas públicas, la dispensa del trabajo, los derechos de los ministros de culto, el ejercicio de las funciones religiosas, el sacrificio de animales, etc.

3.5) Reino Unido:

Si Francia representa el prototipo del modelo de asimilación de las minorías culturales para que se identifiquen con los valores republicanos, Gran Bretaña es el mejor ejemplo del pluralismo cultural. Como ha señalado Agustín Motilla¹⁶⁶, la tradición británica tiende a *preservar las identidades de las minorías dentro de ciertos límites básicos como el respeto a los derechos y libertades fundamentales, el rechazo de la violencia en la propagación de sus ideas y la aceptación de los principios democráticos.*

Históricamente se considera que la *Trinitarian Act* de 1812 vino a legalizar la práctica de la religión islámica en el Reino Unido. Desde entonces, aunque algunos comerciantes musulmanes se habían instalado en la metrópoli, procedentes de las colonias del Imperio Británico, y en la capital galesa, Cárdiff, se tiene constancia documental de que existió una mezquita en 1860, fue a mediados del siglo XX –como sucedió en la mayoría de la Europa continental– cuando numerosos musulmanes llegaron al Reino Unido –en especial, a Inglaterra y Gales– procedentes de los nuevos Estados que se independizaron a la sombra de la *Commonwealth* (en gran medida, de la India y Pakistán) hasta alcanzar el 4,6% de la población (casi tres millones de creyentes) de la actualidad.

La convivencia –salvo graves hechos muy puntuales (como la fetua contra Salman Rushdie por publicar el libro *Los versos satánicos* en 1988; los disturbios en las ciudades de Brádford o Bírmingham, en 2001; los atentados del 7-J en el metro de Londres, en 2005; o la polémica conferencia del arzobispo de Cantérbury en favor de adoptar ciertos

¹⁶⁶ MOTILLA, A. *El pañuelo islámico en Europa*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 12.

aspectos de la ley islámica, en 2008, declaraciones sobre las que tendremos ocasión de volver en el capítulo V de esta investigación; etc.)— ha generado menos conflictos que en otros países gracias a la flexibilidad de su ordenamiento jurídico; un logro a pesar de que su Jefa de Estado no deja de ser, al mismo tiempo, la cabeza de la Iglesia Anglicana.

Empleando su propia terminología, la *umbrella organization* (organización paraguas que da cobertura a todos los musulmanes británicos) es el *Muslim Council of Britain* (MCB) que se creó el 23 de noviembre de 1997.

Su antecedente más remoto fue la asociación *Jamiat al-Muslimeen*, fundada en 1934 con delegaciones en Birmingham, Mánchester, Glasgów y Newcastle. Casi treinta años más tarde, en 1962, se crearon la *Federation of the Students Islamic Societies in the UK & Eire* (FOSIS) en el ámbito académico y la *UK Islamic Mission* que desarrolló una importante labor divulgativa, con la edición de libros y calendarios dedicados al Islam. Posteriormente, surgieron nuevas instituciones como *The Union of Muslim Organisations* (UMO), en 1970; la *Jamiat Ulema Britain*, en 1971; la *UK Action Committee on Islamic Affairs* (UKACIA), en 1988; la ONG *Islamic Society of Britain* (ISB), en 1990; o el *Muslim Institute for Research and Planning*, en 1992.

A raíz de la fetua contra Salman Rushdie, los musulmanes británicos decidieron fomentar un clima de entendimiento entre las diversas comunidades del Islam que culminó en 1994 con la creación del *National Interim Committee on Muslim Affairs'* (NICMU); órgano encargado de consultar a 1.200 asociaciones cuáles eran sus problemas y necesidades. Como el 96% de los encuestados respondieron que debía

existir una mayor unidad y coordinación entre los musulmanes británicos, en 1996, el NICMU se disolvió para constituir el Consejo Musulmán de Gran Bretaña que comenzó a funcionar a finales de 1997. Como él mismo se define: se trató *de una iniciativa de la comunidad, dirigido por la comunidad, para el servicio de la comunidad*. Hoy en día, engloba a más de 350 corporaciones, asociaciones, instituciones y mezquitas de ámbito local, regional y estatal que envían a uno, dos o tres representantes –respectivamente– a la Asamblea General que, a su vez, elige al Comité Central de Trabajo (*Central Working Committee*) al que ayudan un Secretario General (desde 2010, es el asesor Faruq Murad), tres asistentes y el llamado *Board of Counsellors* (consejo consultivo formado por expertos en la charía que dictan las normas y resuelve las quejas y los problemas que puedan surgir con el MCB).

De acuerdo con sus estatutos, los objetivos del MCB son: promover la cooperación, el consenso y la unidad en todos los asuntos que afecten a los musulmanes del Reino Unido; fomentar e intensificar esfuerzos en beneficio de la comunidad musulmana (autodefinida como *ciudadanos británicos con un legado islámico*); trabajar para que la sociedad tenga una mejor apreciación tanto del Islam como de los musulmanes; erradicar las desventajas y cualquier forma de discriminación y, finalmente, trabajar en beneficio de la sociedad en su conjunto.

Desde hace 20 años, los musulmanes británicos cuentan asimismo con un influyente semanario –*Muslim News*, dirigido por el periodista Ahmed J. Versi– que denuncia y documenta los casos de islamofobia de su país.

3.6) Holanda:

A lo largo del siglo XVI, el esplendor de las ciudades italianas comenzó un inexorable declive y el eje sobre el que giraban los negocios europeos se trasladó del Mediterráneo a los Países Bajos que, entre 1600 y 1700, vivieron su particular *Siglo de Oro* holandés. Frente a la intolerancia que se practicaba en el resto de Europa, fue entonces cuando surgió esta joven república de burgueses y comerciantes que siempre se mostró muy respetuosa con la pluralidad de creencias de los judíos, protestantes y ateos que eran expulsados de otros países o con las obras e ideas de los artistas e intelectuales perseguidos en cualquier rincón del *Viejo Continente*. De este modo, Ámsterdam se convirtió en la capital financiera de su tiempo y logró un gran éxito no solo comercial sino artístico e intelectual, basado en su modélica tolerancia. Una situación que dio un giro radical en las últimas décadas del siglo XX.

Las fábricas de Ámsterdam, Róterdam, La Haya y Utrecht atrajeron a numerosos trabajadores musulmanes; muchos procedían de sus antiguas colonias –lo que facilitaba la integración al compartir el idioma [Indonesia (el país musulmán más grande del mundo con 240.000.000 de habitantes), Surinam (que logró su independencia en 1975) y las Antillas Holandesas (un 7% de los musulmanes holandeses proceden de Aruba)]– pero otros llegaron desde Marruecos y Turquía – más identificados con su propio país de origen que con los Países Bajos– hasta alcanzar, en total, la actual cifra de más de 900.000 musulmanes que tienden a agruparse por su origen nacional; de ahí que, por ejemplo, nueve federaciones turcas de los Países Bajos crearan en 1986 la

Inspraakorgaan Turken que agrupa a la comunidad turco-holandesa. Asimismo, otro colectivo importante, el de los conversos, cuenta con su propia entidad: la *Landelijk Platform Nieuwe Moslims* (LPNM).

Desde los años 70, se han llevado a cabo algunos intentos de crear una federación nacional, como la *Federatie van Moslimorganisaties in Nederland* (FOMON) pero debido a las desavenencias internas y a las influencias políticas, este organismo sólo existió entre 1974 y 1980. Un órgano posterior –el *Islamitisch Landelijk Comite* (ILC)– no logró el reconocimiento del Estado al representar tan sólo a la comunidad suní. El último intento fue la *Federatie Islamitische Organisaties Nederland* (FION) creada por el Ministerio del Interior holandés, en 2002, como interlocutor con las administraciones.

En 2004, el Gobierno de La Haya reconoció como uno de sus interlocutores con la comunidad musulmana al *Contactorgaan Moslims en Overheid* (CMO) que aglutina a siete organizaciones suníes (de origen marroquí, turco y surinamés) y una chií (iraquí); entidad con la que se reúne el Ministro de Vivienda e Integración; pero no es la única interlocutora con las administraciones, un año más tarde, en 2005, ese papel también lo empezó a desempeñar el grupo *Contactgroep Islam* (CGI).

Tres años más tarde, una ley de 2007 estableció los requisitos para que cualquier inmigrante –musulmán o no– pudiera integrarse en la sociedad holandesa; como la obligación de aprender el idioma, completar un curso y superar un examen de integración en el que debía demostrar que había aprendido las normas y valores de los Países Bajos.

¿Qué ha cambiado en la tolerante sociedad holandesa para que ahora se exija esta política de integración? Sin duda, ha influido la gravedad de diversos acontecimientos recientes: el asesinato a tiros del político Pim Fortuyn en 2002 (muy crítico con el Islam al que consideraba un peligro para los valores democráticos) causó una gran conmoción en todo el país; la actuación política de la diputada (2003-2006) de origen somalí Ayaan Hirsi Ali (considerada blasfema por el guión que escribió para el cortometraje *Sumisión*, de Theo van Gogh, y por sus opiniones a favor de la libertad de expresión que justificaban las caricaturas de Mahoma); el asesinato de este cineasta en 2004, por un holandés de origen marroquí, Mohammed Bouyeri, que dijo actuar en nombre de su religión; y, finalmente, el populismo de algunos dirigentes políticos como el ultraderechista y xenófobo Geert Wilders, que fue absuelto en julio de 2011, de sus críticas al Islam, por su condición de político y en el marco de la libertad de expresión.

Probablemente, en ese contexto social se explique el rechazo del 61,5% del electorado holandés que votó en contra del *non nato* Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa, en el referéndum del 1 de junio de 2005. Según el diario británico *The Guardian*¹⁶⁷: *el sentimiento anti-musulmán, la oposición a la adhesión de Turquía y los temores por perder el control de la política de inmigración* contribuyeron a que se obtuviera aquel resultado (en línea con lo que sucedió días antes en Francia, el 29 de mayo de 2005, donde también triunfó el no con el 54,68% de los sufragios en otro referendo análogo al de los Países Bajos).

¹⁶⁷ THE GUARDIAN [en línea]. [Fecha de consulta: 24 de mayo de 2012]. Disponible en Internet: <http://www.guardian.co.uk/world/2005/jun/02/eu.politics>

El historiador inglés Michael Burleigh¹⁶⁸ considera que, ante el radicalismo islámico, las soluciones a las que están recurriendo los gobiernos europeos van desde la Alianza de las Civilizaciones¹⁶⁹ que diseñó el ex presidente español, Rodríguez Zapatero, hasta “la línea más dura representada por los Países Bajos (...) con sus amenazas de neerlandés obligatorio y la prohibición del burka, una reacción comprensible al asesinato del destacado cineasta Theo van Gogh y al hecho de que algunos de sus parlamentarios, en especial la “infiel” Ayaan Hirsi Alí, tengan que dormir ahora en bases del ejército rodeados de guardaespaldas”.

3.7) Alemania:

Más de 4.000.000 de musulmanes viven en la república federal y cerca del 70% de ellos son de origen turco, descendientes de aquellas primeras generaciones de ciudadanos que llegaron procedentes de Turquía al finalizar la II Guerra Mundial, contratados como mano de obra *invitada* – según la terminología de la época– para trabajar en las maltrechas fábricas alemanas. Junto a otras minorías –como los bosnios, iraníes y

¹⁶⁸ BURLEIGH, M. *Causas sagradas. Religión y política en Europa*. Madrid: Taurus, 2006, p. 19.

¹⁶⁹ Sobre esta iniciativa de la ONU, copatrocinada por Turquía y España, la doctrina ha manifestado opiniones muy enconadas. Al respecto, el profesor Portero considera que “La Alianza de Civilizaciones es un gesto oportunista que refleja con claridad el núcleo del programa diplomático del Gobierno de Rodríguez Zapatero y de buena parte de la izquierda española. Es otro ejemplo de «buenismo», de esa «diplomacia del talante»”. PORTERO, F. Alianza de Civilizaciones: La democracia como amenaza. *Cuadernos de pensamientos políticos*, 2005, nº 8, p. 128. Mientras que la profesora Soriano ofrece un contrapunto dispar: “Ya pertenecen a la Alianza 108 países y otros más han formulado su petición de incorporación, además de 22 organizaciones internacionales y organismos regionales. A pesar de los críticos y escépticos, la Alianza sigue ganando terreno y ofreciéndose como una iniciativa, que favorece las relaciones interculturales, disminuye tensiones y fomenta la reconciliación. (...) va más allá, a la raíz del problema, al odio y e incomprensión [sic], al muro levantado entre los pueblos, religiones y culturas. Y se ofrece para romper ese muro, tender puentes, llegar a los jóvenes e inmigrantes y fomentar la educación, la tolerancia y el respeto”. SORIANO GONZÁLEZ, M. L. Del Diálogo de Civilizaciones a la Alianza de Civilizaciones. Continuidad y contrastes de dos iniciativas de Naciones Unidas. *Revista Internacional de Pensamiento Político*, 2011, vol. 6º, p. 107.

marroquíes– sólo un pequeño porcentaje de todos ellos, poco más del 10%, ha llegado a obtener la nacionalidad alemana.

Estas son dos de las principales características del Islam en Alemania: la mayoritaria presencia de la comunidad turca y que los escasos musulmanes que se asocian no se unen en función de compartir una misma creencia sino por su nacionalidad e incluso por su afinidad ideológica a las directrices de un determinado partido político, de ahí que los musulmanes alemanes carezcan de una estructura unificada como, por ejemplo, las iglesias Católica o Protestante (las dos confesiones que cuentan con un mayor número de fieles en este país).

A esos dos elementos hay que unirle una tercera circunstancia: el carácter federal del Estado, lo que supone que junto a la Ley Fundamental de Bonn –la Constitución alemana o *Grundgesetz* (GG)– cada uno de dieciséis estados federados (*Länder*) también cuenta con su propio texto constitucional. Como ha señalado el profesor Rosell¹⁷⁰, “existe, además de una competencia legislativa exclusiva por parte del Bund o del Land en determinadas materias, una legislación concurrente y la posibilidad de que el Bund establezca una serie de leyes marco sobre determinadas materias”. Las relaciones entre ambas administraciones [federal (*Bund*) y de cada *Land*] se rigen por el principio de la cooperación aunque los “Arts. 31 y 142 GG expresan la primacía del Derecho federal sobre el Derecho de los Länder, pero reconociendo al mismo tiempo la validez de todas aquellas normas de los Länder que no sean contrarias a la Constitución del Bund”.

¹⁷⁰ ROSELL, J. *La cuestión del velo islámico y la vestimenta religiosa en la República Federal de Alemania*. En: MOTILLA, A. (coord.) *El pañuelo islámico*. Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 174 y 175.

En ese contexto, la organización más representativa es la *Türkisch-Islamische Union der Anstalt für Religion* [más conocida por su acrónimo en turco, DİTİB (*Diyanet İşleri Türk-Islam Birliği*)] que se fundó en 1984 con el patrocinio del Gobierno de Ankara y que, actualmente, agrupa a cerca de 900 asociaciones; destacando por las actividades educativas, deportivas y culturales que organiza. Tiene su sede en Colonia. Pero no es la única representación de los musulmanes turcos en Alemania, otras asociaciones destacadas son: la polémica *Islamische Gemeinschaft Milli Görüs* (IGMG) ligada a partidos islamistas turcos y criticada por su antisemitismo, busca implantar un Estado islámico; la *Islamische Gemeinschaft Jamaat un-Nur* y el *Verband der islamischen Kulturzentren* de Colonia.

Asimismo, existen organizaciones para los musulmanes árabes *Islamische Gemeinschaft in Deutschland* (con sede en Fráncfort y cercana ideológicamente a los Hermanos Musulmanes); los chiíes de la rama iraní de los alevíes (*Alevier Birliği*); los bosnios (*Verband der Islamischen Gemeinden der Bosniaken*), etc.

En 1987 se trató de institucionalizar la representación de los musulmanes en Alemania, creando un Consejo Central o *Zentralrat der Muslimen in Deutschland* (ZMD), heredero del antiguo grupo *Islamischer Arbeitskreis*, pero aunque representaba un amplio espectro de los musulmanes, el ZMD acabó siendo criticado por su falta de transparencia y el escaso cumplimiento de sus propios estatutos; por ese motivo y conscientes de que era necesario encontrar un interlocutor con el Gobierno federal, las distintas asociaciones fueron agrupándose bajo dos grandes paraguas: la IGMG fundó el Consejo Islámico (*Islamrat*) y la

DITIB, el Consejo de Coordinación Musulmán (*Koordinationsrat der Muslime*). El objetivo último es lograr el estatus de corporación de derecho público (*Körperschaftsstatus*) para el Islam, de igual manera que han sido reconocidas otras religiones, como los católicos, judíos e incluso los Testigos de Jehová, en el año 2000, decisión que fue muy criticada por los musulmanes porque su comunidad no haya recibido esa misma consideración.

3.8) Dinamarca:

Durante siglos, este pequeño reino nórdico se ha caracterizado por su carácter tolerante pero dentro de una marcada homogeneidad religiosa; tal y como establece el Art. 4 de su Constitución, “la Iglesia Evangélica Luterana es la Iglesia nacional danesa y goza, como tal, del apoyo del Estado”; conformándose como un buen ejemplo de “secularización sin la instauración de políticas de laicización”¹⁷¹.

Al igual que ocurre en todos los Estados miembros de la Unión Europea, el Gobierno de Copenhague reconoce la libertad religiosa, pero mientras no exista una verdadera separación Iglesia-Estado, lo más probable es que algunas confesiones consideren que las administraciones públicas no ofrecen un verdadero trato igualitario a todas ellas. Una situación que, por otra parte, es la práctica habitual en los países escandinavos y que podría encontrar un buen referente en el modelo británico.

¹⁷¹ DÍAZ-SALAZAR, R. *España laica*. Madrid: Espasa, 2008, p. 34.

El Islam no apareció en Dinamarca hasta bien entrados los años 60 del siglo XX, cuando comenzaron a llegar al país los primeros inmigrantes (especialmente turcos, paquistaníes y marroquíes) y algunos solicitantes de asilo (iraníes, palestinos, somalíes, libaneses e iraquíes). Junto al grupo de conversos, en apenas cincuenta años, los musulmanes representan hoy en día algo más del 4% de la población danesa y aún se encuentran inmersos en pleno debate sobre su presencia y el modelo religioso del Estado; especialmente, a raíz de una de las mayores controversias políticas, jurídicas y religiosas internacionales de los últimos tiempos: el asunto de las caricaturas de Mahoma¹⁷² que publicó el diario danés *Jyllands-Posten* el 30 de septiembre de 2005.

Mientras Dinamarca y Europa Occidental defendían que los dibujos satíricos del profeta eran una muestra de su libertad de expresión y, por solidaridad con el periódico danés, otros medios franceses, alemanes y noruegos volvieron a reproducirlos como muestra de su libertad de prensa; en el ámbito musulmán, sin embargo, las viñetas fueron consideradas como una provocación y una blasfemia y provocaron altercados en diversos países e incluso el ataque a las legaciones diplomáticas escandinavas en Siria y el Líbano.

Hasta entonces, los musulmanes daneses carecían de una *organización paraguas* similar al cercano Consejo Islámico Sueco [*Sveriges muslimska råd* (SMR)] creado en 1990; pero las caricaturas tuvieron ese efecto colateral positivo y el 24 de septiembre de 2006, trece asociaciones de musulmanes de Dinamarca se unieron para fundar la confederación *Muslimernes Fællesråd*; no se le ha reconocido su carácter

¹⁷² En el Capítulo V retomaremos este conflicto bajo el título: *Las caricaturas de Mahoma: evitar las ofensas gratuitas y aceptar las doctrinas hostiles.*

de interlocutor único pero este consejo representa a 35.000 personas que, a diferencia de otras asociaciones, proceden de distintos orígenes étnicos, reunidos con el objetivo de convertirse en una plataforma común desde la que se pueda fomentar el diálogo y la tolerancia; creando una ciudadanía activa y asesorando a los ministerios, autoridades, medios de comunicación, organizaciones no gubernamentales e instituciones privadas sobre cualquier tema relacionado con el Islam en Dinamarca.

Fuera de esta confederación existen otras asociaciones, de diversas tendencias, creadas también a raíz de las caricaturas como *Islam i Danmark*, *Foreningen af Demokratiske Muslimer*, la *Ahmadiyya Muslim Community* o el *Denmark Islamisk Trossamfund*. En marzo de 2010, finalmente, el Gobierno danés reconoció de forma oficial a veintiuna organizaciones musulmanas –como, por ejemplo, *Islams Ahmadiyya Djama'at*, *Det Islamiske Trossamfund*, *Minhaj Ul-Quran International Denmark*, *Det muslimske kulturcenter*, *Den Islamiske Verdensliga*, *Aarhus Islamiske Trossamfund*, *Kulturforeningen for folk fra Irak*, etc.– el estatus de sociedades religiosas para que puedan obtener determinados beneficios fiscales.

3.9) España:

Junto a las normas relativas a la libertad religiosa –aplicables a todas las confesiones– el estatuto jurídico del Islam en España también cuenta con unas disposiciones específicas basadas en el acuerdo de colaboración suscrito en 1992 y en las disposiciones que lo han desarrollado desde entonces.

Antes de que la Comisión Islámica de España y el Estado suscribieran el acuerdo contenido en la Ley 26/1992, de 10 de noviembre –creando el marco jurídico que rige sus relaciones– hubo que solucionar un importante problema preexistente: encontrar la representación institucional del Islam español; es decir, lograr un interlocutor válido para estas comunidades “de tradición secular en nuestro país, con relevante importancia en la formación de la identidad española”¹⁷³, pero sin una única voz para negociar con el Gobierno en nombre de los musulmanes, que tuviera la autoridad necesaria para asumir las relaciones de cooperación con el Estado.

No olvidemos que el Islam suní –el que profesa el 85% de los fieles de confesión musulmana y el mayoritario tanto en España como en Europa– carece de una jerarquía interna análoga a la Conferencia Episcopal católica.

Como ha señalado el diplomático Escobar Stemmmann¹⁷⁴, “las primeras asociaciones musulmanas surgen a partir de 1968 en Ceuta y Melilla. En 1971, Riay Tatary, médico de origen sirio, nacionalizado español y cercano al ideario de los Hermanos Musulmanes, fundó” – junto con otros estudiantes procedentes de Oriente Medio que realizaban sus estudios en nuestro país– “la Asociación Musulmana de España (AME) con la intención de agrupar a las distintas asociaciones”; logrando la declaración de notorio arraigo ante la Comisión Asesora de Libertad Religiosa (CARL) el 14 de julio de 1989.

¹⁷³ Exposición de motivos de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre.

¹⁷⁴ ESCOBAR STEMMANN, J.J. Activismo islámico en España, *Revista Política Exterior*, Madrid, 2008, nº 124, p. 69.

Para algunos autores, como Joaquín Mantecón¹⁷⁵, el argumento de que “durante nueve siglos el Islam tuviera un notorio arraigo en la península (o en partes de ella)” le parece “falaz” porque eso no quiere decir “que lo tuviera en 1992, cuando se le reconoció dicho estatus: entre 1611, fecha de la última expulsión de moriscos de España, y la Ley de Libertad Religiosa de 1967, que permitió la constitución de la primera Asociación confesional musulmana (...) existe un vacío total de más de tres siglos”.

A finales de los años 80, la AME aún formaba parte de la Federación Española de Entidades Religiosas Islámicas (FEERI) inscrita en el registro el 17 de septiembre de 1989 y liderada por el converso español Mansur Escudero. Fue la primera entidad que presentó al Gobierno un proyecto de acuerdo; actualmente, esta federación reúne a unas 75 comunidades (especialmente a conversos) y estuvo dirigida hasta 2012 por el ceutí Mohamed Hamed Alí, con una marcada orientación pro-marroquí y financiación saudí (Arabia costeó la construcción de la llamada *Mezquita de la M-30*, donde tiene su sede el Centro Cultural islámico madrileño, que fue expulsado de la FEERI en noviembre de 2000).

En 1991, la AME se escindió de FEERI y creó la Unión de Comunidades Islámicas de España (UCIDE), inscrita en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia el 10 de abril de 1991. Hoy en día, la UCIDE es la agrupación más numerosa –representa a unas 550 comunidades musulmanas– y continúa siendo dirigida por el doctor Tatory; está integrada por “profesionales liberales y desarrolla una labor

¹⁷⁵ MANTECÓN SANCHO, J. El status legal del Islam en España, *Revista Derecho y religión*, Madrid, 2006, nº 1, p. 172.

social; se la relaciona con los Hermanos Musulmanes, y desde los conversos” [la autora se refiere a FEERI que, hasta 2006, controlaba esta federación hasta que pasó a estar dirigida principalmente por inmigrantes musulmanes] “se le acusa de mantener una línea más tradicionalista”¹⁷⁶.

En el significativo año de 1992, la Comisión Asesora de Libertad Religiosa ya había cerrado los acuerdos con las federaciones evangélicas e israelitas y volvió a insistir en la necesidad de suscribir un tercer acuerdo con los musulmanes pero sin recibir propuestas por separado de las dos *organizaciones paraguas*, UCIDE y FEERI, sino de un único interlocutor; por ese motivo, ambas entidades se vieron obligadas a constituir juntas –a pesar de sus diferencias– la Comisión Islámica de España (CIE), el 18 de febrero de aquel año. Un par de meses después, el 28 de abril, la CIE fue el órgano que suscribió el acuerdo “que ha de regir las relaciones de cooperación del Estado con las Comunidades de confesión musulmana establecidas en España, integradas en dicha Comisión e inscritas en el Registro de Entidades Religiosas”, como señala la exposición de motivos de la citada Ley 26/1992.

La CIE –que forma parte del Consejo Musulmán de Cooperación en Europa (CMCE) creado en Estrasburgo (Francia), en noviembre de 1996, con el objetivo de representar a las comunidades musulmanas ante las autoridades de Bruselas– se constituyó, según sus breves estatutos de apenas siete artículos, para la negociación, firma y seguimiento del Acuerdo de Cooperación con el Estado; pero su estructura carece de órganos unitarios y se basa en una estricta bicefalia UCIDE/FEERI: no consta un domicilio social sino el de las dos sedes de ambas

¹⁷⁶ RODRÍGUEZ MAGDA, R.M. *La España convertida al Islam*. Barcelona: Áltera, 2006, pp. 36 y 40.

federaciones; sus órganos rectores (la comisión permanente y la doble secretaria general) responden también a un criterio paritario que imposibilita cualquier decisión que no se base en un acuerdo mutuo previo entre UCIDE y FEERI (algo nada sencillo dado su mal entendimiento) y, finalmente, la Comisión Islámica carece de cargos representativos propios como un único presidente o un secretario general.

El acuerdo –con sus derechos y obligaciones– se aplica “a las Comunidades Islámicas inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, que formen parte o posteriormente se incorporen a la Comisión Islámica de España o a alguna de las Federaciones Islámicas inscritas integradas en dicha Comisión, mientras su pertenencia a las mismas figure inscrita en dicho Registro” (Art. 1.1 de la citada Ley); esta cuestión es importante porque, como veremos más adelante, hoy en día hay muchas comunidades inscritas que no forman parte ni de la CIE, ni de FEERI o UCIDE (nada menos que “un tercio están fuera”, según manifestó¹⁷⁷ el subdirector de Relaciones con las Confesiones Religiosas, José M^a Contreras, en 2011).

La Ley 26/1992 abordó numerosas cuestiones de gran importancia para los ciudadanos que profesan esta religión, en catorce artículos y cuatro disposiciones que incluye alguna polémica remisión (al Corán y la Sunna, en el Art. 6) que, probablemente, se deban a la celeridad con la que se quiso cerrar su redacción:

¹⁷⁷ *El Norte de Castilla*. Suplemento V, 4 de mayo de 2011, p. 67.

- La protección jurídica de las mezquitas o lugares de culto (Art. 2: “edificios o locales destinados de forma exclusiva a la práctica habitual de la oración, formación o asistencia religiosa islámica”); aunque las cifras oficiales del Ministerio de Justicia hablan de la existencia en España de unos 700 oratorios y mezquitas y la propia CIE¹⁷⁸ señala que hay 785, se calcula que superan el millar¹⁷⁹; incluyendo pisos, garajes y locales comerciales donde los fieles no sólo acuden a rezar sino a convivir y desarrollar su vida social en comunidad porque, entre los musulmanes, las mezquitas y oratorios se configuran como el epicentro de su vida comunitaria. Según el Art. 2.2º estos lugares son inviolables, se debe consultar a la CIE en caso de que vayan a ser expropiados y tienen que desacralizarse en caso de demolición (previsión ajena al Islam, como tendremos ocasión de analizar en otro apartado, porque estos lugares de culto no se sacralizan previamente como sucede, por ejemplo, con las iglesias católicas); asimismo, los cementerios musulmanes reciben el mismo régimen que las mezquitas aunque, en materia de observancia de sus ritos funerarios, como también estudiaremos, estas reglas se enmarcan dentro de la normativa sobre policía sanitaria mortuoria que es competencia autonómica, lo que ha dado lugar a divergencias a la hora de autorizar o no la inhumación de los cuerpos sin ataúd.

¹⁷⁸ CIE [en línea]. [Fecha de consulta: 6 de julio de 2011]. Disponible en Internet: <http://muslim.multiplexor.es/promo/cie.htm>

¹⁷⁹ OBSERVATORIO DEL PLURALISMO RELIGIOSO DE ESPAÑA [en línea]. [Fecha de consulta: 22 de septiembre de 2012]. Disponible en Internet: www.observatorioreligion.es/buscador/search_comunidades.srv?ccaa=&prov=&pob=&conf=Musulmanes Señala que existen 1.195 comunidades de confesión musulmana.

- El estatuto de los dirigentes religiosos islámicos e imanes determina los derechos específicos que se derivan del ejercicio de su función religiosa y de su situación personal en ámbitos tan importantes como la Seguridad Social o la forma de cumplir sus deberes militares, aunque no ha llegado a haber “imanes castrenses”¹⁸⁰ (Arts. 3 a 6 y 8). Teniendo en cuenta que en el Islam no existe una jerarquía religiosa y que estos dirigentes tampoco son equiparables a un sacerdote católico, un pastor protestante o un rabino judío, el Acuerdo podría haber sido más preciso a la hora de dar una definición legal de imán, ulema o muftí.
- Atribución de efectos civiles al matrimonio celebrado según el rito religioso islámico (Art. 7); “si los contrayentes reúnen los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil (...) expresarán el consentimiento ante” el dirigente religioso islámico (imán) y, “ al menos, dos testigos mayores de edad (...) y deberán acreditar previamente su capacidad matrimonial, mediante certificación expedida por el Registro Civil correspondiente (...) Para el reconocimiento pleno de sus efectos, será necesaria la inscripción del matrimonio en el Registro Civil”. Recordemos que el matrimonio musulmán no se

¹⁸⁰ Al respecto, téngase en cuenta que el Título X del Real Decreto 2945/1983, de 9 de noviembre, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra, ya preveía que los mandos del Ejército cuidarán de *la coexistencia de fieles de distintas comunidades religiosas* (Art. 234) y que *prestarán a los capellanes y a los demás ministros autorizados, el apoyo que precisen para el desempeño de sus funciones* (Art. 236). Asimismo, *los miembros del Ejército recibirán asistencia religiosa de los capellanes militares, o de ministros contratados o autorizados de confesiones legalmente reconocidas* (Art. 238). Y, de forma análoga vid. Título X del Real Decreto 494/1984, de 22 de febrero (Reales Ordenanzas del Ejército de Aire) y Título XII del Real Decreto 1024/1984, de 23 de mayo (Reales Ordenanzas de la Armada).

concibe como el sacramento cristiano; no se trata de un acto religioso sino de un contrato civil entre los dos contrayentes.

- Asistencia religiosa en centros o establecimientos públicos (Art. 9): aunque se trata de un concepto extraño e impropio de la práctica islámica, el Acuerdo también “garantiza el ejercicio del derecho a la asistencia religiosa de los internados en centros o establecimientos penitenciarios, hospitalarios, asistenciales u otros análogos del sector público, proporcionada por los Imanes (...). La asistencia (...) comprenderá la que se dispense a los moribundos, así como las honras fúnebres del rito islámico”. Esta asistencia se presta bajo el principio de acceso libre; es decir, el Estado sólo se compromete a facilitar el acceso al religioso musulmán que asiste pero sin hacerse cargo de los gastos que ello ocasione.
- Enseñanza religiosa islámica en los centros docentes (Art. 10): se garantiza a los alumnos musulmanes, a sus padres y a los órganos escolares de gobierno que lo soliciten, el ejercicio del derecho de los primeros a recibir enseñanza religiosa islámica en los centros docentes públicos y privados concertados, siempre que, en cuanto a estos últimos, el ejercicio de aquel derecho no entre en contradicción con el carácter propio del centro, en los niveles de educación infantil, educación primaria y educación secundaria.
- Beneficios fiscales aplicables a determinados bienes y actividades de las Comunidades pertenecientes a las Federaciones que constituyen la CIE (Art. 11): “La Comisión

Islámica de España y las Comunidades que la integran pueden recabar libremente de sus miembros prestaciones, organizar colectas públicas y recibir ofrendas y liberalidades de uso”; asimismo, están exentas del Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI) y las contribuciones especiales, el Impuesto sobre Sociedades “que grava los incrementos de patrimonio obtenidos a título gratuito, siempre que los bienes y derechos adquiridos se destinen a actividades religiosas islámicas o asistenciales” y el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPAJD), “siempre que los respectivos bienes o derechos adquiridos se destinen a actividades religiosas o asistenciales”. Finalmente, “tendrán derecho a los beneficios fiscales que el ordenamiento jurídico-tributario del Estado español prevea en cada momento para las entidades sin fin de lucro y, en todo caso, a los que se concedan a las entidades benéficas privadas”.

- **Ámbito laboral:** interrupción de la jornada laboral y conmemoración de festividades religiosas islámicas (Art. 12):
 - Por un lado, “los miembros de las Comunidades Islámicas pertenecientes a la Comisión Islámica de España que lo deseen, podrán solicitar la interrupción de su trabajo los viernes de cada semana” –habitual jornada de descanso musulmán aunque algunos países como Túnez o Turquía mantienen el domingo– “día de rezo colectivo obligatorio y solemne de los musulmanes, desde las 13h30 hasta las 16h30, así como la conclusión

de la jornada laboral una hora antes de la puesta del sol, durante el mes de ayuno (Ramadán). En ambos casos, será necesario el previo acuerdo entre las partes. Las horas dejadas de trabajar deberán ser recuperadas sin compensación alguna”; y

- Por otro, las festividades y conmemoraciones¹⁸¹ “que según la Ley Islámica tienen el carácter de religiosas, podrán sustituir, siempre que medie acuerdo entre las partes”, a las establecidas con carácter general por el Art. 37.2 del Estatuto de los Trabajadores, “con el mismo carácter de retribuidas y no recuperables, a petición de los fieles de las Comunidades Islámicas pertenecientes a la Comisión Islámica de España”. Hoy en día, el convenio de hostelería vigente en Ceuta indica en su Art. 11 que “a petición de los fieles de las Comunidades Islámicas de España” pueden sustituir cualquier fiesta nacional o local permutándola por “el día de IDU AL-FITR, celebra la culminación del ayuno de Ramadán o el día de IDU AL-ADHA, celebra el sacrificio protagonizado por el Profeta Abraham”, siempre que las necesidades del servicio para atención al cliente así lo permitan. Curiosamente, España –como ha señalado el

¹⁸¹ Las festividades y conmemoraciones son: “al hiya, correspondiente al 1º de muharram, primer día del año nuevo islámico; achura, décimo día de muharram; idu al-maulid, corresponde al 12º de rabi al awwal, nacimiento del Profeta; al isra wa al mi'raj, corresponde al 27º de rayab, fecha del Viaje Nocturno y la Ascensión del Profeta; idu al-fitr, corresponde a los días 1º, 2º y 3º de shawwal y celebra la culminación del Ayuno de Ramadán e idu al-adha, corresponde a los días 10º, 11º y 12º de du al-hyah y celebra el sacrificio protagonizado por el Profeta Abraham”.

profesor Mantecón¹⁸²– es “el país del mundo que reconoce un mayor número de festividades religiosas islámicas”, porque el Acuerdo “reconoce como festivos algunos días que no lo son en muchos países islámicos” (en concreto, la Achura chif sólo es fiesta en Irán, Líbano y Bahrein).

- Colaboración del Estado con la CIE para la conservación y fomento del Patrimonio Histórico y Artístico Islámico (Art. 13).
- Alimentos HALAL (Art. 14): regula el uso correcto de esta denominación para distinguir los productos alimentarios elaborados de acuerdo “con la dimensión espiritual y las particularidades específicas de la Ley Islámica”. Asimismo, establece que la “alimentación de los internados en centros o establecimientos públicos y dependencias militares, y la de los alumnos musulmanes de los centros docentes públicos y privados concertados que lo soliciten, se procurará adecuar a los preceptos religiosos islámicos, así como el horario de comidas durante el mes de ayuno (Ramadán)”.

A pesar de las rivalidades existentes en el seno de la CIE y que, durante dos legislaturas –de 1996 a 2004–, no existió ningún contacto entre el Estado y la Comisión o con alguna de sus dos federaciones, en estas décadas que han transcurrido desde la publicación en el BOE de la Ley 26/1992 también se han conseguido algunos pequeños avances –

¹⁸² MANTECÓN SANCHO, J. *El Status legal del Islam en España*, op. cit. p. 193.

como señaló su disposición final– dictando “las disposiciones necesarias para el desarrollo y ejecución de lo dispuesto en el presente Acuerdo”.

Una resolución de 23 de abril de 1996 aprobó el Convenio sobre designación y régimen económico de las personas encargadas de la enseñanza religiosa islámica en los centros docentes públicos de Educación Primaria y Secundaria; disposición que entró en vigor durante el curso académico 1996/1997 y en la que destacan tres ideas principales:

- 1) Que las Administraciones educativas y la Comisión Islámica de España tratan de conseguir el objetivo de que, “cualquiera que sea su número, los alumnos o alumnas que lo soliciten puedan recibir la Enseñanza Religiosa Islámica” y que, “cada persona al efecto designada para impartir la Enseñanza Religiosa Islámica pueda atender el mayor número posible de alumnos y alumnas que hubiesen solicitado recibirla en los diversos centros docentes de un mismo ámbito territorial”.
- 2) De acuerdo con lo previsto en el Art. 6.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, “los profesores de Enseñanza Religiosa Islámica dependerán de las correspondientes Comunidades Islámicas designantes”; y
- 3) A fin de garantizar la efectividad de lo dispuesto en este convenio, “el Estado compensará económicamente a las Comunidades Islámicas por los servicios prestados por las personas que impartan Enseñanza Religiosa Islámica en los correspondientes centros docentes públicos del Estado Español en los niveles de Educación Primaria y Educación Secundaria”.

En 1998, el profesor Joaquín Mantecón –que, por aquel entonces, era subdirector de Asuntos Religiosos del Ministerio de Justicia– propuso llevar a cabo una reforma integral de la propia Comisión Islámica de España pero fracasó por las diferencias internas existentes en la CIE (entre las dos federaciones: UCIDE y FEERI). Su plan consistía en que todas las comunidades musulmanas inscritas en el Registro de Entidades Religiosas eligieran –mediante un proceso electoral– a sus comités provinciales; éstos, a los 19 regionales (17 comunidades autónomas y 2 ciudades autónomas) que, a su vez, nombrarían un comité nacional que sería asesorado por un órgano similar a un consejo consultivo.

Seis años más tarde, con la llegada del Gobierno socialista, el Ministerio de Justicia creó la Fundación Pluralismo y Convivencia (15 de octubre de 2004) con el objetivo de promover “la libertad religiosa a través de la cooperación con las confesiones minoritarias, especialmente aquellas con reconocimiento de notorio arraigo en el Estado español”. Entre las actividades que desarrolla esta entidad pública se encuentra “la convocatoria anual de ayudas para el fortalecimiento institucional y de coordinación con sus comunidades religiosas, y para mejora y mantenimiento de infraestructuras y equipamiento de los órganos federativos de las confesiones religiosas con Acuerdo de cooperación con el Estado español (evangélica, judía y musulmana)”¹⁸³; el apoyo a proyectos de carácter cultural, educativo y de integración social y a las acciones de formación dirigidas a la promoción de la libertad religiosa.

Posteriormente, se aprobó el Real Decreto 176/2006, de 10 de febrero, sobre términos y condiciones de inclusión en el Régimen

¹⁸³ FUNDACIÓN PLURALISMO Y CONVIVENCIA [en línea]. [Fecha de consulta: 2 de junio de 2011]. Disponible en Internet: http://www.pluralismoyconvivencia.es/que_hacemos/

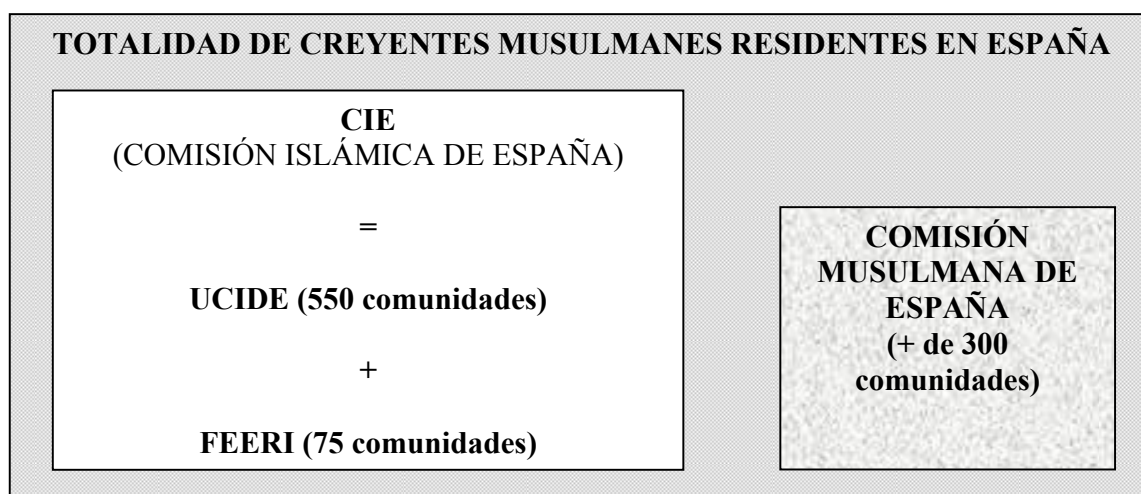
General de la Seguridad Social de los dirigentes religiosos e imanes de las comunidades integradas en la Comisión Islámica de España. De acuerdo con sus Arts. 1 y 2, “las personas que, con carácter estable, se dediquen a la dirección de las comunidades islámicas (...), a la dirección de la oración, formación y asistencia religiosa islámica, siempre que no desempeñen tales funciones a título gratuito (...) quedan asimilados a trabajadores por cuenta ajena, a efectos de su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social”.

Y apenas cuatro meses más tarde, el Ministerio de la Presidencia aprobó el Real Decreto 710/2006, de 9 de junio, de desarrollo de los Acuerdos de Cooperación firmados por el Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Judías de España y la Comisión Islámica de España, en el ámbito de la asistencia religiosa penitenciaria. Su Art. 2 establece que “se considerarán funciones de asistencia religiosa las dirigidas al ejercicio del culto, la prestación de servicios rituales, la instrucción y el asesoramiento moral y religioso así como, en su caso, las honras fúnebres en el correspondiente rito” en los centros penitenciarios. Los ministros de culto de estas religiones deben acreditar un “certificado negativo de antecedentes penales” en España (o en su país de origen, si son extranjeros) y los que procedan de un Estado que no forme parte del Espacio Económico Europeo “necesitarán obtener una autorización de trabajo”.

Sin haber solucionado el problema de fondo –las malas relaciones entre las dos federaciones que integran la CIE (agravado por el paulatino auge de nuevas asociaciones autonómicas, ajenas a aquella estructura

creada en 1992), en 2007 se constituyó la nueva Comisión Musulmana de España (CME) como *tercera vía* del Islam español (junto a UCIDE y FEERI, pero al margen de la CIE). Incluyó a la Federación Musulmana de España (FEME), presidida por Yusuf Fernández; el Consejo Islámico de Cataluña y a unas 300 comunidades más, como la Federación Islámica de la Región de Murcia, liderada por Mounir Benjelloun [actual presidente tanto de FEERI como de la CIE (desde noviembre de 2012)].

Este gráfico podría representar la actual situación del Islam español:



El 2 de abril de 2011, UCIDE invitó a todas las federaciones islámicas inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, a una reunión en la Mezquita de Madrid para crear el Consejo Islámico Español (CIE). Según el presidente de UCIDE, Riay Tatary¹⁸⁴ “(...) en los últimos años no se han podido modificar los estatutos de la Comisión Islámica de España por falta de consenso (...) lo que ha impedido el acceso al órgano

¹⁸⁴ CONSEJO ISLÁMICO [en línea]. [Fecha de consulta: 1 de junio de 2011]. Disponible en Internet: www.consejoislamico.es

representativo de otras entidades federativas islámicas”. Se trata de una nueva federación que trata de agrupar al mayor número de comunidades islámicas de España; su “objetivo principal es el de tener una adecuada interlocución con el Estado, y en particular, para el desarrollo y aplicación del Acuerdo de Cooperación aprobado por la Ley 26/1992”.

Por su parte, el presidente de FEERI¹⁸⁵ no dudó en calificar el nuevo Consejo Islámico Español¹⁸⁶ de “parto prematuro, provocado incluso por la propia administración (...) En el proceso de renovación de la CIE, el Gobierno debe actuar como mediador; no como árbitro, decidiendo qué parte tiene razón”.

En cuanto al Gobierno español, uno de los últimos Consejos de Ministros de la segunda legislatura del ex presidente Rodríguez Zapatero aprobó un reglamento –el Real Decreto 1384/2011, de 14 de octubre, por el que se desarrolló el Art. 1 del Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España– que instauró un procedimiento “que permite a las entidades musulmanas inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, y que han manifestado su voluntad de acogerse al Acuerdo de cooperación, incorporarse a la CIE y, por tanto, disfrutar de los derechos y obligaciones establecidos en el Acuerdo de cooperación con el Estado”.

¹⁸⁵ FEERI [en línea]. [Fecha de consulta: 13 de julio de 2011]. Disponible en Internet <http://www.feeri.eu/index.php/noticias/146-el-consejo-islamico-espanol-ha-sido-un-parto-prematuro-provocado-incluso-por-la-propia-administracion.html>

¹⁸⁶ El Consejo Islámico Español está formado por: Unión de Comunidades Islámicas de España (UCIDE), Consejo Islámico Superior de la Comunidad Valenciana (CICOVA), Federación Musulmana de España (FEME), Federación Islámica de Cataluña (FICAT), Federación Musulmana de la Comunidad Valenciana (FEMCOVA), Federación Islámica Catalana de Entidades Religiosas (FIC), Federación Agrupaciones Islámicas por la convivencia en España (FAICE), Federación Islámica para la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (FICAIB), Federación de Comunidades Musulmanas Africanas de España (FCMAE), Federación Islámica de Andalucía (FIDA), Federación Islámica de la Región de Murcia (FIRM) y Federación de Comunidades Musulmanas de Castilla-La Mancha (FECOM).

El problema, como se ha indicado anteriormente, es que desde 1992 el número de comunidades islámicas inscritas en el Registro de Entidades Religiosas ha crecido de manera muy importante; pero muchas de ellas no han podido beneficiarse del Acuerdo de Cooperación porque, como señala el preámbulo del Real Decreto 1384/2011, “hasta la fecha sólo una entidad ha accedido a la CIE de manera directa, mientras que las demás lo han hecho mediante adhesiones a las federaciones. Esto ha motivado que, en la actualidad, de las entidades islámicas inscritas más del treinta por ciento no formen parte de la CIE y, por tanto, no estén incluidas en el Acuerdo, a pesar de su voluntad reiterada de acogerse al mismo (...) y, por tanto, disfrutar de los derechos y obligaciones establecidos en el Acuerdo de cooperación con el Estado”. Para tratar de solucionarlo, el Gobierno –de acuerdo con un dictamen del Consejo de Estado– ha establecido un sencillo procedimiento¹⁸⁷.

¿Acabará este Reglamento con el habitual duopolio de UCIDE y FEERI en la Comisión Islámica de España? El Real Decreto parece inclinar la balanza hacia UCIDE (y el reciente Consejo Islámico Español creado por esta federación) al permitir que numerosas comunidades musulmanas puedan acceder a la Comisión Islámica de España; de hecho, al día siguiente de que lo aprobara el Consejo de Ministros y una

¹⁸⁷ Artículo único: (...) *Las Comunidades o Federaciones Islámicas que se encuentren inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, podrán pedir también su incorporación a la Comisión Islámica de España mediante solicitud en la que se manifieste la aceptación del Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comunidad Islámica de España. 3. El Registro de Entidades Religiosas notificará a la Comisión Islámica de España la correspondiente solicitud de integración, para que pueda manifestar su conformidad o formular oposición motivada, en el plazo de 10 días. 4. El Registro emitirá resolución en el plazo máximo de 30 días desde la presentación de la solicitud. Si se cumplieran los requisitos anteriormente señalados y la Comisión Islámica de España hubiera manifestado su conformidad, o hubiera transcurrido el plazo sin realizarla, se procederá a anotar la integración de la Comunidad o Federación Islámica solicitante en la Comisión Islámica de España. 5. Si la solicitud no cumpliera los requisitos del apartado 2, o la Comisión Islámica de España emitiera oposición motivada, el Registro emitirá resolución denegando la anotación. Contra dicha resolución se podrá interponer recurso de alzada, pudiéndose recabar para su decisión informe de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa.*

semana antes de que lo publicara el BOE, la UCIDE ya se “congratulaba” en su web¹⁸⁸. Por su parte, el entonces presidente de la FEERI, Mohamed Hamed Alí, acusó al Gobierno español en las páginas de *El Mundo*¹⁸⁹, de “injerencia en los asuntos musulmanes” mediante un Real Decreto que consideró “anticonstitucional” porque “la representatividad de los musulmanes en España es una cuestión de los musulmanes y el Gobierno no se puede meter”.

Pero, el 17 de enero de 2012 la Junta Directiva de la Comisión Islámica de España presentó al Ministerio de Justicia los nuevos estatutos –“elaborados en pleno consenso considerando las necesidades de una representación unificada de las comunidades religiosas islámicas establecidas en España (...) para una mayor democracia real representativa”¹⁹⁰– por los que se regirá en adelante la CIE, “dando así respuesta actualizada a las nuevas necesidades y retos de la comunidad musulmana española en lo religioso y su representación”.

Con estos nuevos estatutos –redactados de acuerdo con el sentir del Real Decreto 1384/2011, de 14 de octubre– se faculta “a cualquier comunidad o federación religiosa islámica, inscrita en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia, a solicitar su incorporación a la Comisión Islámica de España directamente sin

¹⁸⁸ UCIDE [en línea]. [Fecha de consulta: 24 de octubre de 2011]. Disponible en Internet: http://es.ucide.org/home/index.php?option=com_content&view=article&id=4218:la-incorporacion-de-comunidades-y-federaciones-a-la-comision-islamica-de-espana&catid=28:notas-de-prensa&Itemid=56 *En el seno de la Unión de Comunidades Islámicas de España, siempre hemos mantenido una “postura favorable a la extensión del Acuerdo a todas las entidades islámicas inscritas en el Registro de Entidades Religiosas” y a que se beneficien de sus efectos “todos los habitantes” del Reino de España “que profesen la religión islámica” (...) Damos la bienvenida a esta iniciativa normativa y a la libre incorporación de las comunidades religiosas que lo deseen a la Comisión Islámica de España, ya sea directamente o a través de una federación, basándonos en principios básicos de unidad y representatividad real, eficaz y transparente.*

¹⁸⁹ *El Mundo*, 15 de octubre de 2011.

¹⁹⁰ FEERI [en línea]. [Fecha de consulta: 23 de febrero de 2012]. Disponible en Internet: <http://feeri.eu/index.php/noticias/340-nuevos-estatutos-de-la-cie.html>

necesidad de pertenencia a alguna entidad federativa ya adscrita o nueva solicitante”; es decir, pueden formar parte de la CIE sin adscribirse previamente ni a FEERI ni a UCIDE.

Los nuevos estatutos evidencian –para el periodista Paulino Ros¹⁹¹– “una realidad muy triste para el musulmán medio en España, la más palpable es la eterna condena a carecer de una representación plural, democrática, transparente y eficaz, que actúe con decisión y argumentos ante las administraciones públicas españolas para resolver los numerosos problemas que afectan a los fieles al Islam en nuestro país”¹⁹². Con esta polémica medida, el que se podría calificar como *Islam oficial* español (formado por UCIDE, FEERI y la CIE) está tratando de congeniarse con el *Islam real*, ese que permanecía al margen de las dos grandes federaciones nacionales y que estaba alcanzando cada vez mayor protagonismo. El objetivo último sería lograr que el nuevo ente que resulte de la unión, represente a toda la comunidad islámica del país y no sólo a una gran parte de ella, para que puedan cumplir los objetivos previstos en el Acuerdo de 1992.

El *penúltimo* movimiento se produjo en abril de 2012, cuando el Ministerio de Justicia inscribió a la nueva directiva de la FEERI

¹⁹¹ ISLAM EN MURCIA [en línea]. [Fecha de consulta: 23 de febrero de 2012]. Disponible en Internet: <http://islamenmurcia.blogspot.com/2012/01/nuevo-cisma-entre-los-musulmanes.html>

¹⁹² El argumento de este periodista es el siguiente: *El 2 de abril de 2011 se creó el Consejo Islámico Español, al que el ministerio de Justicia del extinto gobierno socialista le dio carta de naturaleza y todas sus bendiciones. Un Consejo Islámico Español que nacía como alternativa a la ineficaz e inservible Comisión Islámica de España (CIE). Curiosamente, tanto el Consejo Islámico como la Comisión Islámica, impulsados y presididos por el líder de la Unión de Comunidades Islámicas (UCIDE), Riay Tatary. En el seno del Consejo Islámico, Tatary se alió con el líder de la Federación Islámica de la Región de Murcia (FIRM), Mounir Benjelloun, para dejar fuera del nuevo organismo (se supone que mucho más plural y representativo de la realidad musulmana en España) a Mohamed Hamed Ali, presidente de la Federación Española de Entidades Religiosas Islámicas (FEERI), acusado de cerrar las puertas de la CIE a nuevas comunidades musulmanas. Y ahora resulta que, antes de terminar el 2011, el propio Tatary se alía con Hamed Ali para frenar desde la CIE (que se supone en vías de extinción tras la creación del Consejo Islámico) la ofensiva de Benjelloun, que en los últimos meses ha creado multitud de comunidades musulmanas "fantasma", perfectamente legales y registradas en el Ministerio de Justicia, pero sin mezquitas u oratorios detrás.*

encabezada por Mounir Benjelloun, ciudadano de origen marroquí pero nacionalizado español por residencia¹⁹³, en 2003, y líder de los musulmanes murcianos, quien se hizo cargo de la federación en medio de un cruce de acusaciones con el anterior presidente, Mohamed Hamed Alí, que lo llamó radical por apoyar al movimiento *Justicia y Espiritualidad*, de Marruecos; Benjelloun, por su parte, lo negó y acusó al presidente saliente de malversación de fondos¹⁹⁴.

Con esta situación, ¿qué retos se le plantean al Islam español? Para desarrollar aquel Acuerdo de 1992, como señaló Jiménez-Aybar en una conferencia ante el Consejo de la Comunidad Marroquí en el Extranjero, debe encaminarse “a través de las entidades religiosas (...) el Estado español, tanto los diferentes Ministerios involucrados como los gobiernos de las distintas Comunidades Autónomas, necesitan un único interlocutor capaz de canalizar los deseos y las voluntades del conjunto de la comunidad islámica implantada en dicho país”; es decir, los musulmanes españoles deben superar sus diferencias internas para no continuar ofreciendo la imagen de una comunidad fragmentada y paralizada, incapaz de organizarse, y convertirse –con el apoyo de los poderes públicos– en un verdadero “referente institucional en el que apoyarse y al que” se pueda llegar a “consultar cualquier duda o cuestión en este ámbito”.

Un buen punto de partida podría ser la propuesta que hizo el profesor Mantecón en 1998, pero adaptándola a la actual descentralización de competencias del Estado tanto en las comunidades

¹⁹³ La residencia para adquirir la nacionalidad española será objeto de análisis en el Capítulo V.

¹⁹⁴ *El Mundo*, 24 de mayo de 2012: “Denuncian que una federación musulmana ha quedado en manos del islam “radical”. El nuevo líder de la Feeri, que tiene el aval del Gobierno, niega ser integrista”.

autónomas (que, por ejemplo, ahora ejercen las competencias en materia de educación) como en las entidades locales (la administración más cercana al ciudadano es la que otorga las licencias para abrir o construir una mezquita); así, podría desarrollarse una aplicación práctica del acuerdo de colaboración de 1992, en línea con la estructura del *Consejo Francés del Culto Musulmán*, creado en 2003.

Partiendo de las mezquitas como elemento clave –y epicentro– para la organización de cada comunidad islámica, se deberían crear consejos locales (en el supuesto en que hubiese más de un lugar de culto en el mismo municipio) y, a partir de esta base, establecer consejos provinciales, autonómicos y estatal que representaran a los musulmanes –respectivamente– ante las autoridades de sus correspondientes ayuntamientos, provincias, comunidades autónomas y, finalmente, con el Estado.

Ese órgano nacional debería tener capacidad decisoria, elegiría a un presidente y a un órgano ejecutivo y podría crearse también un Consejo consultivo o de notables con la capacidad de dictar fetuas que dieran soluciones a los problemas concretos de los musulmanes de España. Consejo consultivo que podría tener como referentes al *Conseil des Théologiens* belga o el *Board of Counsellors* británico y, en especial, abriendo la posibilidad de consulta a toda la sociedad, como hizo la confederación *Muslimernes Fællesråd*, de Dinamarca.

CAPÍTULO III

LAS DIFERENCIAS EN LOS VALORES COMUNES (I)

El preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece que *los pueblos de Europa, al crear entre sí una unión cada vez más estrecha, han decidido compartir un porvenir pacífico basado en valores comunes. Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y del Estado de Derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación.*

En 1999, el Consejo Europeo que se reunió en Colonia (Alemania), el 3 y el 4 de junio, consideró oportuno recoger los derechos fundamentales vigentes en la Unión Europea en una Carta que debía contener:

- Los principios generales recogidos en el Convenio del Consejo de Europa de 1950,
- Los derivados de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros,
- Los derechos fundamentales reservados a los ciudadanos de la Unión,
- Los derechos económicos y sociales enunciados en la Carta social europea y en la Carta comunitaria de los derechos sociales y fundamentales de los trabajadores,
- Así como los principios que se derivan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En octubre de ese mismo año el Consejo Europeo de Tampere (Finlandia) estableció la composición y los métodos de trabajo del organismo responsable de elaborar el proyecto de la Carta, al que más tarde se denominó *Convención*¹⁹⁵ así como a su comité de redacción, el llamado *Praesidium*. La primera reunión de trabajo de la Convención se celebró el 17 de diciembre de 1999. En poco menos de un año, la cumbre de Biarritz (Francia) del 13 y 14 de octubre de 2000 decidió solicitar al Parlamento Europeo, al Consejo de la Unión Europea y a la Comisión que aprobaran la Carta que, formalmente, se adoptó el 7 de diciembre de 2000 en Niza (Francia), por los presidentes de estas tres instituciones, representando un compromiso político sin efecto jurídico obligatorio; fue publicada en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* el 18 de diciembre de aquel mismo año e incluida en la II Parte del *non nato* Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa.

Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa –el 1 de diciembre de 2009– la Carta adquirió carácter vinculante con la inserción de una mención por la que se le reconoció el mismo valor jurídico que a los Tratados. Para lograrlo, fue proclamada por segunda vez en el *Diario Oficial de la Unión Europea* el 14 de diciembre de 2007.

El texto representa la síntesis de los valores comunes de los 27 Estados miembros al reunir en un único documento, “por primera vez en la historia de la Unión Europea”, todos los derechos “civiles, políticos, económicos y sociales de los ciudadanos europeos”¹⁹⁶ que, hasta ese

¹⁹⁵ Al respecto, según el preámbulo de la propia Carta, la «Convención», constaba de quince representantes personales de los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros, un representante de la Comisión, dieciséis miembros del Parlamento Europeo y treinta miembros de los Parlamentos nacionales (dos por cada uno de ellos).

¹⁹⁶ PARLAMENTO EUROPEO [en línea]. [Fecha de consulta: 10 de agosto de 2010]. Disponible en Internet: http://www.europarl.europa.eu/charter/default_es.htm

momento, se repartían en diversos instrumentos normativos, como las legislaciones nacionales y los Convenios internacionales del Consejo de Europa, la ONU y la OIT. De esta forma, la Carta contribuye a desarrollar el concepto de ciudadanía de la Unión así como a crear un espacio de libertad, seguridad y justicia; reforzando la protección de nuestros derechos fundamentales que, hasta ahora, sólo se garantizaban mediante la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y el Art. 6 del Tratado de la UE.

Su contenido incluye un preámbulo introductorio y cincuenta y cuatro artículos distribuidos en seis capítulos –que se convertirán en el hilo argumental de esta tesis: dignidad, libertades, igualdad, solidaridad, ciudadanía y justicia– y unas disposiciones generales. Para interpretar correctamente su contenido, el *Praesidium* de la Convención también preparó unas explicaciones que se publicaron el mismo 14 de diciembre de 2007 en el *Diario Oficial de la Unión Europea*.

Para la profesora italiana Nicoletta Parisi¹⁹⁷, la Carta “es una disposición que ciertamente no se pierde en paráfrasis y, en comparación con otras fórmulas contenidas en el Tratado de la Unión, a veces prolijas, largas e incluso repetitivas, llama la atención por el sencillo uso de los términos y por la brevedad de la parte dispositiva”.

Una idea que comparte la profesora Araceli Mangas¹⁹⁸ para quien se trata de “un texto breve y de redacción clara; (...) intencionadamente sencillo y casi lacónico. Indica los contenidos más elementales de cada

¹⁹⁷ PARISI, N. *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*. Catania: Universidad de Catania, 2009.

http://www.lex.unict.it/didattica/materiale09/dirue/materiale/FunzioneCarta_dei_diritti_fondamentali.pdf

¹⁹⁸ MANGAS, A. El compromiso con los Derechos Fundamentales. En MANGAS, A (dir.) *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*. Bilbao: Fundación BBVA, 2008, pp. 68 y 69.

derecho y libertad para que sean fácilmente comprensibles y asimilables por todos los seres humanos que vivan en la Unión Europea. No entra en detalles, no hace definiciones de conceptos, ni apenas establece límites o excepciones para no hacer farragosa su lectura. Nunca hace referencias al interés público o a los límites resultantes de los derechos y libertades de otras personas ni a las responsabilidades derivadas del ejercicio de determinados derechos para otras personas. Al fin y al cabo, siendo una síntesis, esa parte compleja de definiciones, límites y excepciones permanece en los instrumentos normativos de los que se toman los derechos y libertades”. Pero “no debe engañarnos un texto así por su aparente sencillez. Tiene dos niveles de lectura”. A la ciudadanía se le envía “un mensaje de visibilidad y accesibilidad en los 54 preceptos. (...) Y cabe otra lectura más profunda y compleja (...) y vemos lo que hay detrás de cada precepto. Los redactores de la Carta establecieron en un documento oficial las Explicaciones en el que se desarrolla de forma consensuada el origen de cada derecho, libertad o principio”.

Es, en definitiva –como señaló el profesor Fonseca Morillo¹⁹⁹– “el instrumento de control del respeto de los derechos fundamentales por las instituciones y los Estados miembros cuando ejercen sus competencias en el marco de la Unión”.

¹⁹⁹ FONSECA MORILLO, F.J. La gestación y el contenido de la Carta de Niza. En MATÍA PORTILLA, F. J. (dir.) *La protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*. Madrid: Civitas, 2002, p. 98.

4. EL VALOR DE LA DIGNIDAD:

4.1) El concepto de dignidad humana:

En un interesante artículo que García Ninet y Vicente Pachés²⁰⁰ publicaron en 2005 reflexionaban sobre la importancia de este derecho y la imperiosa necesidad de respetarlo y protegerlo, aunque “a ciencia cierta no se sabe con exactitud en qué consiste y qué derechos comprende, cuál es su completo significado y contenido (...) Las numerosas definiciones legales, así como el conjunto de decisiones jurisprudenciales que intentan tutelar este derecho, no contienen una definición unívoca y precisa; es más, en la mayor parte de las ocasiones, no intentan establecer ningún concepto, limitándose a tipificar los supuestos atentatorios o a establecer la existencia de conductas que pueden afectar a su ejercicio (...) La dignidad se convierte en el derecho que legitima y fundamenta a todos los demás derechos fundamentales”.

En este sentido, la dignidad de la persona humana se convierte en el valor más importante que posibilita el desarrollo de todos los demás derechos y libertades o, como señaló el *Praesidium* en las Explicaciones de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la dignidad es la base misma de los derechos fundamentales, el *mother basic right* (la matriz de los derechos básicos). Al respecto, el filósofo alemán Jürgen Habermas²⁰¹ considera con acierto que “el concepto de dignidad humana está estrechamente ligado a la alta exigencia moral de

²⁰⁰ GARCÍA NINET, J.A. y DE VICENTE PACHÉS, F. El derecho valor a la dignidad humana y el derecho a la protección de datos personales en la Constitución Europea. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2005, nº 57, p. 144.

²⁰¹ HABERMAS, J. Los Derechos Humanos: Instrumentos para construir una utopía realista, *Cuadernos de Alzate*, 2009, nº 41, p. 60.

un respeto idéntico para cualquiera: para cada niño, para cada mujer y para cada hombre. Pero esta exigencia no debe limitarse a ser una demanda moral, tiene que plasmarse como realidad jurídica”; es decir, debe “concretarse mediante la legislación y la jurisdicción democráticas”.

Esta dignidad, entendida como la virtud por la cual el Hombre es Persona, se encuentra reflejada en las principales declaraciones y normas internacionales: el preámbulo de la Constitución de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), aprobada en Londres el 16 de noviembre de 1945 –es decir, a los pocos meses de finalizar la II Guerra Mundial, el peor conflicto que ha sufrido el mundo– marcó la tendencia que seguirían otras declaraciones posteriores al afirmar que “la grande y terrible guerra que acaba de terminar no hubiera sido posible sin la negación de los principios democráticos de la dignidad, la igualdad y el respeto mutuo de los hombres (...) la amplia difusión de la cultura y la educación de la humanidad para la justicia, la libertad y la paz son indispensables a la dignidad del hombre y constituyen un deber sagrado que todas las naciones han de cumplir con un espíritu de responsabilidad y de ayuda mutua”.

Tres años más tarde, el Art. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, estableció que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. Precepto que enlaza con el primer párrafo de su preámbulo, donde reconoce que “la dignidad intrínseca y de

los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana” es la base de “la libertad, la justicia y la paz en el mundo”. Posteriormente, la dignidad se menciona en los Arts. 22 –para la indispensable “satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales”– y 23 –“derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria”, que aseguren al trabajador y a su familia, “una existencia conforme a la dignidad humana”–.

Ese “reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana” aparece de nuevo en los preámbulos de los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos aprobados por la ONU en 1966; así como en los prólogos de otras declaraciones internacionales como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965; la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989; o el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (el llamado *Convenio de Oviedo*) de 1997, formulado en el marco del Consejo de Europa.

Precisamente, en nuestro continente, aunque ni el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 ni sus Protocolos adicionales se refieren expresamente al término “dignidad”, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reivindicado, en diversas ocasiones, que “el respeto a la dignidad y la libertad humana es la esencia misma”

de dicha Convención²⁰². Al fin y al cabo, como señaló el voto particular del juez Myjer en el caso Muñoz Díaz contra España²⁰³, “el Convenio es un instrumento vivo y el Tribunal ha tenido ocasión de ampliar el alcance de sus derechos más allá de su significado original, en función de la evolución social no prevista cuando se redactó la Convención”.

Actualmente, el Art. 2 del Tratado de la Unión Europea sí que la cita dentro de los valores de respeto en los que se fundamenta la propia Unión: “dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”.

Un valor y –según la Corte de Estrasburgo– un derecho absoluto: “la protección de la dignidad humana es absoluta, sin ninguna excepción ni equilibrio de intereses”²⁰⁴; asimismo, “la protección de la dignidad humana es absoluta y no puede ser objeto de una ponderación con otros intereses o valores jurídicos (...) Una infracción del derecho a la dignidad humana constituye una grave violación, con independencia de la gravedad de la interferencia y de que requiera una compensación económica”²⁰⁵.

²⁰² TEDH. **Casos Pretty contra Reino Unido**, de 29 de abril de 2002 (nº 2346/02, § 65), **Christine Goodwin contra Reino Unido**, de 11 de julio de 2002 (nº 28957/95, § 90) o **Testigos de Jehová de Moscú y otros contra Rusia**, de 10 de junio de 2010 (nº 302/02, § 135).

²⁰³ TEDH. **Caso Muñoz Díaz contra España**, de 8 de diciembre de 2009 (nº 49151/07).

²⁰⁴ TEDH. **Caso Gäfgen contra Alemania**, de 3 de junio de 2010 (nº 22978/05, § 48).

²⁰⁵ TEDH. **Caso Hinderberger contra Alemania**, de 30 de marzo de 2010 (nº 28183/06, circunstancias del caso)

De igual forma, las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea²⁰⁶ garantizan la dignidad humana como uno de los principios generales del Derecho comunitario.

Ese mismo carácter permanente y absoluto relacionado con la inviolabilidad de la dignidad es el que podemos leer en el Art. 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuando establece que “la dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”; consagrándola, como ha señalado el profesor Sobrino Heredia, “como un derecho humano autónomo”²⁰⁷. La redacción de este precepto se aproxima a la misma línea que ya marcó el Art. 1.1º de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania²⁰⁸, de 1949: “La dignidad de la persona humana es intangible. Todos los poderes públicos han de respetarla y protegerla”.

En las restantes constituciones europeas encontramos referencias a la dignidad, más o menos expresas, especialmente en las constituciones que se redactaron a partir de la II Guerra Mundial, como por ejemplo:

- Art. 3 de la Constitución italiana (1947): “Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social”.
- Art. 1 de la Constitución portuguesa (1976): “Portugal es una República soberana, basada en la dignidad de la persona humana”.

²⁰⁶ TJCE. **Asuntos C-377/98**, de 9 de octubre de 2001, y **C-36/02**, de 14 de octubre de 2004.

²⁰⁷ SOBRINO HEREDIA, J. M. *Título I. Dignidad*, en MANGAS, A. (dir.) *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*. Bilbao: Fundación BBVA, 2008, p. 123.

²⁰⁸ Los preceptos constitucionales que se citan han sido extraídos del libro *Las Constituciones de los Estados de la Unión Europea*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1996.

- Art. 10.1º de la Constitución española (1978): “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

Para el profesor Peces-Barba²⁰⁹, la razón última de muchos de estos artículos se basa en que “el Derecho internacional impulsó la reflexión a partir de los horrores totalitarios que desembocaron en la II Guerra Mundial, con el holocausto provocado por los nazis y los fascistas y en las matanzas colectivas propiciadas por el estalinismo. (...) El debate sobre el terrorismo y otras violaciones de los derechos en delitos contra la humanidad, contra el derecho de gentes o en genocidios, (...) evocan constantemente el tema de la dignidad”; de ahí que concluya afirmando que la dignidad humana es decisiva para el Derecho.

Una idea que también caracterizó el primer encuentro celebrado en Bruselas, el 15 de mayo de 2007, entre los representantes de las tres religiones monoteístas de la Unión Europea²¹⁰ (Cristianismo, Islam y Judaísmo) con los presidentes de las instituciones comunitarias bajo el lema: *Una Europa construida sobre la dignidad humana*. Durante la reunión, el que entonces era Presidente del Parlamento Europeo, Hans-Gert Pöttering, afirmó que “a pesar de nuestras diferencias, existe un punto común: la dignidad del ser humano, que estamos de acuerdo en

²⁰⁹ PECES-BARBA, G. *La dignidad de la persona desde la filosofía del Derecho*. Madrid: Dykinson, 2002, introducción

²¹⁰ PARLAMENTO EUROPEO [en línea]. [Fecha de consulta: 27 de marzo de 2011]. Disponible en Internet: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?language=ES&type=IM-PRESS&reference=20070514STO06592&secondRef=0>

defender y que debe ser la base de nuestro trabajo político (...) las instituciones europeas tienen la responsabilidad de poner en práctica esa dignidad humana”.

El Tribunal Constitucional español²¹¹ ya había incidido en esta misma idea: “el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el Art. 10 [de la Constitución de 1978] como germen o núcleo de unos derechos «que le son inherentes»”. Una relevancia y significación superior “que se manifiesta en su colocación misma en el texto constitucional, ya que el Art. 10 es situado a la cabeza del título destinado a tratar de los derechos y deberes fundamentales”, (...) lo que muestra que “dentro del sistema constitucional se le considera como el punto de arranque, como el *prius* lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos”.

Esa dignidad, concebida como “un valor superior”²¹² también se cita en las sentencias del Tribunal Supremo en una reiterada jurisprudencia donde se califica como “el fundamento del orden político y de la paz social”²¹³; uno de “los valores constitucionales de primer orden”²¹⁴; un valor superior²¹⁵ o “la base y fundamento de todos los derechos y libertades fundamentales y que, expresamente, se recoge en el Art. 10 de la Constitución Española”²¹⁶.

Precisamente, la norma fundamental de nuestro Estado atribuye a la dignidad “una posición fundamentadora de nuestro ordenamiento

²¹¹ STC 53/1985, de 11 de abril (FJ 3º).

²¹² STC 123/2008, de 21 de noviembre (FJ 2º).

²¹³ STS 5143/2011, de 21 de julio (FdD 2º).

²¹⁴ STS 5144/2011, de 19 de julio (FdD 5º).

²¹⁵ STS 3366/2011, de 30 de mayo (FdD 1º).

²¹⁶ STS 3643/2011, de 9 de mayo (FdD 3º).

jurídico”²¹⁷, coincidente con “una dirección semejante del constitucionalismo actual”. Para el profesor Solozábal, esta concepción de la dignidad presenta un triple significado: 1) Reconoce un carácter instrumental al Estado cuyo objetivo es “asegurar un tipo de convivencia política congruente con las exigencias derivadas de la dignidad de la persona”; 2) Su ubicación, al inicio del Título I, supone aceptar una idea material del Estado de Derecho, un orden vinculado a valores; y 3) Se protege la dignidad del hombre “ligado a la convivencia en sociedad, obligado (...) al respeto de la Ley y los Derechos de los demás”.

Asimismo, es irrenunciable; no admite grados, ya que todos los seres humanos somos iguales en dignidad por el mero hecho de ser personas; su respeto es el fundamento de cualquier derecho positivo estatal o internacional, de modo que el ordenamiento jurídico debe acomodarse a este derecho; y, por último, la dignidad humana es cualitativamente superior a la de cualquier otro ser vivo de la Tierra porque, como dijo el profesor Torralba²¹⁸, “la dignidad es la libertad que confiere el espíritu, es el dominio sobre los instintos (...) la dignidad es la expresión de la resistencia que el espíritu autónomo ofrece al instinto animal”.

¿Cómo se concibe la dignidad humana en el ámbito islámico? La presencia de este valor superior en las constituciones de los países de mayoría musulmana obedece a diversos criterios: Arabia Saudí²¹⁹ sólo la menciona como límite a la libertad de expresión (Art. 39 de la

²¹⁷ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J. Dignidad de la persona. En: AGUADO RENEDO, C. y ARAGÓN REYES, M. *Temas básicos de Derecho Constitucional*. Tomo III. Madrid: Cívitas, 2001, p. 113.

²¹⁸ TORRALBA, F. *¿Qué es la dignidad humana?* Barcelona: Editorial Herder, 2005, p.78

²¹⁹ THE SAUDI NET [en línea]. [Fecha de consulta: 17 de agosto de 2011]. Disponible en internet: <http://www.thesaudi.net/saudi-arabia/saudi-constitution.htm>

Constitución de 1992); el Art. 14 de la Constitución de Pakistán²²⁰, de 1973, realiza una extraña composición en la que reúne la dignidad con la inviolabilidad del domicilio (“serán inviolables la dignidad del hombre y, conforme a la Ley, la privacidad del domicilio”); en cambio, el Art. 29 de la Constitución kuwaití de 1962²²¹ es, probablemente, el más cercano a la concepción occidental (“Todo el pueblo es igual en dignidad humana, y en derechos y deberes ante la Ley, sin distinción de raza, origen, lengua o religión”), junto con la reciente Constitución de Marruecos de 2011²²² que menciona la dignidad en tres ocasiones: como uno de los principios que constituyen el marco de derechos y deberes de los ciudadanos; una de las libertades y derechos fundamentales (Art. 22) y uno de los objetivos del Consejo Nacional de Derechos Humanos (Art. 161).

Por lo que se refiere a la Declaración de los Derechos Humanos en el Islam promulgada en 1990, su Art. 1 es un buen ejemplo de la imposición del hecho religioso como requisito previo para el desarrollo de este derecho fundamental: “La humanidad entera forma una sola familia unida por su adoración a Alá y su descendencia común de Adán. Todos los seres humanos son iguales en el principio de la dignidad humana, así como en el de las obligaciones [con Alá] y las responsabilidades sin distinción de raza, color, lengua, sexo, creencia religiosa, filiación política, nivel social o cualquier otra consideración. Sólo la verdadera religión garantiza el desarrollo de esa dignidad por medio de la integridad humana”.

²²⁰ PAKISTANI ORG [en línea]. [Fecha de consulta: 17 de agosto de 2011]. Disponible en internet:<http://www.pakistani.org/pakistan/constitution/part2.ch1.html>

²²¹ KUWAIT INFO [en línea]. [Fecha de consulta: 17 de agosto de 2011]. Disponible en internet:http://www.kuwait-info.com/a_state_system/state_system_articles4.asp

²²² BLADI NET [en línea]. [Fecha de consulta: 17 de agosto de 2011]. Disponible en internet: <http://www.bladi.net/texte-integral-nouvelle-constitution-marocaine.html>

4.2.) La vulneración de un derecho por el origen cultural del agresor:

El ensayista estadounidense, afincado en Noruega, Bruce Bawer²²³ cree que “los inmigrantes que vienen a Europa traen consigo numerosas costumbres tribales que contradicen de manera flagrante la concepción occidental de los derechos humanos. Estas costumbres constituyen puntos de conflicto latente o potencial entre las comunidades musulmanas y las sociedades que las acogen, aunque durante mucho tiempo los medios de comunicación y la clase dirigente política de Europa hicieran lo posible por minimizarlos o incluso hacer como si no existieran”.

Esa línea argumental es compartida por Sartori²²⁴, cuando considera que mientras “los hebreos, los indios, los asiáticos, pertenecen a culturas “sofisticadas”, o sea articuladas y flexibles, capaces de encontrar un equilibrio entre el preservarse en clausura y el abrirse en aceptación. El Islam, con el material tosco que exporta a Europa, no posee esa flexibilidad. Ni tampoco la alienta”; o por Azurmendi²²⁵, al afirmar que “el inmigrante no sólo no viene de una cultura del trabajo sino de una que podíamos simplificar como más próxima al ocio” o que “lo únicamente étnico de la mayor parte de los inmigrantes africanos son sus intenciones de promoción personal dentro del reforzamiento de las redes clónicas de la familia tribal (y prácticas como la poligamia o la ablación del clítoris no son sino meras consecuencias de esa supeditación de la persona a su clan de origen)”.

²²³ BAWER, B. *Mientras Europa Duerme. De cómo el islamismo radical está destruyendo Occidente desde dentro*. Madrid: FAES, 2007, p. 40.

²²⁴ SARTORI, G. *La sociedad multiétnica. Extranjeros e islámicos*. Madrid: Taurus, 2002, p. 29.

²²⁵ AZURMENDI, M. *Estampas de El Ejido*. Madrid: Taurus, 2001, pp. 306 y 357.

Un planteamiento, similar a las ideas que defienden, con mayor o menor vehemencia, otros autores como Oriana Fallaci²²⁶ y su concepto de *Eurabia*; Samuel P. Huntington²²⁷ y el *choque de civilizaciones* (al que tantas veces menciona el profesor Fukuyama en su *fin de la historia*²²⁸) o Cornelius Castoriadis y el *derrumbe de Occidente*²²⁹. Este filósofo turco consideraba que “no se trata de minimizar los crímenes del imperialismo occidental, sino de denunciar esa mistificación que presenta a los pueblos musulmanes exentos de cualquier responsabilidad sobre su propia historia, sin haber hecho nunca otra cosa más que sufrir pasivamente lo que otros, los occidentales, les han impuesto”.

Sus polémicos argumentos parten, en última instancia, de un hecho que empieza a constatarse en la jurisprudencia: para que todos los europeos podamos disfrutar plenamente de los derechos, libertades y principios que se reconocen en la Carta –así como sus responsabilidades y deberes– la diversidad cultural en la que vivimos puede llegar a

²²⁶ FALLACI, O. *La rabia y el orgullo*. 11ed. Madrid: La esfera de los libros, 2002, pp. 86 y 89-90. La autora italiana se describe como *una occidental indignada con los occidentales que no oían el hedor de Guerra Santa, y que perdonaban demasiado fácilmente a los futuros Inquisidores de la Tierra (...)*. En su opinión, *caeremos [América y Europa] en todos los entidos, tontos míos. Y en lugar de los campanarios nos encontraremos los minaretes, en lugar de las minifaldas nos encontraremos el chador o mejor dicho el burkah (...)* *En lugar de la democracia, la teocracia. En lugar de la libertad, una Inquisición gestada por los Torquemadas con la sotana y el turbante y el trasero expuesto.*

²²⁷ HUNTINGTON, S.P. *El Choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*. 4ª reimpresión. Buenos Aires: Paidós, 2001, pp. 177-178: el polémico profesor de Harvard considera que como *Occidente ha tenido dificultades, y es probable que las continúe teniendo, a la hora de defender sus intereses frente a los de las sociedades no occidentales* (en especial, China y el Islam); el autor exige a Occidente que promueva los valores e instituciones políticos occidentales presionando a otras sociedades para que respeten los derechos humanos tal y como se conciben en Occidente y para que adopten la democracia según los criterios occidentales; protegiendo la integridad cultural, social y étnica de las sociedades occidentales restringiendo el número de no occidentales admitidos como inmigrantes o refugiados.

²²⁸ FUKUYAMA, F. *El fin de la historia y el último hombre*. Barcelona: Planeta, 1992, p. 24. Este profesor de origen japonés pero nacido en Chicago –famoso por considerar que la economía ha sustituido a las ideologías– señala que *de todos los sistemas culturales contemporáneos, el mundo islámico es el que tiene menos democracias (solo Turquía) y no incluye ningún país que haya hecho la transición del Tercer al Primer Mundo a la manera de Corea del Sur o Singapur (...)* *El Islam (...) es el único sistema cultural que parece producir con regularidad gente que, como Osama bin Laden o los talibanes, rechaza la modernidad de pies a cabeza.*

²²⁹ CASTORIADIS, C. *El ascenso de la insignificancia*. Madrid: Cátedra, 1998, pp. 61-62.

plantear conflictos de integración entre quienes residen en la Unión Europea pero proceden de países con una tradición que no comparten los mismos valores e ideales del *Viejo Continente* –como la igualdad entre hombres y mujeres en todos los ámbitos; la separación entre la Iglesia y el Estado, en sociedades que cada vez son más laicas; la libertad de cambiar de religión o la prohibición de ocasionar tratos inhumanos o degradantes– ni tampoco coincide con los principios democráticos y de un Estado de Derecho que proclama el preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales.

Esta circunstancia puede ocasionar que una persona realice una determinada conducta que no constituya delito en su país de origen, pero sí que lo sea en los ordenamientos jurídicos europeos; o, simplemente, que de acuerdo con su propia pauta cultural, ni tan siquiera considere que su actitud sea incorrecta, ilegal y, muchos menos, delictiva.

¿Se podría argumentar el desconocimiento de la ilegalidad (el error de prohibición del Art. 14 del Código Penal) y que la conducta de un agresor quedase condicionada, o incluso exonerada, basándose en esas diferencias culturales? La jurisprudencia del Supremo²³⁰ ha afirmado con rotundidad que “el Estado de Derecho nunca debe abdicar, obviamente, de sus más elementales esencias, como lo es sin duda el respeto a la dignidad del ser humano, en aras de un relativismo cultural que aloje el fundamento de la decisión penal en las creencias, opiniones o costumbres de un determinado grupo, con el grave riesgo que ello por añadidura supondría para la adecuada protección de las víctimas, como titulares últimos de tales valores básicos”.

²³⁰ STS 992/2010, de 8 de enero (FdD 4º).

Nuestro *Alto Tribunal* dictó este fallo para resolver un proceso que enfrente a un matrimonio mauritano residente en Cádiz con su hija que, con apenas 13 años, fue obligada a contraer matrimonio, siguiendo la costumbre del país de su familia, con un hombre mayor que acabó agrediéndola sexualmente. Los acusados esgrimieron “el desconocimiento (...) de la ilegalidad de su grave conducta, al amparo de un elemento circunstancial, el breve tiempo que llevaba residiendo en nuestro país, y otro cultural, a saber, el que en las normas rectoras de su tribu de origen a la esposa, considerada prácticamente, al parecer, como un objeto propiedad del marido, no se le reconoce capacidad alguna para negarse a los deseos de éste, por lo que allí, según se nos dice, un hecho como éste carece de reproche alguno”.

Ante el argumento de que desconocían que su conducta fuese ilegal, el Supremo se mostró muy taxativo al respecto: “la vulneración de un derecho tan elemental del ser humano, como el de su libertad sexual, no puede de ninguna forma quedar condicionado a circunstancias tales como la del origen cultural de quien lo agrede (...) en modo alguno ha de reconocérsele como causa de exoneración, ni total ni parcial, en relación con infracciones atentatorias contra principios tan básicos, hoy en día y superadas ya antiguas y rechazables prácticas pretéritas, como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad en sus diferentes ámbitos, etc.”. Este pronunciamiento judicial español se alinea, como posteriormente tendremos ocasión de examinar, con las últimas disposiciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa en las que se exhorta a los tribunales de sus Estados miembros a que no

deben aceptar la invocación del honor como circunstancia atenuante o móvil justificable del delito.

No era esta la primera vez que el Tribunal Supremo²³¹ se pronunciaba sobre el concepto que la jurisprudencia viene denominando, en los últimos años, la pauta cultural del agresor, generadora de gravísimos daños a sus víctimas porque dota así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa; es decir, entendiéndola como causante de una mayor lesividad para la víctima. Asimismo, en 2009, se reconoció la condición de refugiada a una mujer nigeriana que residía en Valencia porque su familia trató de imponerle el matrimonio con un polígamo y, con tal finalidad, “previamente le fue practicada la mutilación genital femenina”²³², pero logró huir de su país de origen y España le reconoció el derecho de asilo por “haber sido brutalmente lesionada física y psíquicamente lo que justifica y determina un temor a volver a su entorno social”²³³.

En cuanto a la denominada *jurisprudencia menor*, las Audiencias Provinciales también han adoptado medidas judiciales para proteger a niñas menores de edad, prohibiéndoles la concesión del pasaporte, al sospecharse que sus padres pudieran llevarlas a sus países de origen con el objetivo de practicarles la ablación del clítoris; así, un auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza²³⁴ cerró el territorio nacional a las hijas menores de un matrimonio de Gambia al averiguar que las dos hijas

²³¹ SSTS 7482/2009, de 24 de noviembre (FdD 3º) y 6980/2009, de 4 de noviembre (FdD 2º).

²³² STS 2781/2009, de 11 de mayo (FdD 1º).

²³³ Al respecto, en el tercer fundamento de derecho, el magistrado ponente también se refiere a una sentencia anterior del mismo órgano, la STS 5931/2006, de 6 de octubre, en la que se citan informes del ACNUR y la ONG *Human Rights Watch* sobre la situación de las mujeres en Nigeria, donde el Código Penal de este país africano establece explícitamente “que la violencia ejercida por un hombre dentro del matrimonio no es ofensa si está permitida por la costumbre”.

²³⁴ AAP Z 548/2005, de 13 de mayo (FdD 3º).

mayores ya habían sido sometidas a un proceso de ablación genital, porque “las declaraciones de los padres revelaron un comprensible desconcierto entre las costumbres propias de su cultura y las del entorno social al que han emigrado”; aún así, el juez consideró que “una vez que hayan desaparecido las reticencias sobre el real compromiso de los padres con los principios culturales de su nueva residencia, pueda eliminarse la medida adoptada” (que las menores visitasen Gambia). Otro auto, en este de la Audiencia Provincial de Gerona²³⁵, planteó la misma situación –la prohibición de salir de España a las hijas menores de un matrimonio– porque se trataba, según esta resolución judicial, “de una familia subsahariana y de etnia sarahule, cuya tradición cultural incorpora la mutilación genital femenina”.

Finalmente, en diversas sentencias relacionadas con la violencia de género, el Tribunal Constitucional²³⁶ también ha señalado que “no resulta reprochable el entendimiento legislativo referente a que una agresión supone un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural –la desigualdad en el ámbito de la pareja– generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así consciente y objetivamente a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto (...) No resulta irrazonable entender” que “se ve intensificado su sometimiento a la voluntad del agresor y se ve peculiarmente dañada su dignidad, en cuanto persona agredida al amparo de una arraigada estructura desigualitaria que la considera como inferior, como ser con menores competencias, capacidades y derechos a los que cualquier persona merece”. Como tendremos ocasión de analizar en otro

²³⁵ AAP GI 500/2007, de 2 de julio (FJ 2º).

²³⁶ SSTC 96/2008, de 19 de agosto (FJ 3º.a) y 59/2008, de 28 de abril (FJ 9º.a)

apartado, los crímenes de honor y las agresiones que ocasiona la violencia de género no dejan de ser las dos caras de una misma moneda: cuando alguien se siente legitimado para imponer su autoridad sobre otra persona a la que considera inferior y dependiente de él.

Precisamente, en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, que modificó la Ley Orgánica del Poder Judicial para poder perseguir extraterritorialmente la mutilación genital femenina, su exposición de motivos es muy explícita a la hora de señalar que “el hecho de que las mutilaciones sexuales sean una práctica tradicional en algunos países de los que son originarios los inmigrantes en los países de la Unión Europea no puede considerarse una justificación para no prevenir, perseguir y castigar semejante vulneración de los derechos humanos”.

En esa misma línea encontramos el Art. 3.2º de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, según la redacción que se dio a este precepto en 2009: “Las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros serán interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas”.

4.3) Los puntos de conflicto relacionados con la dignidad humana:

En un ámbito tan amplio que comprende –además de la propia dignidad humana– a los derechos a la vida y la integridad de la persona y las prohibiciones de la tortura, las penas o los tratos inhumanos o degradantes, la esclavitud y el trabajo forzado, son muchos los posibles puntos de conflicto que pueden surgir a la hora de que los musulmanes ejerzan su libertad religiosa en el marco de la Unión Europea; pero, como veremos a continuación, muchas de estas tensiones no son exclusivas del Islam –de hecho, se producen en otras creencias– y tampoco son consecuencia de un fenómeno únicamente religioso sino social y cultural.

4.3.a) Los crímenes de honor:

4.3.a).1) Concepto y trasfondo religioso:

En octubre de 2010, el gobernador de la región italiana de Emilia-Romaña, Vasco Errani, se mostró categórico: “Hay dificultades cuando se vive a caballo entre dos culturas, pero no podemos aceptar que la violencia ocupe el lugar de las palabras”; de esta forma respondió a las preguntas que le formularon los periodistas²³⁷ para valorar el intento de asesinato de la joven paquistaní Nosheen Butt, que permanecía ingresada en un hospital de Módena en estado de coma, mientras se enterraba a su madre, fallecida como resultado del golpe que le propinó su propio marido con una piedra –fracturándole el cráneo– por salir en defensa de su hija.

²³⁷ *La Repubblica* (edición de Bolonia: 4 de octubre de 2010).

Ese mismo año, la División para el Adelanto de la Mujer – integrada actualmente en ONU-Mujeres– publicó un suplemento al *Manual de legislación sobre la violencia contra la mujer* en el que dio su definición de crimen de honor como aquellos “actos de discriminación y violencia cometidos contra las mujeres mediante el ejercicio del poder, el control, la opresión y la intimidación para preservar el “honor” de la familia”²³⁸.

Otro órgano de la ONU, el Fondo de las Naciones Unidas para la Población (UNFPA) ha tratado de calcular cuántas mujeres mueren asesinadas de esta forma cada año en todo el mundo: unas 5.000; pero esta cifra –como ha señalado el profesor Phyllis Chesler²³⁹– “podría ser razonable sólo para Pakistán; en el mundo, el número tiene que ser mucho mayor” y, de hecho, otros periodistas e investigadores comparten esa misma opinión: en 2002, el reportero de la *National Geographic*, Michael Davie²⁴⁰, contabilizó tres víctimas diarias en aquel mismo país (es decir, unas 900 mujeres ejecutadas por el honor de sus familias sólo en Pakistán) y el escritor almeriense Ilya U. Topper²⁴¹ –analizando la situación de Turquía– calculó que “cada año se cometen medio millar de crímenes en familias de toda clase y religión (...) Los asesinos no se sienten culpables en absoluto; creen haber hecho lo necesario para preservar el honor familiar”. Finalmente, la Asamblea General de la ONU reconoció²⁴² que “la falta de datos sobre este tipo de violencia

²³⁸ ONU [en línea]. [Fecha de consulta: 23 de agosto de 2011]. Disponible en Internet: <http://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/handbook/Supplement-to-Handbook-Spanish.pdf>

²³⁹ CHESLER, P. *Worldwide trends in honor killings*. Filadelfia: Middle East Quarterly, 2010, pp. 3-11.

²⁴⁰ MAYELL, H. *Thousands of Women Killed for Family "Honor"*. Wáshington: National Geographic News, 2002.

²⁴¹ *El Mundo*, 28 de diciembre de 2010, p. 26.

²⁴² Preámbulo de la resolución 55/66, de 4 de diciembre de 2000, *Hacia la eliminación de los delitos de honor cometidos contra la mujer*.

constituyen un obstáculo para un análisis normativo fundamentado, tanto a nivel nacional como internacional, y para las iniciativas encaminadas a eliminar este tipo de violencia”.

Aunque la doctrina²⁴³ considera el derecho a la vida como “el primero de los Derechos Humanos, atributo inalienable de la persona humana, sin el cual el disfrute del resto de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales sería puramente ilusorio” y para el TEDH²⁴⁴ es “el valor supremo en la jerarquía internacional de los derechos humanos”, los asesinos que matan por honor conservan una creencia social, muy arraigada en determinadas culturas, según la cual los miembros varones de una familia (generalmente, el padre o los hermanos, pero también pueden ser los tíos o primos) deben velar por la reputación de sus mujeres para proteger el honor de toda la familia. Eso significa que si los hombres consideran que una mujer de su linaje ha transgredido sus normas sociales –por negarse a contraer un matrimonio concertado, pedir el divorcio, sorprenderla en adulterio, haber sufrido una agresión sexual, mantener relaciones homosexuales, enamorarse de alguien ajeno a su mismo origen étnico o, simplemente, por haberse *occidentalizado demasiado*– su deber es controlar sus movimientos, inculcarle una disciplina, castigarla y, en último término, incluso matarla; por ese motivo, el móvil del crimen puede ser cualquier hecho que los miembros varones de la familia consideren vergonzoso o deshonroso.

²⁴³ SOBRINO HEREDIA, J.M. *Ob. cit.*, p. 128

²⁴⁴ TEDH. **Caso Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania**, de 22 de marzo de 2001 (nº 34044/96, § 86).

Aquí entroncamos con la dificultad de precisar qué es el honor. La reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo²⁴⁵ define este concepto como “la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona”; cuyo contenido es lábil y fluido, cambiante y dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento²⁴⁶; recordando²⁴⁷, en definitiva, que “en nuestro ordenamiento no puede encontrarse una definición [del honor], que resulta así jurídicamente indeterminado (...) El denominador común de todos los ataques o intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección de este derecho es el desmerecimiento en la consideración ajena como consecuencia de expresiones proferidas en descrédito o menosprecio de alguien o que fueren tenidas en el concepto público por afrentosas. Todo ello nos sitúa en el terreno de los demás, que no son sino la gente, cuya opinión colectiva marca en cualquier lugar y tiempo el nivel de tolerancia o de rechazo”.

Hasta el momento, ninguna resolución del Tribunal Supremo español ha tenido que pronunciarse sobre los crímenes de honor y, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la única sentencia²⁴⁸ que hace referencia a estos asesinatos –hablando de la endémica situación de violencia contra las mujeres afganas– cita las declaraciones de la responsable de la *Afghanistan Independent Human*

²⁴⁵ **STS 4922/2011, de 11 de julio** (AdH 4º). Cita, al respecto, las SSTS de de 23 de marzo y 20 de octubre de 1987, 5 de diciembre de 1989, 11 de junio de 1990, 20 de marzo, 9, 10 y 13 de octubre de 1997, 27 de enero, 31 de diciembre de 1998, 16 de abril de 2000, 19 de junio de 2003 y 6 de febrero de 2004.

²⁴⁶ **SSTC 170/1994, de 7 de junio** (FJ 3º) y, entre otras, **187/1999, de 30 de noviembre** (FJ 11º) o **185/1989, de 13 de noviembre** (FJ 4º).

²⁴⁷ **STC 223/1992, de 14 de diciembre** (FJ 3º).

²⁴⁸ TEDH. **Caso N. contra Suecia**, de 20 de julio de 2010 (nº 23505/09, § 37)

Rights Commission (AIHRC) en las que la doctora Sobhrang²⁴⁹ afirma que “tanto la policía como los jueces ven legítima la violencia contra las mujeres, de modo que no procesan ningún caso”.

Junto a este difuso concepto de la honorabilidad coexisten otros dos elementos trascendentales: por un lado, la pervivencia de un código de honor tradicional en el que se basa esta atroz conducta y que se agrava por el hecho de que en algunos países los sistemas jurídicos, exoneran parcial o totalmente a los culpables, como reconoció en marzo de 2010 la Alta Comisionada de la ONU para los Derechos Humanos, Navi Pillay²⁵⁰; y, por otra parte, la connivencia de una comunidad que aún cree en esas costumbres y que no solo las respalda sino que las justifica y comprende, alentando en muchos casos la conducta criminal de los familiares; de modo que éstos se convierten en auténticos verdugos porque su entorno social no les ofrece ninguna otra alternativa: deben matar si quieren recuperar el honor perdido²⁵¹.

4.3.a).2) Las víctimas del honor en Europa:

Aunque en nuestro continente los crímenes de honor parece que se asocian, indisolublemente, con la comunidad musulmana, una encuesta

²⁴⁹ Al respecto, su comisión documentó 76 crímenes de honor sólo en el año 2008 y dentro de un contexto social en el que persiste la discriminación contra las mujeres, incluyendo el abuso doméstico, la violación, los matrimonios forzados, la entrega de niñas para resolver disputas, los secuestros y los crímenes de honor. En algunas zonas rurales, especialmente en el sur, a las mujeres se les prohíbe salir de casa si no van acompañadas de un familiar varón. En este asunto, la mujer demandante –N.– recurrió al TEDH la orden del Gobierno de Estocolmo que la deportaba a Afganistán porque consideró que devolverla a su país de origen violaba el Art. 3 de la Convención (prohibición de la tortura: Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes) y la Corte de Estrasburgo le dio la razón.

²⁵⁰ ONU [en línea]. [Fecha de consulta: 25 de agosto de 2011]. Disponible en Internet: <http://www.un.org/spanish/News/fullstorynews.asp?newsID=17791>

²⁵¹ La situación aún puede agravarse más si la víctima ha recurrido a la policía o a los medios de comunicación o si ha denunciado a sus familiares ante la justicia porque, en ambos casos, los sentimientos de vergüenza y degradación que les hacen sentirse humillados y ofendidos se harán públicos, serán más notorios y la familia se sentirá todavía más burlada y ridiculizada.

realizada por la BBC²⁵² en 2006, entre 500 ciudadanos británicos de origen asiático, concluyó que estas muertes se producían en familias islámicas, hindúes, sijs y cristianas (la entrevista no incluyó a los judíos, pero estos asesinatos también afectan a la comunidad hebrea) por lo que puede decirse que no se trata de un fenómeno religioso –esta clase de crímenes se cometen en el seno de cualquier creencia– sino de una muestra extrema de violencia contra la mujer, por su mera condición de ser mujer, lo que entronca con ancestrales regímenes culturales de patriarcado y misoginia. De los datos aportados por aquella encuesta de la BBC, puede que el peor resultado sea que, a estas alturas del siglo XXI, un 10 por 100 de los entrevistados todavía creen que esas muertes se pueden justificar por haber llevado la vergüenza a sus familias.

Sophie Bernard²⁵³, autora del manual de la ONG suiza SURGIR para combatir los crímenes de honor, ha documentado los primeros asesinatos en el noroeste de Europa, durante las décadas de los años 60 y 70, coincidiendo con la llegada de los primeros inmigrantes procedentes de Turquía y Marruecos. Desde entonces, estos crímenes se extendieron desde los países escandinavos hasta el Mediterráneo.

La antropóloga noruega Unni Wikan²⁵⁴ dedicó un libro a analizar el asesinato de Fadime Şahindal²⁵⁵ a manos de su padre –ocurrido en

²⁵² BBC [en línea]. [Fecha de consulta: 24 de agosto de 2011]. Disponible en Internet: http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/5311244.stm

²⁵³ BERNARD, S. *Combatir los crímenes de honor en Europa*. Lausana: SURGIR, 2012, p. 15.

²⁵⁴ WIKAN, U, *In Honor of Fadime. Murder and Shame*. Chicago: University of Chicago Press, 2008.

²⁵⁵ La muerte de esta joven de origen kurdo, que llegó de Turquía a Suecia con 7 años, conmocionó a todo el país (el funeral que se celebró en la catedral de Upsala –aunque la fallecida fuese musulmana no practicante– y se retransmitió en directo por TV con asistencia de la princesa Victoria, el presidente del Parlamento y otras autoridades). Fadime se había enamorado de un joven sueco, Patrik Lindesjö, que falleció en un accidente de tráfico en 1998. Su familia le concertó un matrimonio para restablecer el honor perdido por aquella relación pero ella se negó. Finalmente, su padre le disparó a quemarropa en la cara y la cabeza, delante de su mujer y de sus otras dos hijas menores, el 21 de enero de 2002. Cuando lo detuvo la policía, murmuró: “Es una puta; todo ha terminado ya”.

Upsala (Suecia) en 2002– en el que reiteró la idea de que estos crímenes no están motivados por la religión, los celos o la pasión, sino por el mero ejercicio del poder y el control; en concreto, por el dominio del colectivo sobre el individuo, “personas adoctrinadas en la creencia de que existen para servir al sistema” en un universo donde el pronombre no se conjuga en singular –no existe un “yo, tú, él”– sino un “nosotros” frente a un “ellos”.

La tranquila sociedad sueca ya se había conmocionado en junio de 1999 con el asesinato de la iraquí Pela Atroshi, por orden de su abuelo; y volvería a sobresaltarse con la muerte del joven iraní Abbas Rezai, escaldado, golpeado y apuñalado en su apartamento de Hogsby, en 2005, por no romper con su novia afgana. De igual forma, Dinamarca siguió con expectación el juicio contra nueve miembros de la familia Khan por el asesinato de Ghazala, el 23 de septiembre de 2005, cuando la mujer de 19 años paseaba con su *marido infiel* (no musulmán) por el centro de Copenhague y su hermano la mató.

Fuera de Escandinavia, estos asesinatos se han reproducido en toda Europa: En Alemania, el semanario *Der Spiegel* publicó una entrevista²⁵⁶ con Ayhan Sürücü, realizada en su celda de la prisión de Berlín-Charlottenburgo donde este hombre cumple condena por el asesinato de su hermana, Hatun, “sentenciada” por no convivir con el marido turco que le concertaron en la región de Anatolia y por estar viviendo *al modo alemán*. Le disparó tres veces en la cabeza mientras esperaba en la parada del autobús de Tempelhof, el 7 de febrero de 2005. Sin ningún

²⁵⁶ *Der Spiegel*, 27 de julio de 2011.

arrepentimiento, el joven reconoció que estaba “muy satisfecho conmigo mismo por la decisión que tomé”.

En el Reino Unido, la periodista del diario *The Guardian*, Rebecca Allisson²⁵⁷, ha investigado algunos de los crímenes de honor británicos, como los casos de Nuziat Khan, estrangulada por su marido en agosto de 2001 en Londres, por pretender divorciarse de él para evitar sus continuos malos tratos (el divorcio se concibe como una vergüenza para cualquier miembro de la comunidad paquistaní); de Heshu Yones, una estudiante de 16 años a la que su padre apuñaló once veces hasta que se desangró, por el disgusto que le ocasionaban tanto su aspecto *westernised ways* (al estilo occidental) como su novio libanés y cristiano; de Tasleem Begum, de 20 años, atropellada tres veces por su hermanastro, en junio de 2005, cuando su familia descubrió que, mientras el anciano marido (que también era su primo) permanecía en Pakistán, ella tenía un amante asiático al que conoció en un supermercado de Brádford; etc. Según *Scotland Yard*, sólo en 2003 hubo al menos 12 asesinatos de este tipo en diferentes comunidades de Gran Bretaña²⁵⁸. Para combatir una de las causas más habituales que motivan estos crímenes, en 2008 se aprobó la *Forced Marriage Act*²⁵⁹ con el objetivo de que las personas que hayan sido, o puedan ser, obligadas a contraer matrimonio soliciten ayuda legal en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte.

²⁵⁷ *The Guardian*, 3 de octubre de 2003.

²⁵⁸ Uno de ellos fue el asesinato de la joven de origen paquistaní Shafiea Ahmed, asfixiada por sus padres en Warrington, en septiembre de 2003, por su aspecto accidentalizado y querer estudiar Derecho. El 3 de agosto de 2012, sus asesinos fueron condenados a la pena de cadena perpetua.

²⁵⁹ LEGISLATION [en línea]. [Fecha de consulta: 28 de agosto de 2011]. Disponible en Internet: <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2008/2779/contents/made>

En Italia –donde los crímenes de honor²⁶⁰ eran prácticamente impunes por la antigua redacción del Art. 587 del Código Penal, hasta que se aprobó la Ley 442, de 5 de agosto de 1981– también existen los *delitti d'onore*; como el caso de la joven paquistaní Nosheen Butt que mencionamos anteriormente: una muchacha de 20 años apaleada por su padre y su hermano menor en Novi, Módena, en octubre de 2010, por negarse a contraer el matrimonio concertado por su familia. La vicepresidenta de la UCOII (una de las principales asociaciones de musulmanes italianos) condenó estas prácticas que no tienen nada que ver con su religión sino con costumbres tribales y la diputada de origen marroquí, Souad Sbai, habló de forma inequívoca: “Italia no es Pakistán, no vamos a tolerar los crímenes de honor”.

Anteriormente, el país ya se había sobrecogido con el crimen de Hina Salem, otra mujer paquistaní, apuñalada por su padre, su tío y sus dos hermanos mayores en 2006 por ser *demasiado occidental* (trabajaba en una pizzería, vivía con su novio italiano Giuseppe y no quería que le concertaran una boda con un familiar paquistaní) o la muerte de Sanaa Dafani, en septiembre de 2009, la joven camarera de 18 años a la que su padre, de origen marroquí, apuñaló porque salía con Massimo, un italiano de 31 años.

Francia repite el mismo drama que otros países europeos pero cambiando nombres, fechas y lugares: en enero de 2005, Osman asesinó a su ex-esposa Emine en Estrasburgo, por llevar un estilo de vida occidental; y, en julio de 2009, Fátima, de 22 años, fue estrangulada y quemada por su violento hermano pequeño, cerca de Lyon, porque no le

²⁶⁰ A estas muertes se les llamaba, irónicamente, el *divorzio all'italiana*, por el título de una película de 1961, con Marcello Mastroianni y Stefania Sandrelli.

gustaba el novio con el que ella estaba saliendo. Pero si hubo un caso especialmente terrible fue el de Samira Bari. Ocurrió el 2 de julio de 2003 en una pequeña localidad de la Provenza, Vaucluse, cerca de Nimes; su esposo, el marroquí Mohamed Hadfi le sacó los ojos, desorbitándola porque se negó a mantener relaciones sexuales con él. Sobrevivió al ataque pero a costa de quedar ciega; su esposo permanecerá veinte años recluso en una prisión francesa y, cuando salga, no podrá volver a residir en el país.

En estas condiciones, Suecia, Bélgica, Holanda y Gran Bretaña ya disponen de planes nacionales de acción para combatir los crímenes de honor y, en concreto, estos dos últimos países, también cuentan con “una política integral de prevención y represión”²⁶¹; mientras que Alemania y Francia se han limitado a llevar a cabo tareas de sensibilización e Italia no ha realizado ninguna actividad específica a pesar de haber documentado una docena de asesinatos por la honorabilidad de las familias.

Por último, el eterno candidato a las puertas de la Unión, en 2004, Turquía acabó con la impunidad de estos crímenes eliminando de su Código Penal el atenuante de la tradición. En declaraciones al UNFPA²⁶², Filiz Kardam, profesora de la Universidad de Çankaya (Ánkara) y una de las mayores investigadoras turcas de estos asesinatos considera que su país tiene dos caras: “Una de ellas es la cara de la Turquía moderna, la cara urbana y sofisticada que oculta el sufrimiento. La otra es la cara de

²⁶¹ BERNARD, S. *Ob. cit.*, p. 23.

²⁶² UNFPA [en línea]. [Fecha de consulta: 28 de agosto de 2011]. Disponible en Internet: <http://www.unfpa.org/public/News/pid/295>

las tradiciones tercas e inflexibles costumbres sociales que fomentan y toleran la violencia contra las mujeres en todas sus formas”.

4.3.a).3) Las víctimas del honor en España:

Mucho más escasos en comparación con otros países de nuestro entorno²⁶³, estos crímenes cuentan en España con la dificultad de identificar estas agresiones en un contexto donde se difuminan fácilmente: la violencia de género que, según la normativa española²⁶⁴, “se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad (...) una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión” y que “comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad”.

Ocurrió con el auto del Tribunal Supremo 2473/2010, de 4 de marzo, que inadmitió un recurso de casación interpuesto por un ciudadano marroquí, residente en Andalucía, que fue condenado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 4 de mayo de 2009, “como autor de un delito de maltrato habitual, de un delito de amenazas graves no condicionales y de un delito intentado de homicidio concurriendo en este último la agravante de parentesco y sin

²⁶³ En España, el asesinato por honor más famoso fue, probablemente, el que inspiró a Federico García Lorca el drama en verso de sus *Bodas de sangre*, basado en el crimen de Níjar (Almería) que ocurrió en julio de 1928, cuando una novia se fugó con su amante pero la familia del novio los sorprendió huyendo; a él lo mataron y a ella la dieron por muerta.

²⁶⁴ Exposición de motivos y Art. 1º de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

circunstancias modificativas de su responsabilidad en los otros dos” –al intentar estrangular a su pareja de hecho, una compatriota a la que había conocido recolectando fresas en Huelva– “a las penas de dos años y nueve meses de prisión por el delito de maltrato habitual, de un año de prisión por el delito de amenazas y de ocho años de prisión por el delito de homicidio intentado”. Leyendo tanto el auto como la sentencia, se trata de un lamentable caso de violencia de género en el que, simplemente, coincide que el agresor y la víctima son musulmanes.

Con una media de 67 mujeres asesinadas en España a mano de sus parejas o exparejas durante el quinquenio 2007-2011 –según las estadísticas del Gobierno²⁶⁵– resulta casi imposible delimitar si alguno de esos crímenes estuvo relacionado con la honorabilidad de la familia de la víctima; una dificultad que se pone de manifiesto en uno de los escasos supuestos que ha trascendido a los medios de comunicación. Sólo tenemos que analizar el tratamiento periodístico que dio la prensa a un caso que sucedió el 29 de julio de 2009.

El periódico bilbaíno *El Correo*²⁶⁶ publicó la siguiente noticia: *Asesta 20 cuchilladas a su hija al descubrir que salía con un joven que no es musulmán*; a continuación, J. Domínguez informaba en su crónica que “el agresor era un hombre de 43 años que imponía estrictas normas religiosas a su familia y que fue detenido” –en estado de embriaguez– “acusado de asestar una veintena de navajazos a Mumai, su hija de 20 años, en el domicilio familiar de la localidad vizcaína de Portugalete, al

²⁶⁵ INSTITUTO DE LA MUJER [en línea]. [Fecha de consulta: 3 de septiembre de 2012]. Disponible en Internet:
http://www.inmujer.gob.es/ss/Satellite?c=Page&cid=1264005678228&language=ga_ES&pagename=InstitutoMujer%2FPage%2FIMUJ_Estadisticas

²⁶⁶ *El Correo*, 29 de julio de 2009.

descubrir una foto que demostraba la relación de su hija con un joven que no es musulmán”. Con esos datos y conociendo los precedentes de asesinatos similares ocurridos en toda Europa, nos encontraríamos ante un intento frustrado de crimen de honor; sin embargo, en otro medio de comunicación –el diario *Público*²⁶⁷– Kike Alonso firmaba la misma noticia pero planteándola como “un choque generacional”, una discusión “que tuvo su origen en el choque cultural entre las dos generaciones de esta familia de origen magrebí”. Yendo más allá, en el diario *El País*²⁶⁸, sus redactores escribieron “Una mujer grave tras recibir de su padre 20 puñaladas” y no dudaron en calificarlo como “una tragedia sufrida por esta familia de origen magrebí, que aumenta los casos de violencia doméstica”; finalmente, la redacción de *El Mundo*²⁶⁹ abordó la noticia de la siguiente manera: “Asesta 20 navajazos a su hija y hiere a otros dos hijos en Portugalete: Un hombre de 43 años de edad fue detenido hoy en Portugalete (Vizcaya) acusado de asestar 20 navajazos a una de sus hijas y causar lesiones a otros dos, según informó la Ertzaintza (...) La Policía vasca le imputa un delito de homicidio en grado de tentativa y dos delitos de lesiones”. Con una simple lectura, esa agresión sería sin duda un lamentable caso más de violencia de género.

Este es uno de los escasos supuestos que se conocen en España y que podría ajustarse a la definición más convencional de crimen de honor (afortunadamente, en grado de tentativa) aunque, por supuesto, las mujeres musulmanas han sufrido otras agresiones. Uno de los casos más conocidos fue el de la mediadora cultural del Ayuntamiento de Cunit (Tarragona) que denunció al imán de la mezquita, al presidente de la

²⁶⁷ *Público*, 29 de julio de 2009.

²⁶⁸ *El País*, 29 de julio de 2009.

²⁶⁹ *El Mundo*, 28 de julio de 2009.

Asociación Casa Islámica y a una mujer de la comunidad marroquí local por amenazas, coacciones y calumnias en enero de 2010. En noviembre de ese año, el juzgado penal nº 2 de Tarragona impuso a los tres acusados diversas penas de prisión por un delito de coacciones; sin embargo, los condenados apelaron a la Audiencia Provincial de Tarragona²⁷⁰ y ésta los absolvió en julio de 2011 porque existió “un vacío fáctico sobre los elementos y circunstancias de producción del hecho justiciable que sirve de base a la declaración de condena de los acusados”.

Otro suceso, descrito por el propio CGPJ²⁷¹, ocurrió el 16 de diciembre de 2010, cuando una mujer marroquí murió en la puerta de su domicilio en Badajoz a causa de los disparos que efectuó su marido, un español que posteriormente se suicidó arrojándose por la ventana de su vivienda en un cuarto piso. La víctima había denunciado a su esposo tres meses antes; según le contó entonces a la policía, la maltrataba psicológicamente desde que se habían casado hacía 10 años, diciéndole que “por ser musulmana era de una secta”. En aquel momento, el marido negó los hechos y afirmó al 091 que “los problemas habían surgido cuando él empezó a comer cerdo incumpliendo la ley musulmana”.

A pesar de las referencias religiosas, no se trata de crímenes de honor sino casos de maltrato psicológico o de agresión física que manifiestan una violencia de género contra estas mujeres simplemente por su condición de ser mujer. De ahí la dificultad de discernir en España entre estos casos y los crímenes motivados por el honor familiar.

²⁷⁰ SAP T 1063/2011, de 8 de julio (FdD 3º).

²⁷¹ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Informe sobre víctimas mortales de la violencia de género y de la violencia doméstica en el ámbito de la pareja o ex pareja en 2010*. Madrid: CGPJ, 2011, pp. 116 a 118.

Para entrañar aún más esta compleja situación, en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, la segunda materia que ingresa un mayor número de asuntos en este orden es la extranjería (un 19,7%), por detrás de la función pública (29,1%) y por delante de la actividad administrativa sancionadora (17,4%); aunque, según los datos aportados por el informe *Panorámica de la Justicia 2010* que anualmente elabora el Consejo General del Poder Judicial, destaca “la reducción del porcentaje de asuntos de extranjería ingresados, que se ha reducido desde el 26,8% de 2009, hasta el 19,7 de 2010”.

En ese contexto judicial, la violencia contra las mujeres musulmanas también se ha convertido en uno de los motivos que se alegan a la hora de solicitar asilo. Para el Tribunal Supremo basta que haya indicios suficientes de que el solicitante tenga fundado temor de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas para que se le conceda el asilo en España; pero esos indicios “deben ser suficientes, han de existir y es carga del recurrente aportarlos (...) Resulta preciso recordar que la Jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo interpreta la normativa de asilo y refugio en el sentido de que la misma se infiere un criterio de atenuación de la carga de la prueba, pero no una exoneración total de ésta”²⁷².

Una resolución del Ministerio del Interior de 27 de julio de 2007 denegó el reconocimiento de la condición de refugiada y el derecho de asilo a una ciudadana argelina a quien se le autorizó a permanecer en España, en el marco de la legislación general de extranjería. La

²⁷² STS 5945/2011, de 29 de septiembre (FdDº 2º).

representación procesal de esta mujer, que venía sufriendo continuos malos tratos por parte de su ex marido –del que se divorció en 1993– interpuso un recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional que fue estimado en la sentencia de 13 de enero de 2009, reconociéndole el derecho de asilo. El Abogado del Estado recurrió al Tribunal Supremo²⁷³ en casación pero, finalmente, el caso se resolvió a favor de esta mujer porque “ha sido objeto de una grave persecución (...) por su pertenencia a un grupo social, y en atención a lo expuesto, es procedente la concesión del derecho de asilo al concurrir una situación de persecución que se integra en las causas contempladas en la legislación en materia de asilo con arreglo a la interpretación realizada por el ACNUR”.

En sentido contrario, otro recurso contencioso-administrativo contra una resolución del Ministro del Interior de 9 de enero de 2008 – que denegó la solicitud de asilo a una mujer que alegaba “ser nacional de la República de Kabardino (Balkaria, Rusia) y de religión musulmana”, donde era “perseguida por sus creencias religiosas”– fue desestimado por la Audiencia Nacional el 26 de marzo de 2009 y, en casación, por el Tribunal Supremo²⁷⁴ al señalar que “si bien en líneas generales, y en una primera lectura, lo alegado por la solicitante podría responder a situaciones que actualmente se están produciendo en el Cáucaso Ruso en el contexto de la lucha anti islámica emprendida por las autoridades, el relato de la solicitante contiene no solo elementos contradictorios es aspectos fundamentales de la persecución alegada, sino aspectos

²⁷³ STS 4013/2011, de 15 de junio (FdD 2º).

²⁷⁴ STS 5926/2011, de 26 de septiembre (FdD 2º).

incongruentes en la dinámica interna de la misma persecución, de manera que lo alegado resulta inverosímil”.

4.3.a).4) Recapitulación:

A pesar de que no se trata de ningún fenómeno religioso –sino una conducta social y cultural basada en unas retrógradas costumbres ancestrales, como ya hemos tenido ocasión de señalar– los crímenes de honor sufren el estigma de ser relacionados irremediablemente con el Islam, como si no afectaran a otras religiones. De hecho, la propia Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa²⁷⁵ tuvo que puntualizar que aunque “los llamados "crímenes de honor" tienen raíces culturales y no religiosas y se cometen en todo el mundo (principalmente en las sociedades o comunidades patriarcales), la mayoría de los casos registrados en Europa se han dado entre musulmanes o en las comunidades de inmigrantes musulmanes (aunque el Islam en sí mismo no respalda la pena de muerte para los delitos relacionados con el honor)”.

La doctora Tahira Shahid Khan²⁷⁶, profesora de la Universidad Aga Khan de Karachi (Pakistán), escribió en 1999 un elocuente artículo titulado *Chained to Custom (Encadenada a la costumbre)* en el que afirmaba que “no hay nada en el Corán, el libro de las enseñanzas islámicas básicas, que permita o sancione los crímenes de honor”; a pesar de lo cual, también reconocía que “la imagen de la mujer como una

²⁷⁵ Resolución 1327 (2003), de 4 de abril, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

²⁷⁶ SHAHID KHAN, T. Chained to custom. *The Review*, 4 de marzo de 1999, p. 9.

propiedad sin derechos propios está profundamente arraigada en la cultura islámica”.

Pese a que se trata de costumbres tribales que, desgraciadamente, perduran en esta y en otras culturas de todo el mundo, es cierto que en la sociedad musulmana –como señaló la doctora Khan– “las mujeres son consideradas propiedad de los varones de su familia, con independencia de su clase, etnia o grupo religioso. El dueño de la propiedad tiene derecho a decidir su destino. El concepto de propiedad ha convertido a las mujeres en una mercancía que puede ser intercambiada, comprada o vendida”.

¿Qué se está haciendo para prevenir y eliminar estos delitos? Como ya tuvimos ocasión de mencionar, sin datos estadísticos fiables resulta muy difícil realizar un análisis fundamentado y llevar a cabo iniciativas encaminadas a eliminarlos.

En el ámbito internacional, las Naciones Unidas han endurecido su discurso gradualmente, desde el 4 de diciembre de 2000, cuando la Asamblea General aprobó la resolución 55/66 *Hacia la eliminación de los delitos de honor cometidos contra la mujer* en la que se afirmaba que estos delitos *son una cuestión de derechos humanos y que los Estados tienen la obligación de ejercer la diligencia debida para impedir esos delitos, investigarlos, castigar a los autores y dar protección a las víctimas, y que no hacerlo constituye una violación de los derechos humanos*. Asimismo, la ONU quiso destacar que *para eliminar los delitos de honor cometidos contra la mujer es necesario que los gobiernos, la comunidad internacional, mediante actividades de cooperación internacional entre otras, y la sociedad civil, incluidas las*

organizaciones no gubernamentales y de la comunidad, redoblen sus esfuerzos y su empeño, y que es necesario introducir cambios fundamentales en las actitudes de la sociedad, y subrayando la importancia de dar poder a la mujer como instrumento a esos efectos.

Para tratar de eliminarlos, la Asamblea General de las Naciones Unidas *insta* a los Estados miembros a que *cumplan sus obligaciones en la materia, en virtud del derecho internacional relativo a los derechos humanos; que intensifiquen su labor para prevenir y eliminar los delitos de honor cometidos contra la mujer, que revisten muchas formas diferentes, recurriendo a medidas legislativas, educacionales, de política social y de otra índole, incluida la difusión de información, y hagan participar en las campañas de toma de conciencia, entre otros, a quienes forman la opinión pública, educadores, autoridades religiosas, jefes, líderes tradicionales y los medios de difusión; que alienten, apoyen y pongan en práctica medidas y programas encaminados a que los responsables de hacer cumplir la ley y de aplicar normas, como los funcionarios de policía, los funcionarios del poder judicial y el personal de salud, por ejemplo, conozcan y comprendan mejor las causas y las consecuencias de los delitos de honor cometidos contra la mujer; que establezcan, refuercen o faciliten siempre que sea posible servicios de apoyo para atender a las necesidades de quienes hayan sido o puedan ser víctimas de estos delitos y, a esos efectos, entre otras cosas, les brinden protección, refugio seguro y servicios de apoyo psicológico, asesoramiento jurídico, rehabilitación y reinserción en la sociedad; y finalmente, que establezcan, refuercen o faciliten mecanismos institucionales para que las víctimas u otras personas puedan denunciar esos delitos en condiciones de seguridad y confidencialidad y alienta a*

los Estados a reunir y difundir información estadística sobre la perpetración de esos delitos; es decir, prevención, apoyo, formación e información.

Dos años más tarde, la Asamblea General aprobó una nueva resolución –la 57/179, de 18 de diciembre de 2002; titulada *Hacia la erradicación de los delitos de honor cometidos contra la mujer*– que endureció el tono *profundamente preocupada por el hecho de que las mujeres y las niñas sean víctimas de esos delitos* incluyendo nuevas medidas como alentar *las iniciativas de los medios de comunicación para realizar campañas de toma de conciencia* e instando a los Estados para que *adopten todas las medidas necesarias para cerciorarse de que esos delitos no sean tolerados*; recurriendo a medidas *legislativas, administrativas y programáticas*.

Durante el 59º periodo de sesiones, aprobó una tercera resolución²⁷⁷, la 59/167, de 20 de diciembre de 2004, donde *expresó de nuevo su profunda preocupación por la persistencia de diversas formas de violencia y delitos contra la mujer en todas partes del mundo* haciendo especial hincapié en las medidas legislativas: por un lado, *subrayando la necesidad de tipificar todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas de todas las edades como delitos punibles por la ley, incluida la violencia basada en todas las formas de discriminación*; y, por otro, *acogiendo con beneplácito las disposiciones jurídicas específicas y las medidas legislativas integrales que se están promulgando o se han previsto, en particular con respecto a las diversas*

²⁷⁷ *Eliminación de todas las formas de violencia contra la mujer, incluidos los delitos indicados en el documento final del vigésimo tercer período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, titulado “La mujer en el año 2000: igualdad entre los géneros, desarrollo y paz para el siglo XXI”.*

formas de violencia contra las mujeres y las niñas; es decir, aunque la ONU promueve medidas de concienciación y prevención así como la adopción de diferentes iniciativas, estrategias y planes de acción para prevenir y eliminar los delitos de honor cometidos contra la mujer, el énfasis lo pone en las medidas legislativas que deben adoptar los Estados.

Finalmente, en la resolución 65/228, de 21 de diciembre de 2010, *Fortalecimiento de las respuestas en materia de prevención del delito y justicia penal a la violencia contra la mujer*, la Asamblea fue más enérgica que nunca y en sus párrafos 15.d) y f) *exhortó* a los Estados miembros a que *los autores de actos de violencia contra la mujer no puedan invocar el “honor” o una “provocación” para eludir la responsabilidad penal*; y que *las personas que cometan actos de violencia contra la mujer mientras estén voluntariamente bajo los efectos del alcohol, las drogas u otras sustancias no sean eximidas de responsabilidad penal*.

A este lado del Atlántico, una Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 24 de abril de 2002 –que la propia ONU calificó de *innovadora*– definió la violencia contra las mujeres como *cualquier acto violento por razón del género que resulta, o podría resultar, en daño físico, sexual o psicológico o en el sufrimiento de la mujer, incluyendo las amenazas de realizar tales actos, coacción o la privación arbitraria de libertad, produciéndose éstos en la vida pública o privada*; incluyendo entre esos actos violentos a *los crímenes perpetrados en nombre del honor (crimes committed in the name of honour)*.

Un año más tarde, la resolución 1327 (2003), de 4 de abril, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa *sobre los denominados crímenes de honor*, exhortó a los Estados miembros –en su párrafo 10– a adoptar las siguientes medidas jurídicas para la prevención y el enjuiciamiento de esos delitos, unas propuestas similares a las formuladas en las resoluciones de Naciones Unidas:

- a) Modificar las leyes nacionales en materia de asilo e inmigración con el fin de garantizar que las mujeres tengan derecho a un permiso de residencia, o incluso al asilo, para escapar de los “crímenes de honor”, y no corran peligro de deportación o expulsión cuando exista, o haya existido, una amenaza real de “crimen de honor”;
- b) Aplicar más eficazmente la legislación para sancionar todos los delitos cometidos en el nombre del honor y velar por que las alegaciones de violencia y maltrato se traten como denuncias penales serias;
- c) Asegurarse de que esos delitos sean investigados y juzgados eficazmente (y en forma razonable). Los tribunales no deben aceptar la invocación del honor como circunstancia atenuante o móvil justificable del delito;
- d) Adoptar las medidas necesarias para aplicar las leyes relacionadas con esos delitos y promuevan un conocimiento más cabal de las causas y consecuencias de esos delitos entre los encargados de la elaboración de políticas, la policía y los miembros de la judicatura; y

- e) Promover una mayor presencia de mujeres en los órganos judiciales y la policía.

¿Qué ocurre en el marco de la Unión Europea? Como en los primeros meses de 2005 se produjeron cinco crímenes de honor en Berlín y fallecieron otras tantas mujeres, el 29 de julio de aquel año, la eurodiputada alemana de *Los Verdes*, Hiltrud Breyer, dirigió una pregunta a la Comisión Europea desde su escaño en el Parlamento de Estrasburgo: 1) *¿Tiene cifras sobre el número de asesinatos por honor que se cometen en la UE?* 2) *En caso negativo, ¿no cree necesario elaborar dichas estadísticas?* y 3) *¿Qué medidas piensa adoptar la Comisión para evitar estos crímenes?*

La respuesta del Comisario europeo de Justicia, Libertad y Seguridad –en aquel momento, Franco Frattini (2004-2008)– se produjo el 15 de septiembre de 2005 y puede resumirse en las siguientes claves:

- La Comisión no dispone de cifras fiables sobre la magnitud exacta de los asesinatos de honor cometidos en Europa; su argumento no difiere del empleado por la ONU: *cualquier análisis se ve obstaculizado por la falta de datos significativos.*
- En el marco del programa de acción comunitario Daphne II –de medidas preventivas destinadas a combatir la violencia ejercida sobre los niños, los adolescentes y las mujeres– el Comisario propuso que su Dirección General y Eurostat pusieran en marcha una estadística²⁷⁸ relacionada con los delitos y la

²⁷⁸ EUROSTAT [en línea]. [Fecha de consulta: 31 de agosto de 2011]. Disponible en Internet: http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/Crime_trends_in_detail#Violent_crime El

justicia penal, *aunque la recopilación de datos es una tarea complicada porque las cifras europeas se basan en la información suministrada por los Estados miembros* (22 de los cuales se han comprometido con las resoluciones de las Naciones Unidas que mencionábamos anteriormente); y, por último,

- El Sr. Frattini mantuvo el mismo pliego de buenas intenciones que la ONU para combatir esta violencia fortaleciendo el papel que desempeñan las mujeres, introduciendo medidas de igualdad, apoyando a la policía y a la judicatura y promoviendo campañas de educación y formación.

En el amplio acervo de normas que forman parte del Derecho Comunitario Europeo existen algunas disposiciones relacionadas con la protección de las mujeres inmigrantes frente a prácticas violentas como el tráfico de blancas o la explotación sexual²⁷⁹ pero ninguna iniciativa legislativa aborda específicamente los crímenes de honor.

De cara al futuro, ¿podría plantearse la necesidad de establecer un tipo penal específico para los crímenes de honor en los Códigos Penales

informe *Tendencias de la delincuencia, en detalle* –de noviembre de 2010– continúa sin incluir ninguna referencia a los crímenes de honor; sólo habla de los casos de homicidios como aquella “muerte intencional de una persona, incluido el asesinato, el homicidio, la eutanasia y el infanticidio”.

²⁷⁹ Al respecto: la Decisión Marco 2004/68, de 22 de diciembre de 2003 relativa a la lucha contra la explotación sexual de niños y la pornografía infantil; la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes; o la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida.

Europeos? La dificultad de armonizar la legislación de los Estados miembros en este ámbito se pone de relieve si tenemos en cuenta varios factores:

- 1) A la hora de tipificar la protección de la vida, algunos países (como España, Francia o Alemania) establecen dos tipos penales autónomos: el homicidio y el asesinato; mientras que en otras naciones (Italia, Portugal o Rumanía) sólo se regula el delito de homicidio, agravando la condena si concurren determinadas circunstancias en los hechos, de modo que el asesinato no se tipifica como tal y, simplemente, nos encontramos ante una modalidad agravada del homicidio. Si en algunas legislaciones europeas ni tan siquiera existe el asesinato, difícilmente tendría cabida un nuevo tipo penal.
- 2) De igual modo, tampoco existe uniformidad en cuanto a las penas de reclusión impuestas. Afortunadamente, ninguno de los Estados miembros de la Unión Europea contempla la pena de muerte pero aún son muchos los países que mantienen la cadena perpetua, como Francia, Alemania, Bélgica, Finlandia, Holanda o el Reino Unido.
- 3) En el caso de España, la tendencia que mantiene nuestra política criminal apuesta por eliminar la sustantividad de ciertos delitos. Recordemos que el Art. 438 del Código Penal español de 1870 establecía que *El marido que sorprendiendo en adulterio a su mujer matase en el acto a esta o al adúltero o les causara alguna de las lesiones graves, será castigado con la pena de destierro. Si les causara lesiones de segunda clase,*

quedará libre de pena. Esta redacción sería impensable hoy en día pero, desde entonces, el uxoricidio –conducta tan cercana, desde un punto de vista cultural, a los crímenes de honor– se tipificó en los Códigos Penales de 1822, 1848, 1870 y 1928; desapareció en el texto republicano de 1932 y se retomó, en 1944, hasta que fue eliminada definitivamente con la reforma de 1963. Un proceso similar al que siguieron el parricidio y el infanticidio, delitos que también dejaron de estar tipificados en nuestro ordenamiento jurídico, en ambos casos, tras la aprobación del Código Penal de 1995.

Los crímenes de honor comparten muchos elementos en común con la violencia de género, convirtiéndose en las dos caras de una misma moneda: Ambas son formas de violencia sexista que han arraigado en todo el mundo y que son ajenas a cualquier fenómeno religioso. Su origen retrocede a las pautas culturales de remotas sociedades patriarcales y se relacionan con la desigualdad de género y el machismo que considera legítimo que un hombre imponga su autoridad a una mujer, usando la fuerza o la coacción contra ellas –por el mero hecho de ser mujeres; por su condición femenina– para maltratarlas psicológicamente, explotarlas sexualmente o agredirlas físicamente (en muchos casos, con resultado de muerte).

La lucha contra esta lacra debe garantizar que las legislaciones de cada país regulen el castigo a estos crímenes, para luchar con efectividad ante cualquier forma de violencia contra la mujer; y que los jueces y magistrados no acepten la invocación del honor como atenuante o móvil

que justifique el delito cometido. Asimismo, los organismos internacionales deberían alentar a los Estados –en especial, a los de Oriente Medio y el Indostán– para que formen tanto a su opinión pública como a sus autoridades religiosas, civiles y judiciales, de modo que no toleren esta práctica, como sucedió con Jordania en 2009, que eliminó el honor como atenuante del homicidio; para que vayan cambiando la actitud de las nuevas generaciones y logremos que esta violencia que no es natural, tampoco sea aprendida.

4.3.b) *Las mutilaciones genitales femeninas*²⁸⁰:

4.3.b).1) Concepto y trasfondo religioso:

Según la Organización Mundial de la Salud²⁸¹, la mutilación genital femenina comprende las *lesiones de los órganos genitales femeninos por motivos no médicos* –en referencia a la llamada introcisión: perforación, incisión, raspado o cauterización de la zona genital (modalidad llamada del tipo IV)– así como *todos los procedimientos consistentes en la resección parcial o total de los genitales externos femeninos*, que se pueden agrupar en tres grados²⁸².

²⁸⁰ DIRIE, W. y D'HAEM, J. *Amanecer en el desierto*, 9ª ed. Madrid: Maeva, 2003, pp. 20 y 21: En 2001, la modelo y activista somalí Waris Dirie contó al mundo su propia experiencia cuando –con apenas tres años– una anciana le realizó la peor mutilación genital que puede sufrir una mujer, la infibulación, armada con un simple cuchillo afilado en una piedra para efectuarle el corte: *Cuando no era más alta que una cabra, mi madre me sujetó mientras una anciana me seccionaba el clítoris y la parte interna de la vagina y cosía la herida (...). En su momento yo no tenía idea de lo que estaba ocurriendo, ya que nosotros jamás hablábamos de ello. Era un tema tabú. Mi hermosa hermana Halimo murió a consecuencia de aquello. Aunque nadie de mi familia me lo dijo, estoy segura de que se desangró o murió de una infección (...)*

²⁸¹ OMS [en línea]. [Fecha de consulta: 5 de septiembre de 2011]. Disponible en Internet:

<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs241/es/index.html>

²⁸² Tipo I: La clitoridectomía (ablación) es la extirpación parcial o total del clítoris (órgano pequeño, sensible y eréctil de los genitales femeninos) y, en casos muy infrecuentes, solo del prepucio (pliegue de piel que

Las mutilaciones –que la ONU considera *prácticas tradicionales nocivas*²⁸³– continúan realizándose hoy en día, al menos, en 28 países²⁸⁴ del África septentrional, Oriente Medio y Sureste asiático donde aún se lleva a cabo esta costumbre ancestral que hunde sus raíces en las sacerdotisas del Antiguo Egipto, a las que ya se les realizaba la infibulación hace unos 5.000 años; y se concibe como un acto que purifica a las niñas menores de 15 años, mejorando su fertilidad en un rito de transición a la vida adulta que las convierte en mujeres. Como ha estudiado Bhikhu Parekh²⁸⁵, se trata de “una práctica vinculante con su propia cultura, íntimamente relacionada con su moral y las creencias sociales que son parte integrante de su modo de vida”; una costumbre que –para las creencias de estos pueblos, tal y como señala el politólogo indio– “garantiza la virginidad de las chicas (...), las exime de toda sospecha social, (...) protege a la familia de la ignominia que resultaría de sus probables indiscreciones (...) y promueve valores importantes como regular la sexualidad de las muchachas jóvenes, facilitando la disciplina y el autocontrol”; pero como termina reconociendo este influyente autor, “ninguno de estos argumentos parece compensar la gravedad del daño causado”.

rodea el clítoris). Tipo II: La escisión es la resección parcial o total del clítoris y los labios menores, con o sin extirpación de los labios mayores. Según el Parlamento Europeo, se estima que estos dos primeros grados ya *representan alrededor del 85% de las mutilaciones genitales practicadas a mujeres*²⁸²; y, finalmente, la peor de todas: Tipo III: La infibulación (también conocida como circuncisión sudanesa o faraónica) es el estrechamiento de la abertura vaginal para crear un sello mediante el corte y la recolocación de los labios menores o mayores, con o sin extirpación del clítoris. En palabras de Waris Dirie que la padeció: “No dejé más que una minúscula abertura, del tamaño de la cabeza de una cerilla, para orinar y menstruar”.

²⁸³ Plan de acción para la eliminación de las prácticas tradicionales perjudiciales para la salud de la mujer y el niño (§ 65).

²⁸⁴ Informe A61/11, de la Asamblea Mundial de la Salud, de 20 de marzo de 2008 (§ 2).

²⁸⁵ PAREKH, B. *Repensando el multiculturalismo. Diversidad cultural y teoría política*. Madrid: Istmo, 2005, pp. 406 y 407.

Un daño que resulta irreversible y que no les aporta ningún beneficio a las cerca de 140.000.000 de mujeres que la padecen en todo el mundo sino que, al contrario, puede perjudicarles gravemente al interferir en el desarrollo natural de las funciones de su organismo, al provocarles complicaciones inmediatas (como dolores, hemorragias, tétanos, sepsis, retención de orina, llagas abiertas y lesiones en los tejidos) o a largo plazo (infecciones, quistes, depresiones, ansiedad, frigidez, complicaciones en futuros partos y esterilidad). Un catálogo de lesiones físicas y psicológicas demasiado amplio como para no poner en entredicho los valores de ciertas culturas y mostrar sus carencias a la hora de respetar los derechos humanos; opinión que comparte la profesora Nazanín Amirian²⁸⁶. Según esta autora iraní “cuando infligir dolor contra un ser humano de forma gratuita y con consecuencias imborrables se convierte en una actividad reiterada, no debería considerarse una de esas tradiciones que forman parte del bagaje cultural de un pueblo sino un síntoma que refleja los déficit de los derechos de sus miembros”.

Esta tradición –que se practica indistintamente entre cristianos, judíos, musulmanes o animistas– no tiene que ver con la religión y ninguna creencia la respalda; en concreto, por lo que se refiere al Islam, esta profesora iraní ha señalado que “la ablación no es un precepto islámico. No existe en el Corán ni en los principales textos sagrados de esta religión, ni en la charía ni en la sunna”²⁸⁷ (...) y, de hecho, numerosos países musulmanes ni tan siquiera la practican, como Arabia Saudí, Iraq, Kuwait, Afganistán, Argelia o Irán.

²⁸⁶ AMIRIAN, N. y ZEIN, M. *El Islam sin velo*. Barcelona: Planeta, 2009, p. 89.

²⁸⁷ AMIRIAN, N. y ZEIN, M. *Ob. cit.*, pp. 84, 86 y 90.

En ese sentido, un documento²⁸⁸ de UNICEF señaló en 2005 que “en las comunidades en las que hay una firme percepción de que el Islam exige la práctica de la A/MGF²⁸⁹, se ha demostrado que el compromiso de los líderes religiosos en las discusiones públicas es un elemento clave para concienciar sobre esta práctica, desvinculándola de las consideraciones religiosas y creando un entorno adecuado para el cambio. La conferencia subregional sobre A/MGF, acogida por el Gobierno de Yibuti en febrero de 2005, fue importante por el debate de dos días de duración entre los líderes religiosos de Yibuti y de los países vecinos, sobre las dimensiones teológicas de la A/MGF. Tras el importante debate, el documento de conclusiones, la Declaración de Yibuti, reivindica que las afirmaciones de que el Corán exige la A/MGF son infundadas y reafirma que todos los tipos de A/MGF son contrarios a los preceptos religiosos del Islam”.

Un año más tarde, el 24 de noviembre de 2006, el Gran Muftí de Egipto, Alí Gomaa, profesor de la prestigiosa y respetada Universidad de al-Azhar, fundada en El Cairo en el s. X, hizo público un edicto (fetua) sobre las mutilaciones genitales femeninas instando a los musulmanes a poner fin a esta deplorable costumbre de acuerdo con las enseñanzas del Islam.

Por lo tanto, se trata de un fenómeno ajeno al hecho religioso; una atroz costumbre que refleja una arraigada forma de desigualdad y discriminación con respecto a las mujeres, que viola sus derechos a la

²⁸⁸ UNICEF. *Innocenti Digest, Cambiar una convención social perjudicial: A/MGF*, Florencia, 2005, p. 37.

²⁸⁹ Según señala UNICEF en ese mismo informe (p. 10) *para captar el significado del término “mutilación” en el ámbito político, y al mismo tiempo, reconocer la importancia de emplear una terminología neutra con las comunidades que la practican, se ha decidido utilizar la expresión “ablación / mutilación genital femenina (A/MGF)*.

salud, la seguridad y la integridad física; a no ser sometidas a torturas y tratos crueles, inhumanos o degradantes; e incluso su derecho a la vida, puesto que muchas intervenciones finalizan con la mujer desangrada o víctima de las infecciones que provoca la falta de salubridad, como le ocurrió a la hermana mayor de la modelo somalí.

4.3.b).2) El marco jurídico internacional:

Al mismo tiempo que las Naciones Unidas avanzaban en el reconocimiento del valor de la dignidad humana –desde mediados de los años 40– la ONU también creó la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, en 1946, *para seguir de cerca la situación de la mujer y promover sus derechos*, realizando un gran esfuerzo que culminó el 18 de diciembre de 1979 cuando se aprobó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer que entró en vigor en 1981.

De un modo aún muy genérico, su Art. 5 sentó las bases para la posterior regulación de las mutilaciones genitales femeninas al establecer que los Estados partes *tomarán todas las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres*. Asimismo, con el objetivo de examinar los progresos realizados al aplicar esta Convención, el Art. 17 estableció la creación de un Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer –más conocido por sus iniciales en

inglés: CEDAW– para examinar los informes presentados por los Estados parte y emitir recomendaciones.

Precisamente, fue una de esas recomendaciones –la número 14, de 1990– la que abordó, ya de manera específica, la *continuación de la práctica de la circuncisión femenina y otras prácticas tradicionales perjudiciales para la salud de la mujer*; recomendando a los Estados parte que adoptaran medidas apropiadas y eficaces encaminadas a erradicarlas, entre las que señalaba:

- Recopilar y difundir los datos básicos sobre esas prácticas tradicionales por las universidades, las asociaciones de médicos o de enfermeras, las organizaciones nacionales de mujeres y otros organismos;
- Prestar apoyo –a nivel nacional y local– a las organizaciones de mujeres que trabajan en favor de su eliminación;
- Alentar a los políticos, profesionales, dirigentes religiosos y comunitarios en todos los niveles, entre ellos, los medios de difusión y las artes para que contribuyan a modificar el modo de pensar respecto de la erradicación de la circuncisión femenina; y
- Organizar programas y seminarios adecuados de enseñanza y de capacitación basados en los resultados de las investigaciones sobre los problemas que produce la circuncisión femenina.

Asimismo, propuso a los Estados incluir estrategias y programas para erradicar estas circuncisiones, en sus políticas nacionales de salud; y

que sus gobiernos facilitaran informes al Comité y solicitaran el asesoramiento de las organizaciones que forman parte del sistema de las Naciones Unidas.

En ese marco, la Asamblea General de la ONU aprobó la Resolución 48/104, de 20 de diciembre de 1993 –Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer– cuyo Art. 2 incluyó *la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer* como uno de los actos comprendidos dentro del concepto de violencia contra la mujer; recordando a los Estados miembros de las Naciones Unidas, en el Art. 4, que deben condenar esta violencia sin *invocar ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir su obligación de procurar eliminarla.*

Una década más tarde, el 22 de julio de 2004, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU publicó su Plan de acción para la eliminación de las prácticas tradicionales perjudiciales para la salud de la mujer y el niño, cuyo párrafo 43 reconocía que *la violencia contra las mujeres y las niñas es un fenómeno mundial que pasa las fronteras geográficas, culturales y políticas y varía tan sólo en sus manifestaciones y en su gravedad. La violencia sexista ha existido desde tiempo inmemorial y sigue existiendo en la actualidad. Adopta formas ocultas y abiertas que implican abusos físicos y mentales. La violencia contra la mujer (que incluye la mutilación genital, la inmolación por fuego de la esposa, las violencias relacionadas con la dote, la violación, el incesto, el golpeamiento de la esposa, el feticidio y el infanticidio femeninos, el tráfico y la prostitución) es una violación de los derechos humanos y no sólo una cuestión ética. Tiene graves consecuencias negativas en el*

desarrollo económico y social de la mujer y de la sociedad, y es una expresión de una subordinación social de la mujer por razón de su sexo.

Dentro del sistema de las Naciones Unidas, la Organización Mundial de la Salud ha sido uno de los organismos que ha desarrollado una mayor labor para condenar y erradicar la práctica de las mutilaciones genitales femeninas, buscando el apoyo de aquellos Estados donde se encuentran más arraigadas –a pesar de la habitual inestabilidad política que sufren muchos de estos países; en especial, los africanos– para tratar de que sean sus propios gobiernos quienes eduquen a la población, desterrando esta brutal costumbre, incompatible con la dignidad humana, y revisen su ordenamiento jurídico para aplicar –y hacer cumplir– la legislación que protege a las niñas y mujeres ante esta inaceptable forma de violencia.

En 1999 la OMS publicó un manual²⁹⁰ imprescindible para conocer todos los programas relacionados con la FGM (siglas en inglés que, a su vez, han popularizado las españolas MGF, según las iniciales de mutilación genital femenina). Su anexo IV realiza un pormenorizado análisis del estatus legal de estas mutilaciones en diversos países indicando el grado de implantación de estas prácticas, los tipos de mutilaciones que se practican y cuál es su regulación legal, con ejemplos tan desgarradores como los de Yibuti, donde se mutila –por escisión o infibulación– al 90% de las mujeres, a pesar de que el Código Penal promulgado en 2004 declaró ilegales estas prácticas; o Malí, en donde el 99% de las mujeres que (sobre)viven en las etnias del Sur del país sufren cualquiera de los tres tipos principales de mutilación.

²⁹⁰ OMS/WHO: *Female genital mutilation: programmes to date: what works and what doesn't. A review.*

La Asamblea Mundial de la Salud adoptó una nueva resolución –la WHA61.16– sobre la mutilación genital femenina el 24 de mayo de 2008, subrayando la necesidad de que *se requiere una acción concertada en sectores tales como los de educación, finanzas, justicia y asuntos de la mujer, así como en el sector de la salud, y que se debe involucrar a protagonistas de índole muy diversa, desde gobiernos y organismos internacionales hasta organizaciones no gubernamentales*; instando a los Estados miembros a que *aceleren* las actividades dirigidas a suministrar información y a educar *para entender cabalmente las dimensiones de género, salud y derechos humanos de la mutilación genital femenina*.

Finalmente, el suplemento sobre práctica perjudiciales que editó ONU-Mujeres en 2010 recomendó a los Estados miembros de las Naciones Unidas que definieran la mutilación genital femenina dentro de su legislación interna como *todo procedimiento, realizado dentro o fuera de una institución médica, que entrañe la ablación total o parcial de los genitales externos femeninos o cualquier otra intervención en los órganos genitales femeninos que no responda a motivos médicos*. El problema, según este organismo, es que aún hay muchos países que no han incluido en sus ordenamientos *una definición específica de esta “práctica perjudicial”*; algo fundamental tanto para perseguir y castigar a los autores como para proteger y apoyar a las víctimas. Por ese motivo, formula cuatro recomendaciones desde un punto de vista normativo:

- La legislación no debe distinguir entre los distintos tipos de mutilación genital femenina con el objetivo de establecer las penas aplicables;

- Especificar con claridad que los acusados de mutilación genital femenina no pueden esgrimir en su descargo el consentimiento de la víctima;
- Tipificar como delito específico el acto de realizar una mutilación genital femenina; e
- Imponer las penas más severas aplicables en los casos de delitos contra la infancia a los autores.

Y puso como ejemplo la Ley 3 de 2003 sobre la represión de la práctica de la mutilación genital femenina de la República de Benin porque adoptó estos enfoques dando una definición exhaustiva de la mutilación genital femenina.

Precisamente, en el continente africano –de donde proceden la mayoría de las comunidades de inmigrantes que llegan a Europa manteniendo estas prácticas en sus nuevos países de residencia; lo que evidencia, según UNICEF, *la fuerza de esta convención social*– el Art. 5 del Protocolo de Maputo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos Relativo a los Derechos de la Mujer en África, de 11 de julio de 2003, establece que *los Estados Partes prohibirán y condenarán todas las formas de prácticas nocivas que afecten negativamente a los derechos humanos de la mujer y que sean contrarias a las normas internacionales reconocidas. Los Estados Partes tomarán todas las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para eliminar tales prácticas, incluyendo:*

- *La creación de conciencia pública en todos los sectores de la sociedad en relación con las prácticas nocivas mediante la*

información, la educación formal e informal y programas de divulgación;

- *La prohibición, mediante medidas legislativas respaldadas por sanciones, de todas las formas de mutilación genital femenina, escarificación, medicalización y paramedicalización de la mutilación genital femenina y toda otra práctica con el fin de erradicarlas;*
- *La prestación del apoyo necesario a las víctimas de prácticas nocivas a través de servicios básicos como servicios de salud, apoyo jurídico y judicial, asesoramiento emocional y psicológico así como formación profesional para que sean autosuficientes;*
- *La protección de las mujeres que corran el riesgo de ser sometidas a prácticas nocivas o toda otra forma de violencia, abusos e intolerancia.*

Según el documento *Cambiar una convención social perjudicial: la A/MGF*, publicado por UNICEF en 2006 dentro de su colección *Innocenti Digest*, este organismo de la ONU analizó que en *África y Oriente Medio*, muchos países han introducido legislaciones específicas, por ley o por decreto, para enfrentarse a la A/MGF²⁹¹.

²⁹¹ Entre éstos se incluyen Benin (2003), Burkina Faso (1996), República Centroafricana (1966), Costa de Marfil (1998), Yibuti (1995), Egipto (1996), Ghana (1994), Guinea (1965, actualizada en 2002), Kenia (2001), Níger (2003), Senegal (1999), Tanzania (1998) y Togo (1998). En algunos casos, la práctica está prohibida por la Constitución nacional. Por ejemplo, en Etiopía, la Constitución de 1994 prohíbe explícitamente las prácticas tradicionales perjudiciales, incluidas aquellas que oprimen a las mujeres y les causan daños físicos o mentales. Las constituciones de Ghana, Guinea y Uganda contienen prohibiciones similares. En otra serie de países, incluidos Chad, Malí y Níger, la A/MGF se trata en el contexto de la ley penal como una vulneración de derechos

Cuando el fenómeno de las mutilaciones afectó a Europa –*debido a la inmigración de personas procedentes de países donde estas prácticas constituyen una costumbre tradicional aún en vigor*, como reconoció la exposición de motivos de la Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, que modificó la Ley Orgánica del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina– los Estados miembros de la Unión Europea tuvieron que adoptar medidas legislativas para hacer frente a una situación que iba en contra del derecho a la integridad personal física y mental, reconocido en sus ordenamientos jurídicos como un derecho fundamental.

4.3.b).3) El marco jurídico europeo:

El Art. 3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 2007, proclama que *Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica*; un derecho que fue *una de las innovaciones introducidas en el catálogo de derechos fundamentales con la adopción de la Carta de Niza de 2000*, tal y como ha reconocido el profesor Sobrino²⁹² porque la Unión Europea “no se limitó a rechazar la tortura y las penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes” –lo habitual en otros textos internacionales como, por ejemplo, el Art. 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos o el Art. 7 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos– “sino que (...) afirmó el derecho a la integridad física y mental de las personas, acompañando además esta afirmación de un segundo apartado referido a la medicina y la biología”; es decir, el

²⁹² SOBRINO HEREDIA, J.M. Título I. Dignidad. En MANGAS, A. *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*. Bilbao: Fundación BBVA, 2008, pp. 147 a 149.

carácter novedoso de la Carta europea consistió en referirse a este derecho con un carácter general.

En ese marco genérico se encuadra la protección de las mujeres que sufren una mutilación genital, pero la preocupación europea por estas prácticas tuvo un antecedente más específico en la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, organismo que desarrolló un ingente trabajo en 2001 al aprobar dos importantes documentos:

- Un informe del 3 de mayo que pidió la prohibición de las MGF al considerarlas *un trato inhumano y degradante en el sentido del Art. 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*; y
- La resolución 1247 (2001), de 22 de mayo, en la que solicitó a los Estados miembros que promulgaran una legislación específica que prohibiera la mutilación genital, declarándola como una violación de los derechos humanos y de la integridad corporal de las víctimas.

Ese mismo año, el Parlamento Europeo también aprobó una resolución sobre las mutilaciones genitales femeninas –la 2001/2035, de 20 de septiembre– que nos ofrece algunos datos de sumo interés. Este documento señaló que *a pesar de la dificultad de realizar estimaciones precisas por la falta de datos oficiales, (...) se ha constatado que en (...) Europa también se llevan a cabo mutilaciones genitales femeninas en el seno de comunidades inmigrantes de esos países (...) que aproximadamente en la mitad de los 25 a 30 países africanos en que se practica la mutilación genital femenina se han promulgado diversas*

leyes que condenan dicha práctica en parte o por entero, pero que éstas no se aplican.

La Cámara europea volvió a pronunciarse sobre esta materia en dos nuevas resoluciones:

- La 2007/2093, de 16 de enero de 2008, estableciendo las prioridades en las estrategias europeas relacionadas con los derechos de los niños, para instar a los Estados miembros *a que apliquen medidas legales específicas sobre la mutilación genital femenina o a que adopten leyes que permitan la adopción de acciones penales contra toda persona que lleve a cabo actos de mutilación genital;* y
- La 2008/2071, de 24 de marzo de 2009, dedicada, específicamente, a la lucha contra la mutilación genital femenina en la UE, una violencia contra las mujeres *que surge de estructuras sociales basadas en la desigualdad entre los sexos y en relaciones desequilibradas de poder, dominación y control, en las que la presión social y familiar está en el origen de la violación de un derecho fundamental como es el respeto de la integridad de la persona;* aportando, al mismo tiempo, nuevos datos sobre el estado actual de la MGF en nuestro continente:
 - *Cada año, alrededor de 180.000 mujeres emigradas a Europa son sometidas o corren el riesgo de ser sometidas a MGF;*
 - *En Europa hay unas 500.000 mujeres afectadas por la MGF, ablación que es particularmente habitual entre las*

familias de inmigrantes y refugiados y que para practicarla incluso se envía a las niñas a su país de origen.

- *Las MGF constituyen una violación de los derechos de las mujeres y de las niñas sancionados por varios convenios internacionales, están prohibidas en la legislación penal de los Estados miembros y violan los principios de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.*

Desde el punto de vista jurídico-penal, el párrafo 28 de esta resolución 2071 pidió a los Estados miembros de la Unión Europea que:

- *Consideren como delito cualquier MGF, independientemente de que la mujer afectada haya otorgado o no algún tipo de consentimiento, así como que se castigue a quien ayude, incite, aconseje o procure apoyo a una persona para que realice cualquiera de estos actos sobre el cuerpo de una mujer, joven o niña;*
- *Persigan, procesen y castiguen penalmente a cualquier residente que haya cometido el delito de MGF, aunque el delito se haya cometido fuera de sus fronteras (extraterritorialidad del delito);*
- *Aprueben medidas legislativas que otorguen a los jueces o fiscales la posibilidad de adoptar medidas cautelares y*

preventivas si tienen conocimiento de casos de mujeres o niñas en situación de riesgo de ser mutiladas

Con estos precedentes, los legisladores europeos han abordado este conflicto relacionado con la dignidad humana desde dos posibles planteamientos:

- a) Prohibiendo las mutilaciones genitales femeninas de acuerdo con la regulación penal genérica ya existente; asimilando esta conducta, por lo general, a un delito de lesiones; así ocurre en Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Holanda, Irlanda, Luxemburgo o Portugal; o
- b) Estableciendo una legislación especial para perseguir las MGF; bien mediante la aprobación de normativa nueva (como ocurrió en Suecia o el Reino Unido; pioneros en el desarrollo de esta legislación en 1982 y 1985, respectivamente) o adaptando los códigos penales mediante la inclusión de un delito singular que tipificase las mutilaciones:
 - Bélgica²⁹³ fue el primer país de nuestro entorno que reformó su Código Penal, dando una nueva redacción al Art. 409 que entró en vigor el 27 de marzo de 2001.
 - A continuación, esa misma línea fue seguida por Austria (en 2002); Dinamarca y España (2003) e Italia, que abandonó la

²⁹³ DROIT BELGE [en línea]. [Fecha de consulta: 18 de septiembre de 2011]. Disponible en Internet: <http://www.droitbelge.be/codes.asp#pen> Este precepto establece que: *§1. Quiconque aura pratiqué, facilité ou favorisé toute forme de mutilation des organes génitaux d'une personne de sexe féminin, avec ou sans consentement de cette dernière, sera puni d'un emprisonnement de trois à cinq ans. La tentative sera punie d'un emprisonnement de huit jours à un an. §2. Si la mutilation est pratiquée sur une personne mineure ou dans un but de lucre, la peine sera la réclusion de cinq à sept ans.*

anterior regulación genérica para tipificar las *pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili* introduciendo un nuevo Art. 583 bis en su texto punitivo, mediante la Ley 7, de 9 de enero de 2006²⁹⁴.

- En todos los países de este segundo bloque –como destaca un exhaustivo informe de la Universidad de Gante²⁹⁵– rige el principio de extraterritorialidad para hacer frente al riesgo que supone para las niñas y mujeres, regresar a sus países de origen –por ejemplo, de vacaciones– y que allí sean sometidas a alguna de estas prácticas antes de volver con alguna mutilación al Estado donde residen, tal y como recomendaba la resolución 2008/2071 del Parlamento Europeo.

En el ámbito judicial, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre las mutilaciones genitales femeninas en diversas decisiones adoptadas entre 2007 y 2012. De acuerdo con su doctrina, *no se discute que someter a cualquier persona, niño o adulto, a la MGF equivalga a sufrir los malos tratos del Art. 3 de la Convención*²⁹⁶; la cuestión que se plantea la Corte es *si las demandantes corren un riesgo*

²⁹⁴ CAMERA [en línea]. [Fecha de consulta: 18 de septiembre de 2011]. Disponible en Internet: <http://www.camera.it/parlam/leggi/060071.htm> Este precepto establece que: *Chiunque, in assenza di esigenze terapeutiche, cagiona una mutilazione degli organi genitali femminili è punito con la reclusione da quattro a dodici anni. Ai fini del presente articolo, si intendono come pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili la clitoridectomia, l'escissione e l'infibulazione e qualsiasi altra pratica che cagioni effetti dello stesso tipo.*

²⁹⁵ LEYE, E. y DEBLONDE, J. *Legislation in Europe regarding FGM*, International Centre for Reproductive Health. Gante: Universidad de Gante, 2004, p. 8.

²⁹⁶ TEDH. **Decisión Omeredo contra Austria**, de 20 de septiembre de 2011 (nº 8969/10).

*real de sufrir una MGF*²⁹⁷ en el caso de ser deportadas, generalmente, a Nigeria. El TEDH, tras analizar tanto la legislación federal de este país como los tratados internacionales que ha suscrito, inadmitió esta demanda por considerarla infundada ya que las demandantes no se encontraban en situación de riesgo en caso de regresar a su país dadas sus *privilegiadas* circunstancias personales (mintieron en su solicitud, lo que cuestionó toda su posterior declaración) y porque existía la posibilidad de que pudieran *reubicarse* en otro Estado nigeriano donde sí que se prohibían las mutilaciones.

De igual forma ha sucedido, por ejemplo, con Kenia²⁹⁸ o Burundi²⁹⁹; países donde la Corte ha estimado que no existen indicios de que las demandantes fuesen a sufrir una mutilación en caso de que regresaran a ellos.

Asimismo, la Corte ha recordado que, *como principio general, las autoridades nacionales se encuentran en mejor posición para determinar los problemas de credibilidad, de las solicitantes de asilo porque tienen la oportunidad de ver, escuchar y evaluar su comportamiento*³⁰⁰ (el consolidado margen de apreciación nacional). En este caso en concreto, la Sala no encontró razones para apartarse de la evaluación realizada por las autoridades suecas que dudaban de la credibilidad de las demandantes keniatas de asilo. En otras reclamaciones, en cambio, la decisión fue breve o bien porque el país demandado concedió el *permiso permanente de residencia*³⁰¹ a las mujeres, o bien porque, por *ratione materiae*³⁰²,

²⁹⁷ TEDH. **Decisión Izevbekhai y otros contra Irlanda**, de 17 de mayo de 2011 (nº 43408/08, § 73 y 81).

²⁹⁸ TEDH. **Decisión R.W. y otras contra Suecia**, de 10 de abril de 2012 (nº 35745/11).

²⁹⁹ TEDH. **Decisión I.N. contra Suecia**, de 15 de septiembre de 2009 (nº 1334/09)

³⁰⁰ TEDH. **Decisión R.W. y otros contra Suecia**, de 10 de abril de 2012 (nº 35745/11).

³⁰¹ TEDH. **Decisiones Collins y Akaziebie contra Suecia**, de 8 de marzo de 2007 (nº 23944/05) y **Agbotain y Osakpolor Omoregbee contra Suecia**, de 1 de febrero de 2007 (nº 26834/05).

aquel no era el procedimiento adecuado, o su queja estaba *manifiestamente infundada*³⁰³.

En instancias nacionales, las primeras resoluciones judiciales se dictaron primero en aquellos países donde llegó antes la inmigración de personas que procedían de culturas en las que todavía se practica esta brutal costumbre tradicional; como sucedió en Francia, donde el 20 de agosto de 1983, el Tribunal de Casación ya decidió que *el clítoris y los labios de la vulva son dos órganos femeninos eréctiles; su ausencia, como consecuencia de la violencia, constituye una mutilación en el sentido del Art. 312-3º del Código Penal*, como ha documentado³⁰⁴ la prefectura de la región de Isla de Francia, a raíz de la muerte de Bobo Traoré, una niña de apenas tres meses a la que sus padres, procedentes de Malí, le practicaron una escisión con fatales consecuencias. El tribunal los condenó por homicidio involuntario. Desde entonces, la justicia francesa ha tenido que pronunciarse en diversos casos, los más significativos –de acuerdo con el criterio de la profesora Mireille Delmas-Marty³⁰⁵– fueron los asuntos Baradji, en Pontoise (1988); Dalla Fofana Traoré, en París (1989) y el de Saloum Soumare, en Bobigny (1990). A finales de esa década, en enero de 1999, el Tribunal de Apelación de París ya había dictado veinticinco condenas por ese motivo.

El primer caso que se juzgó en Italia ocurrió el 25 de noviembre de 1999, cuando un tribunal de Milán condenó a dos años de prisión a un

³⁰² TEDH. **Decisión Okon contra Irlanda**, de 13 de diciembre de 2011 (nº 22255/11).

³⁰³ TEDH. **Decisión Ameh y otros contra el Reino Unido**, de 30 de agosto de 2011 (nº 4539/11).

³⁰⁴ AVEC EGALITÉ [en línea]. [Fecha de consulta: 19 de septiembre de 2011]. Disponible en Internet: http://www.avecegalite.com/IMG/pdf/Prevention_des_mutilations_sexuelles_feminines.pdf

³⁰⁵ DELMAS-MARTY, M. *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne*. Paris: Éditions de la Maison des Sciences de L'Homme, 1996, p. 199.

egipcio casado con una italiana, por someter a su hija a una infibulación³⁰⁶.

4.3.b).4) El marco jurídico español:

Siguiendo los criterios establecidos por la Unión Europea, el legislador español adoptó diversas medidas legales específicas relacionadas con la mutilación genital femenina:

En primer lugar, la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, modificó el Art. 149 del Código Penal. De acuerdo con la exposición de motivos de aquella norma, la reforma se planteó *desde el reconocimiento de que con la integración social de los extranjeros en España aparecen nuevas realidades a las que el ordenamiento debe dar adecuada respuesta. Así, como novedad igualmente reseñable, se tipifica el delito de mutilación genital o ablación. Y ello porque la mutilación genital de mujeres y niñas es una práctica que debe combatirse con la máxima firmeza, sin que pueda en absoluto justificarse por razones pretendidamente religiosas o culturales. Esta reforma ya había sido planteada en el seno de las Cortes a través de una proposición de ley que pretendía introducir una cláusula interpretativa sobre la represión de la mutilación genital femenina. En la actual reforma se modifica el Art. 149 del Código Penal, mencionando expresamente en su nuevo apartado 2³⁰⁷ la mutilación genital, en*

³⁰⁶ LEGISLATURE [en línea]. [Fecha de consulta : 19 de septiembre de 2011]. Disponible en Internet: http://legislature.camera.it/_dati/leg13/lavori/stampati/sk7500/relazion/7157.htm

³⁰⁷ Al respecto, el Art. 149.2 CP establece que: *El que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años. Si la víctima fuera menor o*

cualquiera de sus manifestaciones, como una conducta encuadrable entre las lesiones de dicho artículo, castigadas con prisión de seis a 12 años.

Cuando el legislador español definió el resultado del delito como *El que causara a otro una mutilación genital...* el carácter genérico de esta redacción presupone que la víctima pueda ser tanto una mujer como un hombre, supuesto que sólo se establece también en Bélgica; asimismo, la expresión *una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones* evitó el riesgo de impunidad de aquellas conductas que no se hubieran descrito específicamente (tal y como recomienda ONU-Mujeres) pero generó otro problema que ha identificado el profesor Llabrés Fuster³⁰⁸: “el uso de la expresión “*en cualquiera de sus manifestaciones*” obliga a incluir en el tipo del 149.2 cualquier práctica mutilatoria de las muy variadas consideradas como mutilación genital femenina”; es decir, teniendo en cuenta que los efectos sobre la salud de las afectadas, “pueden ir desde el simple pinchazo en el clítoris hasta el cierre artificial de la vagina tras haber escindido el clítoris”, en opinión de dicho autor o de la profesora Elena Torres, esa variedad de daños “no las hace igualmente merecedoras del grave reproche penal del Art. 149.2 CP”³⁰⁹.

En segundo lugar, después de tipificar este trato inhumano y degradante en el Código Penal, la política criminal española posibilitó *la persecución extraterritorial de la práctica de la mutilación genital*

incapaz, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz.

³⁰⁸ LLABRÉS FUSTER, A. El tratamiento de la mutilación genital femenina en el ordenamiento jurídico penal español. En LUCAS, J, BEDOYA, M. H. y BERLANGA, M. J. *Europa: derechos y culturas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 81 y 82.

³⁰⁹ TORRES FERNÁNDEZ, E. La mutilación genital femenina, un delito culturalmente condicionado. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2008, nº 17, p. 10.

femenina cuando la comisión del delito se realiza en el extranjero, como sucede en la mayor parte de los casos, aprovechando viajes o estancias en los países de origen de quienes se encuentran en nuestro país; para lograrlo, la Ley Orgánica 3/2005, de 8 julio, modificó la regulación del Poder Judicial, añadiendo un nuevo epígrafe g) al Art. 23.4º de la LOPJ³¹⁰.

Al hablar de la pauta cultural del agresor ya tuvimos ocasión de mencionar algunas resoluciones³¹¹ que adoptaron medidas judiciales con el objetivo de proteger a niñas menores de edad, prohibiéndoles la concesión del pasaporte, al sospecharse que sus padres pudieran llevarlas a sus países de origen con el objetivo de practicarles la ablación del clítoris. En esa línea, la sentencia 4815/2010, de 11 de mayo, de la Audiencia Provincial de Barcelona desestimó el recurso interpuesto por una mujer de Guinea Conakry para mantener la titularidad de la patria potestad sobre su hija menor, por el riesgo que supone que *minimiza la importancia de la ablación de su hija resultando evidente que existe un riesgo para la menor de ablación en caso de traslado a Guinea como pretendía su madre (...)* La entidad pública, asumiendo la tutela de la menor pretende impedir que la menor acuda a su país de origen y una vez allí, con independencia de su voluntad e incluso de la de su madre, sea sometida a una práctica que, además de atentar a su integridad corporal, puede causarle evidentes efectos psicológicos y afectar a su futura plenitud sexual.

³¹⁰ Al respecto, el Art. 23.4º LOPJ establece que: *Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la Ley penal española, como alguno de los siguientes delitos (...)* g) *Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.*

³¹¹ **Autos 274/2005, de 13 de mayo**, de la Audiencia Provincial de Zaragoza o el **152/2007, de 2 de julio**, de la Audiencia Provincial de Gerona.

La sentencia 197/2011, de 15 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Teruel resolvió un caso de ablación producido en la ciudad de Alcañiz, en *una fecha no concretada pero comprendida entre los días 20 de noviembre de 2009 y 25 de mayo de 2010*, cuando los procesados – un matrimonio de ciudadanos gambianos residentes en esta localidad turolense– *puestos de común acuerdo bien directamente o bien a través de persona de identidad desconocida pero contribuyendo eficazmente a tal fin, extirparon el clítoris de la menor* –se refieren a su hija que nació el 21 de mayo de 2009, en Gambia– *motivados por sus creencias religiosas y culturales, siendo conocedor el procesado (...) de la prohibición de esta práctica en su país de residencia, conocimiento del que carecía la procesada*. Por ese motivo, el padre fue acusado como *responsable en concepto de autor de un delito de lesiones, mutilación genital*, previsto y penado en el en el Art. 149.2 del Código Penal, *sin la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad penal, a la pena de seis años de prisión*; mientras que su esposa y madre de la menor, fue acusada *como responsable en concepto de autora de un delito de lesiones, mutilación genital, ya definido, concurriendo un error de prohibición vencible, a la pena de dos años de prisión*.

En relación con ese error, la Audiencia de Teruel señala –en su segundo fundamento de derecho– que *lo determinante en el error de prohibición es el conocimiento de la antijuridicidad, no el reconocimiento de la antijuridicidad por un sujeto, esto es, que el sujeto conozca que su conducta es antijurídica, no que la acepta como antijurídica (...)*. A diferencia de su mujer, recién llegada a España, el condenado *tenía conocimiento de la antijuridicidad de su conducta pero no la aceptó como tal por el peso que tuvieron en él sus creencias o la*

presión de su grupo social, lo que no tiene encaje en el error de prohibición invocado.

En cuanto al Tribunal Supremo español, la mutilación genital femenina aparece en el ámbito de lo contencioso-administrativo en relación con la concesión del derecho de asilo al que tantas veces tendremos ocasión de referirnos. Una de las resoluciones más recientes señala³¹² que *acorde con la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que ha estimado en las sentencias de 15 de febrero de 2007 (...) y de 11 de mayo de 2009 (...), que en aquellos supuestos en que se acredite la existencia de «indicios suficientes», según las circunstancias de cada caso, de que una mujer sufre persecución por su pertenencia al género femenino, que le ha supuesto la imposición de prácticas contrarias a la dignidad humana, como el matrimonio forzoso o la mutilación de un órgano genital, y que el régimen legal del país de origen no ofrece una protección jurídica eficaz, procede la concesión del derecho de asilo a la luz de lo dispuesto en los Arts. 3 y 8 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado.*

4.3.b).5) Recapitulación:

Como hemos analizado, las medidas legislativas propuestas tanto por diversos organismos internacionales –especialmente, la Organización Mundial de la Salud– como regionales –Consejo de Europa y Parlamento Europeo– ya forman parte de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea: la legislación persigue, procesa y castiga

³¹² STS 4013/2011, de 15 de junio (FdD 4°).

penalmente las MGF sin distinguir entre los diferentes tipos de mutilaciones, incluso cuando el delito se comete fuera de sus fronteras nacionales (principio de extraterritorialidad); y, por su parte, el poder judicial puede adoptar medidas preventivas de carácter cautelar ante el riesgo de que se vaya a cometer una mutilación, no admite el argumento de la pauta cultural del agresor y las víctimas tampoco pueden esgrimir en su descargo el consentimiento.

Pero no basta con tipificar esta conducta como delito; aunque sea imprescindible rechazar y castigar estas prácticas de un modo claro y rotundo, el problema que subyace con las medidas penales es que deben ir acompañadas de otros programas de actuación. No debemos olvidar que uno de los principios básicos que rigen en el Derecho Penal es el de la intervención mínima; es decir, el Estado debe proteger los intereses esenciales de la sociedad y, subsidiariamente, sólo como último argumento –la *ultima ratio*– debe recurrir a las sanciones penales porque, si sólo se empleara esta vía para abordar el problema de las mutilaciones, el resultado sería un indudable incremento de la clandestinidad de estas prácticas impidiendo la adecuada integración de las comunidades de inmigrantes al reforzar su convicción de que están siendo atacadas por una país de acogida hostil.

Tiene que haber más soluciones; por ese motivo, la principal recomendación que se puede dar es que, junto con las medidas legislativas, previamente deben llevarse a cabo programas de divulgación que eduquen, informen y prevengan a la opinión pública (en especial, a quienes proceden de países norteafricanos, Oriente Medio y Sudeste asiático) para sensibilizarles de que estas prácticas son ajenas a cualquier

hecho religioso y que resultan nocivas para la salud y el bienestar de las mujeres porque se trata de una forma de violencia que atenta contra sus derechos fundamentales; de este modo, el objetivo será que sean ellos mismos quienes vayan abandonando esta tradición.

Lamentablemente, no hace falta irse muy lejos para comprobar que estos mecanismos de prevención están fallando. En España, por ejemplo, no existe ningún protocolo de actuación de ámbito estatal y –como ha señalado la profesora Bénédicte Lucas³¹³– “a nivel autonómico, las únicas comunidades (...) que cuentan con un protocolo de actuación o una guía de prevención son Cataluña y Aragón. En algunas otras comunidades se han elaborado guías o folletos informativos dirigidos o bien a profesionales o bien a la población de riesgo o a los ciudadanos en general”. Si en el país de residencia falta información, ¿qué podemos esperar de sus países de origen?

El protocolo de la *Generalitat* de Cataluña³¹⁴, presentado en junio de 2002 y revisado en 2007 para adaptarlo a las medidas legislativas que aprobaron las Cortes Generales, establece una serie de indicadores para que diversos profesionales (sanitarios, de los servicios sociales de atención primaria, docentes, de atención a menores con riesgos y

³¹³ LUCAS, B. Prevención de la ablación o mutilación genital femenina en España: planes de acción y medidas de protección de menores, complementos necesarios a la prohibición legal. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2008, nº 17, p. 3.

³¹⁴ Al respecto de la situación en esta región, la subinspectora Rosa Negre, jefa de la Unidad de Proximidad de los *Mossos d'Esquadra* (policía autonómica catalana) en Gerona, explicó en una revista (PUJALS, R. Por una tradición sin sangre. *Yo Donna*, 10 de diciembre de 2011) su propia experiencia profesional: “empezamos a enfrentarnos al problema en el año 2000. Alertados por un pediatra, fuimos a ver a una familia que tenía una niña de tres años ya mutilada y otra aún en la cuna que corría peligro de serlo. Hablamos con el padre y descubrimos que no sabía que podía cometer un delito: decía querer tan solo cumplir con su religión. Dialogó con su imán, trabajamos en un cambio de valores y logramos que no mutilara a la segunda hija. Más tarde nos dijo que obligaría a su hermano, que tenía tres niñas y le debía obediencia, a que tampoco lo hiciera (...) Nuestro trabajo es básicamente preventivo (...) Si la prevención no funciona, trasladamos el caso al juzgado y el juez puede adoptar medidas cautelares, como impedir el viaje de las menores”.

miembros de los cuerpos de seguridad del Estado) sospechen que se ha producido recientemente una mutilación genital femenina *cuando, a unos antecedentes de viaje/vacaciones al país de origen añadimos: la tristeza y la falta de interés que exprese la niña, los cambios de carácter, el caminar con las piernas juntas o muy separadas, la actitud a la hora de sentarse, no realizar ejercicios físicos o no querer participar en juegos que impliquen actividad. También se puede percibir palidez cutáneo-mucosa y síntomas de anemia subaguda.*

Junto a este protocolo, el Parlamento catalán aprobó la Ley 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista, que dedica el Art. 75 a las mutilaciones genitales femeninas, estableciendo que *El Gobierno [de Cataluña] además de observar la legislación vigente, debe adoptar las medidas necesarias para: (...) d) Contar con mecanismos sanitarios de intervención quirúrgica para poder hacer frente a la demanda de las mujeres que quieran revertir los efectos de la mutilación practicada, así como mecanismos de apoyo psicológico, familiar y comunitario. En los casos de riesgo para la salud de las menores de edad, el personal profesional debe poder contar con mecanismos que les posibilite la realización de la intervención quirúrgica.*

Un precepto que abrió la puerta a que las víctimas de MGF pudiesen acudir a la sanidad pública catalana [*Institut Català de la Salut (ICS)*] para *revertir los efectos de la mutilación practicada* reconstruyéndoles su aparato genital; de hecho, la Fundación Santiago Dexeus Font se ofreció entonces *a reconstruir gratis el clítoris de las*

víctimas de la ablación³¹⁵. Tres años más tarde, el 23 de junio de 2011, la Fundación Príncipe de Girona concedió el Premio Impulsa Ámbito Social al Dr. Pere Barri, jefe de la Sección Quirúrgica del Servicio de Ginecología del Instituto Universitario Dexeus, por fomentar *la integración social de colectivos marginados o en riesgo de exclusión con una iniciativa médica pionera en España* que ya ha permitido la reconstrucción del clítoris de forma gratuita a más de 50 mujeres víctimas de la ablación.

4.3.c) *Las torturas y penas o tratos inhumanos o degradantes:*

4.3.c).1) Concepto y trasfondo religioso:

El Art. 1 de Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes –de 10 de diciembre de 1984– define la tortura como *todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean*

³¹⁵ *El Mundo*, 17 de febrero de 2008.

consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

En esa misma línea, una segunda definición del concepto de *tortura* procede del Art. 7.2º.e) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI) de 1998: *se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas.*

Ambas definiciones coinciden en la intencionalidad y la gravedad de los actos físicos o mentales que se infligen –más allá de los que sean inherentes a una sanción lícita– pero se diferencian en que la Convención de la ONU requiere un propósito (un listado de fines que tampoco debe entenderse de manera exhaustiva) mientras que el Estatuto de la CPI no requiere ese mismo ánimo ni tampoco menciona la intervención de funcionarios públicos sino que establece una responsabilidad personal, de quien tenga al acusado bajo su custodia o control, en lugar de una responsabilidad del Estado.

Dentro del mismo precepto del Estatuto de la CPI, pero en el apartado anterior, se incluyó tanto a la *tortura* [Art. 7.1º.f)] como a *otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física* [Art. 7.1º.k)] dentro de los crímenes de lesa humanidad: uno de los cuatro supuestos que son competencia de este tribunal, junto al genocidio, los crímenes de guerra y el de agresión.

En el ámbito regional europeo, el 26 de noviembre de 1987, el Consejo de Europa aprobó el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes; el único que ha desarrollado un precepto del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (en concreto, el Art. 3: *Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*; uno de los artículos más breves de la Convención pero uno de los más invocados). En su informe explicativo, esta organización internacional señaló que uno de los motivos para elaborar este nuevo acuerdo fue que *La tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes están penalizados en las legislaciones nacionales y en varios instrumentos jurídicos. Sin embargo, la experiencia muestra la necesidad de adoptar medidas internacionales más amplias y eficaces, en particular para reforzar la seguridad de las personas privadas de libertad.*

Una de esas medidas consistió en complementar el sistema jurisdiccional del TEDH que ya existía con un segundo sistema de carácter preventivo basado en las quejas presentadas por una persona o Estado, alegando vulneraciones de los Derechos Humanos, mediante un *mecanismo no judicial de carácter preventivo cuya misión fuera examinar el trato dado a las personas privadas de libertad con miras a reforzar, si procede, su protección contra la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes*; por ese motivo, se creó el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (conocido por sus siglas CPT), facultado para desplazarse a cualquier lugar que se encuentre bajo la jurisdicción de los Estados partes en que se encuentren personas privadas de su libertad por una autoridad

pública³¹⁶. La suma de ambos sistemas (jurisdiccional y preventivo) “configura al sistema de control [europeo] como el comparativamente más completo” [del mundo]³¹⁷; un trascendente logro al que debemos unir el hecho de que “Europa constituye una zona libre de pena de muerte”³¹⁸.

Retomando el mismo sentido y alcance del Art. 3 del Convenio de Roma de 1950, el Art. 4 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea también proclama que *Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*. La jurisprudencia de Estrasburgo *es consciente de las inmensas dificultades a las que se enfrentan los Estados en los tiempos actuales para proteger a sus ciudadanos de la violencia terrorista; sin embargo, incluso en estas circunstancias, el Convenio prohíbe la tortura o los tratos inhumanos o degradantes en términos absolutos, independientemente de la conducta de la víctima*³¹⁹.

Nos encontramos ante una prohibición que tiene carácter absoluto³²⁰ e inderogable; no admite ninguna excepción ni restricción, ni aun en tiempo de guerra o de emergencia nacional; es intangible al ser humano, con efectos *erga omnes*, independiente del comportamiento de

³¹⁶ Desde los años 90, el CPT ha realizado diversas visitas a Turquía *a la luz del considerable número de informes recibidos, de una variedad de fuentes*, en los que *se denunciaban las torturas y malos tratos infligidos*. En 1992, los miembros del Comité comprobaron en la prisión turca de Adana que uno de los maltratos más habituales era la falaka (tortura que consiste en golpear al preso con un objeto en la planta de los pies). Por ese motivo, el TEDH ha condenado al Gobierno de Ankara en los casos Salman contra Turquía (2000), Akkoç (2000), Tanli (2001), Ercan (2001), Bati (2004), Ahmed Özkan (2004), Koku (2005), Muhammet Sahin (2007), Canseven (2007), Diri (2007), Orhan Kur (2008), Demirbas (2008), Gök y Güller (2009) o Derman (2011).

³¹⁷ SANTAMARÍA ARINAS, R. *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*. Pamplona: Cívitas, 2009, p. 47.

³¹⁸ MANACORDA, S. La abolición de la pena capital en Europa. En ARROYO, L. A., NIETO, A., MUÑOZ DE MORALES, M. y BAILONE, M. *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: nuevos desafíos del Derecho Penal europeo e internacional*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2010, p. 87.

³¹⁹ TEDH. **Caso Chahal contra Reino Unido**, de 15 de noviembre de 1996 (nº 22414/93, § 79).

³²⁰ TEDH. **Caso Selmouni contra Francia**, de 28 de julio de 1999 (nº 25803/94, § 95).

la víctima (incluso *en las circunstancias más difíciles, como la lucha contra el terrorismo y el crimen organizado*)³²¹ y siendo irrelevante, en este caso, la naturaleza del hecho que, supuestamente, haya cometido³²²; de este modo, se consagra como *uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas*³²³, de ahí que el efecto de esta prohibición se extienda, en un plano horizontal, abarcando a todos los derechos reconocidos en la Carta.

La abundante jurisprudencia del TEDH ha resultado de gran utilidad porque el Convenio Europeo de 1950 –ni sus posteriores protocolos; ni tampoco la Carta de 2009– no dio una definición de *tortura* o de *pena o trato inhumano o degradante*; aunque su intención a la hora de diferenciar entre ambos actos fue la de *atribuir un estigma especial a deliberados tratos inhumanos que causan un sufrimiento muy grave y cruel*³²⁴.

Este posicionamiento tuvo su origen en un caso³²⁵ de 1978 cuando la Corte se pronunció sobre las cinco técnicas de interrogatorio que empleaban los cuerpos de seguridad británicos para lograr que los detenidos reconocieran su pertenencia al IRA, mediante periodos de varias horas en que se les obligaba a permanecer de pie contra una pared con las piernas separadas y las manos sobre la cabeza, se les encapuchaba, se les sometía a un ruido intenso, se les privaba de sueño o se les imponía una dieta sin alimentos ni bebidas en espera de ser interrogados. La *combinación de estas cinco técnicas* –según el TEDH–

³²¹ TEDH. **Caso Labita contra Italia**, de 6 de abril de 2000 (nº 26772/95, § 119).

³²² TEDH. **Caso Gäfgen contra Alemania**, de 1 de junio de 2010 (nº 22978/05, § 87).

³²³ TEDH. **Caso Soering contra Reino Unido**, de 7 de julio de 1989 (nº 14038/88, § 88).

³²⁴ TEDH. **Caso Selmouni contra Francia**, de 28 de julio de 1999 (nº 25803/94, § 96).

³²⁵ TEDH. **Caso Irlanda contra Reino Unido**, de 18 de enero de 1978 (nº 5310/71, § 96 y 167).

aplicadas durante horas con premeditación y de forma continua, no les provocó daños corporales pero sí un sufrimiento físico y mental (...) que entra en la categoría de trato inhumano en el sentido del Art. 3. Las técnicas también eran degradantes porque provocaban en las víctimas sentimientos de temor, angustia e inferioridad capaces de humillarlos y degradarlos doblegando su resistencia física o psíquica.

En este asunto, la Corte estableció el criterio para distinguir entre los conceptos de tortura y trato inhumano o degradante señalando que a la primera se le atribuye ese *estigma especial* del que acabamos de hablar, para *infligir deliberadamente un trato inhumano que causa un sufrimiento muy grave y cruel*; es decir, que, según la intensidad de la gravedad, la tortura sería la forma más severa de los tratos inhumanos. Asimismo, en un asunto más reciente, *Akhmetov contra Rusia*³²⁶, el TEDH indicó que *la valoración de ese nivel mínimo de gravedad es relativo; depende de todas las circunstancias relacionadas con dicho caso, como la duración del maltrato, sus efectos físicos o psíquicos y, en determinadas situaciones, el sexo, la edad y el estado de salud de la víctima*³²⁷.

“Doctrinalmente se viene considerando que la calificación de “tortura” –como ha señalado la profesora Salado Osuna³²⁸– debe quedar reservada a los actos de mayor gravedad”.

Por lo que respecta a los tratos inhumanos y degradantes, la Corte considera que son aquellos actos que causan en la víctima *sentimientos*

³²⁶ TEDH. **Caso Akhmetov contra Rusia**, de 4 de octubre de 2010 (n° 37463/04, § 73).

³²⁷ TEDH. En ese mismo sentido, véanse los **casos Berlinski contra Polonia** (n° 27715/95, § 59) o **Valašinas contra Lituania** (n° 44558/98, §§ 100–101) donde la Corte emplea el mismo criterio de interpretación.

³²⁸ SALADO OSUNA, A. Los tratos prohibidos en el Art. 3 del CEDH. En SANTOLAYA MACHETTI, P. y GARCÍA ROCA, F. J. *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 113.

*de miedo, angustia e inferioridad capaces de humillarle, degradarle y quebrar posiblemente su integridad física y mental*³²⁹. Los medios que pueden emplear las autoridades para provocar estos sentimientos son muy diversos, tal y como se desprende de examinar la jurisprudencia del TEDH; así, por ejemplo, en 2006 estimó que cuando las autoridades belgas separaron a una menor de su madre tras ser detenidas en situación irregular, *demonstró tal falta de humanidad que equivalía a un trato inhumano*³³⁰; de igual forma, cuando cuatro policías y un médico alemanes obligaron a vomitar a un hombre, *no por razones terapéuticas, sino para recuperar pruebas* [pequeñas bolsas con droga que los agentes le vieron tragarse] *que podrían haber obtenido, igualmente, mediante métodos menos intrusivos*, el demandante de Sierra Leona también fue *objeto de un trato inhumano y degradante contrario al Art. 3 de la Convención*³³¹; o, finalmente, el haber obligado a un preso a permanecer recluido desnudo durante una semana en una celda de seguridad de una prisión de Fráncfort (Alemania)³³².

En todo caso, el Estado debe garantizar *a todos los prisioneros y detenidos unas condiciones que sean compatibles con el respeto a su dignidad humana*³³³; de modo que la forma de llevar a cabo la detención no le someta a un grado de angustia o privación más allá del inevitable sufrimiento que acarrea esta situación y que, *dadas las exigencias prácticas del encarcelamiento, su salud y bienestar estén adecuadamente*

³²⁹ TEDH. **Caso Rivas contra Francia**, de 1 de abril de 2004 (nº 59584/00, § 42).

³³⁰ TEDH. **Caso Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga contra Bélgica**, de 12 de octubre de 2006 (nº 13178/03, § 58).

³³¹ TEDH. **Caso Jalloh contra Alemania**, de 11 de julio de 2006 (nº 54810/00, § 82).

³³² TEDH. **Caso Hellig contra Alemania**, de 7 de julio de 2011 (nº 20999/05, § 57).

³³³ TEDH. **Caso Brânduse contra Rumanía**, de 7 de abril de 2009 (nº 6586/03, § 47).

*asegurados, proporcionándole la asistencia médica requerida*³³⁴. Cuando se sobrepasa esa línea roja del sufrimiento inevitable que conlleva, intrínsecamente, cualquier detención, nos encontraremos ante un supuesto de maltrato³³⁵ que, siendo premeditado y degradante, será inhumano; y, si alcanza un mayor grado de crueldad o gravedad, hablaríamos de tortura; su erradicación en todo el mundo y la plena rehabilitación de sus víctimas, se configura hoy en día como una prioridad de la Unión Europea.

Finalmente, en relación con las confesiones obtenidas mediante la tortura, el Tribunal Supremo³³⁶ español ha señalado que *toda diligencia o actuación practicada en ese escenario* –en referencia al “limbo” [sic] de Guantánamo– *debe ser declarada totalmente nula y como tal inexistente. Ello supone tener por inexistente la, eufemísticamente, denominada por el Tribunal sentenciador "entrevista policial", lo que en realidad fue un interrogatorio porque éste se produce en una situación de desigualdad: una parte pregunta y la otra responde, y en este caso, el que respondía, estaba, además, privado de libertad. La entrevista sugiere una situación de igualdad de los contertulios, que, obviamente, no existió en el presente caso.*

4.3.c).2) El marco jurídico europeo y español:

En el *Viejo Continente*, desde que Federico II *el Grande* decretó la abolición de la tortura al acceder al trono de Prusia en 1740 y, de forma

³³⁴ TEDH. **Caso Kudla contra Polonia**, de 26 de octubre de 2000 (nº 30210/96, §§ 92-94).

³³⁵ Al respecto, el **caso Beganovic contra Croacia**, de 25 de junio de 2009 (nº 46423/06, §§ 64 y 65) resume perfectamente el criterio de la Corte de Estrasburgo.

³³⁶ **STS 4527/2006, de 20 de julio** (FdDº 6º).

expresa, en 1754; el proceso se hizo imparable: Suecia (en 1772), Austria (1776), Francia (1788), etc.; pero, como señaló el magistrado Tomás y Valiente³³⁷, a su juicio, si “los argumentos esgrimidos durante los siglos XVI, XVII, y primera mitad del XVIII, contra el tormento no lograron ni la supresión ni la simple reforma de esta institución, fue por que se dirigían aisladamente contra ésta y no contra todo un sistema procesal-penal del que la tortura era una pieza básica y consustancial”.

En España, existen dos antecedentes históricos que forman parte de nuestro legado constitucional: el Art. 133 del Estatuto de Bayona de 1808 (*El tormento queda abolido: todo rigor o apremio que se emplee en el acto de la prisión o en la detención y ejecución y no esté expresamente autorizado por la ley, es un delito*) y el Art. 303 de la Constitución de 1812 (*No se usará nunca del tormento ni de los apremios*). A pesar de que el 4 de mayo de 1814, Fernando VII restableció su régimen absolutista y declaró nulos y sin ningún valor ni efecto tanto la Constitución gaditana como toda la legislación que se había aprobado en las Cortes de Cádiz, dos meses más tarde, el monarca confirmó la abolición de la tortura judicial, el 25 de julio de 1814.

Hoy en día –como sucede en algunas otras leyes fundamentales de los Estados miembros de la Unión Europea³³⁸– el Art. 15 de la

³³⁷ TOMÁS Y VALIENTE, T. *La tortura en España*. Barcelona: Ariel, 1994, p.123.

³³⁸ Vid. al respecto: Art. 104.1º de la Ley Fundamental alemana; Art. 27 de la Constitución italiana; Art. 7.2º de la Constitución griega ó Art. 25 de la Constitución portuguesa. Aunque toda esta regulación no impidió que, en 2005, ochocientos vuelos secretos de la CIA contravinieran el Derecho Internacional utilizando el espacio aéreo europeo con destino a la base estadounidense de Guantánamo; ni fue un obstáculo para la existencia de cárceles secretas estadounidenses en suelo de Lituania, Polonia y Rumanía [AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Open Secret, Mounting evidence of Europe's complicity in rendition and secret detention*. Londres: AI Publications, 2010] o que los soldados británicos cometieran abusos en un centro militar cercano a Basora, al sur de Iraq [*The Guardian*, 6 de noviembre de 2010]; pero, afortunadamente, vivimos en Estados de Derecho que prevén mecanismos para investigar y enjuiciar estos actos; de ahí la importancia de conocer la opinión del escritor egipcio Alaa Al-Aswany cuando afirmó que admira de

Constitución Española reconoce que *Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*; su ubicación en la Carta Magna de 1978 es privilegiada, al tratarse del primer artículo del núcleo central de los derechos y deberes fundamentales de los españoles.

En los países de mayoría musulmana, el Art. 20 de la Declaración de El Cairo sobre los Derechos Humanos en el Islam –de 5 de agosto de 1990– establece que *No se podrá arrestar a un individuo, o restringir su libertad, o exiliarlo, o castigarlo, sin mandato de la charía; ni se le podrán infligir torturas físicas ni psíquicas, ni cualquier otro tipo de maltrato, crueldad o indignidad humana (...)* y que *No está permitido promulgar leyes excepcionales que faculten a las autoridades ejecutivas para lo antedicho*; aun así, estas prácticas son habituales.

El jefe del Consejo de Derechos Humanos del Poder Judicial iraní, Mohámmad Javad Larijani, concedió una polémica entrevista al semanario *Newsweek*³³⁹ declarando que la tortura está prohibida en la Constitución de Irán y que él se sentía orgulloso de su sistema legal: “Eso no significa que no necesite mejoras, pero (...) es mucho más riguroso que el de EE.UU.”. A pesar de todo, no tuvo inconvenientes en reconocer, hablando de las lapidaciones, que “se trata de un juicio poco habitual basado en casos extremos de adulterio relacionado con algún crimen” y que algunos jueces la consideran “menos dura que la

Occidente “la protección que las leyes ofrecen a todo ciudadano frente a los abusos del poder” [AVILÉS, J. Egipto. Las claves de una revolución inevitable, de Alaa Al-Aswany. *El Cultural*, 15 de julio de 2011, p. 21].

³³⁹ *Newsweek*, 3 de diciembre de 2010.

ejecución” porque hay “un 50 por ciento más de probabilidades de sobrevivir”.

Dos años antes, el embajador de Teherán en Madrid también defendió la aplicación de la pena de muerte y la amputación de miembros. En la crónica que escribió la periodista Rosa Meneses³⁴⁰ titulada *Amputar la mano al que roba preserva la salud de la sociedad*; el representante iraní, Seyed Davoud M. Salehi, comparó esta última pena con “la decisión de un médico de amputar una extremidad para detener un proceso de gangrena”; asimismo, defendió que su país aplique la pena de muerte y las amputaciones de miembros porque “nuestras leyes establecen que se ampute la mano del que roba. Esto no es aceptado por Occidente, pero en el campo de los Derechos Humanos hay que tener en cuenta las costumbres, las tradiciones, la religión y el desarrollo económico del país”; y criticó “las acusaciones realizadas contra su país por su poco apego a los Derechos Humanos”, afirmando que es “la arrogancia de Occidente para dañar la imagen de Irán”. Se trata, de nuevo, de la inaceptable pauta cultural del agresor a la que ya nos hemos referido en numerosas ocasiones.

Estos dos ejemplos iraníes son una buena muestra de una concepción musulmana totalitaria que presta un especial interés por las penas más graves, las llamadas transgresiones *hudud* –que, en árabe, significa *límite*– con las que se condena el robo con la amputación de la mano, el adulterio con la lapidación o la apostasía con la muerte porque, según esta lectura extrema, se ha quebrantado el límite que marcó Alá. El recurso al *hudud* se ha convertido en “un signo distintivo del islamismo,

³⁴⁰ *El Mundo*, 8 de febrero de 2008.

tanto en su versión conservadora saudí como en supuestos regímenes revolucionarios” –como el de Sudán– “Por el contrario, la rama oficial de los Hermanos Musulmanes egipcios ha rechazado siempre la implantación de los hudud”³⁴¹. La idea de la Justicia que forma parte de la identidad musulmana, frente a las concepciones radicales, aboga precisamente por lo contrario, por no aplicar esos castigos *hudud* tan severos, que sólo tendrían sentido en una sociedad idealizada, donde se castigara al ladrón cuando no hiciera falta robar porque todos los habitantes ya tuvieran cuanto necesitaran.

Afortunadamente, la gran mayoría de los países islámicos ignora los *hudud* por su severidad, sustituyéndolos “por penas de cárcel, multas en dinero o la flagelación (...) y siempre existe la posibilidad de evitar la aplicación de las sanciones coránicas incluso cuando están previstas por el código penal”³⁴².

4.3.c).3) El asilo en España de musulmanes que alegan haber sufrido torturas o malos tratos:

La Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, tiene por objeto –según establece su Art. 1– *establecer los términos en que las personas nacionales de países no comunitarios y las apátridas podrán gozar en España de la protección internacional constituida por el derecho de asilo; entendiéndose como tal, la protección dispensada (...) a quienes se reconozca la condición de refugiado en los términos definidos en el Art. 3 de esta Ley y en la*

³⁴¹ GÓMEZ GARCÍA, L. *Diccionario de Islam e Islamismo*. Madrid: Espasa, 2009, pp. 143 y 144.

³⁴² KHALIL SAMIR, S. *Cien preguntas sobre el Islam*. Madrid: Encuentro, 2003, p. 78.

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y su Protocolo, suscrito en Nueva York el 31 de enero de 1967 (Art. 2).

Esa condición de refugiado se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país (...) y no esté incurso en alguna de las causas de exclusión del Art. 8 o de las causas de denegación o revocación del Art. 9. Posteriormente, el Art. 6 de esta Ley especifica que esos *fundados temores* de ser perseguido deben ser suficientemente graves por su naturaleza y, entre las formas que pueden revestir, cita a los *actos de violencia física o psíquica; asimismo, la condena a pena de muerte o el riesgo de su ejecución material; la tortura y los tratos inhumanos o degradantes en el país de origen del solicitante y las amenazas graves contra la vida* son los tres daños graves que dan lugar a la protección subsidiaria³⁴³.

A este respecto, el reiterado criterio que mantiene la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido el declarado por la Posición común³⁴⁴ de la

³⁴³ Al respecto, el Art. 4 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, establece que: *El derecho a la protección subsidiaria es el dispensado a las personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales o, al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos en el Art. 10 de esta Ley, y que no pueden o, a causa de dicho riesgo, no quieren, acogerse a la protección del país de que se trate, siempre que no concurra alguno de los supuestos mencionados en los Arts. 11 y 12 de esta Ley.*

³⁴⁴ Posición común 96/196/JAI, del 4 de marzo de 1996, definida por el Consejo sobre la base del Art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la aplicación armonizada de la definición del término "refugiado" conforme al Art. 1 de la Convención de Ginebra, de 28 de julio de 1951, sobre el Estatuto de los Refugiados.

Unión Europea: *la determinación de la condición de refugiado ha de llevarse a cabo de acuerdo con los criterios en función de los cuales los órganos nacionales decidan conceder a un solicitante la protección prevista en la Convención de Ginebra, siendo el factor determinante la existencia de temores fundados de ser perseguido por motivo de raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a un grupo social determinado, y correspondiendo al solicitante presentar aquellos elementos necesarios para la apreciación de la veracidad de los hechos y circunstancias alegadas*³⁴⁵. Esa “carga de la prueba”, como veremos a continuación, suele ser el elemento que resulta determinante para denegar el asilo a los solicitantes que no demuestran haber sufrido torturas o malos tratos³⁴⁶.

Un informe de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (Delegación de Andalucía en Melilla) –que ha sido citado por el propio Tribunal Supremo³⁴⁷– reconoce que, “aunque es cierto que las peticiones de asilo deben estudiarse individualmente y atendiendo a las circunstancias de cada caso en concreto, también ha de tenerse en cuenta la experiencia y el contexto en que se produce la petición”. En dicho contexto –en relación con las mujeres argelinas que solicitan asilo en

³⁴⁵ SSTS 3901/2011, de 16 de junio (FdD 3º); 5901/2011, de 23 de septiembre (FdD 3º); 6455/2011, de 10 de octubre (FdD 3º); 6565/2011, de 10 de octubre (FdD 3º); o 1227/2012, de 17 de febrero (FdD 3º).

³⁴⁶ GARCÍA ROCA, J. y DÍAZ CREGO, M. Derecho de Extranjería y jurisprudencia del TC, TEDH y TJUE. En AJA, E., ARANGO, J. y OLIVER, J. *La inmigración en tiempo de crisis. Anuario de Inmigración en España, edición 2009*. Barcelona: CIDOB, 2009, p. 264. Los autores consideran que, al analizar en qué circunstancias se puede vulnerar el Art. 3 CEDH con la expulsión o extradición de un extranjero hacia su país de origen, el TEDH recuerda que “el artículo 3 CEDH se opone a la expulsión/extradición de un extranjero hacia un país cuando exista un riesgo real de que sufra allí malos tratos. Pero, según asevera el Alto Tribunal en el **asunto Mostafa y otros c. Turquía, de 15 de enero de 2008**, el recurrente habrá de probar la existencia del riesgo. Para verificar si concurre riesgo, deberán tenerse en cuenta las circunstancias del país de origen. Mas una situación general de conflicto no será suficiente, por regla general, para estimar violado el artículo 3 CEDH, siendo necesario que el recurrente pruebe circunstancias específicas que identifiquen ese riesgo en su persona”.

³⁴⁷ STS 1227/2012, de 17 de febrero (FdD 2º). El citado informe se elaboró el 20 de diciembre de 2006.

España alegando malos tratos– el informe se muestra muy taxativo: “En Melilla (y solo en Melilla) las mujeres argelinas siempre alegan lo mismo: son casadas a la fuerza. Su marido es drogadicto. Las maltratan. Las fuerzan. Se tienen que prostituir o conseguir dinero, su familia las rechaza... También llama la atención que las mujeres argelinas relaten a la policía nada más llegar de su país este tipo de problemas íntimos procediendo como proceden de una cultura donde o bien estas situaciones son aceptadas y asumidas por las mujeres o se trata de problemas domésticos de los que no se habla, y menos aún delante de un hombre policía en un país extranjero (...) Es evidente que este tipo de situaciones se producen en el país de origen, pero por una cuestión meramente estadística y de sentido común el hecho de que todas las argelinas y solo en Melilla aleguen lo mismo, resta verosimilitud a las alegaciones, inverosimilitud que en más de una ocasión se ha podido demostrar de manera fehaciente”.

Teniendo en cuenta que –como hemos señalado anteriormente– es el solicitante del asilo quien debe presentar los elementos necesarios para apreciar la veracidad de los hechos y las circunstancias alegadas, en el caso de esta mujer argelina, y contando con la asistencia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante, ACNUR³⁴⁸) en España, la sentencia concluye que *el relato en el que basa su solicitud resulta inverosímil tal y como lo formula y según la*

³⁴⁸ Al respecto, debemos señalar que el propio TEDH –como sucedió en el **caso M.B. y otros contra Turquía**, de 15 de junio de 2010 (nº 36009/08, §§ 33 y 34)– tiene muy en cuenta las conclusiones de los informes que realiza el ACNUR al examinar las circunstancias particulares de quienes solicitan el asilo; en este caso, una familia iraní cristiana que alegó que su expulsión de Turquía los expondría a recibir malos tratos e incluso la muerte: *A la luz de la evaluación del ACNUR, la Corte considera que existen fundadas razones para aceptar que los solicitantes corren el riesgo de una violación de sus derechos en virtud del Art. 3, si son devueltos a Irán*. Y, en idéntico sentido, en un asunto similar, el **caso Ahmadpour contra Turquía, de 15 de junio de 2010** (nº 12717/08, § 39).

información disponible sobre el país de origen y la recogida en el expediente, así como contradictorio en la descripción de los hechos que motivaron la persecución alegada y de los aspectos esenciales de dicha persecución, de forma tal que no puede considerarse que haya acreditado suficientemente la veracidad de esta persecución y sin que se deduzcan del expediente otros elementos que indiquen que la misma haya existido, o que justifiquen un temor fundado a sufrirla (FdD 2°). Por las razones expuestas, el recurso de casación que interpuso esta mujer fue desestimado, considerando la sala que la petición del asilo obedece a otras razones, sociales y económicas básicamente, existentes en Argelia.

En otras ocasiones, quien solicita el asilo procede de algún país que no solo padece unas malas condiciones socioeconómicas sino que vive inmerso en un *clima de hostilidades, persecuciones y enfrentamientos interétnicos*; así le ocurrió a un ciudadano marfileño que alegó ser víctima de torturas y sufrir persecución en Costa de Marfil por su origen, una etnia musulmana. El Supremo reiteró que *las situaciones de conflicto generalizado en el país de origen del solicitante no dan lugar a la concesión de la condición de refugiado si no van acompañadas del temor fundado a sufrir persecución personal por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas; y que aunque para la concesión del derecho de asilo no es necesaria, ciertamente, una prueba plena de que el solicitante haya sufrido en su país de origen persecución por alguno de aquellos motivos, sí es necesario, al menos, que existan indicios suficientes de ello, pues de otro modo todo ciudadano de un país en que se produzcan graves trastornos sociales, con muerte de personas civiles y ausencia de protección de los derechos básicos del hombre, tendría*

*automáticamente derecho a la concesión del asilo, lo que no es, desde luego, la finalidad de la institución*³⁴⁹.

El recurso de casación –contra la sentencia de la Audiencia Nacional que le denegó el asilo– no pudo prosperar porque *ni el relato de persecución del recurrente resulta útil a estos efectos, ni tampoco lo es la procedencia de Costa de Marfil, vistas las fundadas consideraciones que hace el informe de la Instrucción sobre la evolución y tendencia progresiva a la normalización de dicho país, que, insistimos, el recurrente ni siquiera ha intentado rebatir mediante la adecuada actividad probatoria.*

En este sentido, la consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo³⁵⁰ está siendo reiterada y uniforme: *Ciertamente para la concesión de asilo bastan indicios suficientes de que el solicitante tiene fundado temor de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. Bastan pues, los indicios suficientes; pero estos han de existir y es carga del recurrente aportarlos.*

Durante el primer trimestre de 2012, este órgano judicial ha tenido que resolver tres recursos de casación relacionados con musulmanes que alegaban haber sido sometidos a torturas o malos tratos: un iraní perteneciente a la minoría gashgái de origen turco, al que se cuestionó la veracidad de su relato –*la existencia de torturas y malos tratos generalizados en las prisiones y los centros de detención de Irán*³⁵¹– porque no lo sustentó con ningún elemento probatorio ni indiciario; un

³⁴⁹ STS 5953/2011, de 29 de septiembre (FdD 5º).

³⁵⁰ STS 636/2012, de 10 de febrero (FdD 3º).

³⁵¹ STS 2284/2012, de 23 de marzo (FdD 6º).

minero ruso que trabajaba en la República de Daguestán³⁵² donde, según su testimonio, fue abordado *por cuatro radicales wahabistas* que le exigieron *la venta de explosivos para sus fines. Ante su negativa, fue perseguido, amenazado, golpeado y tuvo que ser hospitalizado, denunciando los hechos a la policía, pero no obtuvo respuesta de las autoridades;* o un carpintero sirio de origen kurdo que afirmaba haber sido detenido y torturado en una comisaría de Siria, antes de huir a Turquía y, posteriormente, a Ceuta, donde pidió asilo. En el informe de instrucción de esta solicitud se indicó que *observamos que todas las peticiones de ciudadanos kurdos sirios (...) se parecen, responden a un mismo patrón y aportan los mismos datos sobre los mismos hechos e incluso el mismo documento, únicamente una fotocopia de la tarjeta de identidad siria.* Algo que resulta muy importante a la hora de valorar la credibilidad de la solicitud: *la aparición de diversos relatos similares al presentado por el solicitante de asilo, dan la sensación de que están preparados por alguien distinto del interesado y es un elemento que apuntan a la inverosimilitud de la persecución relatada*³⁵³.

A tenor de esta doctrina jurisprudencial, tampoco debemos llegar a la errónea conclusión de que la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo deniega todas las solicitudes de asilo relacionadas con musulmanes que alegan haber sufrido algún trato inhumano o degradante. Como ha estimado en diversas sentencias: *en aquellos supuestos en que se acredite la existencia de «indicios suficientes», según las circunstancias de cada caso* –como, por ejemplo, cuando una mujer sufre persecución por el mero hecho de pertenecer al género

³⁵² STS 1231/2012, de 2 de marzo (FdD 4º).

³⁵³ STS 636/2012, de 10 de febrero (FdD 2º).

femenino, lo que le ha supuesto la imposición de prácticas contrarias a la dignidad humana, como la mutilación de un órgano genital, y el régimen legal de su país de origen no le ofrece una protección jurídica eficaz— entonces, *procede la concesión del derecho de asilo*³⁵⁴; supuesto que ya tuvimos ocasión de mencionar al analizar la vulneración de un derecho por el origen cultural del agresor.

Las sentencias que se recurren en casación ante el Tribunal Supremo proceden de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional. En esa instancia, durante el primer trimestre de 2012, se fallaron una decena de resoluciones similares, entre las que podemos destacar dos: en primer lugar, la de un grupo de saharauis que solicitaron el asilo —alegando detenciones, torturas y malos tratos por parte de las autoridades marroquíes— pero estas diecisiete personas ya tenían incoadas órdenes de expulsión del territorio nacional, *lo que implica el carácter fraudulento de la misma, al querer utilizar la vía de l asilo para obviar la normativa general en materia de extranjería, presunción que no ha sido destruida por [los solicitantes], toda vez que ni siquiera aporta razones para intentar justificar el momento de presentación de la solicitud*³⁵⁵; y, por otra parte, la sentencia sobre el *relato confuso y carente de fiabilidad* de un nigeriano³⁵⁶ que adjuntó fotografías de *una invocada agresión (...) Que esas imágenes ofrecen la visión de una persona atada y tendida sobre el suelo, no hay duda. De lo que si hay dudas y se entiende que razonables (...) es de la autenticidad de lo mostrado, de que no se trate de una representación deliberada, de*

³⁵⁴ STS 4013/2011, de 15 de junio (FdD 4º); en relación con las SSTS 1303/2007, de 15 de febrero y 2781/2009, de 11 de mayo.

³⁵⁵ SAN 1481/2012, de 29 de marzo (FJ 2º).

³⁵⁶ SAN 1439/2012, de 30 de marzo (FJ 2º).

una reconstrucción elaborada a partir del fingimiento. En este caso, la Audiencia consideró que, *en este punto, hay que tener en cuenta de acuerdo con nuestros tribunales, que las fotografías no resultan documentas de entidad probatoria suficiente porque pueden ser fácilmente manipulables.*

4.3.c).4) Recapitulación:

A pesar de que el Derecho Humanitario Internacional prohíbe toda clase de tortura y que ésta constituye una grave violación de los derechos fundamentales, se trata de una práctica que, lamentablemente, continúa produciéndose en todo el mundo, lo que conlleva un inevitable flujo de personas que huyen de sus países de origen buscando asilo en otras naciones. Sólo en 2010, el informe de *Tendencias Globales de ACNUR* calculó que más de 845.800 personas cursaron una solicitud de asilo o de estatuto de refugiado ese año. Los documentos de este organismo de las Naciones Unidas no especifican los motivos, aunque los dos más citados son los problemas económicos y la falta de seguridad.

En el ámbito de la Unión Europea, la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, estableció las normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional así como el contenido de la protección concedida. Basándose en la plena y total aplicación de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951, completada por el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967, el objetivo de la Unión es ir estableciendo

progresivamente *un espacio de libertad, seguridad y justicia abierto a los que, impulsados por las circunstancias, busquen legítimamente protección en la Comunidad y creando una política común en el ámbito del asilo.*

Hablando de la protección en caso de devolución, expulsión y extradición³⁵⁷, el Art. 19.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece que *Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes*; el mismo criterio que ya se estableció en el considerando 13º de la Decisión Marco de 13 de junio de 2002, sobre la orden de detención europea³⁵⁸ (la *euroorden*) y los procedimientos de entrega entre Estados miembros; de esta forma, se incorporó la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la llamada protección subsidiaria.

El Art. 2.e) de la Directiva 2004/83/CE define qué debemos entender por persona con derecho a esa protección subsidiaria; *el nacional de un tercer país o apátrida que no reúne los requisitos para*

³⁵⁷ DÍAZ CREGO, M. Derecho de Extranjería y jurisprudencia del TC, TEDH y TJUE. En AJA, E., ARANGO, J. y ALONSO, J. O. *Anuario de Inmigración en España, Edición 2011*. Barcelona: CIDOB, 2011, pp. 9 y 10. La profesora Díaz Crego considera que “según jurisprudencia bien asentada, un Estado parte del CEDH vulneraría el artículo 3 CEDH si expulsara o extraditara a un extranjero hacia un país cuando existieran temores serios y fundados de que esa persona, en caso de ser expulsada o extraditada, correría un riesgo real de sufrir tratos contrarios al CEDH. Según el TEDH, esa prohibición es absoluta, de modo que será de aplicación a cualquier persona, independientemente de que esta pueda suponer un peligro para el Estado de acogida (...) La mayoría de los asuntos en los que el TEDH se ha pronunciado sobre la eventual vulneración del artículo 3 CEDH en casos de expulsión o extradición de extranjeros ha tenido en cuenta no solo la situación general de inestabilidad en el país de origen, sino también las circunstancias personales del demandante”.

³⁵⁸ Al respecto, el considerando 13º establece que *nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes*

ser refugiado³⁵⁹, pero respecto del cual se den motivos fundados para creer que, si regresase a su país de origen o, en el caso de un apátrida, al país de su anterior residencia habitual, se enfrentaría a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves definidos en el Art. 15, y al que no se aplican los apartados 1 y 2 del Art. 17, y que no puede o, a causa de dicho riesgo, no quiere acogerse a la protección de tal país. Los mencionados daños graves son: a) la condena a la pena de muerte o su ejecución, o b) la tortura o las penas o tratos inhumanos o degradantes de un solicitante en su país de origen, o c) las amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de un civil motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno.

¿Qué directrices debe seguir un país para evaluar a *aquellas personas que aleguen haber sufrido tortura y malos tratos, para investigar casos de presunta tortura y para comunicar los hallazgos realizados a los órganos judiciales y otros órganos investigadores?* En 1999, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos presentó el *Protocolo de Estambul* en el que más de 75 expertos de 40 organizaciones e instituciones de 15 países habían estado trabajando con el objetivo de lograr un verdadero manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; estableciendo las normas mínimas que deben aplicar los Estados para documentar estos casos.

³⁵⁹ El Art. 2.c) de la misma Directiva define refugiado como el *nacional de un tercer país que, debido a fundados temores a ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o pertenencia a determinado grupo social, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o apátrida que, hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual por los mismos motivos que los mencionados, no puede o, a causa de dichos temores no quiera regresar a él.*

El protocolo establece un decálogo con las obligaciones legales para prevenir la tortura:

- a) *Tomar medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura. En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales;*
- b) *No se procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura;*
- c) *Penalización de todos los actos de tortura, incluida la complicidad o la participación en ellos;*
- d) *Procurar que la tortura sea un delito que dé lugar a extradición y ayudar a otros Estados partes en lo que respecta a los procedimientos penales desarrollados en casos de tortura;*
- e) *Limitar el uso de la detención en incomunicación; asegurar que los detenidos se mantienen en lugares oficialmente reconocidos como lugares de detención; asegurar que los nombres de las personas responsables de su detención figuran en registros fácilmente disponibles y accesibles a los interesados, incluidos parientes y amigos; registrar la hora y lugar de todos los interrogatorios, junto con los nombres de las personas presentes; y garantizar que médicos, abogados y familiares tienen acceso a los detenidos;*
- f) *Asegurar una educación y una información sobre la prohibición de la tortura en la formación profesional del personal encargado*

de la aplicación de la ley (civil y militar) y del personal médico, de los funcionarios públicos;

- g) Asegurar que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado de declaración;*
- h) Asegurar que las autoridades competentes procedan a una investigación pronta e imparcial siempre que haya motivos razonables para creer que se ha cometido un acto de tortura;*
- i) Asegurar que toda víctima de tortura obtenga reparación e indemnización adecuadas; y*
- j) Asegurar que el o los presuntos culpables son sometidos al procedimiento penal si una investigación demuestra que parece haberse cometido un acto de tortura. Si se considera que las alegaciones de trato o pena cruel, inhumano o degradante están bien fundadas, el o los presuntos autores serán sometidos a los correspondientes procedimientos penales, disciplinarios o de otro tipo que correspondan*

En cuanto a la pena de muerte, según la doctrina del TEDH no se considera un trato inhumano o degradante. Como el Protocolo número 6 al Convenio Europeo de Derechos Humanos (Estrasburgo, 28 de abril de 1983) no excluía *la pena de muerte por actos cometidos en tiempos de guerra o de peligro inminente de guerra*, el 3 de mayo de 2002 se aprobó en Vilna el protocolo número 13 sobre abolición de la pena de muerte, *en*

todas las circunstancias; es decir, en tiempo de paz o de guerra pero, como por el momento, *existe un gran número de Estados que aún no han firmado o ratificado el Protocolo n° 13, la Corte no puede considerar la pena de muerte como trato inhumano y degradante contrario al artículo 3 de la Convención*³⁶⁰. España lo ratificó el 16 de diciembre de 2009 y entró en vigor el 1 de abril de 2010.

Aun así, la pena capital se encuentra abolida en todo el *Viejo Continente* excepto en Bielorrusia; por lo que respecta a los países de mayoría musulmana, junto a Estados retencionistas donde aún se aplica (como Libia, Egipto, Chad, Sudán, Nigeria, Irán, Iraq, Indonesia, Pakistán o todas las naciones de la Península Arábiga) existen otras naciones abolicionistas de hecho que, aunque mantienen la pena de muerte en sus ordenamientos para castigar ciertos delitos, no han llevado a cabo ninguna ejecución durante la última década (Marruecos, Argelia, Mauritania, Túnez, Malí, Níger o Turquía).

La cadena perpetua³⁶¹, tampoco se configura como un trato inhumano o degradante. En el asunto *Kafkaris contra Chipre*³⁶², la Corte de Estrasburgo analizó la legislación penal de este país y concluyó que *la imposición de una pena de cadena perpetua a un delincuente adulto, no está prohibida o resulta incompatible con el Art. 3 o cualquier otro artículo de la Convención (...) sin embargo, el Tribunal también ha*

³⁶⁰ TEDH. **Caso Öcalan contra Turquía**, de 12 de mayo de 2005 (n° 46221/99, § 165).

³⁶¹ Al respecto, téngase en cuenta que excepto Portugal –país que fue pionero en todo el mundo al abolir la *prisão perpétua* en 1884–, Noruega, España (en el momento de escribir esta nota) y algún Estado de los Balcanes, prácticamente la totalidad de los códigos penales europeos contemplan la perpetuidad de la reclusión para castigar ciertos delitos.

³⁶² TEDH. **Caso Kafkaris contra Chipre**, de 12 de febrero de 2008 (n° 21906/04, §§ 95 a 99). El demandante –un sicario que nunca reveló quién lo había contratado– colocó un explosivo debajo de un coche el 10 de julio de 1987 causando la muerte a sus tres ocupantes (Mr. P. Michael, un influyente hombre de clase alta, y sus dos hijos menores de 11 y 13 años). El asesino fue juzgado por un tribunal de Limasol que lo condenó a cadena perpetua de acuerdo con el Código Penal chipriota.

*declarado que la imposición de una pena de cadena perpetua irreducible en un adulto puede plantear una cuestión en virtud del Art. 3; es decir, que el elemento que debemos tener en cuenta es la “esperanza de liberación”: si la legislación nacional del Estado que haya impuesto la cadena perpetua permite la posibilidad de llegar a revisar la reclusión de por vida para lograr su conmutación, terminación o la libertad condicional del recluso, con eso bastará para satisfacer el Art. 3; pero dada la importancia de la cuestión planteada en este caso, numerosos jueces mostraron tanto su opinión personal como sus discrepancias. En concreto, el juez británico Nicolas Bratza –que preside el TEDH desde 2011– consideró *que ha llegado el momento en que la Corte debe afirmar claramente que la imposición de una pena de cadena perpetua irreducible, incluso en un delincuente adulto, es en principio incompatible con el Art. 3 de la Convención. Una sentencia "irreductible" equivale a (...) una sentencia para toda la vida del delincuente, sin "posibilidad" o "esperanza" o "perspectiva" de liberación.**

Por último, a partir de 1998, la jurisprudencia del TEDH viene citando el caso Quinteros³⁶³ –de acuerdo con la doctrina del Comité de

³⁶³ En relación con la decisión de 21 de julio de 1983 del Comité de Derechos Humanos de la ONU en el caso Quinteros contra Uruguay. Los hechos ocurrieron el 24 de junio de 1976, cuando un grupo de militares uruguayos detuvo a Elena Quinteros Almeida, en su domicilio de Montevideo, por sus opiniones marxistas. La joven permaneció incomunicada cuatro días hasta que fue conducida a un lugar cercano a la embajada de Venezuela donde pudo escaparse de sus captores y saltar el muro de la residencia diplomática pidiendo asilo, pero los policías vestidos de civil entraron a la legación, golpearon al personal venezolano y se la llevaron. Su madre nunca obtuvo ninguna información oficial de las autoridades sobre el paradero de su hija ni tampoco se admitió que ésta hubiese sido detenida. Ante la imposibilidad de entablar cualquier recurso en la jurisdicción uruguaya –las autoridades siempre negaron la detención– y la falta de legitimidad para invocar el hábeas corpus –sólo se aplica a personas que permanecen detenidas sin conocer las causas– la madre acabó alegando que ella misma era víctima de la tortura psicológica, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos porque ignoraba el paradero de su hija y esa intrusión afectaba a su vida privada y familiar. Finalmente, en 1983, el Comité de Derechos Humanos de la ONU concluyó que comprendía el profundo pesar y la angustia que padecía la demandante como consecuencia de la desaparición de su hija y de la continua incertidumbre

Derechos Humanos de la ONU– para afirmar que los familiares allegados (*next-of-skin*) de las personas desaparecidas también pueden llegar a ser considerados víctimas de los malos tratos (en relación con lo que, en criminología, se denomina victimización terciaria³⁶⁴). Este criterio extensivo empezó a formar parte de la jurisprudencia europea a raíz del caso Kurt³⁶⁵, cuando la señora Koçeri Kurt denunció al Gobierno de Ankara por la desaparición de su hijo Üzeyir, en unas circunstancias que comprometían la responsabilidad de Turquía en los hechos.

La Corte entendió que este país había incumplido el Art. 3 de la Convención, en relación con la demandante, porque la madre también había sufrido *incertidumbre, duda y temor durante un prolongado y continuo periodo de tiempo*, lo que le causó *angustia y un grave sufrimiento mental*; no obstante, dos años más tarde, se puntualizó que el caso Kurt *no suponía establecer ningún tipo de principio general por el cual los miembros de la familia de una persona desaparecida fuesen considerados, por lo tanto, víctimas de un maltrato contrario*³⁶⁶ a dicho Art. 3; es decir, se deberá valorar la existencia de una serie de factores en cada supuesto denunciado, como el grado de parentesco (en especial, la relación padres-hijos), si el familiar fue testigo de los hechos, su implicación a la hora de reclamar información a las autoridades y, sobre todo, la actitud con la que éstas le respondan y cómo reaccionen para

sobre su suerte y su paradero, por lo que ella también era una víctima y se le reconoció su derecho a saber lo que le había sucedido a su hija. Posteriormente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (con sede en San José, Costa Rica) también ha reiterado esta jurisprudencia en casos como los de Velásquez Rodríguez contra Honduras (de 1988) y Blake contra Guatemala (1998) donde uno de los magistrados señaló que *las víctimas son tanto el desaparecido (víctima principal) como sus familiares*.

³⁶⁴ Frente al daño que sufre la víctima directamente de su agresor (victimización primaria) o, posteriormente, al revivir los hechos en la comisaría o los juzgados (secundaria), esta victimización terciaria afectaría a su entorno familiar, social y laboral.

³⁶⁵ TEDH. **Caso Kurt contra Turquía**, de 25 de mayo de 1998 (nº 24276/94, §§ 130, 131 y 134).

³⁶⁶ TEDH. **Caso Tas contra Turquía**, de 14 de noviembre de 2000 (nº 24396/94, § 79).

apreciar que el sufrimiento que ha padecido el familiar de la víctima tenga una dimensión y un carácter distintivo.

Esos *elementos relevantes* para considerar que los parientes más próximos de un desaparecido también pueden llegar a ser considerados víctimas indirectas de los malos tratos han sido reiterados por diversas sentencias de la Corte de Estrasburgo donde se hace especial hincapié en que lo trascendental no es tanto la desaparición en sí como *las reacciones de las autoridades y sus actitudes respecto a la situación cuando* [aquella desaparición] *se pone en su conocimiento*³⁶⁷ y que, por ejemplo, los poderes públicos no hayan llevado a cabo una *efectiva investigación*³⁶⁸ oficial de modo que las reclamaciones lleven años sin ser atendidas³⁶⁹.

4.3.d) La orientación sexual y la identidad de género:

4.3.d.1) Concepto y trasfondo religioso:

En plena *revolución sexual* de los años 60, los disturbios callejeros que enfrentaron a la policía de Nueva York y a los clientes de un bar de ambiente del *Greenwich Village* –el pub *Stonewall Inn*– el 28 de junio de 1969 acabaron convirtiéndose en un símbolo de las reivindicaciones de las lesbianas, gays, bisexuales y transexuales (trasméneros) de todo el mundo a la hora de reclamar el reconocimiento legal de sus derechos y la

³⁶⁷ TEDH. **Caso Luluyev y otros contra Rusia**, de 9 de noviembre de 2006 (nº 69480/01, § 111). En relación con los casos **Orhan contra Turquía**, de 18 de junio de 2002 (nº 25656/94, § 358); **Çakici contra Turquía**, de 8 de julio de 1999 (nº 23657/94, § 98) y **Timurtas contra Turquía**, de 13 de junio de 2000 (nº 23531/94, § 95).

³⁶⁸ TEDH. **Caso Akhmadova contra Rusia**, de 3 de abril de 2012 (nº 25548/07, § 73).

³⁶⁹ TEDH. **Caso Lyanova y Aliyeva contra Rusia**, de 2 de octubre de 2008 (nº 12713/02 y 8440/03, § 118).

plena igualdad de la denominada población LGBT. Un año más tarde, con motivo del aniversario de aquella redada, el 28 de junio de 1970 se organizó la primera manifestación del día del orgullo gay.

Desde entonces, la comunidad internacional ha logrado grandes avances para garantizar que todas las personas –sea cual sea su orientación sexual o su identidad de género– puedan vivir con la misma dignidad y respeto al que tienen derecho todos los seres humanos; sin que sufran por ello ningún tipo de violencia, hostigamiento, discriminación, exclusión o estigmatización, siendo tratados con igualdad, sin discriminaciones basadas en prejuicios; esto ocurre, especialmente – como ha señalado el abogado Manuel Ródenas³⁷⁰– “en aquellas sociedades que gozan de una larga trayectoria democrática implicadas en la defensa de derechos civiles y sensibilizadas con la vulneración de la dignidad de la persona”.

Partiendo del texto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en noviembre de 2006, un grupo internacional de expertos redactó los veintinueve Principios de Yogyakarta –por la ciudad indonesia donde se aprobaron– sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género; esta declaración de principios comienza afirmando que *Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Todos los derechos humanos son universales, complementarios, indivisibles e interdependientes. La orientación sexual y la identidad de género son esenciales para la dignidad y la humanidad de toda persona y no deben ser motivo de discriminación o abuso; a*

³⁷⁰ RÓDENAS PÉREZ, M. *Estudio sociológico y jurídico sobre homosexualidad y mundo islámico*. Madrid: COGAM, 2007, pp. 204 y 205.

continuación, define qué debemos entender por estos dos conceptos: orientación sexual (*capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas*) y por identidad de género (*vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales*).

A pesar de todo, los juristas que redactaron los principios de Yogyakarta fueron conscientes de que las violaciones de los Derechos Humanos basadas en la orientación sexual o la identidad de género todavía son *un patrón global y arraigado que es motivo de seria preocupación*, con asesinatos extrajudiciales, tortura y malos tratos, agresiones sexuales y violaciones, injerencias en la privacidad, detenciones arbitrarias, negación de empleo o de oportunidades educativas... y una grave discriminación para disfrutar del resto de los Derechos Humanos.

La ONU, el Consejo de Europa y la propia Unión Europea son, probablemente, los organismos internacionales que más se han implicado en la defensa de los derechos de la comunidad LGBT; un buen ejemplo del intenso debate que suscita esta materia se produjo el 18 de diciembre

de 2008, cuando Francia presentó una iniciativa ante la Asamblea General de las Naciones Unidas –con el apoyo de los otros 26 Estados miembros de la Unión– para reafirmar *el principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género.*

En 1975, la Congregación para la Doctrina de la Fe publicó su *Declaración sobre algunas cuestiones de ética sexual*, donde señalaba el punto de vista católico sobre esta cuestión, afirmando que *los actos homosexuales son por su intrínseca naturaleza desordenados y que no pueden recibir aprobación en ningún caso.* Un documento posterior, titulado *Algunas consideraciones acerca de la respuesta a propuestas legislativas sobre la no discriminación de las personas homosexuales*, de 23 de julio de 1992, mantuvo este criterio al señalar que *la Iglesia, cuando rechaza las doctrinas erróneas en relación con la homosexualidad, no limita, sino que más bien defiende la libertad y la dignidad de la persona, entendidas de manera concreta y auténtica;* pero declarando que hay que *deplorar con firmeza que las personas homosexuales hayan sido y sean todavía objeto de expresiones malévolas y de acciones violentas.*

La postura del Islam –como hemos señalado anteriormente– depende de la lectura y la interpretación que se lleve a cabo de su texto sagrado. En principio, como sucede con el Judaísmo y el Cristianismo, existe una prohibición coránica de la sodomía basada en el pasaje de las gentes de Lot que se cita en diversas aleyas: *"¿Cometéis una deshonestidad que ninguna criatura ha cometido antes? Ciertamente, os*

llegáis a los hombres, por concupiscencia, en lugar de llegaros a las mujeres (C 7, 80-81; 27, 54); (...) ¿Os llegáis a los varones, de las criaturas, y descuidáis a vuestras esposas que vuestro Señor creó para vosotros? ¡Sí, sois gente que viola la ley! (C 26, 165-166) (...). Un eufemismo para preguntar ¿tenéis trato carnal con los hombres?

Como han indicado la politóloga iraní Nazanín Amirian y la documentalista Martha Zein³⁷¹, “la desaprobación del Corán a esas prácticas homosexuales no va acompañada con la recomendación de un castigo concreto”; de ahí que “las autoridades de distintas corrientes jurídicas del Islam propongan penas que empiezan por una multa y terminan con meses o años de prisión e incluso con la muerte”. Para el antiguo imán de la mezquita de Ciudad del Cabo –que, actualmente imparte formación en Ámsterdam– el sudafricano Muhsin Hendricks³⁷², “se puede ser musulmán y homosexual.”

En 2004, el director del portal español *webislam* (Abdenur Prado) y un colaborador (Abú Ahmad Ibrahim) demostraron la diversidad de puntos de vista que ofrece el Islam sobre esta cuestión: mientras el primero señaló que “no cabe la menor duda que el derecho a vivir la propia sexualidad es un componente ineludible de la sharia. Lo que es antinatural (y por tanto anti-islámico) es que un ser humano que se sienta atraído por alguien de su mismo sexo reprima su sexualidad y finja un deseo que no siente”; el segundo³⁷³ rebatió su idea afirmando que “los musulmanes no podemos aceptar la homosexualidad como parte de

³⁷¹ AMIRIAN, N. y ZEIN, M. *El Islam sin velo*. Barcelona: Planeta, 2009, p. 65.

³⁷² Ha creado un portal llamado *The Inner Circle* que trata de ayudar a los musulmanes que se encuentran en su misma situación.

³⁷³ Su argumentación se basaba en las aleyas de las gentes de Lot y el hadiz nº 11 del libro de los Hudud (apartado 41.1: lapidación: *Malik me contó que había preguntado a Ben Shihab acerca de alguien que cometía sodomía y Ben Shihab dijo: "Debe ser lapidado sea muhsan o no"*).

nuestro modo de vida (...) Debemos enseñar [a nuestros hijos] a tolerar, a convivir, pero también a discernir lo que es correcto de lo que no lo es. Y desde luego, no necesitamos en el seno de nuestra comunidad a personas que quieren falsear y confundir el mensaje del Islam”.

Más allá de la existencia de un debate interno islámico, según los datos del Parlamento Europeo³⁷⁴, en el mundo nos encontramos a 58 países y 60 entidades legales (estados federados, regiones o provincias) que cuentan con leyes antidiscriminatorias, frente a 76 países donde no solo se persigue a las personas por su orientación sexual sino que, en 7 de ellos –todos de mayoría musulmana (Irán, Mauritania, Arabia Saudí, Sudán, Yemen y en algunas zonas de Somalia y Nigeria)– se castiga con la pena de muerte.

Asimismo, en la mayoría de las legislaciones de estos países, “no hay diferencia entre homosexualidad masculina y femenina. Ni siquiera existe una diferenciación entre homosexualidad y transexualidad; ésta última no se legisla ni en un sentido ni en otro (...) En algunas legislaciones, no se habla de homosexualidad en sentido estricto, sino de actos cometidos contra natura, indecentes o contra la moral”³⁷⁵.

Si en la Unión Europea no cabe duda de que el desarrollo de la propia sexualidad está vinculado directamente tanto con la dignidad de la persona como con la igualdad ante la ley, prohibiéndose toda discriminación ejercida por razón de sexo o de orientación sexual (Art.

³⁷⁴ PARLAMENTO EUROPEO [en línea]. [Fecha de consulta: 1 de septiembre de 2011]. Disponible en Internet: <http://www.europarl.europa.eu/es/headlines/content/20110624STO22597/html/La-situaci%C3%B3n-de-gays-lesbianas-bisexuales-y-transexuales-a-debate>

³⁷⁵ RÓDENAS PÉREZ, M. *Estudio sociológico y jurídico sobre homosexualidad y mundo islámico*,. COGAM: Madrid, 2007, p. 219.

21.1º de la Carta de Derechos Fundamentales), ¿pueden surgir conflictos por este motivo con los musulmanes que residen en el *Viejo Continente*?

En su libro *Mientras Europa duerme*, el ensayista estadounidense Bruce Bawer³⁷⁶ narra el enfrentamiento que él y su marido vivieron en Oslo (Noruega), donde residen, cuando su esposo fue insultado y agredido por un musulmán; pero el caso más significativo, por la trascendencia que tuvo, fue sin duda la muerte del controvertido político holandés Pim Fortuyn –católico, abiertamente homosexual, contrario a la homofobia islámica y preocupado por la islamización cultural de los Países Bajos– fue asesinado el 6 de mayo de 2002; abriendo un profundo debate sobre un tema que en Holanda se mantenía casi como un tabú: la integración de la comunidad musulmana; como resultado, aquel país que había presumido de su ancestral política de consenso y tolerancia, se convirtió en uno de los Estados más severos de Europa en materia de inmigración.

4.3.d).2) El marco jurídico europeo y español:

A comienzos de los años 80, el Consejo de Europa aprobó una recomendación pionera –la 924 (1981), de 1 de octubre– sobre la discriminación de los homosexuales, exhortando a los Estados miembros a que, entre otras medidas, abolieran *el enjuiciamiento penal de las prácticas homosexuales consentidas entre adultos*; ordenaran destruir los registros especiales sobre la orientación sexual de las personas y cesaran en las investigaciones destinadas a modificar la orientación sexual de los

³⁷⁶ BAWER, B. *Mientras Europa Duerme. De cómo el islamismo radical está destruyendo Occidente desde dentro*. Madrid: FAES, 2007, pp. 69 a 71.

adultos. Recordemos que hasta el 17 de mayo de 1992, la Organización Mundial de la Salud no eliminó la homosexualidad de su lista de enfermedades mentales; y que, en el ámbito del propio Consejo de Europa, en 1995 Albania y Moldavia se convirtieron en los últimos países europeos que despenalizaron la homosexualidad.

Fechas muy recientes que demuestran la proximidad de este debate³⁷⁷ porque, como señaló la Corte de Estrasburgo, *la gran mayoría de los Estados* [miembros del Consejo de Europa] *han incorporado esta legislación en la última década*³⁷⁸.

Por su parte, el Parlamento Europeo también ha desarrollado una ingente labor a favor de los derechos del colectivo LGBT. A raíz del Informe Squarcialupi, la Cámara de Estrasburgo aprobó una Resolución el 13 de marzo de 1984 en la que instaba a los Estados miembros de la, por aquel entonces aún Comunidad Europea, para que elaboraran propuestas que evitaran la discriminación de los homosexuales en sus lugares de trabajo (acceso al empleo y despido). Diez años más tarde, un nuevo documento, el Informe Roth, de 26 de enero de 1994, incidía en que *la diferencia en el nivel de los derechos civiles para los homosexuales en los diversos Estados miembros significa que un cambio en el lugar de trabajo y de residencia dentro de la Comunidad Europea puede conducir a una pérdida de derechos y de seguridad jurídica para*

³⁷⁷ El Consejo de Europa continuó tratando esta discriminación en diversas recomendaciones; por ejemplo, la 1470, de 30 de junio de 2000 (sobre inmigración y asilo a gays y lesbianas y sus parejas); la 1474, de 26 de septiembre de 2000 (situación de lesbianas y gays en los Estados miembros del Consejo de Europa); la 1635, de 25 de noviembre de 2003 (lesbianas y gays en el deporte); la 211, de 27 de marzo de 2007 (libertad de reunión y de expresión para personas LGBT) o la del Comité de ministros de 31 de marzo de 2010, relacionando las medidas para combatir la discriminación relacionada con la orientación sexual y la identidad de género, con el discurso del odio y los crímenes de honor, *donde es razonable sospechar que la orientación sexual o identidad de género de la víctima haya constituido un motivo para el autor de estos crímenes.*

³⁷⁸ TEDH. **Caso Schalk y Kopf contra Austria**, de 24 de junio de 2010 (nº 30141/04, § 30).

los trabajadores y trabajadoras homosexuales. Ese mismo año, el 8 de febrero de 1994, la Eurocámara aprobó la resolución A-0028/94 sobre igualdad de Derechos de los homosexuales y las lesbianas en la Comunidad Europea, reiterando el trato idéntico de todos los ciudadanos y ciudadanas con independencia de su orientación sexual; asimismo, pidió a los Estados miembros que suprimieran *todas las disposiciones jurídicas que criminalizan y discriminan las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo; y que pusieran fin a la prohibición de contraer matrimonio o de acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas de lesbianas o de homosexuales*³⁷⁹.

A diferencia de la política común que la Unión Europea mantiene en relación con las mutilaciones genitales femeninas; el debate sobre la orientación sexual y la identidad de género plantea una *diferencia en el nivel de los derechos civiles de los homosexuales en los diversos Estados miembros*³⁸⁰ que menciona el Parlamento Europeo. Al tratarse de una competencia que no le corresponde al Derecho Comunitario Europeo sino a cada uno de los legisladores nacionales, nos encontramos con un amplio margen de apreciación –y de divergencias– en la regulación no

³⁷⁹ El Parlamento Europeo aprobó otras resoluciones condenando la homofobia el 15 de junio de 2006 y el 26 de abril de 2007.

³⁸⁰ Al respecto, en el **caso Alekseyev contra Rusia**, de 21 de octubre de 2010 (nº 4916/07, 25924/08 y 14599/09) cuando el Gobierno de Moscú prohibió de nuevo la celebración de una marcha del día del orgullo gay, alegó –entre otros motivos– la falta de consenso entre los Estados parte del Consejo de Europa a la hora de aceptar la homosexualidad en sus ordenamientos internos. En el § 83, la Corte de Estrasburgo realiza un pormenorizado análisis de las materias donde sí que existe ese consenso (abolición de la responsabilidad penal por mantener relaciones homosexuales entre adultos, acceso a las Fuerzas Armadas, igualdad en materia tributaria y de derechos sucesorios, etc.) y donde aún existe un amplio margen de apreciación nacional: contraer matrimonio y adoptar.

sólo de estas relaciones homosexuales sino, en general, en la legislación sobre los matrimonios religiosos y las uniones de hecho de cada país³⁸¹.

En 2010, la Corte de Estrasburgo recordó³⁸² que, en aquel momento, 6 de los 47 Estados miembros del Consejo de Europa (Bélgica, Países Bajos, Noruega, Portugal, España y Suecia)³⁸³ garantizaban a las parejas del mismo sexo la igualdad de acceso al matrimonio; otros 13 países (Andorra, Austria, República Checa, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Hungría, Islandia, Luxemburgo, Eslovenia, Suiza y el Reino Unido) habían establecido registros para que las parejas homosexuales pudieran inscribir sus relaciones; y, finalmente, Croacia contaba con una ley sobre uniones homosexuales civiles (sin registro) e Irlanda y Liechtenstein iban a legislar el reconocimiento de alguna forma de unión civil para estas parejas.

Esta diversidad normativa –con unos países que reconocen a las parejas del mismo sexo un *statu* similar al matrimonio frente a otros que ni siquiera les permiten registrarse como tal– supone en la práctica que sus consecuencias jurídicas también sean muy diferentes entre unos Estados y otros, lo que afecta a cuestiones tan importantes en las vidas de los contrayentes como los efectos fiscales de las unidades familiares, el acceso a prestaciones sanitarias, la cotización a la Seguridad Social y el derecho a cobrar una pensión, los permisos de residencia y nacionalidad, las subrogaciones en contratos de alquiler, las pensiones alimenticias, las herencias, etc.

³⁸¹ Asimismo, en el **caso Serife Yigit contra Turquía**, de 2 de noviembre de 2010 (nº 3976/05, §§ 41 a 44) se pone de manifiesto la diversidad de criterios europeos al analizar la regulación de los matrimonios religiosos y las uniones de hecho en los Estados miembros del Consejo de Europa.

³⁸² TEDH. **Caso Schalk y Kopf contra Austria**, de 24 de junio de 2010 (nº 30141/04, § 27 y siguientes).

³⁸³ Dos años después, en noviembre de 2012, a esos 6 países se unieron Islandia y Dinamarca; asimismo, está previsto que Francia los legalice a comienzos de 2013.

En el citado asunto de Shalk y Kopf contra Austria (§§ 62 y 63), el TEDH afirmó que *el matrimonio tiene profundas connotaciones sociales y culturales que pueden diferir en gran medida de una sociedad a otra*; recordó el margen de apreciación por el cual *las autoridades nacionales están en mejor posición para evaluar y responder a las necesidades de la sociedad*; y concluyó que *el Art. 12 de la Convención no impone a los Estados la obligación de garantizar a las parejas del mismo sexo el acceso al matrimonio*.

El proceso legislador se inició en la última década del siglo XX cuando los países escandinavos dieron carta de naturaleza legal a la convivencia no matrimonial: Dinamarca (1989), Suecia (1994) y Finlandia (2001) fueron los pioneros pero con una notable peculiaridad: las uniones de hecho nórdicas estaban pensadas para las parejas homosexuales que quisieran formalizar su relación. Su razonamiento era sencillo: los contrayentes heterosexuales, simplemente, podían casarse si así lo querían; en cambio, había que regular la situación de las parejas homosexuales para que pudieran inscribirse en el registro y disfrutar del mismo régimen legal que cualquier matrimonio. De ahí que, en Escandinavia, a las uniones de hecho se les suele denominar *uniones registradas*.

En el resto de Europa, cada país fue legalizando esta situación: Bélgica y su *cohabitation légale*, en 1998; Francia, un año después, aprobó el *pacte civil de solidarité* (PACS)³⁸⁴ que otorgaba un margen muy amplio a la autonomía de las partes, al concebir este pacto como un

³⁸⁴ ROY, O. *El Islam mundializado*. Barcelona: Bellaterra, 2003, p. 127: Al respecto, este profesor considera que dicho pacto civil de solidaridad permite dar a una pareja una forma jurídica más conforme al contrato de matrimonio musulmán que el matrimonio tal como es definido en el Código Civil francés.

contrato entre dos personas; Alemania, en 2001, con su habitual y precisa regulación; y el Reino Unido en 2004.

Un año más tarde, en España, la Ley 13/2005, de 1 de julio, modificó el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, legalizando los matrimonios homosexuales. La exposición de motivos de esta norma consideró que *el matrimonio se ha configurado como una institución, pero también como una relación jurídica que tan sólo ha podido establecerse entre personas de distinto sexo; de hecho, en tal diferencia de sexo se ha encontrado tradicionalmente uno de los fundamentos del reconocimiento de la institución por el derecho del Estado y por el derecho canónico. Por ello, los códigos de los dos últimos siglos, reflejando la mentalidad dominante, no precisaban prohibir, ni siquiera referirse, al matrimonio entre personas del mismo sexo, pues la relación entre ellas en forma alguna se consideraba que pudiera dar lugar a una relación jurídica matrimonial.*

Con esta normativa, el Gobierno español se convirtió en el tercer país del mundo –después de Holanda (2001) y Bélgica (2003)– que legalizó los matrimonios entre personas del mismo sexo. Desde entonces, otros países han aprobado iniciativas similares que han estado envueltas en la polémica porque algunos sectores de la población consideran que el concepto de *matrimonio* se debe atribuir exclusivamente a la unión de un hombre y una mujer.

La sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de noviembre –adoptada con ocho votos a favor y tres en contra³⁸⁵– resolvió

³⁸⁵ El magistrado Juan José González Rivas emitió uno de los votos particulares, afirmando que *la inclusión de las parejas del mismo sexo en la garantía constitucional del matrimonio implica reconocer una actuación*

el recurso de constitucionalidad interpuesto contra la mencionada Ley 13/2005. Su décimo fundamento jurídico señaló que *desde el punto de vista de la garantía institucional del matrimonio no cabe realizar reproche de inconstitucionalidad a la opción escogida por el legislador en este caso, dentro del margen de apreciación que la Constitución le reconoce, porque es una opción no excluida por el constituyente, y que puede tener cabida en el Art. 32 CE interpretado de acuerdo con una noción institucional de matrimonio cada vez más extendida en la sociedad española y en la sociedad internacional, aunque no sea unánimemente aceptada*. Este criterio concibe a la norma fundamental del Estado como *un árbol vivo que a través de una interpretación evolutiva se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad*.

Desde un punto de vista meramente semántico, parece obvio que, en 1978, ninguno de los constituyentes, ni la propia Real Academia Española de la Lengua que revisó el texto, se plantearon la existencia de un matrimonio entre personas del mismo sexo a la hora de redactar aquel precepto; porque, sencillamente, en aquel momento, no existía ese debate que se generó, como vimos, hace poco más de una década. Entonces, lo más probable es que no se diera ninguna importancia al uso de aquella conjunción copulativa situada en el Art. 32.1 *ab initio* entre las palabras “hombre” y “mujer” que ahora el Tribunal Constitucional ha interpretado de acuerdo con otra realidad social³⁸⁶.

que era indisponible por el legislador ordinario, lo que supone una mutación constitucional, al margen del procedimiento de reforma previsto en el Art. 167 de la CE.

³⁸⁶ MATÍA PORTILLA, F. J. Matrimonio entre personas del mismo sexo y Tribunal Constitucional: un ensayo sobre la constitucionalidad del primero y los límites en la actuación del segundo. *Revista General de Derecho Constitucional*, 2012, nº 15, pp. 9 y 10. Al respecto, el profesor Matía recuerda que tanto el Tribunal Constitucional de Portugal (sentencia 359/2008) como la *Cour d'Arbitrage* de Bélgica (sentencia 159/2004)

4.3.d).3) Las solicitudes de asilo en España de musulmanes que alegan su homosexualidad:

La política del ACNUR establece que los homosexuales pueden ser reconocidos como refugiados si *se enfrentan a ataques, tratamientos inhumanos o a una seria discriminación a causa de su homosexualidad, y cuyos gobiernos son incapaces o no desean protegerlos.*

De acuerdo con este criterio y para incorporar *el amplio elenco de actos normativos de la Unión Europea, (...) las nuevas interpretaciones surgidas en la doctrina internacional y en la jurisprudencia de órganos supranacionales como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, mejorando las garantías de las personas solicitantes y beneficiarias de protección internacional*³⁸⁷, España aprobó en 2009 una nueva ley reguladora del derecho de asilo en la que se reconoció la condición de refugiado *a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de (...) orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él*³⁸⁸.

confirmaron “la legitimidad de que el legislador, democrático, amplíe la institución matrimonial”. Esa apertura a las parejas homosexuales “se está generalizando con gran rapidez” por lo que la decisión del Tribunal Constitucional español ha tenido en cuenta “lo que está ocurriendo en los países de nuestro entorno, y en la evolución del derecho al matrimonio en el marco del Derecho europeo”.

³⁸⁷ Preámbulo de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

³⁸⁸ Art. 3 de la mencionada Ley 12/2009, de 30 de octubre.

Cuando una persona solicita al Ministerio del Interior español que se le reconozca la condición de refugiado y, por lo tanto, el derecho de asilo, pero la resolución ministerial le deniega dicho reconocimiento, el solicitante puede recurrir, por la vía contencioso-administrativa, a la Audiencia Nacional; en este caso, si el fallo desestimara de nuevo la solicitud, la sentencia podría recurrirse en casación ante el Tribunal Supremo.

La jurisprudencia de nuestro *Alto Tribunal* establece que *para la concesión del asilo son suficientes los indicios de que el solicitante pueda ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social [donde se incluye su orientación sexual³⁸⁹] u opiniones políticas. Bastan, pues, los indicios suficientes; pero estos han de existir, y es carga del recurrente aportarlos³⁹⁰.*

Ahí radica la piedra de clave de las últimas sentencias del Tribunal Supremo que han desestimado los recursos presentados por nacionales de Estados de mayoría islámica que, aunque alegaron ser perseguidos por su orientación sexual, al llegar a España no acreditaron ni aportaron ninguna prueba. Son los *indicios suficientes de persecución o de daños graves* que bastan para resolver favorablemente una solicitud, tal y como se regula en el Art. 26.2 de la Ley de Asilo.

Como ha señalado el Supremo: *el recurrente no ha aportado ningún elemento, siquiera indiciario, que permita considerar que efectivamente ha sido perseguido por causa de su orientación sexual, o tiene fundados motivos de serlo por este motivo. Evidentemente, no nos*

³⁸⁹ Al respecto, el Art. 7.1 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, establece que: *En función de las circunstancias imperantes en el país de origen, se incluye en el concepto de grupo social determinado un grupo basado en una característica común de orientación sexual o identidad sexual.*

³⁹⁰ STS 2330/2011, de 29 de abril (FdD 5º)

*estamos refiriendo a ningún documento, pero sí al menos a un relato que aporte datos o circunstancias que sitúen las alegaciones del [demandante] dentro de un ámbito razonable de credibilidad. Y no ha sido así. No basta con decir que se es homosexual y que por esta razón es perseguido (...). Estas razones son sumamente inconcretas y ambiguas, careciendo del más mínimo soporte*³⁹¹.

En marzo de 2012, el Tribunal Supremo desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un ciudadano iraní contra la resolución ministerial que le denegó el derecho de asilo; aunque, en esta ocasión, se casó la sentencia de instancia de la Audiencia Nacional porque la resolución impugnada no había *llegado a dar respuesta suficientemente motivada a la aludida alegación sustancial* [en referencia a un informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y una propuesta de resolución de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio] *que, en concreto, requería un específico y singular pronunciamiento del tribunal sentenciador*³⁹².

Por ese motivo, el Tribunal Supremo se situó *en la posición procesal del Tribunal de instancia* y denegó la condición de refugiado de este joven iraní sustentándose *en que no se aprecia la existencia de temores fundados de persecución* [por su orientación sexual] *y tampoco el solicitante ha aportado indicios del hostigamiento que dice padecer, resaltando (...) la existencia de contradicciones no sólo en la descripción de los hechos sino en los aspectos esenciales de dicha persecución;* asimismo, entre sus incoherencias, la sentencia señala que *en un régimen que castiga tan duramente la homosexualidad [Irán], no es creíble que –*

³⁹¹ STS 2330/2011, de 29 de abril (FdD 2º).

³⁹² STS 2352/2012, de 27 de marzo (FdD 4º).

de ser homosexual– no tuviera problemas serios en el ejército [donde trabajaba como técnico de sonido mientras estuvo realizando el servicio militar] y por tanto haberlos relatado ya en su primera declaración, y ni en su primera narración ni posteriormente en la entrevista menciona nada al respecto el solicitante del asilo.

En ese mismo sentido, el auto 3611/2012, de 8 de marzo, del Tribunal Supremo, aun reconociendo *la posibilidad de que una persecución por razón de sexo revista carácter protegible*, consideró que *hay que valorar casuísticamente las circunstancias del recurrente* y, por ello, inadmitió³⁹³ el recurso de casación interpuesto por un argelino homosexual, porque su relato era *de por sí inconsistente y ambiguo*, y *carece de cualquier elemento probatorio, ni siquiera indiciario, que lo sostenga*. Lo más significativo de esta resolución aparece en su tercer razonamiento jurídico, donde el propio auto afirma que *este recurso de casación presenta una estructura y contenido muy similar a otros que han sido desestimados (v.gr., SSTs de 28 de noviembre de 2008, RRC 5161/2005 y 5910/2005) o incluso inadmitidos por esta Sala (AATS de 4 de junio de 2009, 10 de diciembre de 2009 y 15 de julio de 2010, RRCC 4666/2008, 1795/2009 y 1534/2010, respectivamente) al haberse empleado en todos ellos, de forma acrítica, el mismo formulario de recurso.*

Al parecer, la picaresca que se desprende de algunos recursos – como el de un bengalí que llegó a Melilla desde Marruecos y fundamentó su petición de asilo en su *condición de homosexual, hecho por el cual*

³⁹³ En el mismo sentido, vid. **ATS 6836/2011, de 19 de mayo**, de un ciudadano bengalí; y **ATS 4559/2011, de 10 de marzo**, de un recurrente nigeriano que *no ha aportado ningún elemento, siquiera indiciario, que permita considerar que efectivamente ha sido perseguido por causa de su orientación sexual, o tiene fundados motivos de serlo por este motivo.*

*(...) su primo fue asesinado (...) y él tuvo que huir (...) pues en los países con religión musulmana la homosexualidad esta perseguida y penada— es que la solicitud del asilo se basa en tener la condición de homosexual como pretexto para acogerse al mismo y de esta forma eludir y demorar la ejecución de su expulsión del territorio nacional*³⁹⁴. En esta ciudad autónoma, la instrucción de las solicitudes ha comprobado que *en Melilla es muy habitual que los argelinos soliciten asilo alegando su condición homosexual*³⁹⁵.

De igual forma, el relato de un granjero eritreo³⁹⁶ se basó en que *cuando la población de mi distrito se dio cuenta de que yo practicaba la homosexualidad y la ley musulmana lo prohíbe, me atacaron y empezaron a pegarme (...) Estuve tres días retenido e intentaron asesinarme (...) De camino [al hospital] me escapé y fui a casa de un pariente, quien me ayudó a cruzar la frontera de Perora para pasar a Sudán. Cuando llegué allí, me di cuenta de que la homosexualidad estaba prohibida en todos los países africanos, así que me vi obligado a dirigirme a España*. Sus alegaciones fueron tan genéricas e imprecisas — no acreditó con ningún documento ni su identidad ni tampoco su nacionalidad— y ofrecía tantos *puntos oscuros* que se desestimó su recurso, dudándose incluso de que procediera realmente de Eritrea. Esta sentencia es interesante porque la Sala consideró *conveniente traer a colación los criterios sustentados por organismos internacionales* y realiza un análisis de las directrices del ACNUR, los Convenios de Ginebra y la normativa europea sobre este ámbito.

³⁹⁴ STS 4985/2011, de 14 de julio (FdD 2°).

³⁹⁵ STS 3284/2011, de 31 de mayo (FdD 2°) y SSAN 985/2010, de 2 de marzo (FdD 2°), 5564/2010, de 7 de septiembre (FdD 4°) y 1024/2011, de 7 de marzo (FdD 4°).

³⁹⁶ STS 3901/2011, de 16 de junio (FdD 2°).

Para resolver adecuadamente estos recursos, la Audiencia Nacional se remite a la jurisprudencia del Tribunal Supremo³⁹⁷, *como justificación de nuestra decisión (...) recordando que el Art. 4.5 de la Directiva europea 83/2004, de 29 abril*³⁹⁸ (...) *dispone que «Si las declaraciones del solicitante presentan aspectos que no están avalados por pruebas documentales o de otro tipo, tales aspectos no requerirán confirmación si se cumplen las siguientes condiciones:*

- a) El solicitante ha realizado un auténtico esfuerzo para fundamentar su petición;*
- b) Se han presentado todos los elementos pertinentes de que dispone el solicitante y se ha dado una explicación satisfactoria en relación con la falta de otros elementos pertinentes;*
- c) Las declaraciones del solicitante se consideren coherentes y verosímiles y no contradigan la información específica de carácter general disponible que sea pertinente para su caso;*
- d) El solicitante ha presentado con la mayor rapidez posible su solicitud de protección internacional, a menos que pueda demostrar la existencia de razones fundadas para no haberla presentado así;*
- e) Se ha comprobado la credibilidad general del solicitante”.*

³⁹⁷ SSTS de 2 de enero y 16 de febrero de 2009, citadas en la SAN 269/2012, de 30 de enero (FdD 5°).

³⁹⁸ Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida [Diario Oficial n° L 304, de 30 de septiembre de 2004].

Partiendo de ese presupuesto, sólo en el primer cuatrimestre de 2012, trece sentencias de la Audiencia Nacional desestimaron los recursos de otras tantas personas que alegaron su homosexualidad como causa para solicitar el asilo, definiéndose expresamente como musulmanes o como nacionales de Estados islámicos donde se condenan estas prácticas (Malí, Mauritania, Argelia, etc.). En este sentido, un ciudadano de Níger alegó que, aunque en su país la homosexualidad *no está penalizada, simplemente no se menciona en los textos legales, aunque está muy reprimida en la práctica y los homosexuales son perseguidos con otras imputaciones como desprecio al Islam*³⁹⁹.

En todos estos recursos, no tuvo éxito *la concesión de asilo solicitada*⁴⁰⁰ porque carecía de indicios suficientes *de la efectiva persecución al recurrente por causa de su orientación sexual*⁴⁰¹ y, por lo tanto, no se apreció *la concurrencia de las condiciones establecidas en la Convención de Ginebra y en la Ley de Asilo para ser beneficiaria* [en el caso de una solicitante lesbiana argelina] *de la protección internacional derivada del derecho [de] asilo*⁴⁰².

4.3.d).4) Recapitulación:

Como ha señalado el Secretario General de las Naciones Unidas, Ban Ki-Moon⁴⁰³, hay que despenalizar estas relaciones sexuales porque su

³⁹⁹ SAN 2015/2012, de 25 de abril (FdD 1º).

⁴⁰⁰ SAN 92/2012, de 20 de enero (FdD 4º).

⁴⁰¹ SAN 1836/2012, de 19 de abril (FdD 5º).

⁴⁰² SAN 1001/2012, de 12 de marzo (FdD 6º).

⁴⁰³ ONU [en línea]. [Fecha de consulta: 13 de octubre de 2011]. Disponible en Internet: <http://www.un.org/spanish/News/fullstorynews.asp?newsID=20450>

condena “alimenta el odio y la violencia, dando a la homofobia un sello de aprobación por parte del Estado”.

Distintas resoluciones de las Naciones Unidas, el Consejo de Europa o la Unión Europea abogan porque las Constituciones de cada Estado –así como cualquier otra legislación interna– consagren los principios de universalidad, complementariedad, interdependencia e indivisibilidad de todos los Derechos Humanos; garantizando su realización práctica y la modificación –incluso de sus normas de Derecho Penal– para suprimir todas aquella normativa jurídicas que criminalice y discrimine las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, poniendo fin a la desigualdad de trato basado en la orientación homosexual en cualquier disposición jurídica o administrativa. Asimismo, recomiendan a los Estados que emprendan programas de educación y sensibilización para promover y mejorar el disfrute universal de todos los Derechos Humanos por todas las personas, con independencia de su orientación sexual o la identidad de género, e integren en sus políticas un enfoque pluralista que reconozca y afirme el carácter complementario e indivisible de todos los aspectos de la identidad humana, incluidas la orientación sexual y la identidad de género, cooperando con las organizaciones del colectivo LGBT para realizar campañas contra cualquier tipo de discriminación.

El problema de fondo es que, la propia Unión Europea –y en gran parte del mundo occidental– la aplicación del principio de igualdad de trato con independencia de la orientación sexual de las personas ha empezado a formar parte de sus disposiciones legales desde hace

relativamente muy poco tiempo; por ese motivo, pretender que estas recomendaciones calen en la comunidad musulmana implicaría, como reconoció el abogado Manuel Ródenas⁴⁰⁴, “una revisión completa de sus respectivas legislaciones civiles y penales”.

Algo prácticamente imposible en una cultura donde la religión, junto a la sociedad (entendida como la suma de todos los fieles) y el Estado conforman una única realidad totalizadora: “un proyecto global que incluye todos los aspectos de la vida”, en opinión del islamólogo Samir K. Samir⁴⁰⁵; una concepción que se sitúa en el extremo contrario de esta Europa cada vez más laica cuya mayor aportación al mundo globalizado ha sido –de acuerdo con el análisis del filósofo francés Gilles Lipovetsky⁴⁰⁶– la difusión, precisamente, de los derechos individuales.

⁴⁰⁴ RÓDENAS PÉREZ, M. *Estudio sociológico y jurídico sobre homosexualidad y mundo islámico*. Madrid: COGAM, 2007, p. 235.

⁴⁰⁵ KHALIL SAMIR, S. *Cien preguntas sobre el Islam*. Madrid: Encuentro, 2003, pp. 76 y 77.

⁴⁰⁶ LIPOVETSKY, G. *El occidente globalizado*. Barcelona: Anagrama, 2011.

CAPÍTULO IV

**LAS DIFERENCIAS EN
LOS VALORES COMUNES (II)**

5. EL VALOR DE LAS LIBERTADES:

5.1) El concepto de la libertad: en 1920, el jurista austriaco Hans Kelsen⁴⁰⁷ escribió que “si ha de haber sociedad y Estado es necesario que exista un ordenamiento vinculante de la conducta recíproca de los hombres, que haya autoridad. Ahora bien, si hemos de ser gobernados queremos serlo sólo por nosotros mismos. La libertad natural se convierte en la libertad social o política (...) La ideología política no renuncia en modo alguno a conjugar la libertad y la igualdad, siendo característico de la democracia, precisamente, la síntesis de ambos principios”.

De ahí que el Presidente del Instituto Británico de Derecho Internacional y Comparado, lord Tom Bingham⁴⁰⁸, no haya dudado en calificar a la libertad como el “derecho humano más importante y, probablemente, el más antiguo, el que más ha costado conseguir y el que tiene un mayor reconocimiento internacional”. Idea que comparten los profesores Borchart⁴⁰⁹ –para quien la libertad es “el corolario de la paz, la unidad y la igualdad”– y Charfi⁴¹⁰: “la libertad individual es seguramente la más bella y puede que la más importante conquista de la humanidad en los últimos siglos. Si existe un principio que no debe ser sacrificado en aras de la especificidad cultural, es éste”. A lo que añade algunas brillantes reflexiones: “En la medida en que nadie debe ser más libre que otro, la libertad supone necesariamente la igualdad de todos los seres humanos (...) La libertad excluye la discriminación” y es uno de

⁴⁰⁷ KELSEN, H. *De la esencia y valor de la democracia*. Oviedo: KRK, 2006, pp. 39 a 59.

⁴⁰⁸ BINGHAM, T. Personal Freedom and the Dilemma of Democracies. *International and Comparative Law Quarterly*, 2003, nº 52-04, pp. 841-858.

⁴⁰⁹ BORCHARDT, K.D. *El ABC del Derecho de la Unión Europea*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2011, p. 26.

⁴¹⁰ CHARFI, M. *Islam y libertad. El malentendido histórico*. Granada: Almed, 2001, pp. 118 y 125.

los principios –junto a la igualdad y la democracia– que “requieren un largo aprendizaje si los padres, con su comportamiento y educación, no los inculcan al niño”.

A comienzos del siglo XXI, el filósofo de origen polaco Zygmunt Bauman⁴¹¹, preocupado por la falta de solidez de las relaciones humanas (a las que considera inciertas, inseguras, inestables y vulnerables) acuñó el término *líquido* para referirse a distintas cuestiones, desde el amor hasta la modernidad. Con la llegada de esa *modernidad líquida* Bauman considera que hemos ganado “libertad a costa de seguridad (...) los individuos han renunciado a gran parte de su seguridad para lograr más libertad. (...) No creo que sea posible alcanzar un equilibrio perfecto entre ellas, pero debemos perseverar en el intento (...). La seguridad y la libertad son igualmente indispensables, sin ellas la vida humana es espantosa, pero reconciliarlas es endiabladamente difícil. El problema es que son al mismo tiempo incompatibles y mutuamente dependientes. No es posible ser realmente libre si no se tiene seguridad, y la verdadera seguridad implica a su vez la libertad, ya que si no eres libre cualquiera que pasa por ahí, cualquier dictador, puede acabar con tu vida. Todas las épocas han intentado equilibrar ambas (...) Ya lo dijo Franklin Delano Roosevelt: hay que liberar a la gente del miedo. Si se tiene miedo no se puede ser libre, y el miedo es el resultado de la inseguridad. La seguridad nos hará libres”.

La mención de estos tres derechos [vida, libertad (entendida en el sentido físico de libertad del individuo a no ser privado arbitrariamente de ella) y seguridad] es la que aparece en el Art. 3 de la Declaración

⁴¹¹ BAUMAN, Z. *Múltiples culturas, una sola humanidad*. Barcelona: Katz y CCCB, 2008, pp. 49 a 51.

Universal de Derechos Humanos al establecer que *Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*; la base que nos permite disfrutar de todos los demás derechos y libertades.

El primer antecedente histórico al reconocimiento jurídico de la libertad personal frente a las detenciones arbitrarias se encuentra en la *Carta Magna* inglesa del rey Juan *sin Tierra*, de 1215; la norma que limitó el poder real, concedió derechos a la Iglesia y los señores feudales y sentó las bases para el régimen político británico, declarando que *ningún hombre libre será arrestado o encarcelado, o será obstaculizado en el ejercicio de sus libertades (...) sino conforme a un juicio legal*. Posteriormente, otros tres documentos desarrollaron este derecho en el que los ingleses fueron pioneros: la *Petición de Derechos* (de 1628, sobre derechos personales y patrimoniales), el *Acta del Habeas Corpus* (de 1679, estableció que cualquier detención necesitaba un mandamiento judicial previo y que el detenido, en un plazo no superior a veinte días, debía ser presentado ante el juez) y su *Carta de Derechos*, de 1689, que confirmó los textos anteriores.

Los colonos de la Costa Este norteamericana partieron de aquella tradición normativa británica para redactar sus propias declaraciones; la más influyente fue la *Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia*, de 12 de junio de 1776 –que sirvió de modelo a las de otras colonias, así como a la federal de 1791 y a la francesa de 1789– al establecer “I. Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los que, cuando entran en estado de sociedad, no pueden privar ó desposeer a su posteridad por ningún pacto, a saber: el goce de la vida y de la libertad,

con los medios de adquirir y poseer la propiedad y de buscar y obtener la felicidad y la seguridad. (...) VIII.- que nadie sea privado de su libertad, salvo por mandato de la ley del país o por juicio de sus iguales”. De esta forma, los padres fundadores de Estados Unidos salvaguardaron “los derechos de las minorías religiosas, disidentes y herejes, que hasta entonces habían sufrido persecuciones, intolerancia, privación de sus derechos y discriminaciones”⁴¹².

Trece años más tarde, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano aprobada en París, el 26 de agosto de 1789, comenzaba afirmando que (...) *I - Los hombres han nacido, y continúan siendo, libres e iguales en cuanto a sus derechos. Por lo tanto, las distinciones civiles sólo podrán fundarse en la utilidad pública. II - La finalidad de todas las asociaciones políticas es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre; y esos derechos son libertad, propiedad, seguridad y resistencia a la opresión; al tiempo que la Revolución Francesa proclamaba sus ideales de libertad, igualdad, fraternidad* (actual divisa de la República, según establece el Art. 2 de su Constitución⁴¹³ de 1958).

Con estos precedentes, “siguieron casi sin excepción todas las constituciones europeas del siglo XIX, hasta llegar a consolidarse en el siglo XX como un elemento indisolublemente unido al concepto de Estado de Derecho de las constituciones occidentales” –por ejemplo, el Art. 2.2º de la Constitución alemana; el 12 de la de Bélgica; el 6 de Finlandia; el 5.2º de Grecia; el 13 de Italia o el 27 de Portugal– “y al

⁴¹² WARRAQ, I. *Por qué no soy musulmán*. Barcelona: Ediciones del bronce, 2003, p. 175.

⁴¹³ Éste y otros preceptos constitucionales que se citan posteriormente han sido extraídos del libro *Las Constituciones de los Estados de la Unión Europea*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1996.

núcleo irrenunciable de derechos individuales recogidos en los instrumentos del Derecho Internacional de protección de derechos”⁴¹⁴; como el mencionado Art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; pero también el Art. 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: *Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley* [a continuación, estableció esos seis supuestos: a) *Si ha sido penado legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente.* b) *Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley.* c) *Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido.* d) *Si se trata del internamiento de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente.* e) *Si se trata del internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo.* f) *Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la*

⁴¹⁴ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. *Título II. Libertades*. En MANGAS, A. (dir.) *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*. Bilbao: Fundación BBVA, 2008, p. 196.

que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición]; o la breve y sencilla redacción del Art. 6 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: *Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad.*

En cuanto a esta última, como ha señalado el catedrático José Martín⁴¹⁵, “de la redacción del Art. 5.1 del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH existente al respecto no podría derivarse un derecho en sentido propio a la seguridad. No tiene un verdadero contenido normativo específico y propio diferenciado del elemento de la libertad”.

Por su parte, la jurisprudencia⁴¹⁶ del Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene reconociendo que *el Art. 5 de la Convención protege el derecho a la libertad y a la seguridad. Este derecho es de la mayor importancia en una sociedad democrática⁴¹⁷ en el sentido de la Convención (...) Todas las personas tienen derecho a la protección de este derecho; es decir, a no ser privado, o continuar siendo privadas, de su libertad salvo de conformidad con las condiciones especificadas en el párrafo 1 del Art. 5 que señalamos anteriormente.*

En cuanto a su reflejo en nuestro país, antes de afirmar que la libertad es uno de los *valores superiores* del ordenamiento jurídico (Art. 1 CE), el preámbulo de la Constitución Española de 1978 expresa su

⁴¹⁵ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. *Ob. cit.* p. 201.

⁴¹⁶ TEDH. **Caso Medvedyev y otros contra Francia**, de 29 de marzo de 2010 (nº 3394/03, § 76) y, entre muchas otras sentencias: **Caso De Wilde, Ooms y Versyp contra Bélgica**, de 18 de junio de 1971 (nº 2832/66, § 65); y **Winterwerp contra Países Bajos**, de 24 de octubre de 1979 (nº 6301/73, § 37).

⁴¹⁷ El concepto europeo de *sociedad democrática* se basa en tres elementos esenciales [el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura (*pluralism, tolerance and broadmindedness*)] sin los cuales no existe dicha sociedad democrática; y ha sido ampliamente reiterado por la jurisprudencia del TEDH; desde el caso **Handyside contra Reino Unido**, de 7 de diciembre de 1976 (nº 5493/72, § 49) hasta los de **Palomo Sánchez y otros contra España**, de 12 de septiembre de 2011 (nº 28955/06, § 10) y **Ciesielczyk contra Polonia**, de 26 de junio de 2012 (nº 12484/05, § 36); al igual que por el Tribunal Constitucional español, por todas, **STC 108/2008**, de 22 de septiembre (FJ 6º).

deseo de *establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran*; posteriormente, establece que *corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas* (Art. 9.2º) y cita *el libre desarrollo de la personalidad* (Art. 10.1º), dedicándole el contenido del Capítulo II del Título I (*Derechos y libertades*; Arts. 14 a 38). De igual forma, el Tribunal Constitucional también se ha pronunciado, en reiteradas ocasiones, sobre el *valor superior libertad, el derecho fundamental a la libertad personal*⁴¹⁸ y que *el derecho del individuo al libre desarrollo de su personalidad, (...) significa que "corresponde a cada persona diseñar y ejecutar su propio proyecto vital"*.

En el ámbito musulmán, el escritor que firma con el pseudónimo de *Ibn Warraq*⁴¹⁹, cree que su religión no ha desarrollado un concepto similar a los Derechos Universales, como Occidente, y que, por lo tanto, como *los seres humanos tienen (...) obligaciones para con Dios, sólo Dios tiene Derechos*. De ahí que no dude en afirmar que en el Islam *no hay (...) cosas tales como el derecho de todos los hombres a ser libres*.

Warraq suele mostrarse muy tajante en sus opiniones, pero no todos los autores musulmanes opinan como él. Hablando de la situación de su país tras la *primavera árabe* que derrocó al presidente Hosni Mubarak y del riesgo de caer en un régimen de fascismo religioso, el escritor egipcio Alaa al-Aswany⁴²⁰ afirmó que “los principios del

⁴¹⁸ STC 139/2008, de 28 de octubre (tercer antecedente); en relación con las SSTC 19/1988, de 16 de febrero, y 132/1989, de 18 de julio.

⁴¹⁹ WARRAQ, I. *Ob. cit.*, p. 183. Se trata de un autor indio que residió en Pakistán, se formó en Gran Bretaña y acabó viviendo en Estados Unidos.

⁴²⁰ *El País*, 28 de noviembre de 2011.

Gobierno islámico son iguales a los de la democracia: libertad, igualdad, rotación de poder y soberanía popular”, donde la libertad se configura como uno de los tres *grandes valores humanitarios* de la *esencia islámica*, junto a la justicia y la igualdad. Por su parte, Tariq Ramadan⁴²¹ (un autor criticado por su doble lenguaje: superficialmente tolerante y abierto bajo un discurso fundamentalista) ha señalado al respecto que “según la creencia musulmana, Dios sabe lo que es bueno y lo que es malo para sus criaturas que, al mismo tiempo, han recibido la libertad, así que indica al hombre los límites y las reglas, tanto generales como concretas, que han de observar para vivir de acuerdo con la voluntad del creador”.

En esa línea, la Declaración de los Derechos Humanos que se promulgó en El Cairo el 5 de agosto de 1990, proclamó el *derecho a la libertad* en su Art. II: *a) el hombre nace libre. Ninguna restricción debe imponerse a su derecho a la libertad, salvo bajo la autoridad y en la normal aplicación de la Ley. b) Todo individuo y todo pueblo tienen el derecho inalienable a la libertad bajo todas sus formas —física, cultural, económica y política— y deben ser habilitados para luchar con todos los medios disponibles contra toda violación o derogación de ese derecho;* no obstante, como ya hemos mencionado, el sentido último de esta Declaración —y su carácter alternativo a la Declaración Universal de la ONU de 1948— no consiste tanto en proclamar verdaderos derechos como en enumerar *preceptos, cuyo objetivo esencial es imponer el hecho*

⁴²¹ RAMADAN, T. *El Islam minoritario. Cómo ser musulmán en la Europa laica*. Barcelona: Bellaterra, 2002, pp. 115-116.

religioso como un requisito previo a los Derechos Fundamentales, tal y como ha recalcado el profesor Buendía⁴²².

Entre los musulmanes que residen en la Unión Europea, el concepto de libertad –entendida en un sentido amplio– suscita hoy en día numerosos conflictos porque, en el Islam, ser libre todavía hunde sus raíces en el ámbito de lo sagrado y, en ese contexto, “hay pocas querellas que puedan salvar tribunales que razonen sobre textos de carácter laico”⁴²³.

La situación de muchos países del mundo islámico dio un giro inesperado, y todavía impredecible, el 17 de diciembre de 2010⁴²⁴ cuando se inició una oleada de protestas que retomó muchas palabras y símbolos occidentales con unos eslóganes que, al investigador Yves González-Quijano⁴²⁵, residente en El Líbano, le recordaron “a las revueltas obreras de la Europa del siglo XIX”; de este modo descubrimos que, en muchos países de mayoría musulmana, “la juventud ya no quería el mundo que le dejaban, que esa generación no tenía ganas de esperar más” y, simplemente, entró “sin complejos en el universo globalizado del tercer milenio”; liberados “tras décadas de censura, control y represión”, salieron a la calle para poner fin a los despóticos gobiernos de sus líderes

⁴²² BUENDÍA, P. *Ob. cit.* p. 274.

⁴²³ GUILLÉN LÓPEZ, E. La inescrutabilidad de los caminos del Señor. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2004, nº 2, p. 263.

⁴²⁴ El frutero Mohamed Bouazizi se prendió fuego en las calles de Túnez en protesta porque la policía le había confiscado su puesto de venta ambulante y su único modo de vida; fue hospitalizado pero falleció el 4 de enero de 2011 como consecuencia de las graves quemaduras que sufrió por todo su cuerpo. Su muerte fue la chispa que detonó la *primavera árabe* propagándola por el Magreb y el Maxreq, Poniente y Oriente del mundo árabe, desde Marruecos hasta Siria.

⁴²⁵ GONZÁLEZ-QUIJANO, Y. Cuando las palabras de la revolución árabe nos avisan. *Presentación del catálogo de la exposición “Las pintadas de la revolución. Política y creación ciudadana”*. Madrid: Casa Árabe, diciembre 2011 – febrero 2012.

en una desconocida “catarsis de libertad”, como la definió la directora general⁴²⁶ de Casa Árabe, de Madrid.

El libro de cabecera de estos movimientos ciudadanos es un pequeño ensayo escrito por un profesor estadounidense, Gene Sharp, titulado *De la dictadura a la democracia. Un sistema conceptual para la liberación* que, aunque se publicó en 2003, se ha convertido en el manual de referencia y fuente de inspiración de los pueblos árabes, cuyos líderes han viajado a Boston para aprender del propio autor sus recomendaciones: 198 métodos de acción no violenta para establecer sistemas democráticos duraderos que respeten las libertades humanas mejorando la sociedad. Las propuestas de Sharp⁴²⁷ se pueden resumir en tres grandes conclusiones: 1) Es posible liberarse de las dictaduras; 2) Para lograrlo se requiere pensarlo cuidadosamente y planificar una estrategia; y 3) Se necesita vigilar, trabajar duro y luchar con disciplina; a menudo, pagando un alto precio; a lo que añade: “La tan citada frase de *“La libertad no es gratuita”* es cierta. Ninguna fuerza del extranjero vendrá a traer la libertad al pueblo oprimido que tanto la desea. El pueblo tendrá que aprender por sí mismo cómo liberarse. No será fácil”.

Que los movimientos encuadrados en la denominada *primavera árabe* estén basando su estrategia de liberación en las propuestas de un autor que ha llegado a ser acusado⁴²⁸ “de pertenecer a una organización de fachada de la CIA” (hecho que el escritor niega) no deja de resultar simbólico; pero el impacto de su mensaje no ha sido único. En febrero de

⁴²⁶ MARTÍN MUÑOZ, G. Cuando hasta las paredes hablan. *Presentación del catálogo de la exposición “Las pintadas de la revolución. Política y creación ciudadana”*. Madrid: Casa Árabe, diciembre 2011 – febrero 2012.

⁴²⁷ SHARP, G. *De la dictadura a la democracia. Un sistema conceptual para la liberación*. Boston: Albert Einstein Institute, 2003, p. 82.

⁴²⁸ BBC, 11 de febrero de 2011.

2012, el politólogo Vargas Llosa⁴²⁹ también recalcó el valor simbólico de “ver a Qatar ejercer un liderazgo democratizador en la Liga Árabe y a Marruecos en las Naciones Unidas” en relación con la represión que llevó a cabo Bashar al-Asad en Siria; sin embargo, este planteamiento optimista contrasta con la opinión de otros analistas internacionales que no ocultan sus temores: al profesor Ibrahim Awad⁴³⁰, de la Universidad Americana de El Cairo, le “llama la atención” que, desde la caída del ex presidente Mubarak, no haya habido una “transición constitucional e institucional en Egipto” sino un periodo de confusión que “ha sido la característica predominante en los 15 meses pasados”; mientras el arabista Carlos Varona Narvi3n⁴³¹ (director del Instituto Cervantes de Túnez) se ha planteado si “la amplia victoria del partido islamista AL-NAHDA abre interrogantes para los segmentos laicos de la población sobre si este partido respetará su programa electoral, que contempla mantener el estatuto de la familia y el actual Estado de libertades conseguidas con la revolución”.

¿Son pequeñas muestras de que algo está empezando a cambiar en el Islam o la pluralidad de regímenes islamistas que están accediendo al poder, legitimados por las urnas, dará paso a una involución de los derechos fundamentales? ¿Tendrá consecuencias entre los musulmanes que residen en Europa? Aún es pronto para saberlo porque, en una sociedad donde la religión aún mantiene un carácter totalizador, la evolución de los acontecimientos y sus consecuencias son imprevisibles.

⁴²⁹ VARGAS LLOSA, Á. *El error de los rusos*. En *El Mundo*, 6 de febrero de 2012.

⁴³⁰ AWAD, I. *Transición en Egipto (II)*. Documento ARI 39/2012 [en línea]. [Fecha de consulta: 16 de noviembre de 2012]. Disponible en Internet: <http://www.realinstitutoelcano.org>

⁴³¹ VARONA NARVI3N, C. *El islamista al-Nahda, partido vencedor en las primeras elecciones tunecinas libres*. Documento ARI 149/2011 [en línea]. [Fecha de consulta: 16 de noviembre de 2012]. Disponible en Internet: <http://www.realinstitutoelcano.org>

5.2) Puntos de conflicto relacionados con las libertades fundamentales:

5.2.a) El asunto del velo:

5.2.a).1) Origen del conflicto:

En el prólogo del libro *El pañuelo islámico en Europa*, el profesor Motilla⁴³², recuerda que “en los países de mayoría católica la tradición del pañuelo ha permanecido hasta unas generaciones atrás y el hábito religioso ha sido, y es todavía en algunas órdenes y congregaciones femeninas, una obligación impuesta”. Una idea que enlaza con un antiguo texto de 1641, obra del historiador castellano Antonio de León Pinelo⁴³³ que, hace ya más de 460 años, explicó que “a las que usan cubrirse todo el rostro con el manto, llamamos llanamente Cubiertas: i a las que descubren media vista, i en estilo vulgar dizen de medio ojo, Tapadas (...) I es, que el Tapado de medio ojo, como uso Arabe, entró en España, ó se introduxo mas, con las Arabes, i que dellas ha quedado asta oy en las Españolas”.

Hasta bien entrado el siglo XX, las mujeres de las comarcas gaditanas de La Janda y el Campo de Gibraltar se cubrían completamente con un manto negro que sólo dejaba ver uno de sus ojos. Eran las *cobijadas* que, actualmente, continúa siendo el traje típico de Vejer de la

⁴³² MOTILLA, A. *El pañuelo islámico en Europa*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 9.

⁴³³ DE LEÓN PINELO, A. *Velos antiguos i modernos en los rostros de las mugeres sus conveniencias i daños*. Madrid, 1641, pp. 41-45.

Frontera. Esa recatada forma de cubrirse –como se vistieron durante trescientos años (del siglo XVI al XIX) las *tapadas limeñas*, en Perú, o las *enfundadas mexicanas* que ocultaban su rostro con un manto– se mantiene hoy en día en diversos trajes tradicionales⁴³⁴ cuyo origen se remonta al manto y saya castellanos relacionados con la tradicional iconografía del luto de la Virgen de los Dolores (imagen que aún mantienen, rigurosamente, las viudas de etnia gitana). Evidentemente, resulta muy verosímil pensar que aquellos trajes que se extendieron en ambas orillas del Atlántico, por la Corona de Castilla, tuvieron su origen durante la invasión musulmana de la Península Ibérica.

No debemos olvidar que las tres grandes religiones monoteístas (Judaísmo, Cristianismo e Islam) surgieron en un mismo entorno: Oriente Medio. Un área geográfica caracterizada por el rigor de su clima árido y desértico. En ese contexto, desde que aparecieron los primeros asentamientos de población estable en Mesopotamia, la ropa de sus habitantes se fue adaptando a la dureza de los elementos y las necesidades de sus actividades diarias; por ese motivo, se utilizaban prendas livianas, austeras y sencillas, realizadas con telas que, básicamente, resultaran cómodas y amplias para soportar un tiempo inclemente. Aquella forma de vestir cubría gran parte del cuerpo, no tanto por decoro o pudor sino por una sencilla lógica de exponer al sol la menor superficie posible de piel.

Tras el proceso descolonizador por el que pasaron la mayor parte de los países musulmanes, al finalizar la II Guerra Mundial, y el posterior fracaso en su intento de imitar los modelos políticos y administrativos de

⁴³⁴ Como los de Llanos de Aridane, en La Palma (y, en general, en todo el archipiélago canario), Marchena (Sevilla), Consuegra (Toledo) o Tarifa (Cádiz).

sus antiguas metrópolis (tan ajenos a sus tradiciones), desde finales de los años 70 los regímenes de estas naciones volvieron la vista atrás, buscando recuperar el esplendor del pasado califal. El velo de las mujeres –y, de forma análoga, la barba de los hombres– dejó de ser un mero accesorio, que había surgido con un marcado carácter práctico y utilitario, para “convertirse en el símbolo del poder de su propietario, su ascendencia, grupo, oficio, identidad, etnia o distinción”⁴³⁵; hasta adquirir unas connotaciones religiosas relacionadas, en el caso del pañuelo, con el estatus de la mujer en el Islam.

En esa evolución histórica, ni hubo una visión única ni tampoco una regulación uniforme en todos los países islámicos; de hecho, el amplio marco normativo ha oscilado entre dos extremos diametralmente opuestos: desde las primeras regulaciones turcas de 1923 sobre el modo de vestir que acabaron con la prohibición de usar el velo (en Turquía, el laicismo es uno de sus valores constitucionales y cubrirse con el pañuelo se asocia a los movimientos que son contrarios a ese valor republicano) hasta las mujeres obligadas a cubrirse totalmente con el burka en el Afganistán de los talibán; e incluso en un mismo país, Irán, la sociedad pasó de un término al otro a mediados del siglo XX: si el Sha obligó por decreto a vestir según el modo occidental prohibiendo el uso de cualquier velo, el régimen de los ayatolás impuso el chador en cuanto derrocaron al monarca con la Revolución Islámica de 1979. Por esas aparentes contradicciones –que, en último término, sólo intentan controlar a las mujeres, discriminándolas, coartando su libertad en un marco patriarcal y relegándolas a un segundo plano– el antropólogo argelino Malek

⁴³⁵ AMIRIAN, N. y ZEIN, M. *El Islam sin velo*. Barcelona: Planeta, 2009, p. 108.

Chebel⁴³⁶ ha señalado que, hoy en día, el velo “es un buen índice para evaluar la evolución no solo de la condición femenina en los países musulmanes, sino también de su situación política”.

El pañuelo islámico se convirtió en noticia de portada el simbólico año en que Francia celebraba el bicentenario de su Revolución. En octubre de 1989, el director del instituto Gabriel-Havez, de Creil (una población del extrarradio al norte de París), llamó la atención a tres alumnas de origen magrebí –Fátima y Leïla, marroquíes, y Samira, tunecina– para que se quitaran los pañuelos de la cabeza o serían expulsadas del centro de enseñanza secundaria. Los padres de las menores y la dirección del instituto llegaron a un principio de acuerdo y las niñas pudieron regresar a clase quitándose el pañuelo mientras se encontraran dentro de las aulas, pero esta solución provisional fracasó antes de que pasara una semana, cuando intervinieron los responsables de varias asociaciones musulmanas.

El *affaire du foulard* (el asunto del velo) se trasladó de las cuatro paredes escolares a la opinión pública y a la clase política con una inusitada agresividad, al confrontar el libre ejercicio de las creencias religiosas con el enraizado principio francés de la laicidad, base fundamental de este país tras la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, y la Ley de Separación de la Iglesia y el Estado, de 1905. La controversia llegó al Consejo de Estado y, cinco años después, dio lugar a la Ley 2004-228, de 15 de marzo, sobre uso de signos y manifestaciones de pertenencia religiosa en escuelas, colegios y liceos públicos. En aplicación del laicismo se introdujo un nuevo Art.

⁴³⁶ CHEBEL, M. *Diccionario del amante del Islam*. Barcelona: Paidós Ibérica, 2005, p. 390.

L141-5-1 en el Código de Educación, estableciendo que *En las escuelas, colegios y liceos públicos, el uso de signos o uniformes por los cuales los alumnos manifiesten ostensiblemente una pertenencia religiosa está prohibido. Los reglamentos internos advertirán que la aplicación de un procedimiento disciplinario irá precedido por un diálogo con el estudiante.*

Dos meses más tarde, el Ministerio de Educación tuvo que dictar una Circular –de 18 de mayo de 2004– para precisar tanto su contenido, conjugando los principios de laicidad, neutralidad, no discriminación por motivos religiosos y tolerancia, como su aplicación tan sólo en los centros públicos, no en los privados. Asimismo, la norma ministerial permitió a los alumnos –se excluyó a los profesores– llevar signos religiosos siempre que éstos fuesen discretos –es decir, que no fueran ostentosos, señal que se identificaba con el proselitismo– y detalló cómo debía llevarse a cabo el diálogo con el alumno, antes de aplicar cualquier tipo de medida disciplinar. En 2007, la más alta instancia administrativa del país, el Consejo de Estado francés, recibió los primeros casos en los que tuvo que aplicar la nueva normativa y sus resoluciones consideraron ajustadas a Derecho que algunos colegios públicos hubiesen expulsado, por un lado, a una alumna musulmana de Tholy que utilizó una bandana como sustituto del *hiyab* y, por otro, a tres alumnos sij por llevar puestos sus tradicionales turbantes (lo cual transgrede las enseñanzas básicas del sijismo y, por lo tanto, la obligación de quitarse el turbante es contraria a su fe).

Cuando se conocen estos antecedentes, es inevitable plantearse ¿por qué surgió este conflicto en 1989 si la llegada masiva de

musulmanes a Francia había comenzado en los años 50? ¿No hubo ningún problema con el velo de las mujeres durante esos cuarenta años, mientras los inmigrantes de las antiguas colonias llegaban a la metrópoli atraídos por la bonanza económica y por su calidad de vida?

La socióloga francesa Dominique Schnapper⁴³⁷ considera que “el primer conflicto duro estalló en 1967”. Se refiere a la huelga que un grupo de trabajadores africanos musulmanes de la etnia soninké declaró en París cuando descubrieron que la alimentación que estaban recibiendo no era *halal* (comieron pollos que no se sacrificaron desangrándolos, sino mediante descargas eléctricas). A partir de aquella fecha, durante los años 70 los movimientos reivindicativos musulmanes estuvieron relacionados con dos cuestiones primordiales:

- Las condiciones en que se encontraban los alojamientos; y
- La normativa sobre permisos de trabajo (como las polémicas circulares de los ministros Marcellin y Fontanet, de 1972; anuladas por el Consejo de Estado en 1975, al considerarlas abusivas).

Cuando se lograron estas reivindicaciones, en la década de los 80, el desmedido interés por el pañuelo islámico coincidió con una polémica que procedía del otro lado del Canal de La Mancha.

Probablemente, en otras circunstancias, el asunto del velo no habría sido más que una noticia de ámbito local que se hubiera desvanecido con el paso del tiempo, pero el escándalo internacional que

⁴³⁷ SCHNAPPER, D. Modernidad y aculturaciones de los trabajadores emigrantes. En TODOROV, T. *Cruce de culturas y mestizaje cultural*. Gijón: Júcar, 1988, pp. 188 y 201.

desató un año antes la publicación de *Los versos satánicos*, de Salman Rushdie, en 1988; la posterior fetua del ayatolá Jomeini el 14 de febrero de 1989, condenando a muerte tanto al autor británico –por ser musulmán y, según el líder iraní, un apóstata– como a sus editores y traductores en cualquier país; y la inusual respuesta, con quema de ejemplares, disturbios y altercados mortales que se extendieron por todo el mundo, al considerar que la obra era insultante y obscena contra el Islam, crearon el insólito marco para que la cuestión del pañuelo abandonase su entorno y se convirtiera en un debate que afectaba a la esencia misma del laicismo francés.

El politólogo indio Bhikhu Parekh⁴³⁸ afirma, con su habitual sentido común, que el *asunto Rushdie* se podría haber solucionado de forma pacífica “si se hubiera intentado hacerlo en una fase previa, cuando lo que exigían los musulmanes era algo tan poco problemático como que se incluyera una nota en el libro diciendo que su historicidad era dudosa, o si Rushdie, en ese momento, hubiera adoptado la postura conciliadora que adoptara un año más tarde”; pero, en aquel momento, se olvidó la sensatez que resulta tan evidente con la perspectiva que da el paso del tiempo.

Es cierto que el autor británico no fue el primer escritor condenado a muerte por el contenido de sus obras⁴³⁹ pero su caso alcanzó tal grado de trascendencia social que incluso la Comisión de Derechos Humanos de la ONU llegó a utilizar la expresión *Síndrome Rushdie* para referirse a

⁴³⁸ PAREKH, B. *Repensando el multiculturalismo. Diversidad cultural y teoría política*. Madrid: Istmo, 2005, p. 446.

⁴³⁹ Al respecto, en los años 60, el novelista argelino Rachid Boudjedra tuvo que exiliarse de su país al dictarse una fetua contra él; y, en 1985, el teólogo sudanés Mahmoud Mohamed Taha murió ahorcado por las ideas que difundió en un folleto.

las olas de asesinatos islamistas que afectaron a varios países musulmanes al considerar herejes y apóstatas a escritores, periodistas, artistas e intelectuales relacionados con aquel libro y, por lo tanto, blanco legítimo, para los extremistas religiosos⁴⁴⁰. En 2005, dieciséis años después de que se dictara la fetua contra Rushdie, el popular teólogo egipcio Yusuf al Qaradawi, por su programa en la cadena de TV *Al Yazira*, todavía justificó su condena a muerte en una entrevista que concedió al diario alemán *Der Spiegel*⁴⁴¹ porque el escritor británico “había deshonrado el honor del Profeta y su familia, profanando los valores del Islam”.

Aquel año de 1989 –como volvería a suceder en 2005 con la publicación de las caricaturas de Mahoma que publicó un diario danés– la sociedad europea se encontró, de pronto, ante un escenario desconocido donde los ánimos estaban predispuestos a percibir el asunto del pañuelo como una afrenta. Christopher Caldwell⁴⁴² se muestra convencido de que aquella situación provocó que “las reclamaciones del Islam entrasen en contacto con los europeos no musulmanes”.

Otro autor, el historiador israelí Élie Barnavi, recopiló⁴⁴³ las declaraciones de algunos intelectuales musulmanes. Aunque se referían a las consecuencias de haber publicado aquellas viñetas en Dinamarca y

⁴⁴⁰ La exposición de los hechos ocurridos, según la redacción dada por la propia Comisión de la ONU, detalla cómo el embajador de Irán ante la Santa Sede declaró que mataría a Salman Rushdie con sus propias manos, (...) el Ministro del Interior de Irán instó a los agentes de *hizbolá* a que lo ejecutaran (...) el traductor italiano fue herido gravemente, (...) Hitoshi Igarishi, que había traducido el libro al japonés, fue ejecutado en Tokio (...) William Nygaard, el traductor noruego, fue apuñalado (...) El asunto Rushdie empezó como una cuestión un poco exótica, que muchos –especialmente en las Naciones Unidas– trataron de pasar por alto. Pero la llaga se ulceró, socavó normas internacionales y atacó el corazón mismo de la declaración internacional de derechos, particularmente el derecho a la libertad de opinión y expresión.

⁴⁴¹ *Der Spiegel Online*. 27 de septiembre de 2005.

⁴⁴² CALDWELL, C. *La revolución europea*. Barcelona: Debate, 2010, p. 251.

⁴⁴³ BARNAVI, É. *Las religiones asesinas*. Madrid: Turner, 2006, p. 75.

otros países, son extrapolables tanto a la reacción musulmana que se produjo con el *Síndrome Rushdie* como a los efectos en Europa del asunto del velo: “el periodista jordano Jihad Momani, escribió en su periódico, Shihan: “¿Qué es lo que más perjudica al Islam, estas caricaturas, o la imagen de un secuestrador degollando a su víctima delante de las cámaras, o la de un kamikaze que explota en medio de una ceremonia nupcial?”. Y aun otro, el yemenita Muhamad Al-Asadi: “Los musulmanes tenían ahora la oportunidad de instruir al mundo sobre los méritos del Profeta y el mensaje de paz que trajo. [Pero] los musulmanes tienen más pericia en desperdiciar oportunidades que en explotarlas”. Los Gobiernos los ignoraron. Prefirieron aullar con los lobos, haciendo como que no entendían que el Gobierno danés no tenía nada que ver y que nada podía hacer. Se trataba de demostrar, una vez más, que eran buenos musulmanes y los genuinos defensores de la verdadera fe. ¿Convencieron de ello a un solo islamista? Tenemos razones para dudarlo”.

La fetua del ayatolá Jomeini se convirtió en un punto de inflexión que marcó un antes y un después en la relación de Europa Occidental con el Islam. Hablando de sus prejuicios, mitos y errores, el escritor paquistaní Ziauddin Sardar⁴⁴⁴ considera que el ensayo de Rushdie pretendió “reducir el islam a un apéndice de la civilización occidental (...) “*Los versos satánicos*” son un ejercicio destinado a socavar tanto la historia sagrada como la personalidad misma que define como musulmanes a los musulmanes, borrando así toda la identidad cultural y religiosa del pueblo musulmán. Sería imposible intentar realizar

⁴⁴⁴ SARDAR, Z. *Extraño Oriente*. Barcelona: Gedisa, 2009, pp. 157 y 158.

semejante ejercicio sin reciclar las potentes imágenes del orientalismo”; mientras que, para otros ensayistas, como Bruno Aguilera, el caso de Salman Rushdie se sacó totalmente de contexto creando una situación anómala “que ha provocado la reacción de conocidos intelectuales europeos, que en aras de la defensa de las libertades han protagonizado furibundos ataques contra el Islam”.

El resultado de todo ello es que en Occidente el ciudadano de a pie empezó a sentir “un recelo cada vez más claro frente todo lo islámico, sin distinguir entre musulmanes moderados y radicales”⁴⁴⁵. El aumento de ese recelo mutuo elevó el grado de tensión, abonando el terreno para que el asunto del velo echase brotes ponzoñosos en toda Europa.

5.2.a).2) Concepto y trasfondo religioso:

El pañuelo islámico se puede observar desde distintos planteamientos: como un acto de provocación, el enaltecimiento de actitudes fundamentalistas, una ostentación proselitista, el primer elemento que advierte sobre un futuro peligroso, una cárcel de tela para oprimir al género femenino... o un símbolo religioso con el que estas mujeres exteriorizan, abiertamente, su condición de musulmanas, reafirmando su identidad. Así de sencillo y así de complejo, a la vez.

Desde este punto de vista, cuando una mujer decide cubrirse la cabeza con un velo, está ejercitando la libertad de manifestar su religión –tal y como establece el Art. 9.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 1950– y no puede ser objeto de más restricciones que

⁴⁴⁵ AGUILERA BARCHET, B. *Iniciación histórica al Derecho Musulmán*. Madrid: Dykinson, 2007, pp. 25 y 26.

aquéllas que estén previstas por la ley y que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, la salud o la moral públicas o, finalmente, la protección de los derechos o las libertades de los demás.

Los ordenamientos jurídicos de Francia y Turquía son el mejor ejemplo de esas restricciones legales porque son los dos países europeos en los que el laicismo encuentra su mayor reconocimiento, como uno de los valores constitucionales de ambas repúblicas; por ese motivo, los dos Estados han sido demandados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por cuestiones relativas al uso del velo; en especial, en centros escolares y universitarios.

Tanto en el asunto *Kervanci contra Francia*, de 4 de diciembre de 2004, como en el de *Leyla Sahin contra Turquía*, de 29 de junio de 2004 y 10 de noviembre de 2005 (Gran Sala), aunque la Corte⁴⁴⁶ recordó que *según su jurisprudencia, el uso del velo puede ser considerado como un acto motivado o inspirado por una religión*, ambas sentencias resolvieron a favor de las autoridades nacionales demandadas porque se consideró que habían justificado la prohibición de usar el velo (en un colegio público de la ciudad de Flers y en la Universidad de Estambul, respectivamente) de acuerdo con los reglamentos internos de estos centros y con *la ley vigente tal y como ha sido interpretada por los tribunales competentes*⁴⁴⁷; es decir, la base legal de la normativa francesa y turca según fue interpretada por su poder judicial. De modo que las dos sanciones de expulsión que se habían recurrido fueron desestimadas al considerar que se ajustaron a Derecho, que no eran desproporcionadas

⁴⁴⁶ TEDH. **Caso Kervanci contra Francia**, de 4 de diciembre de 2004 (nº 31645/04, § 47).

⁴⁴⁷ TEDH. **Caso Leyla Sahin contra Turquía**, de 29 de junio de 2004 (nº 44774/98, §§ 77 y 100)

sino que perseguían fines legítimos de protección de los derechos y libertades y que, por lo tanto, estas limitaciones eran *necesarias en una sociedad democrática*⁴⁴⁸ y no contradecían el Art. 9.2 del Convenio de Roma.

El TEDH adoptó estas resoluciones observando que son las autoridades nacionales quienes se encuentran en una mejor situación para apreciar las necesidades y condiciones: *en la esfera íntima de la moral, especialmente, en la religión (...) hay que dejar un amplio margen de apreciación a los Estados*⁴⁴⁹.

Pero, si el Estado no justifica suficientemente porqué ha llevado a cabo una determinada limitación en cuanto a la forma de vestir, la Corte de Estrasburgo resolverá el caso en favor de los demandantes y en contra del país; así ocurrió con la vestimenta del grupo religioso turco Aczimendi tarikati⁴⁵⁰ al estimar que no constituía ninguna amenaza para el orden público ni ejercía presión sobre los ciudadanos que los vieron a las afueras de una mezquita, vestidos con su habitual túnica, calzones y turbante negros.

Tariq Ramadan⁴⁵¹ considera que “el pañuelo islámico se ha convertido en un asunto de Estado que ha servido para distinguir a los musulmanes “moderados” de los “extremistas””. Aunque en otros puntos de su discurso no resulta difícil disentir de sus opiniones, este autor se muestra razonable cuando afirma que “hay que respetar las convicciones de cada uno y apoyar de la misma manera tanto a las mujeres que lo

⁴⁴⁸ TEDH. **Caso Dogru contra Francia**, de 4 de marzo de 2009 (nº 27058/05, § 37)

⁴⁴⁹ TEDH. **Caso Wingrove contra Reino Unido**, de 25 de noviembre de 1996 (nº 17419/90, § 58)

⁴⁵⁰ TEDH. **Caso Ahmet Arslan contra Turquía**, de 4 de octubre de 2010 (nº 41135/98, § 50).

⁴⁵¹ RAMADAN, T. *El Islam minoritario. Cómo ser musulmán en la Europa laica*, Barcelona: Bellaterra, 2002, p. 289.

llevan y que se ven forzadas a quitárselo como a las que no quieren llevarlo y les es impuesto”. Él lo define como “un acto de fe, un acto del alma, que no puede ser objeto de ninguna coacción. No utilizarlo no basta para desacreditar la autenticidad de la fe de una mujer; cubrirse no es ninguna prueba de una estrechez de espíritu. Sin lugar a dudas, la experiencia de la fe va más allá de esta expresión vestimentaria, pero hay que respetar a las numerosas mujeres que la viven como la traducción de una espiritualidad viva y cotidiana”.

Desde su origen, la evolución del velo y, en general, de los vestidos musulmanes, ha variado mucho “según las distintas regiones culturales, reflejando la costumbre local y la ideología imperante”⁴⁵². Lo más significativo es que, a pesar de la trascendencia social –y, sobre todo, mediática– que el asunto del pañuelo alcanzó en Francia, como hemos visto, a finales de los años 80 y, posteriormente, en toda Europa y en el resto del mundo; las fuentes primarias del Derecho Islámico contienen escasas referencias sobre este debate y, en todo caso, ninguna exige que las mujeres tengan que cubrirse la cabeza con un pañuelo (ni tan siquiera lo recomiendan) y, desde luego, tampoco se menciona la obligación de que deban ocultar todo su cuerpo bajo un burka.

Las menciones coránicas⁴⁵³ relativas al modo de vestir son escasas y se relacionan, básicamente, con la idea de mantener un decoro adecuado, cubriéndose la desnudez con ropas que no sean ceñidas ni transparentes y vinculando este aspecto de la vida más con su modo de entender la sexualidad que con su justificación religiosa; pero, como ocurre al leer todas las Escrituras Sagradas –“donde encontramos aquello

⁴⁵² NEWBY, G.D. *Breve enciclopedia del Islam*. Madrid: Alianza, 2004, p. 321.

⁴⁵³ La traducción del Corán que cito es la que realizó Julio Cortés (2ª ed. Barcelona: Herder, 2007).

que buscamos (...) y a menudo preferimos optar por leer la incitación a la violencia en lugar de la invitación a la tolerancia⁴⁵⁴ – la sutil redacción del texto sagrado de los musulmanes puede dar lugar a todo tipo de interpretaciones⁴⁵⁵.

En la recopilación de hadices (dichos y hechos del Profeta) que reunió el imán Sahih al-Bujari⁴⁵⁶ en el siglo IX, las menciones al pañuelo se refieren a un contexto muy concreto: que *para asistir a la oración (...)* las mujeres vayan *cubiertas en sus velos*; porque *luego regresaban a sus casas sin que nadie las reconozca* (hadiz 244); es decir, lo importante era que, en aquella época, una mujer llevara puesto el velo para ser piadosa y no resultar confundida con otras de peor moral. Así, hablando de *la salida de las mujeres al excusado*, el hadiz 120 narra que *Áisha relató que las esposas del Profeta solían ir a Al-Manâsi' por la noche a hacer sus necesidades; y éste es un lugar abierto. 'Umar solía decir al Profeta: 'Que tus esposas se cubran con el velo', pero el Profeta no las obligaba. Una noche, Sawda bint Zam'a, esposa del Profeta salió a la hora del 'ishâ (oración de la noche) y era una mujer alta; entonces, 'Umar le gritó: «Sawda, te he reconocido», hizo esto pues deseaba fuertemente que Dios revele la orden de usar el velo. Al tiempo, Dios reveló la orden de usar el velo.* En el hadiz 263, el mencionado Omar, que llegaría a ser

⁴⁵⁴ BARNAVI, É. *Las religiones asesinas*. Madrid: Turner, 2006, p. 75.

⁴⁵⁵ C 7, 31: *¡Hijos de Adán! ¡Atended vuestro atavío siempre que oréis!* (Al comentar esta aleya, Julio Cortés señala que no se impone a la creyente que se cubra el rostro, esa es una costumbre postcoránica). C 24, 31: *Y di a las creyentes que bajen la vista con recato, que sean castas y no muestren más adorno que los que están a la vista, que cubran su escote con el chal y no exhiban sus adornos sino a sus maridos, a sus padres, a sus suegros, a sus propios hijos, a sus hijastros (...)*. C 24, 60: *Las mujeres que han alcanzado la edad crítica y no esperanza casarse, no hacen mal si se quitan la ropa [de la calle: velos, mantos...] siempre que no exhiban sus adornos. Pero es mejor para ella si se abstienen. Dios todo lo oye, todo lo sabe.* C 33, 59: *¡Profeta! Di a tus esposas, a tus hijas y a las mujeres de los creyentes que se cubran con el manto [cuando salgan de casa]. Es mejor para que se las distinga y no sean molestadas [el empleo del manto evitaba el posible equívoco de confundirlas con esclavas].*

⁴⁵⁶ ISLAM HOUSE [en línea]. [Fecha de consulta: 1 de enero de 2012]. Disponible en Internet: http://d1.islamhouse.com/data/es/ih_books/single/es_Sahih_Al-Bujari_Version_para_imprimir.pdf

el segundo califa, tras Abú Bakr, se dirigió de nuevo a Mahoma para preguntarle: *¡Mensajero de Dios! ¿Y si ordenas que tus esposas se cubran con el velo? Por que les hablan los piadosos como los inmorales.*

En cuanto a la Risala⁴⁵⁷ –el principal tratado de jurisprudencia malikí (la escuela jurídica suní mayoritaria en el Magreb y, por lo tanto, indirectamente, en España)– la regulación sobre el vestido aparece en dos grandes pasajes:

- En el segundo capítulo del libro C, que trata sobre la pureza del agua, las ropas, el lugar de oración y la vestimenta admitida para rezar, indica que *11. La mínima ropa con la que puede rezar un hombre es una prenda del tipo dir [una especie de camisón] o un manto que le cubra. 12. Es desaconsejable que el hombre rece con una prenda que no le cubra los hombros. Más si lo hace, no ha de repetir la oración. 13. La mínima ropa con la que puede rezar una mujer es una túnica tupida y larga que cubra el dorso de sus pies y un pañuelo con el que se cubra.* El autor de este tratado, ibn Abi Zaid al-Qairawani, comenta que *la prenda con la que la mujer haga la oración no puede ser ajustada y el pañuelo con el que se debe cubrir el pelo y el cuello ha de ser tupido.*
- Y en el libro titulado *Miscelánea* junto a cuestiones tan diversas como los juegos de azar, los medicamentos, la meditación, la comida, la bebida o la circuncisión, se incide de nuevo en que, ante los demás, *es precepto que se cubran las*

⁴⁵⁷ TARIQA TIJANIYYA [en línea]. [Fecha de consulta: 5 de diciembre de 2011]. Disponible en Internet http://www.tariqa-tijaniyya.es/fiqh_Risala_20.02.html

desnudeces. Ésa es la idea básica aplicable a los dos géneros; en particular, las mujeres no deberán vestir prendas finas, de tal que si salen con ellas la gente pueda ver sus formas y tampoco deberá salir de su casa más que cubierta y en ocasiones necesarias tal y como el funeral de alguno de sus padres o familiares u ocasiones similares (se restringe su libertad pero no especifica qué partes deberá cubrirse); en cuanto a los hombres, tampoco podrán envolverse en un mantón, subiéndoselo por un lado y dejándoselo caer por el otro, sin que se vista prenda alguna bajo dicho mantón. De igual forma, la Risala establece que el varón no deberá arrastrar los faldones de su izar (una suerte de pareo: trozo de tela que se enrolla en la cintura y cae hasta los tobillos) o de su túnica para darse aires de grandeza o para presumir; por lo tanto, que los faldones no sobrepasen los tobillos [en los varones] ya que ello preserva la limpieza de la ropa y el temor que se le debe a Alá; asimismo, esos faldones del creyente han de cubrirle hasta la mitad de su pierna. En ningún pasaje de este tratado de jurisprudencia se impone la obligación de que las mujeres deban cubrirse el rostro.

Con estos precedentes se puede afirmar que ni el Corán, ni las recopilaciones de hadices, ni la Risala exigen que las mujeres tengan que cubrirse la cabeza y, obviamente, mucho menos que se oculten con un burka. Las prescripciones legales relacionadas con la vestimenta —lo que se suele denominar *Código hiyab*— proceden, “más que de las escuelas

jurídicas (...) de las ideologías imperantes en cada Estado, pues son los países árabes y musulmanes los que determinan la obligación, en su caso, de llevar el velo, qué tipo y en qué lugares”⁴⁵⁸.

Por ese motivo, nos encontramos ante un debate que ha generado opiniones diametralmente opuestas incluso en el propio colectivo femenino musulmán: en febrero de 2008, la columnista del diario turco *New Zaman* afirmaba que “el velo es una obligación de nuestra religión” y que era necesaria una ley [turca] que “permita la libertad total a las mujeres con velo”; mientras que su compatriota, Turkan Saylan⁴⁵⁹, presidenta de la ONG ÇYDD (*Apoyo a la Vida Contemporánea*, por sus iniciales en turco) fallecida en 2009, no dudó en calificar el pañuelo como “un símbolo político” afirmando, categóricamente, que “nos acabarán obligando a llevar el velo a todas”.

Esta confrontación dialéctica se ha reproducido en distintos lugares de la Tierra con testimonios como el de Irshad Manji⁴⁶⁰, una periodista de Uganda, residente en Canadá, que –hablando sobre sus dilemas con el Islam– cuenta como “hace poco conocí a una joven musulmana en una conferencia en Ottawa. Era abogada en el Departamento [Ministerio] de Justicia y había emigrado a Occidente a fin de poder practicar su fe de manera más consecuente. Para ella eso significaba llevar el hijab, opción aceptada en Norteamérica, pero no en su Túnez nativo, donde se ha prohibido el uso de los pañuelos en público como parte de su esfuerzo por “modernizar””. Su opinión se publicó antes de que estallara la

⁴⁵⁸ CATALÁ, S. Libertad religiosa de la mujer musulmana en el Islam y el uso del velo. En MOTILLA, A. (coord.). *El pañuelo islámico en Europa*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p.52.

⁴⁵⁹ DE LA VEGA, C. *Convivencia entre culturas. Polémica en Turquía y Reino Unido*. En *El Mundo*, 9 de febrero de 2008.

⁴⁶⁰ IRSHAD, M. *Mis dilemas con el Islam*. Madrid: Maeva, 2003, p. 180.

primavera árabe, precisamente en Túnez; hoy en día, la situación de este país magrebí ya no es la de hace una década, pero pone de manifiesto una paradójica idea que retomaremos en breve: una mujer musulmana puede ejercitar su libertad religiosa en los países occidentales en mejores condiciones que aquéllas que viven en países de mayoría islámica; en este caso, pudiendo llevar puesto el velo si así lo desea⁴⁶¹.

Una segunda perspectiva nos lleva a las antípodas: en 2006, el libro *¿Por qué todos me miran la cabeza?* de la escritora Randa Abdel-Fattah⁴⁶² (autora musulmana nacida en Sydney, de origen palestino-egipcio) obtuvo el premio *Libro Infantil del Año* por retratar, con mucha frescura y un lenguaje muy actual, los problemas que ocasiona en las niñas la escasa formación islámica de sus familias a la hora llevar puesto el velo en los colegios de Australia. En uno de sus cándidos diálogos, el personaje de *Leila*, una niña musulmana australiana que quiere llegar a ser abogada, habla con *Amal*, la protagonista del relato, de forma muy elocuente: “¿Sabes que mi madre ni siquiera ha leído el Corán? Se guía por lo que le dijo su madre, y ésta a su vez, por lo que le dijo la suya. Esas son sus escrituras –me sonrío de forma desalentadora–. Es como hablar con alguien de otro planeta. Es ella la que ofende al Islam –susurra– no yo”.

Por último, un tercer testimonio aporta otro curioso componente infantil. El poeta y periodista marroquí Tahar ben Jelloun⁴⁶³ ha publicado

⁴⁶¹ Manji añade (p. 220) que (...) *Como vivo en este rincón del mundo en el cual puedo pensar, discutir e investigar más acerca de cualquier tema (...) Yo, como musulmana, no me puedo callar en lo que respecta a los absolutistas del islam, ya sean extremistas como Osama bin Laden u ortodoxos como mi maestro de la madrasa [escuela islámica]. No deberíamos disfrutar solo de la libertad de investigar, sino que hemos de cerciorarnos de que esa libertad existe para todos.*

⁴⁶² ABDEL-FATTAH, R. *¿Por qué todos me miran la cabeza?* Barcelona: La Galera, 2008, p. 91.

⁴⁶³ BEN JELLOUN, T. *El Islam explicado a nuestros hijos*. Barcelona: RBA, 2002, p. 69.

los diálogos que mantiene con su hijo pequeño para que éste pueda comprender su religión:

- *Pues yo vi el otro día en la tele, unas mujeres que estaban cubiertas desde la cabeza hasta los pies. Parecían fantasmas – le dice su hijo.*
- *Las mujeres que viste son mujeres afganas maltratadas por los hombres en nombre del Islam.*
- *¿Pero el Islam obliga a las mujeres a taparse completamente?*
- *No, ¿te refieres al velo que se llama hiyab en el mundo árabe y chador en Irán? El Corán sólo dice que una mujer que reza; que se dirige a Dios, debe cubrirse la cabeza y llevar una ropa que no sea ajustada.*

En esta conversación, Jelloun cita dos clases de velos: el hiyab y el chador. Tradicionalmente, en el ámbito musulmán existen diversos tipos de prendas que, según el *Diccionario del islam e islamismo*⁴⁶⁴, se pueden definir del siguiente modo:

- La **abaya** es un “manto para hombres y mujeres que hace las veces de túnica holgada, propio de la indumentaria beduina, y actualmente signo de distinción”.
- El **chador**, obligatorio actualmente para las mujeres en Irán, es “una túnica femenina habitualmente de color negro, que va prendida a la cabeza y cae hasta los pies, envolviendo todo el cuerpo (...) presenta equivalentes en las distintas regiones

⁴⁶⁴ GÓMEZ GARCÍA, L. *Diccionario de islam e islamismo*. Madrid: Espasa, 2009, pp. 2 (abaya), 54 (chador), 139 (hiyab), 247 (niqab) y 46 (burka).

islámicas”: abaya (Arabia Saudí y Golfo Pérsico), buibui (Tanzania y Kenia), milaya (Egipto), jaique (Magreb), chadri (Pakistán).

- El **hiyab** es “una toca propia de las mujeres musulmanas. Es un vocablo genérico, pues el tamaño, color y colocación del hiyab o las condiciones en que se usa dependen tanto de costumbres locales como de la intención de quien lo lleva”. Su significado como velo femenino es “un uso metonímico a partir de su significado coránico y en el Hadiz. En ambos contextos, el vocablo hiyab hace referencia a la segregación que preserva la pureza: la de los creyentes frente a los impíos (...), la de las mujeres de Mahoma al atender a los convidados de este”.
- El **niqab** es “un velo que, a diferencia del hiyab, cubre el rostro de la mujer y suele dejar al descubierto solo los ojos”.
- Por último, la ropa de aquellas mujeres afganas que parecían fantasmas –como el hijo de Jelloun describió, gráficamente, un **burka**⁴⁶⁵– se define “entre las tribus afganas”, como “una túnica que cubre el cuerpo de la mujer, incluido el rostro, y dispone de una rejilla a la altura de los ojos”.

El origen del polémico burka no tiene nada de costumbre ancestral ni de connotaciones religiosas; surgió hace apenas cien años, a

⁴⁶⁵ MONFORTE, R. *Un burka por amor*. Madrid: Temas de hoy, 2008, pp. 78 a 80. La protagonista de esta novela se refiere al burka como: “un pedazo de tela (...) de tacto áspero y rudo en el que la protagonista, María, se sentía presa, enjaulada. Era como si alguien la hubiera atado o amordazado dentro de un saco de patatas, a juzgar por lo hosco que resultaba el tacto de aquella tela que ahora la cubría por entero y que no tardaría en convertirse en su segunda piel”.

comienzos del siglo XX, cuando el emir de Afganistán, Habibulláh Khan (asesinado en 1919), impuso esta forma de vestir a las mujeres de su harén para que los demás hombres no pudieran verlas, evitando que se sintieran tentados o atraídos por ellas; pero, con el paso del tiempo, otras afganas imitaron el burka y aquella lujosa moda de sedas bordadas con oro que empezó a utilizarse como una forma de mostrar un cierto status social de clase alta, acabó degenerando en telas rudas y, lo peor, en un modo de reducir a las mujeres a la simple condición de cosa, bajo el absoluto dominio y control masculino.

En una entrevista⁴⁶⁶ a Wassyla Tamzali –ex directora del Departamento de Igualdad de Género de la UNESCO– con ocasión de la presentación de su último ensayo⁴⁶⁷, “la abogada argelina afirmó que el burka es una forma actual de dominación de las mujeres (...). En la mayoría de los países donde aparece, en Argelia, Siria, Egipto, y, con mayor razón, en Bélgica, España y Francia, no tiene nada que ver con las tradiciones. No nos dejemos llevar por un folclore orientalista (...) Es tan cruel como los pies vendados o la ablación”.

5.2.a).3) El marco jurídico europeo y español:

En menos de una década, el exhaustivo análisis que realizó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la regulación del uso del velo en el Derecho Comparado, en el caso Leyla Sahin contra Turquía⁴⁶⁸, en 2004,

⁴⁶⁶ WEBISLAM [en línea]. [Fecha de consulta: 18 de enero de 2011]. Disponible en Internet: http://www.webislam.com/noticias/62870-wassyla_tamzali_el_burka_es_tan_cruel_como_los_pies_vendados_o_la_ablacion.html

⁴⁶⁷ TAMZALI, W. *El burka como excusa. Terrorismo intelectual, religioso y moral contra la libertad de las mujeres*. Barcelona: Saga Editorial, 2010.

⁴⁶⁸ TEDH. **Caso Leyla Sahin contra Turquía**, de 29 de junio de 2004 (nº 44774/98, § 55 a 65)

se ha visto superado por la actividad legislativa de algunos países de nuestro entorno y, como era de esperar, la respuesta europea tampoco está siendo uniforme en este caso.

Por un lado, la Unión Europea reconoció⁴⁶⁹ que *el uso del burka o el velo plantea una serie de problemas complejos y afecta a la vez a diversos derechos fundamentales, especialmente a la libertad de religión y al principio de no discriminación por razones de sexo y religión; pero recordó que este asunto pertenece al ámbito del Derecho nacional y los Estados miembros han adoptado enfoques diversos.*

Aun así, la Comisión recibió una pregunta del Parlamento Europeo sobre el uso del burka o el velo en las dependencias oficiales de la Unión y su respuesta fue que *por razones de seguridad, la entrada en los edificios de la Comisión estaba sujeta a un control de identidad. Los guardias de seguridad de la Comisión deben poder verificar si la apariencia física de la persona que pretende entrar corresponde a la fotografía del carnet de identidad o de otro documento de identificación. Si el modo de vestir de una persona esconde todos los rasgos de identificación, especialmente el rostro, no puede efectuarse un control de seguridad adecuado. En tales casos podía denegarse el acceso a los edificios de la Comisión, previa una evaluación de la proporcionalidad que tenga en cuenta la libertad de religión, la no discriminación y la necesidad de garantizar la seguridad de los funcionarios, visitantes y huéspedes de la Comisión.*

Por otro lado, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (PACE, por sus siglas en inglés) sí que ha entrado a debatir el fondo del

⁴⁶⁹ Informe sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE 2010.

asunto y, como consecuencia, aprobó una resolución⁴⁷⁰, suscrita por los 47 Estados miembros del *Viejo Continente* (toda Europa excepto Bielorrusia) en la que unánimemente se opuso a que las legislaciones nacionales establecieran una prohibición general de usar el burka, el niqab u otras vestimentas religiosas, *aunque estas restricciones se puedan justificar por razones de seguridad, o en aquellos lugares donde por motivos profesionales o administrativos se requiera neutralidad religiosa o sea necesario mantener el rostro descubierto*. A continuación, la PACE reconoce que aunque *el velo se percibe como un símbolo del sometimiento de la mujer al hombre*, una prohibición general *podría negar a las mujeres su derecho a cubrirse el rostro si personal y libremente desean hacerlo*; no obstante, también afirma que *ninguna mujer puede ser obligada por su comunidad o su familia a llevar vestimenta religiosa y cualquier acto de opresión, secuestro o violencia constituye un crimen que debe ser castigado por la ley*. El camino que deberían seguir los gobiernos europeos, según la Asamblea, es *procurar educar a las mujeres musulmanas sobre sus derechos, así como a sus familias y comunidades, animándolas a participar en la vida pública y profesional*.

La resolución del Consejo de Europa fue consecuencia directa de la situación que se estaba viviendo en algunos de sus Estados miembros.

En 2010, Bélgica se convirtió en el primer país de nuestro entorno que prohibió el uso del velo integral (burka y niqab) en los espacios públicos, aunque su Tribunal Constitucional puntualizó que esta prohibición no afectaba a los lugares de culto abiertos al público por el

⁴⁷⁰ PACE unanimously opposed to a general ban on wearing of the burqa, de 23 de julio de 2010.

riesgo de que esta medida pudiera violar la libertad religiosa. Dada la inédita situación de interinidad gubernativa que sufrió este país entre 2010 y 2011 –sin Gobierno por las habituales crisis de identidad en el reparto de las cuotas de poder entre las comunidades flamenca y valona– aquella ley tuvo que volver a ser presentada ante el Parlamento belga en abril de 2011 donde fue aprobada casi por unanimidad de toda la Cámara excepto por un voto en contra y dos abstenciones. Durante el debate, salvo las filas ecologistas (consideraron que la prohibición era desproporcionada), los demás partidos no dudaron en calificar el burka como un *símbolo de la subyugación de las mujeres* y de su *deshumanización*⁴⁷¹.

Si, en Francia, el asunto del velo ya había puesto en evidencia “la identidad colectiva homogénea, unitaria, centralista de la nación francesa”⁴⁷², el debate del burka y el niqab surgió en 2009 cuando trascendió a la prensa un documento⁴⁷³ donde se estimaba que, en toda la República, 357 mujeres vestían el velo integral. Una cifra tan baja que *Le Figaro* la calificó como “fenómeno marginal” e incluso el rector de la Gran Mezquita de París, Dalil Boubakeur, afirmó que si menos de cuatrocientas mujeres visten el burka o el niqab (...) entre más de seis millones de musulmanes (...) esto refleja que no hay ninguna necesidad de abrir un debate nacional sobre ese tema.

Aun así, el 22 de enero de 2010, el entonces presidente Sarkozy se dirigió a los parlamentarios franceses para decirles que *el velo integral no*

⁴⁷¹ *Le Soir*, 28 de abril de 2011.

⁴⁷² MÁIZ SUÁREZ, R. Nacionalismo e inmigración en Francia: La République une et indivisible y el affaire du foulard. *Revista de Estudios Políticos*, 2005, nº 129, p. 29.

⁴⁷³ Realizado por el SICOP (*Service Interne de Communication de la Police*) para la Subdirección General de Información del Ministerio del Interior.

*es bienvenido en el territorio de la República y Francia se convirtió en el segundo país europeo que prohibió el uso de ambas prendas en los espacios públicos mediante la breve Ley 2010-1192, de 11 de octubre, interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*⁴⁷⁴.

La ley establece que *en público* –se refiere tanto a vías públicas y lugares abiertos al público como a los que estén afectos a servicios públicos– *ninguna persona llevará ropa destinada a ocultar su rostro. Esta prohibición no se aplicará si la conducta es requerida o permitida por la ley o los reglamentos, si se justifica por razones de salud o profesionales, o si se encuentra en un contexto de prácticas deportivas, lúdicas o manifestaciones artísticas o tradicionales.*

El texto de esta norma se redactó de forma genérica sin citar expresamente ni al niqab ni al burka; pero no ocurrió lo mismo con la posterior Circular de 2 de marzo de 2011 dictada para desarrollar su entrada en vigor. Tras afirmar que la Ley 2010-1192 *muestra la voluntad de los representantes nacionales por reafirmar los valores de la República y las exigencias de la convivencia;* la Circular señala el alcance de la prohibición: *La ropa destinada a ocultar el rostro haciendo que sea imposible identificar a la persona. No es necesario para este fin, que la cara esté completamente oculta. La prohibición incluye, sin carácter exhaustivo, encapuchados, velos integrales (burka, niqab...), máscaras o cualquier otro accesorio o ropa que tenga el efecto, solo o en combinación con otros, de ocultar el rostro.*

Pese a todo, la normativa francesa ha tenido problemas de aplicación práctica y diferencias de criterio. Uno de los conflictos más

⁴⁷⁴ La normativa francesa puede consultarse en <http://www.legifrance.gouv.fr>

conocidos ocurrió en diciembre de 2010, cuando un Tribunal de Nantes (Países del Loira) anuló la multa que la policía había impuesto a una mujer, Sandrine Mouleres, por conducir su coche con un niqab que, según los agentes, le impedía ver correctamente; no obstante, el caso más mediático fue el de Kenza Drider; una joven de 32 años, casada, madre de cuatro hijos, francesa de origen marroquí y residente en la región del Gard, al suroeste de Francia, que en abril de 2011 se convirtió en la primera *niqabée* sancionada por llevar puesta esta prenda.

En una entrevista que concedió al portal *Islam de France*⁴⁷⁵, Drider afirmó que lo vestía por “elección personal”, que nadie la obligaba a llevarlo y que “esa es mi libertad (...) si me lo tuviera que quitar, me sentiría desnuda”; poniendo como referencias a la gente que sale a la calle con *piercing* o siguiendo la moda gótica.

En Italia, la primera sanción administrativa de 500 euros se le impuso a una mujer de origen tunecino que entró cubierta con un burka en una oficina de Correos en mayo de 2010, aplicando la Ordenanza n° 36, de 29 de enero de 2010, que aprobó el Ayuntamiento de Novara. Esta situación puso de manifiesto el componente político de las normas municipales en las regiones septentrionales italianas donde el populismo xenófobo de la Liga Norte ejercía en aquel momento una notable influencia.

En la normativa italiana de ámbito nacional sólo se prevén multas de 1.000 a 2.000 euros para quien *use cascos de protección, o cualquier otro medio para que sea difícil de reconocer a la persona en un lugar*

⁴⁷⁵ L'ISLAM DE FRANCE [en línea]. [Fecha de consulta: 2 de enero de 2012]. Disponible en Internet: <http://www.lislamdefrance.fr/regions/actu.php?idregion=12&idactu=1039>

*público o abierto al público sin motivo justificado*⁴⁷⁶. Cuando se redactó esta Ley en 1975, el legislador –como es lógico– no previó el uso de velos integrales sino de los cascos de los motociclistas; pero, por analogía, diversos ayuntamientos de la Italia septentrional –Novara, Montegrotto (Padua), Drezzo (Como), etc.– han recurrido a ese resquicio legal para aprobar las ordenanzas que prohíben el velo integral en sus localidades.

Desde el 6 de mayo de 2009, la Cámara de Diputados italiana está tramitando un proyecto de ley⁴⁷⁷ para incluir el uso de velos integrales en lugares públicos en aquel precepto de 1975; asimismo, se prevé incorporar un nuevo Art. 612 ter en el Código Penal⁴⁷⁸ que castigará a quien coaccione a otra persona para que se cubra el rostro (*Costrizione all'occultamento del volto*), con reclusión de 4 a 12 meses y multa de 10.000 a 30.000 euros.

Una nota de prensa del Consejo de Europa⁴⁷⁹ de julio de 2011, señaló que en otros países europeos –y cita expresamente a Austria, Dinamarca y Holanda– comienzan a escucharse voces que piden una regulación similar a Bélgica y Francia; en concreto, en el caso de los Países Bajos, la posibilidad de prohibir el burka en los espacios públicos se venía planteando desde 2005, tomando como base el Art. 6º.2 de su Constitución donde –en relación con el derecho de todos de manifestar

⁴⁷⁶ Art. 5º de la Ley 152/1975, de 22 de mayo, sobre tutela del orden público.

⁴⁷⁷ Proposta di Legge (PDL) 2422: *Modifica all'articolo 5 della legge 22 maggio 1975, n. 152, concernente il divieto di indossare gli indumenti denominati burqa e niqab.*

⁴⁷⁸ El futuro Art. 612 ter Código Penal italiano establecerá que: *Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da quattro a dodici mesi e con la multa da 10.000 a 30.000 euro, chiunque costringa taluno all'occultamento del volto con violenza, minaccia o abuso di autorità o in modo da cagionargli un perdurante e grave stato di ansia o di paura o da ingenerare nella persona un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto.*

⁴⁷⁹ *Penalising women who wear the burqa does not liberate them* [CommDH015 (2011)].

libremente su religión– establece que *fuera de edificios y de lugares cerrados, la ley podrá establecer normas para la protección de la salud, en interés de la libre circulación y para combatir o prevenir desórdenes*. Finalmente, en febrero de 2012 se convirtió en el tercer país europeo que lo prohibió.

En el extremo contrario, el asunto del velo no ha suscitado ningún debate jurídico ni social en Portugal, Rumanía, Hungría, Grecia, la República Checa, Polonia o Eslovaquia; mientras que Suecia y Finlandia permiten el uso del pañuelo en las escuelas públicas pero los centros sí que pueden prohibir a las alumnas que lleven burka o niqab.

En el Reino Unido, el 2 de octubre de 2000 entró en vigor la *Human Rights Act* de 1998, la norma por la que el Parlamento de Wéstminster incorporó el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Roma, 1950) a su derecho interno, lo que supuso aplicar en Gran Bretaña la libertad religiosa que se proclama en el Art. 9 de la Convención así como la jurisprudencia del TEDH; tanto ese precepto como las resoluciones de la Corte de Estrasburgo fueron ampliamente citadas en el caso más célebre del país.

Ocurrió en el Instituto Denbigh de Luton (Bedfordshire, Inglaterra) cuando una joven alumna británica de origen bengalí, llamada Shabina Begum, se negó a llevar el uniforme del centro o la ropa alternativa prevista en su reglamento para los alumnos musulmanes –el *shalwar kameez* (básicamente, una camisola con un pantalón muy amplio) y una *dupatta* (pañuelo)– y, en su lugar, quiso vestir un vestido llamado *jilbab* para no mostrar su figura, de acuerdo con sus creencias, por haber llegado a la pubertad. El proceso judicial concluyó en apelación en 2006

cuando la *House of Lords* consideró que el Instituto había justificado su negativa a que la niña llevase esta prenda y que esa medida no violaba su libertad religiosa. Salvo éste y algún otro caso puntual, el asunto del velo se ha venido resolviendo en el ámbito escolar gracias a la amplia autonomía de los colegios públicos para adaptar su régimen interno al entorno social de cada escuela.

Por último, en Alemania, la educación no es una competencia del Gobierno Federal sino de cada uno de los *Länder* que, por lo tanto, pueden desarrollar esta materia con sus propias normas siempre que no contradigan la Ley Fundamental de Bonn [*Das Grundgesetz* (GG)]; principio que se compagina con el Art. 31 GG donde se establece la primacía del Derecho Federal (*Bundesrecht*) sobre el de los Estados federados (*Landesrecht*). En este país, el asunto del velo ha tenido un planteamiento original con respecto al resto de Europa porque, en Alemania, el debate no surgió en relación con los alumnos sino con los profesores (funcionarios públicos que vienen a ser la representación de la Administración en las aulas) a raíz de una sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 2003 que dio la razón a una docente germanoafgana –Fereshda Ludin– que quería impartir sus clases en un colegio de Stútgart (Baden-Wúrtemberg) con el hiyab puesto, al considerar que ese centro debía permitirselo porque la mujer aprobó una oposición y, posteriormente, fue discriminada al no permitírsele tomar posesión de su plaza por motivos religiosos. Como resultado, hoy en día, en la República Federal⁴⁸⁰ cada Estado puede legislar sobre este asunto

⁴⁸⁰ Al respecto, el profesor Rosell ha resumido la situación de este debate en Alemania afirmando que: “diferentes gobiernos regionales aplican soluciones distintas al mismo problema”. ROSELL, J. La cuestión del velo islámico y la vestimenta religiosa en la República Federal de Alemania. En MOTILLA, A. (coord.) *El pañuelo islámico en Europa*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 203.

permitiendo o prohibiendo el uso del velo, siempre que se disponga de una norma jurídica que lo regule (en uno u otro sentido); de modo que, por ejemplo, los católicos *Länder* del sur (Baviera y Baden-Württemberg) prohibieron a las profesoras musulmanas usar cualquier pañuelo islámico para dar clase en centros tanto públicos como privados (normativa que fue muy polémica en 2004 porque no prohibió los símbolos de otros credos, como los cristianos o los judíos) mientras que Renania-Palatinado o Sajonia no han desarrollado ninguna normativa.

Fuera de las aulas y de los espacios públicos, en el contexto laboral existe la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, para luchar contra la discriminación –entre otros motivos– por la religión o las convicciones. La propia Comisión Europea señala este ejemplo en su web⁴⁸¹: *Una mujer musulmana consigue un empleo en una cafetería. No obstante, en su primer día se le dice que no puede servir a los clientes porque lleva velo y su jefe opina que este elemento no encaja con la imagen del establecimiento. Esta mujer está recibiendo un trato injusto. El hecho de que la mujer lleve velo no significa que pueda recibir un trato distinto al que reciben otros empleados.*

⁴⁸¹ COMISIÓN EUROPEA [en línea]. [Fecha de consulta: 3 de enero de 2012]. Disponible en Internet: http://ec.europa.eu/justice/fdad/cms/stopdiscrimination/diversity_in_the_eu/diversity_you/Religion_or_Belief.html?langid=es

5.2.a).4) Cuatro ejemplos españoles de conflictos relacionados con el velo:

Aunque el uso del velo también ha provocado algunas controversias en España, éstas no han alcanzado ni la polémica ni la intensidad de otros países de nuestro entorno.

Una reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que la libertad religiosa *garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual*⁴⁸²; pero, junto a esa dimensión interna, también existe una dimensión externa –a la que suele referirse con la locución latina *agere licere* (traducible, libremente, como: *llevar a cabo [algo] con licencia*)– que permite a los ciudadanos externalizar ese *claustro íntimo*, adoptando una actitud o manteniendo una conducta de cara a los demás para *actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros*⁴⁸³.

Asimismo, esta dimensión externa de la libertad religiosa se traduce, además, *en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso (STC 46/2001, de 15 de febrero), tales como las que se relacionan en el Art. 2.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de libertad religiosa, relativas, entre otros particulares, a los actos de culto, enseñanza religiosa, reunión o*

⁴⁸² STC 177/1996, de 11 de noviembre (FJ 9º).

⁴⁸³ SSTC 19/1985, de 13 de febrero (FJ 2º); 120/1990, de 27 de junio (FJ 10º) y 137/1990, de 19 de julio (FJ 8º).

*manifestación pública con fines religiosos, y asociación para el desarrollo comunitario de este tipo de actividades*⁴⁸⁴.

En España, las fricciones que han surgido con el uso del velo se enmarcan dentro de esa esfera externa del *agere licere* que –según el magistrado Sieira– *faculta a los ciudadanos a actuar con arreglo a sus propias convicciones y a mantenerlas frente a terceros (...) La tesis contraria supone reducir el Art. 16 de la Constitución a la libertad de pensamiento y de expresión y de difusión de las propias ideas vaciándolo de contenido específico*⁴⁸⁵. En ese contexto, los conflictos se han planteado cuando las mujeres que profesan el Islam han mostrado su identidad musulmana, de forma pública y notoria, en distintos ámbitos (como el escolar o el laboral) y a la hora de relacionarse con las administraciones: desde la utilización del *hiyab* en las fotografías del DNI hasta el uso del pañuelo u otras prendas en las sedes judiciales o en las consultas de los servicios públicos de sanidad.

Para la Directora General de Casa Árabe⁴⁸⁶, es importante recalcar en este punto la idea de que, “frente a una imagen de las mujeres cubiertas como sujetos pasivos y sometidos a una autoridad patriarcal, la decisión de cubrirse es en la gran mayoría de los casos una elección propia, consciente y autónoma”; opinión que coincide con la de otras

⁴⁸⁴ STC 101/2004, de 2 de junio (FJ 3º).

⁴⁸⁵ STS 341/2009, de 11 de febrero; voto particular del magistrado José Manuel Sieira.

⁴⁸⁶ MARTÍN MUÑOZ, G. *Mujeres musulmanas en España. Entre el estereotipo y la realidad*. En OSBORNE, R. y MONFERRER, J.M. (dirs.) *Procesos en torno a la religión: Presente y Futuro*. Madrid: UNED, 2005, pp. 243-263.

expertas internacionales, como la socióloga turca Nilüfer Göle⁴⁸⁷ o la antropóloga egipcia Saba Mahmood⁴⁸⁸.

▪ **EL USO DEL VELO EN LAS ESCUELAS:**

En 2004, cuando la Corte de Estrasburgo analizó la situación del uso del velo en el Derecho Comparado europeo⁴⁸⁹, dedicó el parágrafo 62 a nuestro país, afirmando que: *En España no existe una prohibición jurídica expresa sobre el uso de prendas religiosas utilizadas por las alumnas para cubrirse la cabeza en las escuelas públicas. En virtud de dos reales decretos de 26 de enero de 1996, que se aplican en las escuelas primarias y secundarias, salvo que la autoridad competente [las comunidades autónomas] haya adoptado medidas concretas, la Dirección de los centros escolares tiene autoridad para dictar el reglamento de régimen interior de la escuela que puede incluir disposiciones sobre la forma de vestir. En términos generales, las escuelas públicas permiten el uso del velo.*

Los decretos que mencionaba la conocida sentencia del TEDH, en el caso de Leyla Sahin contra Turquía, son: los Reales Decretos 82/1996, de 26 de enero⁴⁹⁰, y 83/1996, de 26 de enero⁴⁹¹. En ambas disposiciones reglamentarias se establece que los Consejos Escolares son *los órganos de participación de los diferentes miembros de la comunidad educativa y*

⁴⁸⁷ GÖLE, N. *Musulmanas y modernas: velo y civilización en Turquía*. Madrid: Talasa, 1995.

⁴⁸⁸ MAHMOOD, S. *Politics of Piety: The Islamic Revival and the Feminist Subject*. Nueva Jersey: Princeton University Press, 2005.

⁴⁸⁹ TEDH. **Caso Leyla Sahin contra Turquía**, de 29 de junio de 2004 (nº 44774/98, § 62).

⁴⁹⁰ Reglamento Orgánico de las Escuelas de Educación Infantil y de los Colegios de Educación Primaria.

⁴⁹¹ Reglamento Orgánico de los Institutos de Educación Secundaria.

que una de sus funciones es *la aprobación del proyecto educativo y del reglamento de régimen interior, así como sus modificaciones*.

Cuando el Ministerio de Educación y Ciencia los aprobó en 1996, las disposiciones adicionales indicaron su carácter supletorio en todos los centros docentes cuya titularidad corresponda a las Comunidades Autónomas. Hoy en día, de conformidad con los Estatutos de Autonomía –es el caso, por ejemplo, de Castilla y León– corresponde a las administraciones regionales *el desarrollo legislativo y la ejecución de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, de acuerdo con lo dispuesto en la normativa estatal*⁴⁹².

Como ha señalado la profesora Briones⁴⁹³, “la normativa española favorece el uso de símbolos religiosos, tanto desde la Constitución misma como desde la Ley Orgánica de Libertad Religiosa (...) en nuestro país hay una tendencia clara a poner el derecho a la educación por encima de otros derechos, ya que la educación permite un adecuado desarrollo de la personalidad humana”.

En esos términos se expresa el Art. 27 de la Constitución Española de 1978 al reconocer el derecho de todos a la educación, respetando los principios democráticos de convivencia y los derechos y libertades fundamentales; y estableciendo que los poderes públicos *garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones*. En su posterior desarrollo normativo, mediante la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, el Art. 18 señaló que

⁴⁹² Art. 73.1 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León (Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre).

⁴⁹³ BRIONES MARTÍNEZ, I. M^a. El uso del velo islámico en Europa. Un conflicto de libertad religiosa y conciencia. En: *Anuario de Derechos Humanos*, 2009, vol. 10, p. 56.

todos los centros públicos desarrollarán sus actividades con sujeción a los principios constitucionales, garantía de neutralidad ideológica y respeto de las opciones religiosas y morales a que hace referencia el Art. 27.3 de la Constitución.

Trece años después de que surgiera el *affaire du foulard* en el instituto Gabriel-Havez, de Creil (Francia), en octubre de 1989, la polémica de aquel debate se reprodujo en España.

En febrero de 2002, la niña de origen marroquí Fátima Ledrisse acudió a un centro concertado de monjas concepcionistas, en San Lorenzo de El Escorial (Madrid), con un *hiyab* cubriéndole la cabeza. Como se le prohibió acudir al colegio con el pañuelo, las autoridades decidieron escolarizarla en un instituto público, el *Juan de Herrera*, donde pudo asistir a clase cubierta pese a la oposición de la directora del centro. Con la perspectiva que da el paso el tiempo, aquel conflicto puso de manifiesto el profundo desconocimiento del Islam por parte de los medios de comunicación –se llamó chador al *hiyab*–, la sociedad y la clase política, con desafortunadas declaraciones de algunos miembros del Gobierno que llegaron a comparar el uso del pañuelo con la práctica de la ablación⁴⁹⁴.

Desde entonces, se han producido otros casos; en 2002, también en El Escorial, con las niñas Maiem y Khadija Aharran; en 2007, la *Generalitat* de Cataluña tuvo que ordenar a un centro escolar de Gerona que readmitiera a Shaima, una niña musulmana procedente de Marruecos, con apenas ocho años, a la que se prohibió utilizar el *hiyab*, basándose también en el reglamento de régimen interno del colegio (la

⁴⁹⁴ *El País*, 18 de febrero de 2002.

administración catalana primó el derecho a la educación de la menor y garantizó su escolarización con el velo); y en 2011 se vivieron situaciones puntuales en Arteixo (La Coruña), Usera (Madrid) y Burgos.

De acuerdo con el reglamento de régimen interno de cada centro escolar, cuando surge un conflicto relacionado con el velo, es el propio colegio quien adopta una primera decisión que se puede impugnar ante el órgano correspondiente de la Consejería de Educación autonómica –o del Ministerio de Educación, en el caso de Ceuta y Melilla (ciudades autónomas sin competencias en esta materia donde, mediante el diálogo, se han venido resolviendo estos conflictos)– para que sea este órgano el que adopte una resolución administrativa que sería recurrible en alzada; a partir de ahí, siempre puede iniciarse la vía contencioso-administrativa en los Tribunales de Justicia.

Así está ocurriendo en el caso más controvertido que se ha vivido en España en esta década. Se originó en Pozuelo de Alarcón (Madrid), en 2010, cuando la adolescente Najwa Malha, alumna del *Camilo José Cela*, fue sancionada por el centro por llevar el velo a clase. Defendida por uno de los mayores especialistas en este ámbito, el abogado Iván Jiménez-Aybar, el asunto aún continúa *sub iudice*. La sentencia 2/2012, de 25 de enero, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Madrid nº 32, desestimó su recurso contra *la resolución del Viceconsejero de Organización Educativa de la Comunidad de Madrid de 20-08-10, donde se confirma la sanción impuesta a la recurrente por resolución de la Dirección del Área Territorial de Madrid-Oeste de 22-04-10. Como motivos de impugnación alega en síntesis, que se ha vulnerado el Art. 10.1 y 16 CE y vulneración del procedimiento sancionador.*

En su segundo Fundamento de Derecho, la sentencia considera que *para resolver las cuestiones objeto del debate debemos señalar que el Art. 120.2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación establece: "Que los Centros docentes dispondrán de autonomía para elaborar, aprobar y ejecutar un proyecto educativo y un proyecto de gestión, así como las normas de organización y funcionamiento del Centro".* Con esa base normativa, el IES *Camilo José Cela* de Pozuelo elaboró un Reglamento de Régimen Interior aprobado por el Consejo Escolar el 30 de octubre de 2007 (...) *En el Art. 15 "Derechos de los alumnos" figura en el apartado b) a que se respete su identidad, integridad y dignidad morales y e) a que se respete su libertad de conciencia, sus convicciones religiosas y sus convicciones morales, de acuerdo con la Constitución. También el Art. 16 "Deberes básicos de los alumnos" establece en el apartado g) respetar las normas de organización convivencia y disciplina del Centro educativo. En el capítulo VI, artículo 32 "Normas de conducta" se dispone en el apartado 4) los alumnos deberán acudir a clase correctamente vestidos, con objeto de evitar distracciones a sus compañeros. En el interior del edificio no se permitirá el uso de gorras ni de ninguna otra prenda que cubra la cabeza. El Art. 35 sobre faltas leves y sanciones establece: Se calificará como falta leve cualquier infracción a las normas de conducta establecidas en el Art. 32, esto es, el uso de prendas que cubra la cabeza y a las normas generales de funcionamiento establecidas en el capítulo V, cuando por su identidad no llegara a tener la consideración de falta grave ni muy grave.*

Como motivo de impugnación, la parte recurrente alegó la vulneración del Art. 10.1 de la Constitución española, en cuanto a la

dignidad de la persona; a este respecto, el juzgado señaló que *el Centro educativo ha interpretado el Reglamento conforme a derecho y según dispone el Art. 120.2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, y el Reglamento de Régimen Interior (...) pues una vez ha constatado la existencia de una infracción prevista en el Art. 32 apartado 4 y sancionada en el Art. 35 exige la aplicación concreta y estricta de la sanción prevista, esto es, la amonestación por escrito o apercibimiento al infractor. Por tanto, no cabe hablar de vulneración del principio de dignidad de la persona, por el mero hecho de prohibirle de acudir a clase con la cabeza cubierta por ningún tipo de prenda, sino que se trata de una norma de convivencia en cuanto a la indumentaria a utilizar por todos los alumnos con objeto de evitar distracciones a sus compañeros, y para regular la convivencia en el centro docente mediante la delimitación de una conducta que todo alumno conoce, con carácter previo, y está obligado a respetarla y en virtud de la autonomía para elaborar y aprobar normas de organización y funcionamiento del centro (Art. 120.2 LO 2/2006, de 3 de mayo). Además resulta bastante curioso que la alumna se vistió con normalidad desde el primer curso de ESO, septiembre de 2005, esto es, cumpliendo las normas internas del Centro y en el mes de Febrero de 2010, esto es, más de cuatro años después decidió acudir al Instituto llevando el velo islámico (sic), lo cual resulta bastante incomprensible. Por todo lo expuesto, no se ha infringido el principio de dignidad de la persona sino que se ha sancionado una conducta tipificada como leve, con apercibimiento o amonestación escrita, en virtud de lo dispuesto en el Art. 35 del Reglamento.*

En cuanto a la vulneración del Art. 16.1 CE (derecho a la libertad religiosa) el juzgado señala que el contenido de este precepto se

desarrolló por la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa, donde se recogen algunas manifestaciones consustanciales al ejercicio de este derecho, entre otras, el empleo de símbolos personales de adscripción religiosa estableciéndose en el Art. 3.1 de la citada Ley como límites al ejercicio "La salvaguarda de la Seguridad, de la Salud y de la moralidad públicas, elementos constitutivos del orden publico protegido por la Ley"; asimismo, menciona que para llevar a cabo una correcta interpretación del contenido y límites de los derechos fundamentales y libertades públicas que en ella se reconocen, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha venido reconociendo de manera pacífica y reiterada que "la prohibición del velo islámico en el ámbito educativo no implica una vulneración del derecho de libertad religiosa de los alumnos, siempre y cuando la prohibición se ajuste a las pautas del Art. 9 del Convenio"; es decir, que esté prevista por la Ley y sea necesaria en una sociedad democrática para la protección y defensa de bienes de naturaleza jurídica, que coincide con los previstos en el Art. 3.1 de nuestra Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio (Sentencias Kervanci⁴⁹⁵ y Dogru contra Francia, ambas de 4-12-2008).

Aplicando estos preceptos, el juzgado concluye que la prohibición de emplear el velo islámico en el recinto escolar estaba previsto en el Art. 32 del Reglamento de Régimen Interior de 30 de octubre de 2007 (...) precepto que aunque entraña una injerencia en el derecho de libertad religiosa, atendiendo a la doctrina citada, dicha injerencia es

⁴⁹⁵ TEDH. **Caso Kervanci contra Francia**, de 4 de diciembre de 2008 (nº 31645/04) y **Caso Dogru contra Francia**, de 4 de diciembre de 2008 (nº 27058/05, § 64). En ambos casos, dos niñas que se negaron a quitarse el velo en su escuela pública durante las clases de educación física, fueron sancionadas con la expulsión del centro escolar. La Corte considera que esta medida no fue desproporcionada y que *el Estado puede limitar la libertad de manifestar una religión (...) con el objetivo de proteger los derechos y libertades de los demás, el orden público y la seguridad pública.*

admisible cuando sea necesaria en el ámbito de una sociedad democrática para la salvaguarda de sus intereses (seguridad, salud, moralidad) previstos en el Art. 9 del Convenio. Por tanto, la decisión del centro de prohibir a la alumna el empleo velo islámico cumple con las exigencias de protección de los derechos humanos y constituye, al mismo tiempo, una medida necesaria para salvaguardar los derechos fundamentales de los demás y del orden público.

Por todo ello y a la vista de la situación existente en otros países europeos [cita la Ley francesa de 2004 que prohíbe el empleo de símbolos religiosos en el ámbito educativo] y ante la falta de una ley que regule con carácter específico esta materia y dada la autonomía organizativa y normativa que tienen los centros educativos (...) el juzgado dicta sentencia considerando *legítimo y conforme a derecho que prohíban el uso, en su interior, del velo islámico, de conformidad con la doctrina fijada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso Dahlab contra Suiza⁴⁹⁶)* teniendo en cuenta que la alumna y sus padres aceptaron las normas de convivencia ya en septiembre de 2005 y que la Administración debe garantizar el derecho a la educación de quienes se ven afectados por tales normas.

Al conocer el sentido de la sentencia, el abogado Jiménez-Aybar señaló a la Agencia Europa Press⁴⁹⁷ que “confía en que las instancias judiciales superiores anularán el fallo que avala la prohibición del velo

⁴⁹⁶ **Decisión Dahlab contra Suiza**, de 15 de febrero de 2001 (nº 42393/98). Una profesora conversa quería continuar impartiendo clases con el velo en un colegio público de primaria de Ginebra: *La Corte es de la opinión de que la medida impugnada puede considerarse justificada y proporcional al objetivo declarado de proteger los derechos y libertades de los demás, el orden y la seguridad pública. Como consecuencia, la Corte considera que la medida de prohibir a la demandante llevar puesto un pañuelo en la cabeza mientras da clases era “necesaria en una sociedad democrática”.*

⁴⁹⁷ Europa Press, 4 de febrero de 2012.

islámico en clase”; para lo cual, interpondrá un recurso de apelación porque “se intenta salvar en la sentencia equiparando un Reglamento de Régimen Interno a la ley”. Algo que considera jurídicamente insostenible porque “son estos Reglamentos los que se deben ajustar e interpretar a la ley” –e insiste– “no son ley”.

Es difícil compartir la fundamentación del juzgado madrileño cuando se basa en una jurisprudencia del TEDH que se dictó sobre la situación particular de Francia donde sí que existe una normativa específica que prohíbe el uso del velo en los colegios (algo que no sucede en España) y uno de los pilares de la República es, precisamente, la defensa a ultranza de su principio de laicidad que tampoco es comparable con la aconfesionalidad de nuestro país (Art. 16.3º CE). En cuanto a su estricta interpretación de la jerarquía normativa, no es correcto limitar un derecho fundamental como la libertad religiosa basándose en que la autonomía organizativa y normativa de los centros educativos les faculta para redactar sus propios reglamentos de régimen interno.

Lo más paradójico de este caso es que fue el propio Jiménez-Aybar quien logró en 2006 que las mujeres musulmanas pudieran aparecer con el pañuelo cubriéndoles la cabeza en las fotografías del DNI; de ahí que, no deje de ser un contrasentido que una adolescente pueda llegar al colegio mostrando su Documento Nacional de Identidad con el hiyab cubriéndole la cabeza y que el centro la sancione por llevarlo puesto, impidiéndole acudir a clase basándose en su reglamentación interna.

Estas situaciones de incoherencia y de falta de claridad en el orden jerárquico de nuestra normativa son las que debe evitar el legislador para no incurrir en ninguna inseguridad jurídica.

▪ **LA CABEZA CUBIERTA EN LAS FOTOGRAFÍAS DEL DOCUMENTO NACIONAL DE IDENTIDAD:**

El Art. 9º de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, establece que: *1. Todos los españoles tendrán derecho a que se les expida el Documento Nacional de Identidad, que gozará de la protección que a los documentos públicos y oficiales otorgan las Leyes, y que tendrá, por sí solo, suficiente valor para la acreditación de la identidad de las personas. (...) 3. En el Documento Nacional de Identidad figurarán la fotografía y la firma de su titular, así como los datos personales que se determinen reglamentariamente, respetando el derecho a la intimidad de la persona, y sin que, en ningún caso, puedan ser relativos a raza, religión, opinión, ideología, afiliación política o sindical o creencias.*

En su desarrollo reglamentario, el Real Decreto 1586/2009, de 16 de octubre, que regula la expedición del Documento Nacional de Identidad y sus certificados de firma electrónica, modificó la anterior reglamentación de 2005; en concreto, dio nueva redacción al Art. 5.1 del Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, estableciendo en su párrafo b) que *el DNI incluirá una fotografía reciente en color del rostro del solicitante, tamaño 32 por 26 milímetros, con fondo uniforme blanco y liso, tomada de frente con la cabeza totalmente descubierta y sin gafas de cristales oscuros o cualquier otra prenda que pueda impedir o dificultar la identificación de la persona.*

Con el pasaporte⁴⁹⁸ [*documento público, personal, individual e intransferible, expedido por los órganos de la Administración General del Estado que (...) acredita, fuera de España, la identidad y nacionalidad de los ciudadanos españoles salvo prueba en contrario, y, dentro del territorio nacional, las mismas circunstancias de aquellos españoles no residentes*] ocurrió una situación análoga. El Real Decreto 896/2003, de 11 de julio, por el que se regula la expedición del pasaporte ordinario y se determinan sus características, establece en su Art. 4.1.c) que los españoles que lo soliciten deben aportar, entre otros documentos, *una fotografía del rostro del solicitante tamaño carné, en color y con fondo claro, liso y uniforme, tomada de frente, y sin gafas de cristales oscuros o cualquier otra prenda que impida la identificación de la persona.*

Las expresiones *con la cabeza totalmente descubierta y sin (...)* *cualquier otra prenda* de ambos reglamentos generaron algunas quejas ante el Defensor del Pueblo⁴⁹⁹ por parte de mujeres musulmanas a las que se les exigió *la presentación de un certificado de pertenencia a un culto religioso, para la admisión de fotografías con velo destinadas a documentos de identidad oficiales (...)*. Según los informes anuales del ómbudsman español, su Institución comprobó que la Administración admitía las fotografías efectuadas con velo, siempre que reuniesen ciertas condiciones, por lo que no parecía que pudiera fundamentarse esta práctica en motivos de seguridad pública. Así, recomendó que se

⁴⁹⁸ Art. 1 del Real Decreto 896/2003, de 11 de julio.

⁴⁹⁹ Al respecto, la Recomendación 156/2007, de 20 de diciembre, sobre supresión de la exigencia de presentación de un certificado de pertenencia a un culto religioso, para la admisión de fotografías con velo a documentos de identidad oficiales; en el informe del Defensor del Pueblo *Recomendaciones y sugerencias 2007* (p. 581). DEFENSOR DEL PUEBLO [en línea]. [Fecha de consulta: 30 de noviembre de 2011]. Disponible en Internet: <http://www.defensordelpueblo.es>

suprimiera de las Instrucciones dictadas por la Secretaría de Estado de Seguridad, en esta materia, la necesidad de acreditar la pertenencia a una confesión religiosa en cualquier circunstancia para la admisión de fotografías destinadas a los documentos identificativos.

Por ese motivo, actualmente, continúa en vigor una instrucción de la antigua Comisaría General de Extranjería y Documentación, de 11 de abril de 2006, en la que se aclara que *podrán admitirse aquellas fotografías en las que el solicitante lleve la cabeza cubierta con pañuelo, toca o prenda que imponga un culto religioso determinado, siempre y cuando el óvalo del rostro aparezca totalmente descubierto desde el nacimiento del pelo hasta el mentón, de forma que no impida o dificulte la identificación de la persona*; lo que autoriza –por ejemplo– que las monjas aparezcan con el hábito en las fotografías de sus DNI o que las musulmanas se cubran con el hiyab (igual que sucede en Italia, Holanda, Dinamarca, Alemania, Gran Bretaña o Bélgica).

De nuevo, nos encontramos ante un problema de cohesión interna en la normativa española. Si desde 2006 el Ministerio del Interior autorizó las fotografías con velo en el DNI, tres años más tarde, el Real Decreto 1586/2009, de 16 de octubre, que reguló la expedición del Documento Nacional de Identidad volvió a establecer expresamente que la fotografía mostrara *la cabeza totalmente descubierta*; de modo que la instrucción de la antigua Comisaría General de Extranjería y Documentación continuó aplicándose aun contradiciendo el evidente tenor literal de un posterior reglamento del poder ejecutivo, que es una norma superior desde el punto de vista jerárquico. Lo cual está generando

problemas en las comisarías de policía que expiden estos documentos, ya que no todas aplican los mismos criterios en todo el país.

En nuestro entorno más cercano, por el contrario, Francia⁵⁰⁰ prohibió el uso del pañuelo islámico (como sucede en Turquía) en sus documentos de identificación. Según el *Décret* 1726, de 30 de julio de 2005⁵⁰¹, *el solicitante deberá presentar dos fotografías tamaño pasaporte, idénticas, recientes y que muestren perfectamente la imagen de la cara y la cabeza descubierta*⁵⁰².

En los países musulmanes también se reproduce esta dualidad de criterios europeos tan extremos: en Túnez tuvo que *estallar* la *primavera árabe* de 2011 para que el Gobierno modificase su anterior reglamento de 13 de abril de 1993 y se autorizasen las *photos d'identité* con el pañuelo femenino, o la barba en el caso de los hombres, asegurando el cumplimiento efectivo de las libertades públicas e individuales; y, en sentido contrario, desde el 6 de abril de 2010, el Ministerio del Interior de Argelia exige a las mujeres que desean obtener el nuevo pasaporte biométrico que se quiten el pañuelo; una polémica medida que, según el Gobierno de Argel, se ha adoptado para luchar contra el terrorismo, la inmigración ilegal y el crimen organizado; no obstante, la situación más extrema se vive en Arabia Saudí, donde las mujeres empezaron a tener su

⁵⁰⁰ TEDH. En la decisión **Shingara Mann Singh contra Francia**, de 13 de noviembre de 2008 (nº 24479/07) la Corte reconoció el margen de apreciación de los Estados parte en esta materia y no consideró que se hubiese violado el Art. 9 CEDH porque las autoridades francesas obligaran a un sij a quitarse el turbante en la fotografía de su carné de conducir, para proceder a identificarlo.

⁵⁰¹ Modificado por el Decreto 868, de 22 de julio de 2011.

⁵⁰² El 7 de diciembre de 2005, el Consejo de Estado francés también consideró que si las mujeres musulmanas pueden manifestar sus creencias religiosas llevando el velo para cubrirse la cabeza, el uso de este pañuelo puede ser restringido en interés del orden público; como recordó el TEDH en la decisión **El Morsli contra Francia**, de 4 de marzo de 2008 (nº 15585/06): en el consulado francés de Marrakech se denegó el visado a una mujer marroquí casada con un ciudadano francés porque se opuso a quitarse el velo para ser identificada por el personal consular.

propia documentación oficial –diferente del carnet de sus padres o esposos– en 2001 y en medio de una gran polémica con los ulemas porque las imágenes mostraban el óvalo de las caras femeninas, en contra de la tradición saudí según la cual, las mujeres deben cubrirse casi por completo con la abaya.

Si los Estados miembros de la Unión Europea⁵⁰³ no mantienen un criterio idéntico sobre la autorización del velo en las fotografías de las mujeres en los documentos de identidad; al menos, la normativa interna de cada país, como sucede en España, debería coordinar la regulación con la práctica para no establecer reglamentariamente que la fotografía del rostro debe tomarse *con la cabeza totalmente descubierta* si una instrucción –disposición de rango infralegislativo– viene a contradecirla en su aplicación, admitiendo las fotografías de las musulmanas cubiertas con el hiyab; es decir, autorizar, desde el punto de vista normativo, lo que en la práctica ya se viene permitiendo.

▪ **EL PAÑUELO EN LAS RELACIONES CON LA ADMINISTRACIÓN:**

La inclusión del pañuelo islámico en las fotografías del DNI afectaba, potencialmente, a un elevado número de mujeres en España y, sin embargo, esta decisión administrativa pasó casi por completo desapercibida, apenas tuvo repercusión mediática y tampoco generó un gran debate social; en cambio, un par de casos aislados, muy puntuales, de musulmanas que se dirigieron a las administraciones públicas

⁵⁰³ Al respecto, téngase en cuenta que en la **decisión Sofianopoulos y otros contra Grecia**, de 12 de diciembre de 2002 (nº 1988/02) un grupo de ortodoxos demandó a Atenas porque, desde 2000, el campo de la religión ya no figuraba obligatoriamente en los DNI y ellos querían que sí que apareciese; la Corte lo inadmitió señalando que la inclusión de esa información podría ocasionar situaciones de discriminación a sus titulares y que no debía ser usada en las relaciones con las Administraciones.

españolas ataviadas con hiyab, niqab o burka se convirtieron en noticia de primera plana, provocaron una controversia en la opinión pública y lograron que algunos ayuntamientos redactaran nuevas ordenanzas municipales para prohibir el uso del velo integral en sus dependencias; disposiciones reglamentarias que, en el caso de Lérida como veremos a continuación, acabaron siendo recurridas ante los tribunales.

Uno de estos primeros conflictos mediáticos ocurrió el 29 de octubre de 2009 en la Audiencia Nacional.

De forma genérica, el Art. 33 del Reglamento 2/2005, de Honores, Tratamientos y Protocolo en los Actos Judiciales Solemnes⁵⁰⁴ –según la redacción que se le dio el 19 de diciembre de 2007– solo regula el uso de la toga al establecer que *Fiscales, Secretarios, Jueces de Paz, Abogados del Estado y demás Letrados de Servicios Jurídicos de las Administraciones Públicas, Abogados, Procuradores y Graduados Sociales en actos solemnes judiciales y actos jurisdiccionales que tengan lugar en los estrados, usarán toga (...). En todo acto jurisdiccional llevarán traje o vestimenta acorde con la solemnidad del acto.*

Pero el Art. 37 del Estatuto General de la Abogacía Española⁵⁰⁵ sí que especifica esa vestimenta al disponer que: *1. Los abogados comparecerán ante los Tribunales vistiendo toga y, potestativamente, birrete, sin distintivo de ninguna clase, salvo el colegial, y adecuarán su indumentaria a la dignidad y prestigio de la toga que visten y al respeto a la Justicia. 2. Los abogados no estarán obligados a descubrirse más que a la entrada y salida de las Salas a que concurran para las vistas y*

⁵⁰⁴ Aprobado por el Acuerdo de 23 de noviembre de 2005 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial.

⁵⁰⁵ Aprobado por el Real Decreto 658/2001, de 22 de junio.

en el momento de solicitar la venia para informar. De este segundo inciso podemos deducir, en sentido contrario, que desde que un abogado entra en la sala donde se va a celebrar una vista hasta que sale de ella, debe ir descubierto; igual que cuando se dirige al tribunal solicitando la venia.

A pesar de ello, la abogada Zoubida Barik Edidi –de origen marroquí (estudió Derecho en Rabat) pero con nacionalidad española– acudió a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional cubierta con un hiyab. Como no se encargaba de la defensa de ninguna de las partes procesadas, no se produjo ninguna indefensión; simplemente, fue al Tribunal acompañando a otro letrado para seguir una causa. El presidente de la Sala, el magistrado Javier Gómez Bermúdez, le recordó que debía descubrirse ante el tribunal; pero la abogada se negó, salió de la sala y presentó una queja ante el Consejo General del Poder Judicial que fue archivada al no advertirse ninguna responsabilidad en la decisión del magistrado, por lo que interpuso un recurso ante el Tribunal Supremo que se resolvió en una sentencia de 2 de noviembre de 2010 (*desestimándola por una cuestión de forma sin entrar al fondo del asunto: la recurrente no ha seguido el camino previsto legalmente para revisar las decisiones adoptadas por quien preside un tribunal de justicia en ejercicio de las potestades de policía de estrados*) y, finalmente, por un posterior auto del mismo órgano de 31 de enero de 2011, con el que promovió un incidente de nulidad de actuaciones (que tampoco hubo lugar y condenó a la abogada a hacerse cargo de las costas).

La demandante declaró a los medios de comunicación que en Ceuta y Melilla no existían este problema con el velo en los órganos

judiciales –afirmación que no es cierta según he podido contrastar con juristas y policías ceutíes– y que aquella decisión vulneraba su libertad religiosa; poniendo como ejemplos comparados el turbante de los abogados sij en el Reino Unido o el de la kipa judía en Estados Unidos. En la fundamentación jurídica del Tribunal Supremo, el auto considera que *no parece que la recurrente haya sufrido indefensión pues ha obtenido respuesta a sus pretensiones, aunque, claro está, no fue la que deseaba. Sin embargo, el derecho a la tutela judicial efectiva no comprende el de obtener una resolución favorable sino una resolución fundada en Derecho y debidamente motivada.*

Por su parte, la especialista en protocolo ante los tribunales, la juez Purificación Pujol, afirmó en relación con este caso⁵⁰⁶ que *en aplicación del Art. 37 del Estatuto de la Abogacía y de las normas de buena educación que imperan en nuestra sociedad, si algún abogado entra en Sala cubierto, será el propio juez quien deberá conminarlo a que se descubra.*

En otras circunstancias, probablemente, el caso de esta abogada no habría trascendido más allá de un mero incidente relacionado con el orden de la sala y la policía de vistas, pero coincidió que esta situación se produjo tan solo unas semanas después de que el mismo magistrado, Javier Gómez Bermúdez, se viese envuelto en otra mediática polémica, en septiembre de 2009, cuando Fátima Hissini –una cocinera, también de origen marroquí, residente en Casteldefells (Barcelona)– se presentó en la puerta de la Audiencia Nacional cubierta con un burka, para testificar

⁵⁰⁶ *La Tribuna del Derecho*, marzo de 2010.

en un proceso sobre células terroristas que reclutaban miembros para enviarlos a Iraq.

La actitud desafiante de esta mujer –en especial, a la salida de la Audiencia, ante la prensa– se convirtió en noticia y ofreció numerosos titulares durante los días posteriores: *La hermana de un suicida se niega a quitarse el burka ante el juez Bermúdez*⁵⁰⁷; *La Audiencia Nacional aplaza el testimonio de una mujer que se negó a quitarse el 'burka'. El magistrado, tras tranquilizarla, le recordó que en occidente "la ley civil prevalece sobre las leyes religiosas*⁵⁰⁸; *Bermúdez expulsa a una testigo por negarse a declarar sin 'burka'. El juez de la Audiencia Nacional responde a la mujer que la religión no puede estar por encima de la ley*⁵⁰⁹ y, finalmente, *Fátima declara sin burka y dice que la polémica es «de ignorantes». «El burka es algo muy normal», ha dicho antes de descubrirse el rostro para testificar*⁵¹⁰.

Finalmente, la testigo tuvo que mostrar su rostro y el juicio contra los cinco islamistas quedó visto para sentencia: fueron condenados a diversas penas de entre cinco y nueve años de reclusión, aunque, en febrero de 2011, el Tribunal Supremo casó la sentencia de la Audiencia Nacional y los absolvió por falta de pruebas⁵¹¹.

Pero el mayor debate no se generó ante la administración de Justicia sino en el ámbito municipal. El 8 de octubre de 2010, el

⁵⁰⁷ *El Mundo*, 23 de septiembre de 2009.

⁵⁰⁸ *La Vanguardia*, 23 de septiembre de 2009

⁵⁰⁹ *El País*, 23 de septiembre de 2009.

⁵¹⁰ *ABC*, 28 de septiembre de 2009.

⁵¹¹ En otro apartado de la investigación tendremos ocasión de retomar esta cuestión, cuando la divergencia de criterios entre la investigación que llevan a cabo las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, la instrucción de las causas en los juzgados, la calificación que formula la Fiscalía y las resoluciones que finalmente se dictan en cada instancia –en ocasiones, contradictorias– transmiten una sensación de inseguridad e incoherencia en el ejercicio de la potestad jurisdiccional del poder judicial español, a la hora de enjuiciar las conductas delictivas relacionadas con las corrientes más radicales del Islam.

Ayuntamiento de Lérida fue el primer consistorio español que modificó su Ordenanza de Civismo y Convivencia para introducir la prohibición de *acceder o permanecer en los espacios o locales destinados al uso o servicio público, a las personas que porten velo integral, pasamontañas, casco integral u otras vestimentas o accesorios que impidan la identificación y la comunicación visual de las personas, siempre que así se prohíba o limite por la normativa reguladora específica*; tipificando una nueva infracción leve sancionable con una multa de 30 a 600 euros. En poco tiempo, la iniciativa de Lérida fue secundada por más de una docena de municipios españoles –no sólo de Cataluña sino de Baleares, Madrid o Andalucía– como Barcelona, Tarragona, El Vendrell, L’Hospitalet de Llobregat, Reus, Cunit, Santa Coloma de Gramenet, Martorell, Mollet del Vallés, Figueras, Cervera, Castelló d’Empúries, Coín, Galapagar, Sa Pobla, etc. y, en 2012, se plantea en otros como en Garinoain (Navarra).

La Asociación Watani por la Libertad y la Justicia presentó una serie de alegaciones ante el Ayuntamiento ilerdense para lograr la suspensión de las modificaciones introducidas en la Ordenanza, así como su anulación y la de sus actos complementarios, pero una resolución municipal del 25 de octubre de 2010 las desestimó y Watani interpuso un recurso contencioso-administrativo contra el Ayuntamiento de Lérida en el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Entre otros motivos de impugnación, la Asociación recurrente alegó la falta de competencia del Ayuntamiento de Lérida para legislar en materia de derechos fundamentales; la suficiencia de las leyes estatales para conseguir la identificación de las personas y, por lo tanto, la

innecesariedad de la modificación de la Ordenanza; la vulneración de los Arts. 16 (derecho a la libertad ideológica y religiosa) y 14 (derecho a la igualdad) de la Constitución española, así como de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa y el Art. 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (prohibición de discriminación).

Aunque un auto del TSJ catalán de 12 de enero de 2011 suspendió de manera cautelar la polémica modificación reglamentaria del Ayuntamiento de Lérida –hasta que este órgano dictara sentencia– ésta se produjo, finalmente, el 7 de junio de 2011⁵¹² y falló en contra de la Asociación.

En su fundamento segundo, la sentencia señala que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido evolucionando desde la doctrina inicial de la vinculación positiva –según la cual, una Corporación Local sólo podía reglamentar en la forma en que previamente hubiera sido habilitada por el legislador sectorial– *hasta la actual doctrina de la vinculación negativa, que permite a las Corporaciones Locales reglamentar sin previa habilitación legal, dictando Ordenanzas en toda materia que sea de su competencia, si al hacerlo no contradice ni vulnera la legislación vigente*. Criterio que encuentra su base normativa en la autonomía de gobierno y administración de los municipios que garantizan tanto el Art. 140 de la Constitución española como el Art. 4.2º de la Carta Europea de la Autonomía Local⁵¹³: *Las Entidades locales tienen, dentro del ámbito de*

⁵¹² STSJ Cataluña 489/2011, de 7 de junio.

⁵¹³ Carta Europea de Autonomía Local, hecha en Estrasburgo el 15 de octubre de 1985 y ratificada por España mediante Instrumento de de 20 de enero de 1988.

la Ley, libertad plena para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad.

En cuanto a su potestad sancionadora, el Art. 4.1º.f) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LRBRL)⁵¹⁴ se le atribuye expresamente al establecer que, *en su calidad de Administraciones públicas de carácter territorial, y dentro de la esfera de sus competencias, corresponden en todo caso a los municipios (...) las potestades de ejecución forzosa y sancionadora.* Este precepto recibió nueva redacción en 2003 para adecuarlo a *las exigencias mínimas que había de reunir la ley que regule la potestad sancionadora municipal en un ámbito concreto de la intervención pública,* de acuerdo con la sentencia 132/2001, de 8 de junio, del Tribunal Constitucional: *1) Fijar los criterios mínimos de antijuricidad conforme a los cuales cada Ayuntamiento puede establecer tipos de infracciones; y 2) Preestablecer cuando menos las sanciones que pueden establecer las Ordenanzas municipales.*

Al tipificar las infracciones y sanciones de las entidades locales, el nuevo Art. 139 LRBRL establece que *para la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y del uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos, los entes locales podrán, en defecto de normativa sectorial específica, establecer los tipos de las infracciones e imponer sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones contenidos en las correspondientes ordenanzas, de acuerdo con los criterios*

⁵¹⁴ Según la redacción dada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local.

establecidos en los artículos siguientes; es decir, que estas entidades pueden establecer un régimen sancionador.

En consecuencia, la sentencia del TSJ catalán concluyó que, como la infracción regulada por el consistorio de Lérida tiene *encaje (...) en uno de los criterios de antijuridicidad contemplados en la LBRL –la perturbación de la tranquilidad del resto de personas usuarias del servicio o del espacio público municipal– el Ayuntamiento ostenta plenas competencias para, de forma limitada a esos espacios municipales, establecer la prohibición de acceder a los mismos o permanecer en su interior con vestimentas o accesorios tales como velo integral, pasamontañas, casco integral u otros que oculten el rostro, y tipificar como infracción leve su incumplimiento.*

Asimismo, *a la luz de los pronunciamientos del TEDH, la resolución también hace referencia a que, en este caso, se cumplen todas y cada una de las exigencias dictadas por la Corte de Estrasburgo: una restricción de este tipo debe cumplir las exigencias del apartado 2 del Art. 9 [del Convenio de Roma de 1950]; es decir: estar prevista por la ley [la medida debe tener una base en derecho interno, que sea accesible y con una formulación lo suficientemente precisa], perseguir una o varias de las finalidades legítimas que enumera el precepto [los fines que se persiguen son la protección de los derechos y libertades ajenas y del orden público] y ser necesaria en una sociedad democrática para alcanzarlas.* En este punto, los magistrados señalan que fue necesaria porque *el uso del burka o similar, portado exclusivamente por mujeres (es un hecho notorio y por tanto exento de la necesidad de ser probado), resulta difícilmente conciliable con uno de los valores y principios*

irrenunciables en nuestra sociedad, y del cual España es un país pionero en la defensa, promoción y efectividad, cual es el de la efectiva igualdad entre mujeres y hombres, y ello con independencia de que su uso sea voluntario o no.

Ante la ausencia de una normativa, estatal o autonómica, que regule la prohibición del uso de los velos integrales (niqab o burka) en los espacios públicos españoles –como ha sucedido en Francia, Bélgica, Holanda y, ya se está tramitando en Italia– los conflictos se irán dilucidando en el ámbito más cercano a los ciudadanos (el local) y tendrá que ser la jurisprudencia quien vaya marcando el criterio a seguir. La Asociación demandante anunció su intención de apelar la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Desde el punto de vista jurídico, esta sentencia resulta impecable, con unos excelentes fundamentos de derecho que no dudan en reconocer que atienden *a la polémica social existente al respecto*, motivo por el cual *únicamente puede afirmar que [el velo integral] es una prenda que visten algunas mujeres –no todas– de religión islámica y que sin pronunciarnos sobre si este acto constituye en todos los casos un cumplimiento de un deber religioso, sí que es o puede ser manifestación de una creencia o convicción ideológica o religiosa, y por tanto, un signo de tal carácter.* Pero también afirma que *en nuestra cultura –occidental– el ocultamiento del rostro en la realización de actividades cotidianas produce perturbación en la tranquilidad, por la falta de visión para el resto de personas de un elemento esencialmente identificativo cual es la cara de la persona que lo oculta. Ello sin perjuicio de que, por diversas razones, no se produzca tal efecto perturbador en otras*

situaciones, como el ejercicio de determinadas profesiones, seguridad e higiene en el trabajo, festividades o climatología; situaciones que la Ordenanza ahora impugnada ya contempla como posibles excepciones a la prohibición.

Dentro de algunos meses, conoceremos qué opina sobre esta cuestión el Tribunal Supremo; hasta entonces, desde un punto de vista jurídico, a día de hoy, los ayuntamientos ostentan plenas competencias para prohibir el uso de velos integrales, de forma limitada a los espacios municipales, y para tipificarlo como infracción y sancionarlo con una multa. Pueden hacerlo... el problema de fondo es decidir si deben hacerlo; máxime cuando el propio Parlamento catalán ha rechazado en dos ocasiones –julio de 2010 y abril de 2011– vetar estas prendas en la misma región donde fueron prohibidas por un mayor número de municipios y cuando la ONG *SOS Racisme*⁵¹⁵ estima que menos de 50 mujeres se cubren de forma integral en Cataluña; lo que vendría a demostrar que nos encontramos ante un conflicto artificioso y desproporcionado que obedece más a razones de oportunidad política que a una realidad social.

Por último, otro ámbito administrativo que empieza a verse afectado por los velos integrales es la sanidad pública.

En 1997, el Consejo Islámico Español supervisó –junto a otras confesiones– la redacción de una *Guía de gestión de la diversidad religiosa en los centros hospitalarios*⁵¹⁶ que elaboraron el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, la Organización Nacional de

⁵¹⁵ *El País*, 12 de abril de 2011.

⁵¹⁶ OBSERVATORIO DEL PLURALISMO RELIGIOSO EN ESPAÑA [en línea]. [Fecha de consulta: 15 de septiembre de 2012]. Disponible en Internet (sección *recursos*): <http://www.observatorioreligion.es>

Trasplantes, el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha y la Fundación Pluralismo y Convivencia. En la guía se indica que la asistencia religiosa islámica en los centros hospitalarios *persigue cubrir las necesidades, especialmente espirituales (pero también materiales o de cualquier otra naturaleza) del enfermo y su familia. En ocasiones, y siempre a solicitud del enfermo o sus familiares, un imam o algún miembro de la comunidad islámica de reconocido prestigio por ser considerado «piadoso», realiza lecturas del Corán junto al enfermo* (pág. 33 de la citada Guía); asimismo, el manual informa sobre las condiciones para que un alimento sea considerado *halal* (permitido) y no *haram* (prohibido) *teniendo en cuenta la diversidad de realidades existentes en los diferentes puntos de la geografía española* (p. 44 y ss) y concluye explicando la concepción islámica de la donación de órganos, *como un acto de caridad suprema* (p. 53) así como sus ritos funerarios y de duelo (p. 55).

El principal inconveniente de esta guía es que se ha redactado de forma que no es recíproca: solo establece las pautas para que el personal médico-sanitario que no sea musulmán pueda atender a los pacientes que profesen esta fe respetando sus creencias, sin mencionar ninguna obligación por parte de los enfermos o familiares islámicos ni el modo de actuar en caso de que se produzca algún conflicto, como el que ocurrió en Vitoria en julio de 2010.

Una joven tunecina que residía en la capital alavesa acudió al centro de salud Olaguibel cubierta por un niqab, para pedir cita y que una ginecóloga la examinara su embarazo de riesgo, porque padecía un cáncer. Como no estaba su médica de cabecera, tuvo que atenderla un doctor ante el que no quiso descubrirse por tratarse de un hombre. La

mujer se fue a su casa, regresó al ambulatorio con su marido y se produjo una acalorada discusión con el personal sanitario de *Osakidetza* (el servicio vasco de salud) que terminó con la intervención de la policía y sendas denuncias en el juzgado de instrucción con acusaciones de trato vejatorio (por parte de ella) y de amenazas (sufridas por el médico). Durante la vista, Nadia Shahbi se negó, de nuevo, a mostrar su rostro ante la juez para ser identificada, por lo que fue imputada por un delito de desobediencia a la autoridad. El Art. 20 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, establece que *en los casos de resistencia o negativa infundada a identificarse o a realizar voluntariamente las comprobaciones o prácticas de identificación, se estará a lo dispuesto en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. En este último caso, el Art. 373 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé que *si se originase alguna duda sobre la identidad del procesado, se procurará acreditar ésta por cuantos medios fueren conducentes al objeto*. El caso continúa *sub iudice*.

En la exposición de motivos de la Ley básica que regula la autonomía del paciente y sus derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica⁵¹⁷ se afirma que *los derechos de los pacientes* (información asistencial, consentimiento informado, intimidad de los datos referentes a su salud, etc.) son el *eje básico de las relaciones clínico-asistenciales*; pero, en cuanto a sus obligaciones, en relación con las mujeres que acuden a consulta cubriéndose con un velo integral, se les aplicaría el Art. 2.5º donde se regula que *los pacientes o usuarios tienen el deber de facilitar los datos sobre su estado físico o sobre su*

⁵¹⁷ Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

salud de manera leal y verdadera, así como el de colaborar en su obtención, especialmente cuando sean necesarios por razones de interés público o con motivo de la asistencia sanitaria; y no se muestra muy colaborador quien se niega a descubrirse ante el personal sanitario por el mero hecho de que el facultativo sea un hombre.

En el ámbito regional de Castilla y León, uno de los deberes establecidos por la normativa autonómica es, precisamente, el de *mantener el respeto debido al personal de los centros, servicios y establecimientos tanto en su dignidad personal como profesional*⁵¹⁸.

Afortunadamente, están siendo problemas muy puntuales; la solución más adecuada sería, en un primer momento, recurrir al diálogo para tratar de solucionar esa falta de respeto hacia el profesional que va a atender a la paciente musulmana pero, si ella –su esposo o sus familiares– persisten en esa actitud, mostrando una incomprensible disposición de ánimo para imponer el carácter totalizador de su religión en contra de los valores esenciales de la sociedad democrática en la que viven, serán los tribunales quienes deberán pronunciarse.

▪ **EL HIYAB EN EL TRABAJO:**

En el Acuerdo de Cooperación que suscribieron el Ministro de Justicia y la Comisión Islámica de España en 1992 –para crear el marco jurídico que rige sus relaciones– el ámbito laboral aparece regulado en el Art. 12.

Por un lado, el primer apartado establece que aquellos musulmanes que lo deseen pueden solicitar *la interrupción de su trabajo los viernes*

⁵¹⁸ Art. 46 de la Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud (Castilla y León).

de cada semana –habitual jornada de descanso musulmán– día de rezo colectivo obligatorio y solemne de los musulmanes, desde las 13h30 hasta las 16h30, así como la conclusión de la jornada laboral una hora antes de la puesta del sol, durante el mes de ayuno (Ramadán); y añade: En ambos casos, será necesario el previo acuerdo entre las partes. Las horas dejadas de trabajar deberán ser recuperadas sin compensación alguna.

Y, por otro, el segundo apartado se refiere a la conmemoración de festividades (...) *que según la Ley Islámica tienen el carácter de religiosas.* Estas pueden sustituir a las establecidas con carácter general en el Art. 37.2 del Estatuto de los Trabajadores, *siempre que medie acuerdo entre las partes (...) y con el mismo carácter de retribuidas y no recuperables, a petición de los fieles de las Comunidades Islámicas pertenecientes a la Comisión Islámica de España.* Esta práctica es habitual en aquellas localidades –como Ceuta o Melilla– que cuentan en su población con una destacada presencia de la comunidad musulmana.

Por ese motivo, el Art. 11.h) del convenio colectivo del sector de comercio de Ceuta, al regular las jornadas especiales, establece que: *De acuerdo con la Ley Orgánica 7/1890, de 5 de julio, de Libertad Religiosa y conforme al acuerdo de cooperación del Estado Español con la Comisión Islámica de España de 28 de abril de 1992, las festividades y conmemoraciones que a continuación se expresan que según la Ley Islámica tienen el carácter de religiosa, siempre que las necesidades del servicio así lo permitan, se pueda disponer de ese día permutándolo con otro día de descanso o de vacaciones. Tal petición de sustitución será a petición de los/as fieles de las Comunidades Islámicas de España,*

obrando como criterio general la concesión de la permuta de las fiestas siempre que las necesidades del servicio para atención al cliente así lo permitan. Son los días de IDU AL-FITR que celebra la culminación del ayuno del Ramadán e IDU AL-ADHA que celebra el sacrificio que realizó el Profeta Abraham.

Como ya tuvimos ocasión de señalar –de acuerdo con la valoración del profesor Mantecón⁵¹⁹– actualmente, España “es el país del mundo que reconoce un mayor número de festividades religiosas islámicas”, porque el Acuerdo⁵²⁰ *reconoce como festivos algunos días que no lo son en muchos países islámicos* (en concreto, la Achura chií sólo es fiesta en Irán, Líbano y Bahreín).

El Art. 12 del Acuerdo de Cooperación no hace referencia ni al pañuelo ni a ninguna otra indumentaria, pero sí que establece un criterio que la jurisprudencia ha mantenido: que medie un acuerdo entre ambas partes; de donde se puede deducir que aquel Acuerdo permite equilibrar las exigencias tanto del empresario como del trabajador musulmán pero siempre que haya buena disposición y comunicación.

Uno de los primeros y escasos conflictos laborales que tuvo que resolver la jurisdicción social⁵²¹ ocurrió a finales de los años 90. En junio de 1996, ALDEASA contrató a una mujer para trabajar en las tiendas que esta empresa tenía en el aeropuerto de Madrid-Barajas. Ni en su currículum ni durante la entrevista previa señaló la trabajadora que *era de*

⁵¹⁹ MANTECÓN SANCHO, J. *Ob. cit.*, p. 193.

⁵²⁰ Las festividades y conmemoraciones son: *al hiya*, correspondiente al 1º de muharram, primer día del año nuevo islámico; *achura*, décimo día de muharram; *idu al-maulid*, corresponde al 12º de rabiu al awwal, nacimiento del Profeta; *al isra wa al mi'raj*, corresponde al 27º de rayab, fecha del Viaje Nocturno y la Ascensión del Profeta; *idu al-fitr*, corresponde a los días 1º, 2º y 3º de shawwal y celebra la culminación del Ayuno de Ramadán e *idu al-adha*, corresponde a los días 10º, 11º y 12º de du al-hyyah y celebra el sacrificio protagonizado por el Profeta Abraham.

⁵²¹ STSJ Madrid 136/1998, de 5 de febrero.

confesión musulmana, hecho que la demandante comunicó a la empresa posteriormente porque *no podía manipular bebidas alcohólicas*. ALDEASA reubicó a la trabajadora dentro de las tiendas libres de impuestos y suscribieron un nuevo contrato de trabajo. Un mes después, la mujer dirigió una carta a la empresa en la que manifestaba –según se demostró en la sentencia– *que era de confesión musulmana* por lo que formulaba las siguientes peticiones: *que se le permita (...) utilizar un uniforme que no atente contra sus creencias religiosas que impiden el uso de falda corta y se le adecue el horario de trabajo de tal forma que los viernes entre las trece treinta y las dieciséis treinta horas no se vea obligada a trabajar por ser día de rezo colectivo y solemne para los musulmanes, así como la finalización del trabajo una hora antes de la puesta del sol durante el mes de Ramadán*.

La profesora Briones⁵²², que analizó estos hechos, señaló que la demandante “deseaba utilizar el velo islámico y se negaba a utilizar el uniforme de la empresa de color azul, compuesto de falda por encima de la rodilla, blusa y chaqueta de manga larga”. Como la empresa le denegó estas pretensiones, la empleada fue despedida, presentó una reclamación en el Juzgado de lo Social nº 13 de los de Madrid y, al ser desestimada su demanda, interpuso un recurso de suplicación que resolvió el TSJ madrileño.

Su fundamento jurídico segundo es muy elocuente: *Las creencias religiosas son absolutamente legítimas y estrictamente respetables pero no pueden ser impuestas a la otra parte del contrato si esto implica modificación de las condiciones en que la ejecución del contrato se*

⁵²² BRIONES MARTÍNEZ, I. *Ob. cit.*, p. 57.

concertó (...) lo que se pretende por la demandante es que, como consecuencia de sus creencias se la discrimine favorablemente y en contra del resto de los trabajadores, cuando aceptó prestar servicios en el momento de la contratación sin alegar entonces derecho fundamental alguno para eximirse de su realización (STC 99/1994).

En este caso, no concurrió buena fe por parte de la trabajadora que, conociendo *el horario, jornada y demás circunstancias específicas de la contratación*, no formuló ningún impedimento *hasta que estuvo mediada la relación*, momento en el que comunicó *a la empresa sus exigencias*. Y, haciendo mención expresa al Art. 12 del Acuerdo de Cooperación de 1992, señala que este precepto *establece la necesidad de un previo acuerdo entre empresa y trabajador sin que exista por tanto –y como razona la demandada en la impugnación del recurso– un derecho exigible al empresario, cuyo incumplimiento acarree su consecuencia y mucho menos que la ausencia del mutuo acuerdo supusiese de forma automática la discriminación positiva que se pretende.*

En el ámbito europeo, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, pretende luchar, precisamente, contra las discriminaciones basadas en la religión o convicciones, la discapacidad, la edad y la orientación sexual.

5.2.a).5) Recapitulación:

En España, a falta de una normativa de carácter nacional o autonómico que regule el uso del velo en los diferentes ámbitos en los que éste puede ocasionar algún conflicto; su regulación es prácticamente testimonial y se limita a algunas disposiciones administrativas de rango infralegislativo (instrucciones), a los reglamentos de régimen interno de los centros escolares y a una docena de ordenanzas municipales; de ahí la importancia de la interpretación que llevan a cabo tanto la jurisprudencia como la doctrina administrativa. En ese contexto, el tratamiento legal que recibe el pañuelo islámico difiere mucho, en nuestro país, en función de si nos referimos al hiyab o a los velos integrales.

En el primer caso –si exceptuamos la reciente sentencia 2/2012, de 25 de enero, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Madrid, en el caso de la alumna del *Camilo José Cela* de Pozuelo de Alarcón, Najwa Malha, que fue sancionada por ese centro al llevar puesto el velo en clase y que aún se encuentra *sub iudice*– las polémicas que han surgido en los colegios españoles, hasta el momento, son poco representativas y se han podido solucionar, correctamente, anteponiendo el derecho a la educación por encima de otros debates; y escolarizando a las niñas que se cubrían con un hiyab en otros centros públicos.

No obstante, sería adecuado que las autoridades competentes –o bien las Consejerías de Educación de las Comunidades Autónomas o bien el propio Ministerio del ramo, dado el carácter supletorio de la normativa estatal en esta materia⁵²³– trataran de evitar que estas

⁵²³ Al respecto, en el informe *Elección y prejuicio. Discriminación de personas musulmanes en Europa*, publicado en 2012 y realizado por Amnistía Internacional, se indica que: *El Ministerio de Educación español dijo a Amnistía Internacional que debían respetarse las competencias de las comunidades autónomas en el*

situaciones se repitan cada curso académico, estableciendo unas líneas maestras para que, en el desarrollo de las funciones de los Consejos Escolares, los reglamentos de régimen interno no interfieran en el ejercicio de la libertad religiosa de sus alumnos. Como ya tuvimos ocasión de señalar, habría que impedir el contrasentido de que una adolescente musulmana pueda mostrar su DNI –un documento público y oficial– con una fotografía en la que el pañuelo le cubre la cabeza y que, al llegar al colegio, el centro escolar la sancione, impidiéndole acudir a clase, con el argumento de que su reglamentación interna lo regula de ese modo.

Este es un buen ejemplo del mandato previsto en el Art. 9.3º de la Constitución española, cuando se estableció que a los poderes públicos les corresponde promover las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo –en este caso, los alumnos– sean reales y efectivas, removiendo obstáculos como la inseguridad jurídica que provocan esas incoherencias de un ordenamiento que debería formar un todo coherente. Un buen paso en esa dirección sería que la normativa que regula las características que deben tener las fotografías del DNI se amoldaran a la práctica real de las comisarías donde, en general, aunque hay excepciones, sí que se está autorizando a portar el velo musulmán.

ámbito de la educación, y que las autoridades centrales sólo podían intervenir si se adoptaba a nivel autonómico una normativa que discriminara a los alumnos en cuanto al acceso a la educación; sin embargo, el gobierno central comparte con las autoridades autonómicas la responsabilidad de garantizar que se respeta el principio de no discriminación en la educación (pp. 77 y 78). Recomendando a las administraciones públicas que (...) en cooperación con las autoridades autonómicas responsables de la educación, el Ministerio debe establecer sistemas de vigilancia periódica para evaluar si las restricciones a la indumentaria introducidas en las escuelas individuales respetan el derecho a la libertad de religión, de creencias o de expresión, así como el derecho del alumnado musulmán, especialmente las niñas, a no sufrir discriminación (p. 119).

En el contexto laboral, el uso del hiyab apenas ha generado conflictos, prevaleciendo el diálogo entre trabajadores y empresarios a la hora de alcanzar previamente un acuerdo mutuo; no sólo para usar el velo sino para interrumpir la jornada laboral de los viernes o concluirla antes durante el mes del Ramadán –recuperando las horas que se dejaron de trabajar, sin compensación alguna– o llegar a sustituir una festividad cristiana por otra musulmana en el calendario anual, con el mismo carácter de fiesta retribuida y no recuperable.

Por último, en su actuación ante la Justicia, la actual policía de estrados impide que una abogada musulmana se pueda cubrir con un velo –u otras prendas– al dirigirse al tribunal. Esta decisión es una simple cuestión de protocolo que, llegado el momento, se podría cambiar si, más allá de algún supuesto puntual, lo demandasen las letradas que profesen esta fe; en cuyo caso, habría que modificar el Reglamento de Honores, Tratamientos y Protocolo en los Actos Judiciales Solemnes.

Por establecer un paralelismo con otra reclamación profesional relacionada con la indumentaria, el colectivo de los graduados sociales tuvo que esperar hasta 2005 para que un acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial les autorizase a utilizar la toga *en los actos solemnes judiciales y actos jurisdiccionales que tienen lugar en los estrados*, en igualdad de trato con fiscales, secretarios judiciales, abogados o procuradores. Partiendo de este reciente ejemplo que se empezó a reclamar judicialmente en Barcelona, en 1989, no encontraríamos ningún impedimento para que una mujer musulmana pudiera llegar a usar el velo en un juicio, ni consideramos que esa vestimenta afecte a la solemnidad del acto, pues se trata de una cuestión

meramente protocolaria; no obstante, esa decisión no se producirá por una interpretación jurisdiccional –como tampoco sucedió con la toga de los graduados sociales tras seis años de diligencias– sino por un nuevo acuerdo del CGPJ, cuando las circunstancias lo requieran y, actualmente, no parece que exista una necesidad real de modificarlo en ese sentido.

En cuanto al uso de los velos integrales y los problemas que éstos han ocasionado en diversos ámbitos (como tribunales, oficinas municipales y ambulatorios), el Tribunal Constitucional ha reconocido que *la aparición de conflictos jurídicos por razón de las creencias religiosas no puede extrañar en una sociedad que proclama la libertad de creencias y de culto de los individuos y comunidades así como la laicidad y neutralidad del Estado*⁵²⁴.

Esta resolución también nos pone en antecedente de la jurisprudencia constitucional al respecto: *el derecho que asiste al creyente de creer y conducirse personalmente conforme a sus convicciones no está sometido a más límites que los que le imponen el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente*⁵²⁵. Por lo cual, toda resolución que limite sus derechos fundamentales ha de asegurar que esas medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido⁵²⁶, ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se

⁵²⁴ STC 154/2002, de 18 de julio (FJ 7º).

⁵²⁵ STC 141/2000, de 29 de mayo (FJ 4º).

⁵²⁶ STC 13/1985, de 31 de enero (FJ 2º).

halla aquél a quien se le impone⁵²⁷ y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial⁵²⁸.

Por su parte, el Tribunal Supremo⁵²⁹ ha reiterado que *la libertad religiosa e ideológica no sólo encuentra un límite en la necesaria compatibilidad con los demás derechos y bienes constitucionalmente garantizados, que es algo común a prácticamente todos los derechos fundamentales, sino que topa con un límite específico y expresamente establecido en al Art. 16.1 CE: “(...) el mantenimiento del orden público protegido por la ley”*. En ese mismo sentido, la jurisprudencia considera que las *conductas externas, reales y perceptibles* de las personas no significan que puedan comportarse *siempre según sus propias creencias, sino que tal posibilidad termina, cuanto menos, allí donde comienza el orden público*.

Es cierto que, desde un punto de vista jurídico, ese concepto del orden público es una noción indeterminada muy próxima a los borrosos límites de la paz social. Para nuestro Alto Tribunal esta última *haría referencia a la normalidad de la convivencia con un uso pacífico de los derechos, especialmente los derechos fundamentales*; mientras que aquel orden se referiría *al funcionamiento normal de las instituciones y de los servicios*⁵³⁰ o *al conjunto de aquellos valores fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya nuestro entero ordenamiento jurídico*⁵³¹.

⁵²⁷ STC 37/1989, de 15 de febrero (FJ 7º).

⁵²⁸ SSTC 11/1981, de 8 de abril (FJ 10º); 196/1987, de 11 de diciembre (FFJJ 4º a 6º); 12/1990, de 29 de enero (FJ 8º) y 137/1990, de 19 de julio (FJ 6º).

⁵²⁹ SSTS 1199/2009, de 11 de marzo (FdD 7º) y 3369/2010, de 21 de junio (FdD 2º).

⁵³⁰ STS 1154/2010, de 12 de enero (FdD 4º)

⁵³¹ STS 3054/2008, de 19 de abril (FdD 3º).

En ambos casos, resulta evidente que, cubrirse con un burka o un niqab para realizar cualquier gestión de la vida cotidiana –como entrar en cualquier establecimiento o, simplemente, caminar por las calles– sería una conducta externa y perceptible que afectaría tanto a las relaciones de convivencia de los ciudadanos como a la normalidad de la sociedad.

Máxime teniendo en cuenta que sólo afecta a las mujeres, nunca a los hombres, y que estas prendas tampoco representan la esfera externa de su identidad musulmana, como sucede con el hiyab, sino una costumbre relativamente moderna importada de Asia Central que ha llegado a Europa de la mano de una determinada concepción ideológica del Islam. El velo integral *no es la expresión de un hecho religioso sino un acto político, directamente vinculado a las corrientes salafistas* y, en este debate, como ha señalado Pilar Rahola⁵³², “late el pulso que el fundamentalismo islámico pretende disputar con Occidente, para imponer leyes paralelas a las democráticas”.

Al resolver el recurso contra la polémica Ordenanza de Lérida, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña afirmó que *en nuestra cultura – occidental– el ocultamiento del rostro en la realización de actividades cotidianas produce perturbación en la tranquilidad, por la falta de visión para el resto de personas de un elemento esencialmente identificativo cual es la cara de la persona que lo oculta.*

La actitud más correcta sería dialogar con las pocas mujeres que llevan velos integrales; especialmente si no son europeas, porque su actitud no demuestra el *suficiente grado de integración en la sociedad española* que se exige para reconocer la nacionalidad española. Habría

⁵³² RAHOLA; P. *La República Islámica de España*. Barcelona: RBA, 2011, pp. 289 y 293.

que tratar de convencerlas de que esas prendas no tienen cabida en Occidente, de igual forma que tampoco se puede salir a la calle vestido de buzo, con el casco de la moto o, simplemente, desnudo o escaso de ropa, que podría ser una opción para los defensores del naturismo y que también se prohíbe en muchas ordenanzas municipales, tratando de promover el civismo y la convivencia⁵³³.

A pesar de que algunas ONG, como Amnistía Internacional en el informe *Elección y prejuicio. Discriminación de personas musulmanes en Europa*, citado anteriormente, recomienda a los gobiernos que *se abstengan de adoptar legislación que imponga una prohibición general al uso del velo integral*; en última instancia, si su uso llegara a generalizarse creando un problema de orden social que afectara a la seguridad, tendría que prohibirse con independencia de si la mujer decidió cubrirse íntegramente de forma voluntaria u obligada por su esposo o u otro miembro varón de su familia. La mera convivencia de la sociedad garantizaría la necesidad, legitimidad y proporción de adoptar esa medida restrictiva.

El problema que está generando el debate sobre cualquiera de los pañuelos islámicos es que una parte significativa de la sociedad (especialmente en aquellas regiones, como Cataluña, Andalucía o

⁵³³ Al respecto, la Ordenanza municipal de protección de la convivencia ciudadana y prevención de actuaciones antisociales, del Ayuntamiento de Valladolid, de 6 de marzo de 2012. El Art. 16.6º establece que: *Atendiendo a las pautas mínimas de convivencia generalmente admitidas respecto a la forma de vestir de las personas que permanecen o transitan por los espacios públicos y a la protección del derecho de quienes comparten estos espacios a no sufrir molestias o perjuicios que sean consecuencia de la falta de respeto de las mismas, ninguna persona podrá estar desnuda o semidesnuda en los espacios y vías de uso público, salvo que cuente con autorización expresa del Ayuntamiento o realice actividades formalmente amparadas en el ejercicio de derechos fundamentales. Asimismo, queda prohibido transitar o permanecer en los espacios públicos mencionados en bañador o en cualquier otra pieza de ropa similar, excepto en las piscinas, las playas o cualquier otro lugar en que sea normal o habitual estar con este tipo de ropa. En estos casos los agentes de la autoridad recordarán en primer lugar a las personas infractoras que su conducta está prohibida por la presente Ordenanza y sólo si persistiesen en su actitud se procederá a la formulación de la pertinente denuncia.*

Madrid, donde el Islam resulta mucho más visible que en Castilla y León) se tiende a concebir el uso del velo –en su totalidad, ya sea el hiyab o el burka– como *el comienzo de exigencias segregacionistas* que acabarán implicando “la separación en clase de gimnasia, los horarios diferentes para el uso de piscinas”⁵³⁴. El ejemplo que cita esta autora fue un desafortunado caso puntual de segregación que ocurrió en una piscina pública de Lille (Francia) en 2001, “para que el pudor de las mujeres musulmanas sea respetado y que estén a salvo de las miradas concupiscentes”⁵³⁵, y no debe generalizarse porque fue una situación muy concreta; pero su línea argumental ha contado con el apoyo de muchos adeptos.

Uno de ellos es el analista marsellés que firma con el pseudónimo de *Alexandre del Valle*⁵³⁶. En su blog, este escritor al que suele acusarse de islamófobo, no duda en criticar el carácter abierto de nuestras sociedades “por permitirse el lujo de renunciar a no poner ningún límite al pluralismo cuando esta abdicación conduce a poner en peligro sus mismos valores fundacionales y su misma supervivencia. (...) los problemas de integración que encuentran las minorías musulmanas en Europa son más imputables a un rechazo, por el islam institucional, de los valores, leyes, culturas, usos y costumbres de los países de acogida, que a un supuesto “racismo” de los autóctonos europeos⁵³⁷. No son

⁵³⁴ RODRÍGUEZ MAGDA, R.M. *La España convertida al Islam*. Barcelona: Áltera, 2006, p. 134.

⁵³⁵ DELCAMBRE, A.M. *Las prohibiciones del Islam*. Madrid: La Esfera de los Libros, 2006, p. 91; citando el artículo *Quand les piscines publiques cèdent à la ségrégation religieuse*, de Cécile Calla, publicado en *Le Figaro* el 11 de junio de 2003.

⁵³⁶ ALEXANDRE DEL VALLE [en línea]. [Fecha de consulta: 5 de marzo de 2012]. Disponible en Internet: <http://blog.alexandredelvalle.com/archives/184-Islamismo-y-comunitarismo-una-estrategia-de-conquista.html#extended>

⁵³⁷ Al respecto, Sartori también comenta que (...) *el inmigrado islámico es para nosotros [los europeos] el más distante, el más extranjero y por tanto el más difícil de integrar*. SARTORI, G. *La sociedad multiétnica. Extranjeros e islámicos*. Madrid: Taurus, 2002, p. 23. Asimismo, considera que *la xenofobia europea se*

asiáticos, hispanoamericanos o africanos animistas y cristianos lo que cuestionan radicalmente los valores fundamentales de la Europa moderna y de Occidente: libertad de conciencia y de expresión, dignidad del ser humano, derecho a la seguridad de las personas y de los bienes, igualdad entre los sexos, las razas y las religiones, etc. Son en cambio organizaciones islámicas proselitistas “radicales o no” las que (...) exigen poder llevar el velo en los colegios (...); en pocas palabras, reclaman un régimen político-jurídico distinto al derecho común, un espacio extraterritorial que rechace la aplicación de las leyes “impías” en vigor”.

Admitir que una mujer musulmana se cubra la cabeza con un pañuelo –tanto para ir a la escuela como para cualquier otra actividad que desarrolle en su vida cotidiana– no debe entenderse como una *claudicación al Islam*, del modo tan vehemente como lo describe este analista francés; en cambio, consentir el uso de los velos integrales sí que superaría los límites tolerables que rebasarían el ejercicio de las libertades y la consecución de la igualdad de género, pilares básicos de nuestra sociedad.

Pero, cuando se llegue a ese momento en el que se vaya a aprobar una ley que suponga tal grado de injerencia en las libertades –en este caso– de un minoritario colectivo de mujeres musulmanas, deberemos

concentra en los africanos y en los árabes, sobre todo si son y cuando son islámicos. Es decir, que se trata sobre todo de una reacción de rechazo cultural-religiosa (...) incluso cuando no hay fanatismo sigue siendo verdad que la visión del mundo islámica es teocrática y que no acepta la separación entre Iglesia y Estado, entre política y religión. Y que, en cambio, esa separación es, sobre todo, la que se basa hoy –de manera verdaderamente constituyente– la ciudad occidental (...) El occidental no ve al islámico como un “infel” pero para el islámico el occidental sí lo es. SARTORI, G. La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros. Madrid: Taurus, 2001, p. 53.

recordar la opinión disidente de la jueza Tulkens⁵³⁸ en el caso Leyla Sahin contra Turquía: *Sólo los hechos irrefutables y las razones cuya legitimidad esté fuera de toda duda –y no meras preocupaciones o temores– son capaces de (...) justificar la interferencia en un derecho [la libertad religiosa] garantizado por la Convención.*

En última instancia, como ha sintetizado el profesor Catalá⁵³⁹, tras el debate del velo, “lo que se esconde es la postura en torno al papel que se pretende [que] desempeñe la mujer en la sociedad civil y en la escena pública y, por ende, todo el bagaje normativo que, típico de los ordenamientos islámicos, hacen referencia a la discriminación que sufre y que la ubican en una posición extraordinariamente débil frente a la poligamia (...) la mutilación genital, los crímenes de honor (...)”.

5.2.b) *Las consecuencias de la poligamia:*

5.2.b.1) Concepto y trasfondo religioso:

El antropólogo Marvin Harris⁵⁴⁰ considera que “el matrimonio plural –la poligamia– se da en alguna medida, como mínimo, en el 90 por ciento de todas las culturas. En una forma, llamada poliginia, el marido es compartido por varias esposas; y en otra forma, mucho menos común, denominada poliandria, la esposa es compartida por varios maridos”. Desde ese planteamiento antropológico, se puede afirmar que la

⁵³⁸ TEDH. **Caso Leyla Sahin contra Turquía**, de 29 de junio de 2004 (*Dissenting opinion of Judge Tulkens*, A, 5)

⁵³⁹ CATALÁ, S. Libertad religiosa de la mujer musulmana en el islam y uso del velo. En MOTILLA, A. (coord.) *El pañuelo islámico en Europa*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 55.

⁵⁴⁰ HARRIS, M. *Antropología cultural*. Madrid: Alianza Editorial, 1990, p.190.

poligamia ha existido desde la antigüedad en culturas de todas las épocas y de todo el mundo: desde Mesopotamia, el Antiguo Egipto, Fenicia o Persia hasta los nativos de Australia, el Sahel africano, la India o las islas del Pacífico. Actualmente, es una institución jurídica reconocida en 47 países⁵⁴¹.

El Art. 8 del *Code du Mariage et de la Tutelle* de Malí establece que *el hombre que tenga cuatro esposas legítimas no puede contraer un nuevo matrimonio*, siempre que el marido no hubiese elegido la monogamia al celebrar el enlace con su primera esposa; ella, en cambio (Art. 7) *no puede contraer un segundo matrimonio sin haber disuelto el primero*. En el mismo sentido, el Art. 113 del Código de Familia senegalés establece que *el hombre que haya optado por contraer un primer enlace monógamo no podrá celebrar nuevos matrimonios*; asimismo, el que optara por la poligamia, *no podrá superar el número de esposas permitido por la ley*, que se remite al Art. 133 del mismo texto legal (en el régimen polígamo, el hombre no puede tener más de cuatro esposas simultáneamente). En el extremo contrario, otros países –como Albania o Turquía, también de mayoría musulmana– han prohibido la poligamia.

Históricamente, en la antigua Israel, las Leyes de Moisés permitían el divorcio (un hombre podía abandonar a su mujer, simplemente,

⁵⁴¹ Circular 2008/14, de 25 de febrero de 2008, de la *Caisse nationale d'assurance vieillesse* (Anexo 1: Listado de Estados que autorizan la poligamia): Afganistán, Argelia, Bahréin, Bangladesh, Benín, Birmania, Burkina Faso, Camerún, Catar, Chad, Comores, Congo, Egipto, Emiratos Árabes Unidos, Gabón, Gambia, India, Indonesia, Irak, Irán, Jordania, Kuwait, Líbano, Liberia, Libia, Malasia, Malí, Marruecos, Mauritania, Níger, Nigeria, Omán, Pakistán, República Centroafricana, Senegal, Sierra Leona, Somalia, Sudán, Siria, Tanzania, Túnez, Togo, Uganda, Yemen, Yibuti, Zaire y Zambia. CNAV [en línea]. [Fecha de consulta: 5 de mayo de 2012]. Disponible en Internet: <http://www.legislation.cnav.fr>

poniendo en su mano el libelo de repudio⁵⁴² que le concedía la libertad con la garantía de que ambos podrían rehacer sus vidas con nuevas parejas sin ser acusados de adulterio) pero también existían tanto el concubinato como la poliginia; así se desprende del Deuteronomio al establecer el derecho de primogenitura: *Si un hombre tiene dos mujeres, una amada y otra aborrecida, si ambas le dan hijos...*(Dt. 21, 15-17) y del expresivo versículo del Primer Libro de los Reyes, al hablar sobre Salomón y decir que *tuvo setecientas mujeres reinas y trescientas concubinas* (1 R. 11, 3).

Frente al criterio de la Torá judía y, por lo tanto, del Pentateuco del Antiguo Testamento, los Evangelios del Nuevo Testamento nos ofrecen, sin embargo, un cambio de actitud. San Mateo (Mt. 5, 31) recuerda las palabras de Cristo: *También se dijo [a los antiguos]: si alguno despide a su mujer, déle libelo de repudio. Pero yo os digo que todo el que despide a su mujer, excepto en caso de concubinato, la expone a cometer adulterio y el que se casa con una mujer repudiada comete adulterio.* La segunda de las grandes religiones monoteístas ya no permitió el divorcio previsto por la Ley mosaica porque proclamó que el matrimonio era indisoluble: *El hombre dejará, pues, a su padre y a su madre y juntarse ha con su mujer y los dos no compondrán sino una sola carne. Pues bien, lo que Dios ha unido que no lo separe el hombre* (Mc. 10, 6-8). De esta forma, se abolieron el libelo de repudio y la poliginia para los cristianos.

⁵⁴² Dt. 24, 1-4: *Si un hombre toma mujer y consume el matrimonio, pero luego la esposa deja de agradar al marido, por haber éste encontrado en ella alguna fealdad, le escribirá el libelo del repudio y, poniéndoselo en la mano, la mandará fuera de casa.*

En tiempos del Imperio Romano, aunque también existían las concubinas, cuando la esposa salía de la esfera de protección de su *pater familias* para entrar a formar parte de la de su propio marido, el matrimonio significaba que, casándose, la mujer adquiría el derecho a ser madre: *matri-* (de *mater*, madre) y *monium* (de *munium*, cargo). Entonces, bastaba que los cónyuges demostraran su *affectio maritalis* (afecto e intención de convivir ayudándose ambos cónyuges mutuamente) para entender que ya estaban casados. Con la aparición del Cristianismo, el Magisterio de la Iglesia pasó a concebir aquella institución del *matrimonium* romano como un sacramento instituido por Jesucristo, un *símbolo de su unión con la Iglesia para poder desarrollar plenamente su fuerza santificadora y para realizar de hecho, para los cónyuges, ese gran misterio*⁵⁴³.

En el Título VII del Código de Derecho Canónico⁵⁴⁴, el matrimonio se regula en los cánones 1055 a 1165; el primero de ellos lo define como *La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados. A continuación establece que Las propiedades esenciales del matrimonio son la unidad y la indisolubilidad, que en el matrimonio cristiano alcanzan una particular firmeza por razón del sacramento y que El matrimonio lo produce el consentimiento de las partes legítimamente manifestado entre personas jurídicamente hábiles, consentimiento que ningún poder humano puede suplir.*

⁵⁴³ Instrucción sobre los matrimonios mixtos, de 18 de marzo de 1966, de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe.

⁵⁴⁴ Promulgado por Juan Pablo II en Roma, el 25 de enero de 1983.

Como han indicado Nazanín Amirian y Martha Zein⁵⁴⁵, “eso no significa que el poseer varias esposas no regresara de vez en cuando al territorio cristiano, sobre todo tras alguna contienda devastadora. Éste fue el caso de la guerra de los Treinta Años [siglo XVII], que volvió a poner sobre la mesa las esposas múltiples, una forma de convivencia que estuvo vigente hasta 1563, año en el que el Concilio de Trento decidió condenar esta práctica”. Durante este Concilio se promulgó “la Doctrina sobre el sacramento del matrimonio, por la que se reitera su sacramentalidad (...); condena la poligamia (...) proclama el derecho de la Iglesia a bendecir los matrimonios, a declarar los impedimentos que estime oportunos y a juzgar las causas matrimoniales; y ratifica la indisolubilidad del matrimonio ni aun por adulterio, herejía, cohabitación molesta o ausencia culpable del cónyuge”⁵⁴⁶.

En cuanto al Judaísmo, aunque la Torá y el Talmud admitían en principio la poligamia, cuatro siglos antes de Trento, “a principios del siglo XI, fue prohibida por una disposición del rabino Gershom [ben Judah]. En esta ocasión, el legislador humano adroga directamente la disposición divina”⁵⁴⁷. Ocurrió en Maguncia (Alemania), cuando el rabí dictó una TAKANÁ [ley] para que los hombres no se desposaran simultáneamente con más de una mujer; norma que, posteriormente, fue asumida por todas las comunidades hebreas.

En el Islam, tras la muerte de la primera esposa del profeta –la viuda Jadiya– Mahoma llegó a estar casado con, al menos, otras seis

⁵⁴⁵ AMIRIAN, N. y ZEIN, M. *El Islam sin velo*. Barcelona: Planeta, 2009, pp.52-53.

⁵⁴⁶ ANTEQUERA, L. *El cristianismo desvelado*. Madrid: EDAF, 2007, p. 594.

⁵⁴⁷ FERRARI, S. *El espíritu de los Derechos Religiosos*. Barcelona: Herder, 2004, p. 225.

mujeres⁵⁴⁸, siguiendo una práctica que era habitual en la sociedad árabe del siglo VII; por ese motivo, no es de extrañar que cuando el primer califa, Abú Bakr, ordenó reunir las revelaciones que Dios le hizo al profeta, el Corán (4,3) permitiera la poliginia entre los musulmanes, al afirmar: (...) *entonces, casaos con las mujeres que os gusten: dos, tres o cuatro. Pero, si teméis no obrar con justicia, entonces con una sola o con vuestras esclavas. Así, evitaréis mejor obrar el mal*; posteriormente, al hablar del trato de las mujeres (4, 129), esa sura también señala: *No podréis ser justos con vuestras mujeres, aun si lo deseáis. No seáis, pues, tan parciales que dejéis a una de ellas como en suspenso. Si ponéis paz y teméis a Dios...Dios es indulgente, misericordioso.*

La licitud de la poliginia islámica –como ha señalado Parekh⁵⁴⁹, “el Corán no requiere sino sólo permite la poligamia” (es decir, se configura como una opción, no como una obligación)– también se encuentra reconocida en el libro sobre *Matrimonio y Divorcio* de la Risala, el tratado de jurisprudencia de la escuela malikí, al plantearse la cuestión del número máximo de esposas, recuerda que *le está permitido tanto al hombre libre como al esclavo casarse con cuatro mujeres libres musulmanas, cristianas o judías (...)* *El esclavo puede casarse con cuatro esclavas musulmanas (...)* *El hombre libre también puede hacer eso si teme fornicar o cometer adulterio y no encuentra medios suficientes para casarse con mujeres libres.*

Si en la cultura occidental se prohibía la poligamia, los musulmanes han preservado este modelo familiar justificando su licitud con diversos argumentos:

⁵⁴⁸ Sawdah, Aisha, Zayhab, Safiah, Ramlah y Mariyahh.

⁵⁴⁹ PAREKH, B. *Repensando el multiculturalismo*. Madrid: Istmo, 2000, p. 419.

El primero, como es evidente, se basa en que el propio Corán –su primera fuente de Derecho– permite esta práctica; pero también ofrecen otras razones como la existencia de sociedades con un mayor número de mujeres que de varones, lo que ejercería una presión demográfica para que los hombres contrajeran matrimonio con varias esposas, evitando que las solteras acabaran prostituyéndose; asimismo, se considera que una relación polígama evita el nacimiento de hijos extramatrimoniales que sufrirían el estigma social de ser considerados bastardos y que impide que el marido sea infiel o que tenga que repudiar a su anterior esposa si ésta resultara estéril. Desde esta perspectiva, también se suele ofrecer el curioso argumento de que, de hecho, la poligamia ya existe y se tolera en Occidente cuando un hombre casado mantiene una relación clandestina con una amante. Situación que se considera hipócrita. Tal y como señala Parekh⁵⁵⁰, “una media de cerca de un tercio de los hombres (y mujeres) contraen al menos dos veces matrimonio a lo largo de su vida. Los musulmanes se preguntan porqué esto no se considera poligamia. En su opinión, poligamia significa tener más de una mujer al margen de si el hecho tiene lugar de forma simultánea o consecutiva”.

Hoy en día, todos esos argumentos resultan irrelevantes en Occidente y se pueden rebatir con facilidad; fundamentalmente, porque es difícil que se pueda asumir cualquier razonamiento que parta de la base de admitir esa flagrante desigualdad entre hombres y mujeres (sólo los varones pueden casarse con varias mujeres, no al revés). De ahí que, frente a la concepción polígama musulmana, el elemento esencial del modelo de matrimonio que existe tanto en España como en nuestro

⁵⁵⁰ PAREKH, B. *Ob. cit.*, p. 417.

entorno cultural europeo define un sistema monógamo que protege una determinada concepción matrimonial que también puede variar según los países –como en los casos de Holanda, Bélgica, España, Suecia, Dinamarca o Portugal que han legalizado los “matrimonios” entre parejas del mismo sexo mientras el resto de los Estados miembros de la Unión Europea sólo regulan los enlaces entre un hombre y una mujer– pero, en todo caso, se trata de uniones de sólo dos personas.

En este sentido, el jurista tunecino Mohamed Charfi⁵⁵¹ escribió que la igualdad entre el hombre y la mujer supone necesariamente la monogamia, dicho de otra forma, igual respeto a los sentimientos, a la sensibilidad, al corazón de cada uno de los esposos; es decir, “al deseo de no compartir su cónyuge con una tercera persona”.

Con esos precedentes, no hay duda de que cada cultura y sociedad va a tener su propia visión del matrimonio.

En la exposición de motivos de la Ley 13/2005, de 1 de julio, que modificó el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, el legislador español partió de esa idea para afirmar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional concibe el matrimonio como *una institución jurídica de relevancia social que permite realizar la vida en común de la pareja* y que nuestra regulación matrimonial refleja *los modelos y valores dominantes en las sociedades europeas y occidentales*, con origen en el Código Civil francés de 1804; pero, a continuación, interpreta el Art. 32 de la Constitución española –donde se regula el matrimonio– para concebirlo con un *margen de opciones abierto*; de forma que será *la ley que desarrolle este derecho (...) la que, en cada momento histórico y de*

⁵⁵¹ CHARFI, M. *Islam y Libertad. El malentendido histórico*. Granada: Almed, 2001, p. 119.

*acuerdo con sus valores dominantes, determinará la capacidad exigida para contraer matrimonio, así como su contenido y régimen jurídico*⁵⁵².

A pesar de la antigüedad de esta institución, el Derecho Internacional no reguló el matrimonio hasta la segunda mitad del siglo XX, cuando empezó a mencionarlo en algunos de los primeros tratados que aprobaron las Naciones Unidas; así, el Art. 16.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) proclamó que *Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos (...)*. A continuación, el tercer párrafo remarcó que *La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*. Unos años más tarde, el Art. 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 –base sobre la que se construyó la primera generación de los Derechos Humanos– reconoció *el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello*. Ese mismo año, el Art. 10.1 *in fine* del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –elemento clave de la segunda generación de Derechos Humanos– estableció que *El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges*.

⁵⁵² Siete años más tarde, la **STC 198/2012, de 6 de noviembre**, avaló ese criterio al afirmar que (...) *desde el punto de vista de la garantía institucional del matrimonio no cabe realizar reproche de inconstitucionalidad a la opción escogida por el legislador en este caso, dentro del margen de apreciación que la Constitución le reconoce, porque es una opción no excluida por el constituyente, y que puede tener cabida en el Art. 32 CE interpretado de acuerdo con una noción institucional de matrimonio cada vez más extendida en la sociedad española y en la sociedad internacional, aunque no sea unánimemente aceptada*” (FJ 9º).

En estas tres declaraciones de la ONU laten dos ideas fundamentales: que existe un derecho a contraer matrimonio y fundar una familia (a la que se considera un elemento fundamental de la sociedad); y que, dada su importancia, el Estado debe protegerla.

En el ámbito europeo, el Art. 12 CEDH también reconoció el Derecho a contraer matrimonio: *A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.* Con esa base, el Art. 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea garantiza *el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio*; esta redacción *modernizó* el texto de la Convención de Roma de 1950 para *abarcar* –como señaló el *Praesidium* de la Convención en sus explicaciones– *los casos en los que las legislaciones nacionales reconocen vías distintas a la del matrimonio para fundar una familia. Este artículo ni prohíbe ni impone el que se conceda estatuto matrimonial a la unión de personas del mismo sexo. Este derecho es por lo tanto similar al previsto por el CEDH, pero su alcance puede ser más amplio cuando la legislación nacional así lo establezca.*

5.2.b).2) El marco jurídico europeo y español:

A finales de 2010, la Corte de Estrasburgo⁵⁵³ analizó la regulación de los matrimonios religiosos en los Estados miembros del Consejo de Europa: mientras unos países reconocían la eficacia jurídica de estos enlaces (Chipre, República Checa, Dinamarca, España, Finlandia, Grecia,

⁵⁵³ TEDH. **Caso Serife Yigit contra Turquía**, de 2 de noviembre de 2010 (nº 3976/05, §§ 41 a 44).

Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, Portugal y Reino Unido); otro importante grupo de naciones equiparaba a los matrimonios que se habían celebrado, exclusivamente, siguiendo un ritual religioso, con la cohabitación de una pareja de hecho (Albania, Alemania, Armenia, Austria, Azerbaiyán, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Eslovenia, Estonia, Francia, Georgia, Hungría, Luxemburgo, Macedonia, Moldavia, Mónaco, Países Bajos, Rumania, Serbia, Suiza y Ucrania). Sólo cuatro reconocen plenos efectos a las parejas de hecho (Francia, Grecia, Portugal y Serbia) mientras que los restantes Estados han graduado las consecuencias de esta convivencia en función del ámbito en que se hayan regulado: prestaciones de la Seguridad Social, cobertura sanitaria, etc.

Frente a esta multitud de criterios actual, en Europa, durante siglos, la regulación del matrimonio fue monopolizada por la Iglesia Católica, pero a partir del siglo XVI comenzó un proceso secularizador de la institución⁵⁵⁴. Ese proceso llegó a España tres siglos más tarde, en 1870; hasta entonces, en nuestro país sólo se reconocía la existencia de un único matrimonio: el que se celebraba por la Iglesia Católica. A raíz de la Constitución de 1869, la Gaceta de Madrid –antecedente del actual BOE– publicó la Ley de Matrimonio Civil que reguló los efectos civiles con respecto a las personas y bienes de los cónyuges y de sus descendientes (Art. 2); de forma que, en los cinco años que estuvo en vigor, tampoco se reconocieron efectos civiles a las bodas canónicas. Los dos ritos tuvieron que esperar al primer Código Civil español, de 1889, para que pudieran convivir ambas celebraciones.

⁵⁵⁴ IBÁN, I; PRIETO, L. y MOTILLA, A. *Derecho Eclesiástico*. Madrid: McGraw-Hill, 1997, p. 186.

Las disposiciones generales que establece el Código Civil en el Art. 49 señalan que *Cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España: 1. Ante el Juez, Alcalde o funcionario señalado por este Código. 2. En la forma religiosa legalmente prevista.* A continuación, el Art. 50 CC establece que *Si ambos contrayentes son extranjeros, podrá celebrarse el matrimonio en España con arreglo a la forma prescrita para los españoles o cumpliendo la establecida por la Ley personal de cualquiera de ellos.*

Desde un punto de vista constitucional, la actual norma fundamental española reguló esta institución en el Art. 32: 1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. La Ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos. En 1978, nuestra Constitución siguió la línea establecida por otras leyes fundamentales anteriores de nuestro entorno, como Alemania (el Art. 6 GG regula el *Ehe*), Italia (Art. 29: *Matrimonio*) o Portugal (Art. 36: *Casamento*).

Como consecuencia de *la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades* (Art. 16 CE), dos años más tarde, se aprobó la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa donde se estableció que esa libertad también *comprende (...) el derecho de toda persona a (...) celebrar sus ritos matrimoniales* [Art. 2.1.b)].

Actualmente, en España son válidos los enlaces celebrados por los ritos católico, evangélico (incluye el ortodoxo), musulmán o judío; es decir, los matrimonios que celebren aquellas confesiones inscritas y reconocidas por el Estado. Aun así hay que tener en cuenta dos elementos

importantes: en primer lugar, que salvo los matrimonios católicos, los demás van a necesitar –en distintos momentos de su celebración y con diversos efectos– un certificado de capacidad matrimonial que se tramita en el Registro Civil; y, en segundo lugar, que en los matrimonios musulmanes, aunque casarse sea un mandato coránico –el Islam lo recomienda en la aleya 32 de la sura 24 cuando dice: *casad a aquéllos de vosotros que no estén casados*– y esta unión venga a desempeñar una función similar a la de un matrimonio en Occidente⁵⁵⁵, lo cierto es que se trata de “un contrato, no es una institución”⁵⁵⁶ y, mucho menos, un sacramento. Según el magistrado Entrena Klett⁵⁵⁷, el matrimonio musulmán debe concebirse como “un contrato civil y no religioso”.

Siendo estos los enlaces religiosos celebrados válida y legalmente, junto a los matrimonios civiles, el Código Penal español dedica tres artículos a regular los matrimonios ilegales dentro de los delitos contra las relaciones familiares:

- Art. 217 CP: *El que contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año.* No las menciona expresamente, pero es evidente que este precepto acoge dos tipos penales: se está refiriendo a la bigamia (*segundo matrimonio*) y a la poligamia (*ulterior matrimonio*).
- Art. 218 CP: *1. El que, para perjudicar al otro contrayente, celebrare matrimonio inválido será castigado con la pena de*

⁵⁵⁵ Al respecto, en el **caso Serife Yigit contra Turquía**, de 2 de noviembre de 2010 (nº 3976/05, § 36), el TEDH describe los matrimonios religiosos bajo la ley islámica; en este caso, en Turquía, donde su legislación no reconoce eficacia jurídica a los que se celebran ante un imán, si no hay un enlace civil.

⁵⁵⁶ MARTOS QUESADA, J. Derecho Islámico y Derechos Europeos. Revista de Ciencias de las Religiones, 2007, nº 21, p. 177.

⁵⁵⁷ ENTRENA KLETT, C.M. *Matrimonio, separación y divorcio*, 3ª ed. Pamplona: Aranzadi, 1990, p. 133.

prisión de seis meses a dos años. 2. El responsable quedará exento de pena si el matrimonio fuese posteriormente convalidado. Este precepto –que se introdujo en 1995– viene a castigar el ánimo de ocasionar daño al otro contrayente; de ahí que la pena alcance el doble de condena que en el supuesto del artículo anterior; y, finalmente,

- Art. 219 CP: *1. El que autorizare matrimonio en el que concurra alguna causa de nulidad conocida o denunciada en el expediente, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años. 2. Si la causa de nulidad fuere dispensable, la pena será de suspensión de empleo o cargo público de seis meses a dos años.* Mientras que los dos artículos anteriores se referían a los contrayentes, éste afecta al celebrante: el juez, alcalde o funcionario señalado por el Código Civil (Arts. 49 y ss); e incluso el capitán de un buque o el comandante de una aeronave.

De nuestra regulación penal se deduce que para conocer los requisitos de legalidad de un matrimonio, debemos recurrir de nuevo al Código Civil: El Art. 46 CC establece que *No pueden contraer matrimonio: Los menores de edad no emancipados* (es decir, los jóvenes de 16 a 18 años que aún dependan de la patria potestad de sus padres) y *los que estén ligados con vínculo matrimonial* (bigamia o poligamia). A continuación, el Art. 47 CC prevé dos supuestos de endogamia: *Tampoco pueden contraer matrimonio entre sí: 1. Los parientes en línea recta por*

consanguinidad o adopción. 2. Los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado. Y añade un tercer caso: 3. Los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos; cuando alguien quisiera casarse con quien mató a su anterior cónyuge [no obstante, el siguiente precepto (Art. 48 CC) prevé una posible dispensa por parte del Ministro de Justicia]. Como consecuencia, según el Art. 73 CC: Es nulo cualquiera que sea la forma de su celebración: (...) 2. El matrimonio celebrado entre las personas a que se refieren los Arts. 46 y 47, salvo los casos de dispensa conforme al Art. 48.

El ordenamiento jurídico español no deja lugar a dudas: los Arts. 46.2 y 73.2 del Código Civil considera nulos los enlaces de quienes ya estuvieran ligados por un vínculo matrimonial, negándoles la posibilidad de volver a casarse; y el Art. 217 del Código Penal tipifica que quien contrae a sabiendas un segundo o ulterior matrimonio comete un delito contra las relaciones familiares que se castiga con la pena de prisión de seis meses a un año.

Al igual que España, ningún Estado de la Unión Europea admite la celebración de estos enlaces al amparo de sus respectivos ordenamientos civiles *ya sea celebrado entre nacionales, o nacionales y extranjeros o de extranjeros entre sí*⁵⁵⁸; y la bigamia, como ocurre en nuestro Código Penal, también se considera delito; por ejemplo:

- Italia (Art. 556 CP): la bigamia se tipifica como delito contra el matrimonio –junto al adulterio (Art. 559) o el concubinato (Art. 560)– con pena de prisión de uno a cinco años. El Art. 86 CC establece también que *Non può contrarre matrimonio chi è*

⁵⁵⁸ STSJ Cataluña 9067/2003, de 30 de julio (FdD 3°).

vincolato da un matrimonio precedente (no puede contraer matrimonio quien esté vinculado por un matrimonio anterior);

- Portugal (Art. 247 CP): tipifica como delito contra la familia estar casado y contraer *outro casamento*. Su pena: hasta dos años de prisión y multa de hasta 240 días; asimismo, en el Código Civil portugués, el Art. 1601.c) establece que *o casamento anterior não dissolvido* es un impedimento matrimonial (uno de los *impedimentos dirimentes absolutos*);
- Rumanía (Art. 376 CP): en las infracciones contra la familia, castiga la bigamia con pena de prisión de tres meses a dos años;
- Suecia (Capítulo 7, sección 1ª CP): dentro de los delitos contra la familia, se tipifica con un máximo de dos años de reclusión.
- Alemania (Art. 172 StGB): la bigamia, denominada *Doppelehe*, se castiga hasta con tres años de prisión.
- Reino Unido: la bigamia ya se consideró delito en la *Bigamy Act* de 1603; y, posteriormente, se incluyó como uno de los peores actos delictivos contra las personas, junto a la traición a la patria o el homicidio, en la sección 1ª de la *Offences against the Person Act* de 1828; y, por último,
- Francia: el Art. 433-20 CP establece un año de prisión y 45.000 euros de multa. Asimismo, el Art. 147 de su Código Civil prohíbe contraer un segundo matrimonio si no se ha disuelto el anterior, con independencia de la nacionalidad de los cónyuges y es causa de nulidad absoluta del matrimonio junto con el

incesto o la falta total de consentimiento. En la normativa francesa sobre extranjería, la Ley 93-1027, de 24 de agosto de 1993, abolió las reglas que autorizaban las relaciones poligámicas así como el reagrupamiento de las ulteriores esposas con la familia del polígamo. Aun así, en Francia – como veremos que también ocurre en España– los convenios bilaterales suscritos en materia de Seguridad Social, con países donde sí que se autoriza la poligamia, han abierto la puerta a que esta institución pudiera surtir ciertos efectos jurídicos a la hora de reconocer las pensiones de viudedad causadas por un cotizante bígamo.

En Marruecos, por citar uno de los países de donde proceden la mayoría de los inmigrantes que tratan de preservar este modelo familiar al llegar a España, el preámbulo de su actual Código de Familia (o *Mudawana*)⁵⁵⁹ establece que “la poligamia sólo está autorizada según los casos y en las siguientes condiciones legales: 1) El juez sólo autorizará la poligamia después de asegurarse de la capacidad del marido para tratar a la otra esposa y a sus hijos equitativamente y en pie de igualdad con la primera, y a garantizarles las mismas condiciones de vida, y sólo si dispone de un argumento objetivo excepcional para justificar su recurso a la poligamia; 2) La mujer podrá supeditar su matrimonio a la condición [el llamado pacto de monogamia], consignada en acta, de que su marido se comprometa a abstenerse de tomar otras esposas; no obstante, en la

⁵⁵⁹ Arts. 40 y ss de la *Mudawana* aprobada por Real Decreto 1-04-22, de 3 de febrero de 2004. INTERMIGRA [en línea]. [Fecha de consulta: 10 de agosto de 2011]. Disponible en Internet: <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/CodFamiliaMarruecos.pdf>

mayoría de los países musulmanes [la poligamia] se admite, a pesar de que su ejercicio se somete a condiciones concretas”⁵⁶⁰.

Al respecto, la profesora Lema Tomé⁵⁶¹ considera que “en los últimos años, la tendencia en muchos de los países islámicos es establecer determinadas restricciones a la poligamia”; unas limitaciones que pueden consistir –como ha estudiado la profesora Combalía⁵⁶²– o en la “exigencia de una autorización judicial o administrativa para poder contraer matrimonio polígamo”, siempre que se cumpla con el requisito islámico de ofrecer un trato equitativo a las diversas esposas; o en la “exigencia de causa que justifique la poligamia para la concesión de la licencia” (en Indonesia, por ejemplo, se autoriza el segundo enlace si la primera mujer no puede cumplir sus deberes conyugales).

5.2.b).3) Cuatro ejemplos españoles de conflictos relacionados con la poligamia:

Cuando los inmigrantes llegan al *Viejo Continente* en busca de nuevas oportunidades, su intención de preservar también lo que para ellos es una práctica tradicional, legal y religiosa de tener una familia polígama choca con los valores que defienden los ordenamientos jurídicos europeos y se convierte en una fuente de conflictos: a la hora de reconocer el derecho de las viudas a cobrar distintas pensiones de un mismo causante bígamo, que se deniegue la nacionalidad a un extranjero polígamo o que no se le

⁵⁶⁰ LABACA ZABALA, M.L. El matrimonio polígamo islámico y su repercusión en el Derecho español, *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2009, nº 18, p. 267.

⁵⁶¹ LEMA TOMÉ, M. Matrimonio polígamo, inmigración islámica y libertad de conciencia en España. *Migraciones Internacionales*, 2003, vol. 2, nº 2, p. 157.

⁵⁶² COMBALÍA, Z. Mujer y matrimonio en el Derecho Islámico. *Conciencia y Libertad*, 2001, nº 13, pp. 38-39.

conceda el visado a la segunda esposa para reagruparla con la familia de su marido y la primera mujer. Sin llegar al extremo de Francia, donde esta situación ha generado problemas desde mediados del siglo XX, en España es ahora cuando estos conflictos han empezado a llegar a los tribunales.

▪ **LAS PENSIONES DE VIUDEDAD:**

Al regular las prestaciones en caso de muerte y supervivencia, en líneas generales, el Art. 174 de la Ley General de la Seguridad Social⁵⁶³ reconoce el derecho del cónyuge superviviente a percibir una pensión de viudedad, con carácter vitalicio, cuando *al fallecimiento de su cónyuge, éste, si al fallecer se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta, hubiera completado un período de cotización de quinientos días, dentro de un período ininterrumpido de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión (...)* En cualquier caso, si la causa de la muerte fuera un accidente, sea o no de trabajo, o una enfermedad profesional, no se exigirá ningún período previo de cotización; asimismo, la Ley regula el reconocimiento de la pensión en los casos de separación, divorcio, nulidad matrimonial y convivencia como pareja de hecho, *con análoga relación de afectividad a la conyugal*. Si este artículo no prevé el supuesto de que pudiera haber dos cónyuges supervivientes de un mismo causante, no se debe a que exista un vacío legal en la normativa española sino a que, simplemente, el legislador ha sido coherente con el resto del ordenamiento jurídico donde

⁵⁶³ Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social

sólo se reconocen las uniones monogámicas porque los segundos matrimonios son nulos si persisten los anteriores y la poligamia se contempla como delito en el Código Penal.

El Tribunal Constitucional⁵⁶⁴ lo resumió del siguiente modo: *la normativa aplicada (...) es de carácter "prestacional" y exclusivamente exige haber sido "cónyuge legítimo" del causante de la pensión; es decir, un matrimonio válidamente celebrado de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico*, lo que excluye la poligamia.

Partiendo de esta base, desde finales de los años 50 España ha suscrito diversos convenios en materia de Seguridad Social con numerosos países de todo el mundo –Perú, Japón, Australia, Rusia, etc.– para *asegurar a los trabajadores de cada uno de los dos Estados que ejerzan o hayan ejercido una actividad profesional en el otro, una mejor garantía de sus derechos*⁵⁶⁵. Dos de esos acuerdos bilaterales se firmaron con países de mayoría musulmana *afirmando el principio de igualdad de trato entre los nacionales de los dos países en orden a las legislaciones de Seguridad Social de cada uno de ellos*⁵⁶⁶. Y ahí surgió el problema, al *coordinar la aplicación, a los nacionales de los dos países, de las legislaciones de España y Marruecos o Túnez*, respectivamente:

- El Art. 23 del convenio sobre Seguridad Social que firmaron España y Marruecos el 8 de noviembre de 1979 (ratificado el 5 de julio de 1982) estableció que *La pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida en su*

⁵⁶⁴ STC 199/2004, de 15 de noviembre (FdDº 6).

⁵⁶⁵ Preámbulo del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República del Ecuador, hecho en Madrid el 4 de diciembre de 2009.

⁵⁶⁶ Preámbulo del Instrumento de Ratificación de 5 de julio de 1982 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos, firmado en Madrid el 8 de noviembre de 1979.

caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación.

- Años más tarde, en el nuevo convenio suscrito entre España y Túnez el 26 de febrero de 2001, se incidió en la misma línea al regular la pensión de viudedad compartida en el Art. 24: *En caso de que exista más de una viuda con derecho, la pensión de supervivencia se repartirá entre ellas a partes iguales*; es decir, que la pensión de viudedad se tendrá que prorratear entre las mujeres del difunto.

De acuerdo con el criterio establecido en ambos convenios, la sentencia 2547/2002, de 2 de abril, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia estimó el derecho de dos mujeres senegalesas [viudas de un ciudadano de este país que trabajaba como vendedor ambulante, dado de alta en el régimen especial de trabajadores autónomos (RETA) y con permiso de trabajo de ámbito nacional, que falleció en un accidente de tráfico en 1995 y con el que ambas se habían casado legalmente, de acuerdo con la normativa de Senegal, en 1974 y 1981] a recibir la pensión de viudedad –y la de orfandad de sus cuatro hijos (todos menores)– condenando al Instituto Nacional de la Seguridad Social a abonarles la pensión de viudedad teniendo en cuenta que *ha de dividirse por mitad entre ambas esposas.*

En este caso, el cuarto fundamento de derecho de la sentencia reconoce que *los vínculos matrimoniales del causante con las actoras fueron legítimamente contraídos de conformidad con la legislación de su*

país, según las normas personales de los contrayentes y del lugar de su celebración y que a pesar de la proscripción en nuestro país de la bigamia y de la excepción de orden público (...) sí cabe el reconocimiento de los efectos jurídicos que del vínculo matrimonial contraído (...) se derivan en nuestro país en el contexto prestacional de Seguridad Social.

A pesar de que el Art. 49.2 CC establece la norma básica del sistema de reconocimiento de los matrimonios extranjeros –junto con el Art. 50– en España no existe un *tratamiento expreso del matrimonio celebrado entre extranjeros ante autoridades extranjeras fuera del territorio español*⁵⁶⁷; esa laguna ha sido integrada aplicando analógicamente lo dispuesto en los Arts. 49.2 y 50 CC, de modo que se reconoce esos matrimonios, a los efectos del derecho español, si han sido contraídos *conforme al ordenamiento donde ocurrió su celebración; vía por la que cabe reconocer los matrimonios celebrados por extranjeros y en un Estado extranjero que sean válidos según la ley personal de los contrayentes extranjeros.*

Siguiendo ese criterio de atribuir el 50 por 100 de la pensión a cada viuda, el propio Instituto Nacional de la Seguridad Social ha llegado a reclamar parte de la cantidad que una mujer había venido percibiendo indebidamente porque se descubrió que existía una segunda viuda. Ocurrió en el proceso que resolvió la sentencia 159/2003, de 30 de enero, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) al interponerse un recurso de suplicación contra una sentencia dictada por el Juzgado de lo Social de Melilla el 26 de febrero de 2002. En su primer fundamento

⁵⁶⁷ STSJ Galicia 2547/2002, de 2 de abril (FdD 4º).

jurídico, el TSJ andaluz señaló que *según establece el Art. 9 del Código Civil, la situación familiar de un extranjero se gobierna por las leyes de su estatuto personal y en este caso el causante era súbdito marroquí, cuyas leyes permiten la situación que se denuncia por la recurrente, también de igual nacionalidad* [ésta sostenía que no podía ser de aplicación el Art. 23 del Convenio Hispano-Marroquí ya que se trataba de un supuesto de bigamia que está expresamente prohibida en nuestro ordenamiento jurídico] *por lo que siendo aplicables todas las normas del Convenio, según su Art. 3 a los marroquíes que estén o hayan estado sujetos a la legislación de la Seguridad Social española, así como a sus familiares, procede, como correctamente ha hecho la Entidad Gestora, la aplicación del Art. 23 de dicho Convenio (...) y en consecuencia la distribución en partes iguales entre las que definitivamente acreditan ser las beneficiarias de la pensión, con independencia del tiempo de convivencia al no contemplarlo la citada norma convencional.*

Sin embargo, la sentencia 546/2002, de 29 de junio, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dio un nuevo giro de tuerca a la hora de interpretar la distribución de la pensión en función del período de convivencia matrimonial.

Un ciudadano marroquí que ya se había casado en 1993, contrajo segundas nupcias con otra mujer en 1995, *ya que en Marruecos está permitido tener más de una esposa*, como recuerda la resolución en sus antecedentes de hecho; pero en 1996, al año y medio de haber celebrado aquel nuevo matrimonio, el hombre se divorció unilateralmente de su segunda esposa acudiendo a un notario de Casablanca, *lo que, ciertamente, como alegó la codemandada en el acto del juicio, parece*

*suponer un auténtico "repudio" y, desde luego, dista mucho de la institución que, con aquella misma denominación de "divorcio", contemplan las leyes españolas*⁵⁶⁸.

De modo que, cuando el trabajador marroquí falleció en Getafe en febrero de 1999, ambas mujeres reclamaron a la Seguridad Social su parte de la pensión; *con la imprescindible ponderación a la que obliga la concurrencia simultánea de períodos de convivencia matrimonial (...) la distribución entre ellas [actora y codemandada] y la consecuente regularización de la única prestación, debe ajustarse, ponderadamente, a lo dispuesto en el (...) Art. 23 del Convenio Hispano Marroquí: esto es, la cuantía de la pensión que corresponde a la demandante y única viuda del causante es la que resulta de descontar de su importe total el 50% de la proporción asignable a la codemandada, ex cónyuge divorciada, en función del tiempo que alcanzó, simultáneamente con la otra mujer, su convivencia matrimonial con aquél.* El periodo de referencia del matrimonio de la primera mujer fue de 2.139 días frente a los 631 días que duró el segundo enlace; por lo que el Tribunal atribuyó *a la actora el 85,25 de la pensión, en virtud del principio general de que quien pide lo más (pedía el 100%) pide también lo menos, y a la codemandada el 14,75% restante.*

Los propios magistrados reconocieron que *la Sala es consciente de las dificultades que entraña esta interpretación, pero como la principal finalidad que con ella se persigue es, obviamente, la de evitar la total desprotección del cónyuge divorciado, pues ello choca frontalmente con los principios que inspiran nuestro sistema de previsión social pública,*

⁵⁶⁸ STSJ Madrid 546/2002, de 29 de junio (FdD 2º).

quiere dejar sentado que, al menos en principio, la solución adoptada, es decir, la distribución de la pensión en función del período de convivencia matrimonial, no parece ser la adecuada cuando, siendo aplicable el Convenio Hispano Marroquí, sobrevivan al causante todas sus esposas con diferentes períodos de convivencia matrimonial.

Con esta sentencia, el Alto Tribunal madrileño se decantó por dictar, probablemente, la resolución más garantista en favor de los derechos de las esposas de un causante bígamo, aplicándoles los principios rectores que la Constitución Española establece en los Arts. 39 (protección a la familia y la infancia) y 41 (un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad); pero, mientras esto sucedía en Galicia, Andalucía y Madrid, otro Tribunal Superior de Justicia –en este caso, el catalán– dio en Barcelona una interpretación completamente dispar para un supuesto semejante.

Una de las esposas de un difunto trabajador gambiano reclamó para ella sola el 100 por 100 de la pensión *frente a la resolución del INSS que había repartido su cuantía al 50% entre ella y la segunda esposa del fallecido, nupcias contraídas ambas en Gambia*; alegando –precisamente– que la bigamia es un delito en España y el Alto Tribunal catalán⁵⁶⁹ le dio la razón. Los fundamentos de derecho no pudieron ser más explícitos: *la cuestión que se plantea a la Sala no es otra que determinar la eficacia de la institución islámica de la poligamia y de si tal figura puede ser aplicada y tener sus efectos en el ordenamiento*

⁵⁶⁹ STSJ Cataluña 9067/2003, de 30 de julio.

español, o por el contrario atenta contra el orden público y por lo tanto ninguna efectividad debe comportar.

Según los magistrados, el Acuerdo de Cooperación que suscribieron el Gobierno Español y la Comisión Islámica de España en 1992 *supone en la práctica la aplicación del derecho musulmán para regular la forma coránica de la celebración del matrimonio pero también señalan que dicho acuerdo distingue perfectamente entre la conciencia del creyente en la fe musulmana que le obliga a cumplir con las previsiones de su religión y su condición de ciudadano del Estado, que le obliga al cumplimiento de determinados requisitos civiles, no pudiendo ni debiendo eludirse el cumplimiento del segundo por el cumplimiento del primero, por lo tanto habrá de entenderse que no podrá celebrarse validamente el matrimonio si los contrayentes están sujetos al impedimento del ligamen anterior, rechazándose pues la poligamia, por atentar a un elemento substancial que no puede sino calificarse de orden público, al derivarse directamente de la Constitución y de los Convenios de Derechos Humanos.*

Con estos antecedentes, la Sala de lo Social del TSJ catalán entendió que *a efectos de la ley española el segundo matrimonio es nulo y por lo tanto quod nullum est ab initio, nullum effectum producet, y por ello no cree la Sala posible convalidar el criterio contenido en la resolución del INSS del reparto del 50% a cada una de las dos mujeres. A los efectos de la ley española, únicamente tiene el concepto de cónyuge la que deriva del primer matrimonio y por lo tanto debe estimarse el recurso de suplicación formulado; es decir, justo el criterio contrario al establecido por las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia*

madrileño, gallego y andaluz, al aplicar el Convenio hispano-marroquí sobre Seguridad Social.

Es muy significativo que la propia magistrada ponente de esta sentencia –Rosa M^a Virolés Piñol– emitiese un interesante voto particular en el que se aparta del voto mayoritario que, en su opinión, *parte de un error cual es el de entender que "la cuestión que se plantea a la Sala no es otra que determinar la eficacia de la institución islámica de la poligamia y de si tal figura puede ser aplicada y tener sus efectos en el ordenamiento español, o por el contrario atenta contra el orden público y por lo tanto ninguna efectividad debe comportar"*; y pone el dedo en la llaga al afirmar que esa materia no es competencia del orden jurisdiccional social –correspondería a la jurisdicción civil– y que *la sentencia es incongruente al pronunciarse sobre la nulidad del segundo matrimonio porque los vínculos matrimoniales del causante con las actoras fueron legítimamente contraídos de conformidad con la legislación de su país, según las normas personales de los contrayentes y del lugar de su celebración*; por ese motivo, considera que sí que cabe reconocerle efectos jurídicos en nuestro país porque éstos se derivan del vínculo de los matrimonios contraídos por el causante con las actoras conforme al sistema matrimonial extranjero, en el contexto prestacional de la Seguridad Social, y todo ello a pesar de la proscripción de la bigamia en España, de la excepción de orden público (el Art. 12.3 CC dispone que en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera *cuando resulte contraria al orden público*) y de la incompatibilidad del sistema polígamo con el español.

La magistrada concluye su voto particular con otra importante reflexión: *No cabe, sin embargo, la pretensión de las demandantes de que les sea reconocida a cada una viudedad in integrum. La legalidad de los matrimonios del causante en su país de origen, si bien tiene en el ámbito que aquí opera la aptitud jurídica que se dejó dicha no la tiene en orden a provocar la causación de pensión de viudedad íntegra autónoma para cada viuda; es decir, como en nuestra legislación no está prevista ni considerada legalmente viable la causación de una pensión de viudedad íntegra propia para cada cónyuge superviviente –como ya tuvimos ocasión de mencionar al citar anteriormente al Art. 174 LGSS– la consecuencia que procede es distribuir la pensión de viudedad única causada, repartiéndola entre ambas viudas, si bien no por mitades como resuelve la Resolución administrativa, sino en proporción a la concurrencia de ambos matrimonios.*

Con este voto particular, la magistrada Virolés Piñol se decanta por aplicar en estos casos el mismo criterio que siguió el TSJ madrileño, en contra del sentido de la resolución catalana de la que ella misma fue ponente. Ante esta disparidad de resoluciones, no hay duda de que la solución sería interponer un recurso de casación para la unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo, que unifique las sentencias dictadas en suplicación por las salas de lo social de los Tribunales Superiores de Justicia, de acuerdo con el Art. 218 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

En una investigación⁵⁷⁰ de la Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA) bajo los auspicios de la Seguridad Social, publicada en

⁵⁷⁰ KAHALE CARRILLO, D.T. *La reestructuración de la pensión de viudedad a las nuevas situaciones sociales y las nuevas formas de familia y convivencia: propuestas de reforma*. Madrid: INSS, 2011, p. 162.

noviembre de 2011, se resume perfectamente la actual situación española: “de momento, el Alto Tribunal no ha tenido la necesidad de pronunciarse sobre las consecuencias jurídicas de la poligamia en la pensión de viudedad de la Seguridad Social. Probablemente, porque el INSS no ha intentado la formalización del recurso de casación para la unificación de doctrina, por ello no queda clara la solución a aplicar en estos supuestos. En ese sentido, han sido los Tribunales Superiores de Justicia los que han tenido la última palabra, en el que se observa que son muy variados y contradictorios sus criterios”.

Pero este conflicto no es exclusivo de España; Francia también ha suscrito acuerdos bilaterales sobre Seguridad Social con algunos Estados de su antigua Francofonía africana que permiten la poligamia (Argelia, Benín, Camerún, Congo, Costa de Marfil, Gabón, Malí, Marruecos, Mauritania, Níger, Senegal, Togo y Túnez)⁵⁷¹ y que, en determinadas circunstancias, atribuyen a las viudas supervivientes el derecho a cobrar la pensión.

El Gobierno de París distingue diversas situaciones, en función de si el causante bigamo y sus mujeres son de la misma nacionalidad, si el matrimonio es mixto porque alguna de las esposas es francesa y, finalmente, si el lugar de celebración es Francia o su país de origen. De todas las posibles combinaciones de estos elementos, sólo hay dos situaciones en las que la segunda viuda tendrá derecho a cobrar la pensión cuando fallezca su esposo: 1) Marido extranjero que se casa válidamente con dos compatriotas de su misma nacionalidad en su país de origen y de acuerdo con su normativa (ley personal); y 2) Marido

⁵⁷¹ Circular n° 2008/14, de 25 de febrero de 2008 (Caisse nationale d'assurance vieillesse).

extranjero que se casó en Francia con una compatriota de su misma nacionalidad y que, posteriormente, contrajo un segundo matrimonio con otra mujer de su país de origen, allí y de acuerdo con su normativa. Sólo en estas dos circunstancias la CNAV –entidad gestora análoga al Instituto Nacional de la Seguridad Social español– atribuirá una única prestación entre ambas viudas.

Para los restantes supuestos, aunque la ley nacional de los cónyuges autorice la celebración de esos matrimonios, los tribunales franceses apelarán al concepto de orden público para inaplicarla, declarando nulos los segundos o ulteriores enlaces que, para la CNAV no tendrán ningún efecto, de modo que únicamente considerará a la primera mujer como legítima esposa del causante, siempre que aquel matrimonio se celebre válidamente. De acuerdo con la Circular de este organismo nº 2008/14, de 25 de febrero: *En matière de prestations de survivant, seule la première épouse est considérée comme épouse légitime de l'assuré décédé, à la condition toutefois que son mariage soit valable lui-même.*

El 24 de septiembre de 2002, una sentencia de la Corte de Casación (asunto nº 00-15789) señaló que los franceses que se casen en el extranjero están sujetos al impedimento absoluto previsto en el Art. 147 CC; asimismo, esta postura se mantiene en los casos en que el esposo de una mujer francesa contraiga un posterior matrimonio con otra mujer de su país de origen porque la concepción francesa del orden público –desde que se produjo el caso Chemouni⁵⁷², en 1958– se opone a

⁵⁷² LABACA ZABALA, L. *El matrimonio polígamo islámico y su trascendencia en el ordenamiento jurídico español*. NOTICIAS JURÍDICAS [en línea]. Fecha de consulta: 4 de marzo de 2011]. Disponible en Internet: noticias.juridicas.com

que el matrimonio polígamo contraído en el extranjero por una persona que todavía está casado con una francesa produzca efectos en su contra. Y concluye con el principio que se aplica en ese supuesto: *Seule la première épouse peut bénéficier des prestations de survivant de l'assurance vieillesse* (es decir, sólo la primera esposa puede ser la beneficiaria de las prestaciones de la pensión).

El antecedente que sentó esta jurisprudencia fue el *affaire Baaziz*⁵⁷³: un ciudadano francés, casado con una compatriota, que adquirió la nacionalidad argelina cuando esta colonia se independizó de su metrópoli y contrajo allí un segundo matrimonio con una mujer de Argelia. Cuando él falleció, se inició un largo proceso que vino a establecer límites a los efectos jurídicos que se reconocía a la poligamia. A pesar de que el Art. 29 del acuerdo franco-argelino de Seguridad Social, de 19 de enero de 1965, prevé pagar a cada viuda *à parts égales*, el Tribunal de Casación consideró que no era aplicable al caso porque la primera viuda era francesa.

En el resto de Europa, excepto Italia, los demás países regulan las pensiones de forma análoga a Francia y España.

En Portugal, los Gobiernos de Lisboa y Rabat suscribieron⁵⁷⁴ la denominada *Concessão de pensão de sobrevivência por falecimento de um nacional marroquino*, donde se establece que: *No caso de falecimento de um nacional marroquino, a pensão de sobrevivência devida por cônjuge é repartida, se for caso disso, em partes iguais, entre as pessoas*

⁵⁷³ RUDE-ANTOINE, E. La validité et la réception de l'union polygamique par l'ordre juridique français: une question théorique controversée. *Journal des anthropologues*, 1997, n° 71. JDA [en línea]. [Fecha de consulta: 3 de julio de 2011]. Disponible en Internet: <http://jda.revues.org/2523>

⁵⁷⁴ Art. 21 de la *Convenção sobre Segurança Social entre a República Portuguesa e o Reino de Marrocos* de 14 de noviembre de 1998; ratificó mediante el Decreto 27/99, de 23 de julio.

que tenham simultaneamente a qualidade de cônjuge nos termos da legislação marroquina; es decir, se aplica el mismo criterio que en España y la pensión de viudedad se repartirá entre las viudas del causante, en partes iguales. Paradójicamente, el convenio suscrito con Túnez el 9 de noviembre de 2006 (y ratificado por el Decreto 34/2009, de 17 de abril)⁵⁷⁵ no prevé esta prestación para las viudas tunecinas.

En Alemania, el *Bundessozialgericht* (BSG)⁵⁷⁶ también se ha pronunciado ante la reclamación interpuesta por la primera esposa de un trabajador polígamo, que falleció dejando una segunda mujer, pero su primer cónyuge no estaba conforme con el criterio de repartir la pensión de viudedad a partes iguales entre ellas⁵⁷⁷ que se desprende del Art. 25.6º del convenio bilateral que Alemania y Marruecos⁵⁷⁸ firmaron el 25 de marzo de 1981 (en vigor desde el 1 de agosto de 1986). Así, por ejemplo, en la sentencia del BSG⁵⁷⁹ de 30 de agosto de 2000, se rechazó la demanda contra la resolución del Tribunal de Justicia de lo Social del Estado de Renania del Norte-Westfalia, de 9 de septiembre de 1999, de una viuda que pretendía recibir íntegramente el importe de la pensión, sin compartir la prestación con la otra esposa. Por razones de equidad, el Tribunal de Cásel decidió que, con independencia del tiempo que hubiesen durado los matrimonios, cada una de las viudas tendría derecho a reclamar la mitad de la pensión.

Otro acuerdo bilateral suscrito con Marruecos es el fundamento jurídico alegado por el *Tribunal du Travail* de Bruselas en un proceso

⁵⁷⁵ DRE [en línea]. [Fecha de consulta: 16 de agosto de 2011]. Disponible en Internet: <http://dre.pt>

⁵⁷⁶ Tribunal Federal de lo Social, con sede en la ciudad de Cásel (Hesse).

⁵⁷⁷ En alemán: *Die Witwenrente zu gleichen Teilen*.

⁵⁷⁸ *Sozialversicherungsabkommen mit Marokko*; disponible en: <http://www.dvka.de>

⁵⁷⁹ LEXETIUS [en línea]. [Fecha de consulta: 16 de agosto de 2011]. Disponible en Internet: <http://lexetius.com>

que enfrento a dos viudas marroquíes y que resolvió el 10 de febrero de 2012. El Art. 24.2 de la *Convention générale sur la sécurité sociale* firmado entre los reinos de Bélgica y Marruecos⁵⁸⁰, en Rabat, el 24 de junio de 1968 (y ratificado mediante la Ley belga de 20 de julio de 1970) establece que: *La pension de veuve est éventuellement répartie, également et définitivement entre les bénéficiaires, dans les conditions prévues par le statut personnel de l'assuré*; es decir, la pensión de la *Office National des Pensions* (ONP) se reparte por igual entre ambas viudas.

En este país, el debate sobre los efectos jurídicos de la poligamia llegó a instancias del Tribunal Constitucional el 4 de junio de 2009, cuando el Tribunal de lo Social de Amberes⁵⁸¹ le planteó una cuestión prejudicial para que se pronunciase sobre la violación de los principios constitucionales de igualdad y no discriminación por el Art. 24.2 del convenio belgo-marroquí de Seguridad Social. Su resolución tuvo en cuenta que no se trataba de un acto unilateral de Bélgica sino de la aplicación de un acuerdo bilateral de Derecho Internacional con el que el legislador de Bruselas se había comprometido con las autoridades marroquíes para tratar de eliminar los problemas ocasionados por la contratación de trabajadores de esta nacionalidad, estableciendo las normas para reconocerles sus prestaciones al cotizar a la ONP. Asimismo, el Constitucional belga señaló que la poligamia del difunto causante no era el único supuesto en el que dos viudas podían reclamar su parte de una pensión; en el ordenamiento belga –como recuerda el párrafo B.7.2– ocurre lo mismo con la primera esposa divorciada de un

⁵⁸⁰ SECURITE SOCIALE [en línea]. [Fecha de consulta: 16 de agosto de 2011]. Disponible en Internet: <https://www.socialsecurity.be>

⁵⁸¹ JURIDAT [en línea]. [Fecha de consulta: 16 de agosto de 2011]. Disponible en Internet en: www.juridat.be

funcionario público y la nueva mujer de éste. Como no se prevé pagar una pensión completa a cada viuda sino una sola repartida entre ambas, este Tribunal consideró que el Art. 24.2 de la *Convention* con Marruecos era compatible con la Constitución belga.

Ese reparto por igual de la prestación entre las viudas del trabajador fallecido también se establece en el Acuerdo General sobre Seguridad Social entre Bélgica y Argelia⁵⁸², aprobado por la Ley de 3 de julio de 1969, y en el convenio con Túnez⁵⁸³, de 4 de agosto de 1976.

Por último, la excepción europea es Italia cuyo planteamiento es diametralmente opuesto: en un informe que realizó el Ministerio de Trabajo⁵⁸⁴ en 2008, sobre la aplicación de la *Convenzione* 118/1962 (igualdad de trato en relación con la Seguridad Social) establece, expresamente, que *el derecho a la pensión de viudedad, en los casos de poligamia, se reconoce en el respeto de la primera esposa y / o aquella cuyo matrimonio esté reconocido como válido en nuestro ordenamiento*. Por ese motivo, cuando el Gobierno de Roma suscribió la *Convenzione di sicurezza sociale*⁵⁸⁵ con Túnez el 7 de diciembre de 1984, su Art. 24.1º estableció dos límites: el derecho a recibir prestaciones en virtud de la ley italiana se aplicará a su esposa y un máximo de 4 niños, *con exclusión de cualquier aumento*. Y, para que no quedara ninguna duda, el 29 de septiembre de 2006, el mensaje 25928 de la *Direzione Centrale*

⁵⁸² Art. 35: *Si, conformément à son statut civil, le travailleur avait plusieurs épouses, la rente de veuve est répartie définitivement et également entre les épouses remplissant les conditions de la législation applicable.*

⁵⁸³ Art. 20.2º: *La pension de veuve est éventuellement répartie, également et définitivement entre les bénéficiaires, dans les conditions prévues par le statut personnel de l'assuré.*

⁵⁸⁴ LABORO [en línea]. [Fecha de consulta: 16 de agosto de 2011]. Disponible en Internet: <http://www.lavoro.gov.it>

⁵⁸⁵ Ratificada por la Ley 735 del 7 de octubre de 1986, en vigor desde el 1 de enero de 1987 (único convenio bilateral firmado con un país de mayoría musulmana). NORMATTIVA [en línea]. [Fecha de consulta: 16 de agosto de 2011]. Disponible en Internet: <http://www.normattiva.it>

*Prestazioni a Sostegno del Reddito*⁵⁸⁶, del Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (órgano homólogo de la Seguridad Social española) reiteró que *como ha subrayado el Instituto en repetidas ocasiones, la prestación sólo puede ser pagada en beneficio de un único cónyuge (...)* porque en el ordenamiento italiano, *el matrimonio es exclusivamente monógamo.*

▪ **LA BIGAMIA COMO CAUSA PARA DENEGAR LA NACIONALIDAD:**

Junto a ese problema del orden social, la bigamia está siendo determinante en las denegaciones para conceder la nacionalidad española. La sentencia 3054/2008, de 19 de junio, del Tribunal Supremo, resolvió un recurso de casación contra una sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 11 de junio de 2002, en la que se denegó la concesión de la nacionalidad al solicitante – senegalés– porque no había justificado *suficiente grado de integración en la sociedad española, ya que está casado con dos esposas.*

Según el recurrente, su grado de integración era suficiente porque llevaba *una residencia legal y continuada durante más de diez años, con un trabajo estables, con unas relaciones sociales absolutamente normales;* y porque el hecho de estar casado con dos mujeres no implicaba que fuese una situación contraria a la legislación española, *puesto que según dispone el Art. 9.2 del Código civil la ley aplicable a ambos matrimonios es la ley personal de los contrayentes en el momento de la celebración, en este supuesto, la ley de Senegal que permite el matrimonio hasta con cuatro mujeres.*

⁵⁸⁶ INPS [en línea]. [Fecha de consulta: 16 de agosto de 2011]. Disponible en Internet: <http://www.inps.it>

En su primer fundamento de derecho, esta sentencia señaló que la resolución recurrida *acogió como correcta la fundamentación de la resolución administrativa denegatoria de la concesión de la nacionalidad, afirmando en sustancia que "es sumamente dudoso que la poligamia no suponga un rasgo de diferenciación notable en una sociedad que, aunque abierta y tolerante con usos y costumbres diferentes, no reconoce sino la unión matrimonial monogámica"*. Por ese motivo, el Tribunal Supremo desestimó el único motivo de casación, tal y como lo afrontó en un caso similar de denegación de concesión de la nacionalidad española por la poligamia del solicitante, en una sentencia de 14 de julio de 2004, que ha reiterado desde entonces: *no hay discriminación en considerar que el polígamo no satisface el requisito del "suficiente grado de integración en la sociedad española" del Art. 22.4 CC , ya que no es lo mismo residir en España –algo que sólo se podría prohibir al polígamo si una ley española así lo previese– que adquirir la nacionalidad española, que comporta toda una serie de derechos, incluidos el de sufragio activo y pasivo y el de acceder a los cargos y funciones públicas*⁵⁸⁷.

En ambas resoluciones, la solución fue la misma y, en el fondo, por idéntica razón. Para la vehemente jurisprudencia del Supremo: *la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del derecho extranjero (Art. 12.3 CC). Entendido el orden público como el conjunto de aquellos valores fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya nuestro entero*

⁵⁸⁷ Por todas, STS 8627/2011, de 19 de diciembre (FdD 1º).

ordenamiento jurídico, resulta incuestionable la incompatibilidad con el mismo de la poligamia; y ello sencillamente porque la poligamia presupone la desigualdad entre mujeres y hombres, así como la sumisión de aquéllas a éstos. Tan opuesta al orden público español es la poligamia, que el acto de contraer matrimonio mientras subsiste otro matrimonio anterior es delito en España (Art. 217 CP). Es perfectamente ajustado a derecho, por ello, que la Administración española considere que alguien cuyo estado civil es atentatorio contra el orden público español no ha acreditado un "suficiente grado de integración en la sociedad española"⁵⁸⁸.

Por último, quedaba por resolver la alegación del recurrente senegalés al Art. 9.2 CC; una invocación que el Tribunal Supremo consideró irrelevante. De nuevo, la sentencia 3054/2008, de 19 de junio, resolvió la cuestión con suma rotundidad: *que el Código Civil, a efectos de resolver los conflictos de leyes, establezca que el estado civil de las personas se rige por su ley personal y que ésta viene determinada por su nacionalidad no equivale a dar por bueno el contenido de todas las legislaciones nacionales sobre el estado civil existentes en el mundo. Ciertamente, las autoridades administrativas y judiciales españolas están obligadas por el Art. 9.2 CC a considerar que el estado civil de cada persona es el regulado en la legislación del país del que dicha persona es nacional; pero ello en nada obsta a que esas mismas autoridades deban aplicar las normas jurídicas españolas, entre las que se halla el Art. 22.4 CC, con rigurosa observancia del orden público español. En otras palabras, la llamada a la correspondiente legislación*

⁵⁸⁸ STS 3054/2008, de 19 de junio (FdD 3°).

nacional para regular el estado civil de las personas no puede servir de pretexto para soslayar el orden público español, que incluye sin duda la prohibición de la poligamia.

Esta jurisprudencia se ha reiterado posteriormente⁵⁸⁹, como en la reciente sentencia 8627/2011, de 19 de diciembre, donde el Tribunal Supremo denegó la nacionalidad española a otro ciudadano senegalés bígamo, fundamentándola en que *la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del Derecho extranjero.*

La Audiencia Nacional también se ha pronunciado en repetidas ocasiones con idéntico criterio que el Supremo. A finales de 2011⁵⁹⁰ denegó una solicitud de nacionalidad española por residencia del recurrente *al considerar (...) que no ha justificado suficiente grado de integración en la sociedad española (Art. 22.4 CC) ya que según consta ha estado casado con dos mujeres y la integración en cualquier sociedad exige la aceptación y seguimiento de sus principios sociales básicos, especialmente aquellos recogidos en disposiciones legales que disciplinan los presupuestos esenciales de la convivencia entre los ciudadanos (...)* Está acreditado que el recurrente, cuando formuló su solicitud de nacionalidad española el 1 de junio de 2007 ante el Registro Civil de Olot (Gerona), se encontraba casado con dos mujeres, habiéndose celebrado los correspondientes matrimonios el 22 marzo 1989 y el 8 mayo 1997, respectivamente con las señoras [X] y [Z],

⁵⁸⁹ SSTS 4764/2009, de 14 de julio; 893/2010, de 26 de febrero; 3707/2011, de 13 de junio; 4386/2011, de 4 de julio, y 6458/2011, de 10 de octubre; así como el ATS 9439/2011, de 22 de septiembre.

⁵⁹⁰ SAN 5777/2011, de 26 de diciembre.

empadronadas en el mismo domicilio, juntamente con los 7 hijos habidos de sendos matrimonios.

Esta sentencia de la Audiencia Nacional mantiene la línea pronunciada por otras anteriores⁵⁹¹ sobre la imposibilidad de conceder la nacionalidad española en los supuestos de poligamia, *por falta del requisito de integración con los valores sociales, culturales y con nuestro propio ordenamiento jurídico.* En ese sentido, se afirmó que (...) *no sólo porque es sumamente dudoso que la poligamia no suponga un rasgo de diferenciación notable en una sociedad que, aunque abierta y tolerante con usos y costumbres diferentes, no reconoce sino la unión matrimonial monógama, y además porque la ley española así lo dispone, de modo que resultaría contradictorio el reconocimiento de que se disfruta de una situación familiar diferente en virtud de leyes o costumbres distintos a los españoles en un aspecto tan importante de la organización social, y que se está en disposición de someterse a la obediencia de la Constitución y de las leyes españolas que impiden contraer matrimonio a quien ya se encuentra unido por vínculo conyugal –Art. 46.2 CC– por lo que hay que concluir que tal decisión resulta correcta en cuanto interpreta de una manera razonable la norma en que se establece.*

Frente a esta coherencia jurisprudencial, algunos autores que han analizado la denegación de conceder la nacionalidad española porque el solicitante era polígamo –como la jurista Almagro Rodríguez⁵⁹²– han enfatizado que “nos encontramos ante un concepto o término jurídico indeterminado que habrá de ser concretado por la jurisprudencia y la

⁵⁹¹ SSAN 3792/2001, de 12 de junio; y 3622/2002, de 11 de junio.

⁵⁹² ALMAGRO RODRÍGUEZ, N. M. Comentario a la sentencia de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, de 19 de junio de 2008, sobre denegación de la concesión de la nacionalidad española por poligamia. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2009, vol. 1, nº 2, pp. 277-278.

práctica registral española” y que, en su opinión, “cabe deducir entonces que no sería conveniente admitir como válido un matrimonio polígamo por todo el perjuicio político [en referencia al hecho de que adquirir la nacionalidad comporta una serie de derechos como el sufragio activo y pasivo o el acceso a cargos y funciones públicas] y, sobre todo, económico que ello puede acarrear: pensiones de viudedad para cada una de las esposas, permiso de residencia y posterior concesión de la nacionalidad española a cada cónyuge, etc.”.

Es muy difícil compartir esa línea argumental cuando esta y otras autoras –a las que citaremos en la recapitulación– enfatizan los efectos políticos y económicos de la poligamia y minusvaloran la gravedad de que, más allá de que denote una falta de integración en la sociedad española, esta institución jurídica es una práctica contraria a nuestro ordenamiento jurídico y a sus valores superiores.

▪ **LOS VISADOS DE REAGRUPACIÓN DE LAS SEGUNDAS ESPOSAS:**

En esa misma línea, la poligamia también se ha configurado como un límite para denegar las solicitudes de visados de residencia cuando el solicitante trata de reagrupar con su familia a una segunda esposa.

La fundamentación jurídica de la sentencia 1637/2006, de 25 de enero, del Tribunal Supremo⁵⁹³ se remitió a que el Art. 17.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, prohíbe expresamente la reagrupación de ambas esposas: *En ningún caso podrá reagruparse a más de un*

⁵⁹³ Esta resolución resolvió un recurso de casación interpuesto contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 21 de marzo de 2002, que –a su vez– desestimó una resolución, de 11 de abril de 2000, del Cónsul General de España en Tánger (Marruecos) por la que se denegó la solicitud del visado de residencia para reagrupación familiar a la segunda esposa del recurrente, un ciudadano de nacionalidad marroquí.

cónyuge aunque la Ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial. El extranjero residente que se encuentre casado en segundas o posteriores nupcias por la disolución de cada uno de sus anteriores matrimonios sólo podrá reagrupar con él al nuevo cónyuge si acredita que la disolución ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y de sus hijos comunes en cuanto al uso de la vivienda común, a la pensión compensatoria a dicho cónyuge y a los alimentos que correspondan a los hijos menores, o mayores en situación de dependencia. En la disolución por nulidad, deberán haber quedado fijados los derechos económicos del cónyuge de buena fe y de los hijos comunes, así como la indemnización, en su caso.

En su cuarto fundamento de derecho, los magistrados del Supremo establecen que *a la vista de lo anterior, debe añadirse inmediatamente que no cualquier procedimiento jurídico permite entender satisfecha la exigencia que aquí se contempla, en orden tanto a la evitación del fraude de ley como a la garantía de los derechos del excónyuge y de los descendientes, pues, de un lado, ese procedimiento jurídico deberá justamente superar el canon del cumplimiento de dichas garantías, pero, además, deberá ser reconocible como una efectiva extinción del vínculo matrimonial, ya que dicha extinción es el presupuesto que la norma contempla para la efectividad del derecho a una segunda reagrupación. Por ello, tanto en el supuesto de no encontrarnos en presencia de una extinción real y definitiva, no revocable, del vínculo matrimonial, como cuando dicha extinción, aun siendo real y definitiva, no contempla las garantías ya señaladas, no será suficiente su cobertura jurídica cualquiera que sea, su efectiva naturaleza, judicial o no, para*

entender satisfecha la exigencia que se contempla en el Art. 17 de la LOE 4/00.

El conflicto de fondo fue que el recurrente había repudiado a su primera esposa. ¿Pueden las autoridades españolas reconocer ese acto, en el que se ha constituido el repudio, para que tenga eficacia en nuestro país, teniendo en cuenta que esa institución no existe en España y que la separación matrimonial –nuestra figura análoga más cercana– tampoco es conocida en Marruecos?

La legislación islámica –señala el Tribunal Supremo– ha puesto por regla general el repudio en manos del esposo, concediéndole la prerrogativa individual para pronunciar el mismo en relación con la esposa al ser considerado, por dicha legislación, como el responsable de la institución matrimonial, de las cargas que se derivan de la misma, de la manutención de los hijos así como con la obligación de correr con las cargas que derivan del divorcio. En ese contexto, el ordenamiento jurídico marroquí prevé tres fórmulas para disolver un matrimonio: unilateralmente (el mencionado TALAQ o repudio que puede ejercer sólo el marido y tiene carácter revocable), bilateralmente (el TATLIQ o divorcio judicial, al que pueden acogerse ambos cónyuges) y una tercera vía intermedia (el KOHL o repudio del varón mediante una compensación a su esposa, que es irrevocable).

En el caso que enjuició el Supremo en esta sentencia, no nos encontrábamos ante un simple repudio unilateral (TALAQ) sino *en presencia de un “kohl o repudio mediante compensación económica de la esposa”*; por ese motivo, el Alto Tribunal español consideró que *se trata, sin duda, de un procedimiento jurídico que supera el canon*

impuesto por el citado Art. 17.1.a) de la LOE 4/00, procediendo por ello el acogimiento del motivo y la correspondiente estimación del recurso y, por lo tanto, falló a favor del recurrente para que el Cónsul General de España en Tánger le expidiera a su segunda esposa el correspondiente visado de residencia para reagrupación Familiar.

En otros procesos, la resolución judicial española es mucho más sencilla cuando *el panorama expuesto sugiere razonablemente tanto el fraude de ley como la posible falsedad documental*. Así ocurrió en la sentencia 11285/2011, de 16 de septiembre, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que resolvió el recurso contencioso-administrativo contra una resolución de la Embajada española en Nueva Delhi (India), de 8 de junio de 2010, que denegó el visado de reagrupación familiar a la nueva esposa india del recurrente (un divorciado de nacionalidad alemana que residía en España en un *piso-patera con once paquistaníes, un rumano, tres indios y una colombiana*) porque –como señaló su tercer fundamento de derecho– *en el pasaporte de la supuesta actual esposa figura, no obstante, como casada en documento expedido en el año 2003, antes del divorcio, y la legislación alemana no permite la bigamia*.

Pero, en otras ocasiones, el conflicto que subyace con la reagrupación familiar y los visados es la propia interpretación que realizan nuestros órganos judiciales. Aunque el tenor literal del Art. 17.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, parecía claro, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid⁵⁹⁴ reconoció el derecho de visado [en contra de una resolución del consulado español en Casablanca (Marruecos) que le denegó esta posibilidad porque *el reagrupante es*

⁵⁹⁴ STSJ Madrid 2964/2003, de 24 de febrero (FdD 3º).

bígamo, teniendo cuatro hijos (todos ellos permanecen en Marruecos) con la otra mujer. Igualmente que el matrimonio con la reagrupable, la otra esposa, fue concertado entre la madre de ésta y la primera esposa, y concluye que existen indicios de matrimonio de conveniencia] porque la sala de lo contencioso del Alto Tribunal madrileño no vio *razones para impedir lo que la ley permite* e interpretó que el mencionado Art. 17.1.a) reconoce el *derecho a la reagrupación del cónyuge (...) siempre que no exista separación de hecho o de derecho ni fraude de ley. También se admite el supuesto de la bigamia, en cuyo caso se podrá reagrupar solamente a un cónyuge, y que es caso distinto de las segundas nupcias.* En esta resolución, el ciudadano marroquí continuaba casado con su primera esposa que vivía en su país con los cuatro hijos que habían tenido y, sin divorciarse, se le concedió la reagrupación con su segunda esposa cuando no acreditó la disolución de su primer matrimonio tras un procedimiento jurídico que fijase la situación de ese cónyuge y sus hijos.

Sin embargo, cinco años más tarde, ese mismo Tribunal⁵⁹⁵, desestimó un recurso contencioso contra las resoluciones del Consulado General de España en Casablanca, de 1 de agosto de 2007, que denegaron las solicitudes de visado de residencia para la reagrupación familiar, al no haber aportado la documentación solicitada (el libro de familia): *como todos sabemos, que la legislación marroquí, como instituciones jurídicas admite la poligamia, el repudio revocable, (en el que persiste el ligamen o vínculo), que resultan incompatibles con nuestro sistema jurídico, porque atentan contra la dignidad constitucional de la mujer, y el divorcio sin pensión, porque las*

⁵⁹⁵ STSJ Madrid 20253/2008, de 30 de octubre (FdD 3º).

contempladas en la “moudawana”⁵⁹⁶ para esos casos, esto es, la “mouta” y la correspondiente a la “idda” no se trata de una pensión al cónyuge en el sentido de nuestro ordenamiento. Según el Consulado español, al tramitar otros expedientes se ha detectado una práctica que se está convirtiendo en habitual: presentar libros de familia con el nuevo formato establecido tras la modificación del código civil marroquí en el año 2002, por parte de matrimonios con hijos nacidos anteriormente a dicho año, con el objetivo de ocultar hijos nacidos de otras esposas, lo que probaría la existencia de otros matrimonios.

Por último, conviene recordar que la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre, sobre el derecho a la reagrupación familiar establece en su considerando undécimo que *El derecho a la reagrupación familiar debe ejercerse en el debido respeto de los valores y principios reconocidos por los Estados miembros, especialmente en lo que refiere a los derechos de las mujeres y los niños, respeto que justifica que se opongan medidas restrictivas a las solicitudes de reagrupación familiar de familias poligámicas.* De ahí que el Art.4.4º establezca que *en caso de matrimonio poligámico, si el reagrupante ya tuviera un cónyuge viviendo con él en el territorio de un Estado miembro, el Estado miembro en cuestión no autorizará la reagrupación familiar de otro cónyuge.* Esta directiva se traspuso al ordenamiento jurídico español mediante la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

▪ **LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL Y OTROS CONFLICTOS:**

⁵⁹⁶ Se refiere al Código de Familia de Marruecos, promulgado el 3 de febrero de 2004.

La Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN) tampoco admite la inscripción de un segundo matrimonio sin que haya sido disuelto previamente el anterior. En una resolución de 14 de diciembre de 2000, este órgano administrativo señaló que esta situación *no puede tener acceso al Registro Civil español; la vigencia del primer matrimonio no puede quedar supeditada a los intereses particulares de ninguno de los contrayentes como ahora manifiesta el cónyuge que ha adquirido la nacionalidad española, significándose que en el certificado del segundo matrimonio el esposo optó por la poligamia, situación que no es admitida por nuestro ordenamiento jurídico.*

En sus fundamentos de derecho, estableció que Cuando una persona adquiere la nacionalidad española, su matrimonio anterior subsistente celebrado en el extranjero ha de inscribirse, en principio, en el Registro Civil español. La inscripción requiere en todo caso, además del título documental oportuno o de un expediente (Arts. 256 y 257 del Reglamento del Registro Civil⁵⁹⁷), que el enlace sea válido para el ordenamiento español (...) Aunque el segundo matrimonio sea legal de acuerdo con el ordenamiento jurídico del país de origen de los contrayentes y, en principio, haya que aplicar su estatuto personal, está claro que la ley extranjera, aplicable como regla según nuestras normas de conflicto, ha de quedar aquí excluida por virtud de la excepción de orden público internacional (Art. 12.3 CC.) que no puede permitir la inscripción de un matrimonio poligámico que atentaría contra la concepción española del matrimonio y contra la dignidad constitucional

⁵⁹⁷ Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil.

de la mujer. Por todo ello, concluye que no puede admitirse que en una inscripción de matrimonio en el Registro español conste que uno de los contrayentes ya estaba casado cuando se celebró el enlace. Recuérdese que el estado civil de cada contrayente en ese momento es un dato obligado en la inscripción de matrimonio.

Una nueva resolución de 4 de diciembre de 2002 denegó la inscripción de otro matrimonio musulmán al no reunir los requisitos del Art. 46.2 CC porque existía *un vínculo matrimonial anterior ya que el contrayente se casó en 1989, cuando aún estaba casado con su anterior esposa con la que contrajo matrimonio en 1983 y de la que no se divorció hasta 1992*. Como en el caso anterior, la DGRN empleó de nuevo los mismos fundamentos jurídicos para resolver que *el estatuto personal de los contrayentes (...) ha de quedar excluido por la excepción de orden público internacional que no puede permitir la inscripción de un matrimonio poligámico que atentaría contra la concepción española del matrimonio y contra la dignidad constitucional de la mujer*; asimismo, esta Dirección General consideró que, sin entrar a dilucidar los efectos que la poligamia puede producir en el ordenamiento español, *lo que es evidente es que no puede admitirse que en una inscripción de matrimonio en el Registro español conste que uno de los contrayentes ya estaba casado cuando se celebró el enlace*.

Colateralmente, junto a todos estos conflictos, los tribunales españoles también han empezado a conocer la cuestión de la dote⁵⁹⁸. Una buena definición la encontramos en la didáctica sentencia 5685/2011, de

⁵⁹⁸ Esta institución, procedente del Derecho Romano, desapareció del Derecho Civil general español con la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que modificó el Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio; pero la dote se mantiene en vigor en algunas compilaciones de Derecho Civil foral, como sucede en Aragón, Baleares, Cataluña o Navarra.

20 de septiembre, del Tribunal Supremo, que denegó la solicitud de visado de residencia para reagrupación familiar de una mujer de 52 años que alegaba estar divorciada de su primer marido, con el que había tenido siete hijos, y que pretendía venir a vivir con su nuevo esposo: un hombre 22 años menor que ella, del que desconocía cómo o cuándo había llegado a España e incluso ignoraba su lugar de residencia, pero con el que afirmaba haberse casado en 2006. La resolución del Supremo señaló que esa diferencia de edad entre los contrayentes, *en la realidad de la cultura marroquí (y no solamente marroquí, sino en la cultura musulmana en general), dada la consideración que tiene la mujer y el fin del matrimonio, los casos en los que un hombre se casa con una mujer mayor que él son ciertamente infrecuentes, máxime con una diferencia de edad tan acusada (más que infrecuentes, con 22 años de diferencia son inexistentes). De hecho, y dado que su religión (y sus leyes, condicionadas en gran medida por la religión) les permiten casarse con varias mujeres, cada nuevo matrimonio siempre es con una esposa más joven que la anterior.*

Un hecho que resultó determinante para denegarle el visado fue que la mujer desconocía *el valor de la dote*⁵⁹⁹, *a pesar del alto importe de la misma para lo que es habitual en las costumbres del país y a que, de acuerdo con el acta de matrimonio, ya la ha percibido íntegramente.* De hecho, la Mudawana marroquí establece que se contrae matrimonio mediante el consentimiento de los dos cónyuges, la presencia del tutor matrimonial de la esposa y de dos testigos y la constitución de una dote

⁵⁹⁹ La STS 5685/2011, de 20 de septiembre define la dote en el Derecho musulmán como *la suma de dinero o bienes que debe entregar el marido a la mujer por razón del matrimonio y que pasa a ser propiedad de ella, siendo libre de administrarla como desee. La dote se constituye en un requisito esencial para la validez del matrimonio musulmán, y carece de todo sentido que la esposa desconozca su importe e incluso si ni tan siquiera se ha establecido.*

(Art. 9). *Al realizar el examen de los hechos, la Oficina Consular pone especial énfasis en que carece de todo sentido que la esposa desconozca su importe e incluso si ni tan siquiera se ha establecido.*

Asimismo, otra sentencia⁶⁰⁰ resolvió un recurso de apelación planteado en los autos de juicio de divorcio que se siguió ante el juzgado de primera instancia número 2 de Huesca, por una mujer marroquí casada en Tánger (Marruecos) el 3 de enero de 2001 con un compatriota al que se juzgó en rebeldía. La demandante discrepó en su recurso de que se hubiera aplicado preferentemente el Derecho español *en detrimento de la ley nacional común de ambos litigantes -el Derecho marroquí- efectuada en la sentencia apelada para rechazar las pretensiones económicas articuladas en la demanda ("sadaq", "idda" y "mout'a", a razón de 2.000 euros por cada uno de los tres conceptos), sobre la base de las normas de orden público español.* Aunque la actora no demostró el contenido y vigencia del Derecho extranjero, concretamente, el marroquí, como ley nacional común a ambas partes aplicable al tema ahora discutido; el Art. 281.2 LEC autoriza al tribunal a valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para la aplicación del Derecho extranjero y, por ese motivo, la sala recurrió a la *extranet* del CGPJ para consultar el Código de Familia marroquí⁶⁰¹.

⁶⁰⁰ SAP Huesca 483/2007, de 27 de noviembre.

⁶⁰¹ El Art. 84 de la MUDAWANA marroquí dispone que: *Los derechos debidos a la esposa incluyen: la reliquia de la dote, sadaq, llegado el caso, la pensión del retiro legal, Idda, y la donación de consolación, Mutaa, que será evaluada tomando en consideración la duración del matrimonio, la situación financiera del esposo, los motivos del divorcio y el grado de abuso probado en el recurso al divorcio por el esposo. Durante el retiro legal, Idda, la esposa reside en el domicilio conyugal o, en caso de necesidad, en un alojamiento que le convenga y en función de la situación financiera del esposo. A falta de ello, el tribunal fija el importe de los gastos de alojamiento que será igualmente consignado la Secretaría de la escribanía del tribunal al mismo título que de los otros derechos debidos a la esposa.* Asimismo, los Arts. 26 y 29 del mismo cuerpo legal establecen que: *El sadaq (la dote) es lo que el esposo ofrece a su esposa para manifestar su voluntad de contraer matrimonio, fundar una familia estable y consolidar los vínculos de afecto y de vida común entre los dos esposos. El fundamento legal de la dote no se justifica por su valor material sino más bien por su valor*

La cuestión de fondo en este caso fue que el matrimonio de los litigantes se celebró en 2001; es decir, con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva *Mudawana*, cuyas disposiciones transitorias *no aclaran si el nuevo código es aplicable a los matrimonios celebrados con anterioridad*; y, además, *la Sala desconoce otros preceptos de carácter general del Derecho marroquí que puedan resolver el problema, al igual que el contenido de la norma anteriormente en vigor, el Código del estatuto personal y de sucesiones de Marruecos. Por consiguiente, no habiéndose probado y desconociéndose la legislación extranjera que debería ser aplicada, no pueden prosperar las pretensiones deducidas en la demanda. Con fundamento en todo lo expuesto, procede desestimar el recurso.*

moral y simbólico (...) El sadaq es propiedad de la mujer, y dispone de él libremente, por lo que el esposo no tiene derecho de exigirle, en contrapartida, ninguna aportación en mobiliario u otras cosas.

5.2.b).4) Recapitulación:

Para un sector de la doctrina –un buen ejemplo sería la opinión que sostiene la profesora García Rodríguez⁶⁰²– el problema de fondo que plantea la poligamia en los ordenamientos jurídicos occidentales, “más que ético o moral es económico. Por consiguiente, salvo por la vulneración del principio de igualdad y no discriminación por motivos de sexo, no existen diferencias entre los matrimonios polígamos y los matrimonios monógamos que coexisten de forma simultánea con uniones de hecho. Destaca además, la hipocresía moral que se produce actualmente en nuestra sociedad, al rechazarse la poligamia legal y ser aceptada socialmente la poligamia de hecho”.

Como ella, también mantienen un criterio análogo la jurista Almagro Rodríguez, que citábamos anteriormente, o la profesora Lema Tomé⁶⁰³. En su opinión, los problemas derivados de los matrimonios polígamos y la inmigración islámica en España se deben a “la ausencia de una normativa pertinente y que creemos necesaria en cuestiones de familia derivadas de la situación de multiculturalidad, que va a ser característica principal en nuestra sociedad y en el resto de las sociedades europeas”.

Sus argumentos son inauditos y no podemos compartir ninguno de sus criterios porque las tres autoras reducen el conflicto a una mera cuestión económica minusvalorando el principio de igualdad al que restan importancia cuando este es, precisamente, uno de los valores

⁶⁰² GARCÍA RODRÍGUEZ, I. *La celebración del matrimonio religioso no católico*. Madrid: Tecnos, 1999, p. 306.

⁶⁰³ LEMA TOMÉ, M. Matrimonio polígamo, inmigración islámica y libertad de conciencia en España. *Migraciones Internacionales*, 2003, vol. 2, nº 2, p. 167.

superiores del ordenamiento jurídico español, según establece el Art. 1 de nuestra Constitución.

Es evidente que, en el caso de las pensiones, reconocer estas prestaciones a las viudas de un trabajador bígamo supondría, hoy por hoy, un montante económico considerable que la deficitaria *caja* de la Seguridad Social no estará en condiciones de poder asumir, teniendo en cuenta el contexto económico de crisis que padecemos en el Estado de Bienestar y que *cada nuevo matrimonio siempre es con una esposa más joven que la anterior*⁶⁰⁴ (con lo que, previsiblemente, el derecho a cobrar las pensiones perduraría durante mucho tiempo); pero esa no es la cuestión principal.

Otros autores, como Bruce Bawer⁶⁰⁵ ponen también especial énfasis en el aspecto económico pero, en el caso del norteamericano, para denunciar lo que él considera un uso abusivo de las prestaciones sociales europeas por parte de muchos inmigrantes musulmanes, citando como ejemplo que, en Dinamarca, representan el 5% de la población pero reciben el 40% de las ayudas sociales. Este argumento económico ha sido muy difundido por internet donde bitácoras como la elocuente *Eurabia*⁶⁰⁶, al hablar de la situación de la poligamia en el Reino Unido, cita un reportaje del diario inglés *Daily Mail*⁶⁰⁷ denunciando la situación de *decenas de miles de inmigrantes musulmanes en Gran Bretaña que están practicando la bigamia o la poligamia para recoger mayores pagos de bienestar social del Estado británico*; el periódico ampliaba

⁶⁰⁴ STS 5685/2011, de 20 de septiembre (FdD 1º).

⁶⁰⁵ BAWER, B. *Mientras Europa Duerme. De cómo el islamismo radical está destruyendo Occidente desde dentro*. Madrid: FAES, 2007.

⁶⁰⁶ EURABIA [en línea]. [Fecha de consulta: 5 de abril de 2012]. Disponible en Internet: <http://alianzacidivilizaciones.blogspot.com.es/2012/04/la-pesadilla-multicultural-de-gran.html>

⁶⁰⁷ *Daily Mail*, 24 de septiembre de 2011.

esta información haciendo referencia a los hombres que viven en verdaderos harenes, disfrutando de numerosas prestaciones sociales porque sus segundas, terceras... y hasta sextas esposas cobran subsidios públicos, como madres solteras, y ayudas para hacer frente al pago de los alquileres.

En esa línea de denuncia social, probablemente, uno de los casos más conocidos haya sido el de Liès Hebbadj⁶⁰⁸, dueño de una carnicería *halal* en Nantes (Francia), de origen argelino pero nacionalizado francés. Su esposa, Sandrine Moulères fue la primera mujer a la que se multó en Francia en abril de 2010 –sanción que finalmente fue anulada– por conducir el coche vestida con un niqab. La noticia dio un giro inesperado cuando aquella mujer resultó ser tan solo una de las cuatro esposas del carnicero, que estaba recibiendo prestaciones sociales por cada una de ellas. La Fiscalía de Nantes lo acusó de fraude por recibir todas esas ayudas. A partir de ese caso, el Gobierno de París se planteó incluso retirarle la nacionalidad y endurecer las penas de la poligamia.

Es evidente que la necesidad agudiza el ingenio y que la picaresca van a existir siempre, en cualquier grupo social, de modo que estos casos, aunque se endurezcan las leyes, continuarán produciéndose; lo importante es que, más allá de la incidencia económica que pueda ocasionar la poligamia, ese no es el factor clave que debemos tener en cuenta para lograr que esta institución no surta ningún efecto jurídico en Europa.

Como hemos visto, la jurisprudencia española suele mostrarse muy vehemente a la hora de considerar que la poligamia no es simplemente

⁶⁰⁸ *Le Monde*, 8 de junio de 2010.

una institución contraria a nuestra legislación, sino que *repugna al orden público español*, constituyendo un límite infranqueable a la eficacia del derecho extranjero; es tan opuesta al concepto de orden público que *el acto de contraer matrimonio mientras subsiste otro matrimonio anterior es delito en España (Art. 217 CP)*; por ese motivo, nuestros tribunales consideran perfectamente ajustado a derecho la denegación de la nacionalidad española a los bígamos o no conceder el visado para reagrupar a las segundas esposas con la familia del marido porque la Administración considera que alguien cuyo estado civil atenta contra el orden público *no ha acreditado un suficiente grado de integración en la sociedad española*.

En el ámbito europeo, una Propuesta de resolución del Parlamento Europeo de 1 de diciembre 2006 consideró que si la poligamia está considerada delito en todos los Estados miembros de la Unión Europea y en aquellos países donde se mantiene vigente la mujer *está sujeta a violencia cotidiana y no se le reconocen los derechos más elementales ni se respeta su dignidad*, se pidió a la Comisión *que aliente a los Estados miembros a que perseveren en su voluntad de no reconocer la poligamia en sus ordenamientos jurídicos nacionales, ya que tal reconocimiento infringiría el Derecho comunitario en lo que concierne a la protección de la mujer*.

Ahí radican las dos cuestiones que realmente importan:

1. Que los ordenamientos no reconozcan ningún efecto legal a la poligamia; por eso resulta inadmisibile que la normativa del orden social sea un *verso libre* incoherente con el resto del *poema legislativo* de los órdenes civil, penal y administrativo,

permaneciendo al margen y reconociendo determinadas consecuencias jurídicas a la poligamia. De ahí la necesidad de que el Tribunal Supremo se pronuncie unificando la doctrina de la jurisdicción social para que no se rompa la unidad de criterio de nuestro ordenamiento, atribuyendo una única pensión a la primera mujer del causante que hubiera celebrado con él un matrimonio válido; y

2. Que se proteja la dignidad de las mujeres: si el razonamiento anterior ya era, de por sí, lo suficientemente importante, aún hay otro más trascendental: dice la profesora Labaca Zabala que aunque no es posible asumir la poligamia porque vulnera nuestros principios básicos e inderogables, sí que considera necesario *que se dé alguna respuesta a las uniones polígamas, ya que los perjuicios que derivan de su no reconocimiento son muy graves. Supone exigir al polígamo la elección de una de sus esposas y el abandono de todas las demás. Por ello consideramos necesario que se proceda al reconocimiento selectivo de determinados efectos*⁶⁰⁹. Creo que esa postura es incoherente, porque si no es posible asumir las relaciones polígamas, reconocer selectivamente algunos de sus efectos tampoco lo será.

Con independencia de que nos planteemos el debate sobre la poligamia desde una perspectiva social, cultural o religiosa, la clave de esta cuestión va más allá de invocar una cláusula de orden público, es

⁶⁰⁹ LABACA ZABALA, M.L. *Ob. cit.* p. 295.

una simple cuestión de igualdad porque la raíz de los conflictos que surgen con esta institución jurídica se hunde profundamente en nuestros valores.

Puede que si la poliginia conviviese con la poliandria no hubiera ningún problema, pero hasta que las mujeres musulmanas puedan fallecer y dejar a varios hombres viudos con derecho a cobrar su pensión –algo que resulta muy improbable– ofrecer una protección a esas esposas viudas, es un atentado contra la dignidad, la igualdad y la libertad de todas las mujeres.

El argumento de que limitar los efectos de la poligamia atentaría contra el ejercicio de la libertad religiosa de los musulmanes tampoco es admisible porque el Corán no obliga a los hombres a contraer dos, tres o cuatro matrimonios simultáneos (es una opción, no una obligación) y en el Islam, el matrimonio no se configura como un sacramento religioso sino como un contrato civil que viene a legitimar las relaciones íntimas.

Asimismo, tampoco es correcto invocar que la Constitución Española de 1978 establezca la protección de la familia (en el Art. 39) y la Seguridad Social (Art. 41) porque ambos preceptos forman parte de los principios rectores de la política social y económica del Estado y, por lo tanto, no son verdaderos derechos como los recogidos en el capítulo anterior de nuestra norma fundamental sino directrices⁶¹⁰. Donde entroncaríamos, de nuevo, con la idea anterior: el ordenamiento jurídico no debe reconocer ningún efecto legal a la poligamia.

⁶¹⁰ PÉREZ VAQUERO, C. *Con el derecho en los talones*. Valladolid: Lex Nova, 2010, p. 276. Esas directrices “se tendrán en cuenta al legislar, en la práctica judicial y en la actuación de los poderes públicos” y “sólo pueden alegarse ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

No nos cabe ninguna duda de que este criterio será polémico y que ocasionará perjuicios colaterales a las segundas esposas cuando fallezca el cabeza de familia del que dependían económicamente, pero a veces hay que elegir soluciones imperfectas.

5.2.c) *La observancia de los ritos funerarios musulmanes y la policía sanitaria mortuoria:*

5.2.c).1) Concepto y trasfondo religioso:

Al analizar la disposición de los restos óseos hallados en la Chapelle-aux-Saints (Francia), en 1908, los arqueólogos concluyeron que, por la postura del cadáver y su ubicación en una fosa, los hombres de Neandertal fueron los primeros humanos que enterraron a sus muertos intencionadamente; eso significa que, hace unos 60.000 años, aquel enterramiento se llevó a cabo siguiendo un rito individual, lo que supone que la muerte ya se concebía por aquel entonces con alguna noción de trascendencia.

Por ese motivo, el filósofo alemán Christoph Wulf⁶¹¹ ha afirmado que los neandertales ya tenían una conciencia de la muerte e ideas sobre el más allá; posteriormente el *homo sapiens* tampoco se desentendió de sus muertos; en realidad, para ellos, la muerte era una experiencia de la pérdida y “ahí son de capital importancia los ritos funerarios, con los que los seres humanos tratan de afrontar el trauma de la muerte (...) Los rituales de la muerte y el enterramiento intensifican los sentimientos de

⁶¹¹ WULF, C. *Antropología: Historia, Cultura, Filosofía*. Barcelona: Anthropos, 2008, pp. 283 a 287.

pertenencia (...) se reconocen y valoran positivamente los méritos del fallecido, se trata de aliviar el dolor de quienes se quedan atrás y de despertar la esperanza en una vida compartida en el más allá”.

Desde entonces, todas las culturas del mundo han observado ciertos ritos funerarios, de paso o de tránsito entre la vida y la muerte.

Al hablar del respeto a los muertos, el catecismo de la Iglesia Católica señala que *Los cuerpos de los difuntos deben ser tratados con respeto y caridad en la fe y la esperanza de la resurrección. Enterrar a los muertos es una obra de misericordia corporal, que honra a los hijos de Dios, templos del Espíritu Santo*. Por su parte, el Código de Derecho Canónico regula las exequias eclesísticas *con las que la Iglesia obtiene para los difuntos la ayuda espiritual y honra sus cuerpos, y a la vez proporciona a los vivos el consuelo de la esperanza*. En el canon 1176 señala que *Los fieles difuntos han de tener exequias eclesísticas conforme al derecho, que éstas se han de celebrar según las leyes litúrgicas y que aunque la Iglesia aconseja vivamente que se conserve la piadosa costumbre de sepultar el cadáver de los difuntos; sin embargo, no prohíbe la cremación, a no ser que haya sido elegida por razones contrarias a la doctrina cristiana*. Teniendo en cuenta que en La Tierra ya vivimos más de 7.000.000.000 de habitantes, la cremación de los cuerpos podría llegar a ser una fuente de conflictos a la hora de enterrar a los musulmanes debido a que “ninguna escuela jurídica islámica permite la incineración”⁶¹² porque quemar un cadáver equivale a profanarlo. En España, por ejemplo, el Art. 53 del Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria ya considera *obligatorio disponer de crematorio de cadáveres*

⁶¹² AMIRIAN, N. y ZEIN, M. *El Islam sin velo*. Barcelona: Planeta, 2009, p. 303.

dentro del recinto del cementerio en los municipios de población mayor de medio millón de habitantes.

En cuanto a la celebración de las exequias cristianas, éstas *son una celebración litúrgica de la Iglesia con las que se pretende expresar también aquí la comunión eficaz con el difunto, hacer participar en esa comunión a la asamblea reunida para las exequias y anunciarle la vida eterna* (canon 1684). *Los diferentes ritos de las exequias expresan el carácter pascual de la muerte cristiana y responden a las situaciones y a las tradiciones de cada región, aun en lo referente al color litúrgico* (1685). *El Ordo exequiarum o Ritual de los funerales de la liturgia romana propone tres tipos de celebración de las exequias, correspondientes a tres lugares de su desarrollo: la casa, la iglesia, el cementerio* (1686); su desarrollo es común a todas las tradiciones litúrgicas y comprende cuatro momentos principales⁶¹³.

De forma análoga a la locución latina *Memento homo, quia pulvis es et in pulverem reverteris* (recuerda hombre, que polvo eres y en polvo te convertirás), expresión que habitualmente se cita en los responsos, el Corán también nos recuerda que *Os hemos creado de la tierra y a ella os devolveremos, para sacaros otra vez de ella* (C. 20, 55); asimismo, el texto sagrado de los musulmanes también contiene oraciones para los

⁶¹³ Estos cuatro momentos son: 1) La acogida de la comunidad (1687): El saludo de fe abre la celebración. Los familiares del difunto son acogidos con una palabra de “consolación” (la fuerza del Espíritu Santo en la esperanza). *La comunidad orante que se reúne espera también “las palabras de vida eterna”. La muerte de un miembro de la comunidad es un acontecimiento que debe hacer superar las perspectivas de “este mundo” y atraer a los fieles, a las verdaderas perspectivas de la fe en Cristo resucitado.* 2) La Liturgia de la Palabra (1688) debe iluminar el misterio de la muerte cristiana a la luz de Cristo resucitado. 3) El Sacrificio eucarístico (1689) durante la Eucaristía, es cuando la Iglesia expresa su comunión eficaz con el difunto: *ofreciendo al Padre, en el Espíritu Santo, el sacrificio de la muerte y resurrección de Cristo, pide que su hijo sea purificado de sus pecados y de sus consecuencias y que sea admitido a la plenitud pascual de la mesa del Reino;* y, finalmente, 4) El adiós (1690) al difunto con el que la comunidad cristiana despidе a uno de sus miembros antes de que su cuerpo sea llevado a su sepulcro.

moribundos –*¡Alma sosegada! ¡Vuelve a tu Señor, satisfecha, acepta! ¡Y entra con Mis siervos, entra en Mi Jardín!* (C. 89, 27-30)– y exhortaciones sobre la Resurrección y el Juicio Final –*Cada uno gustará la muerte, pero no recibiréis vuestra recompensa íntegra hasta el día de la Resurrección. Habrá triunfado quien sea preservado del Fuego e introducido en el Jardín* (C. 3, 185)– pero, en ninguna azora ni en ninguna otra parte del Corán, se hace una “mención expresa” sobre la forma de cómo deben enterrarse los musulmanes⁶¹⁴, salvo alguna breve mención indirecta, como la que se narra en la historia de *los dos hijos de Adán* [cita a Caín y Abel sin nombrarlos] cuando *Dios envió un cuervo, que escarbó la tierra para mostrarle cómo esconder el cadáver de su hermano* (C. 5, 31) o, al hablar de la omnipotencia y misericordia divinas, cuando se refiere a que *Él es Quien da la vida y da la muerte* (C. 23, 80).

Donde sí que encontraremos referencias a estas observancias es en *más de ciento cuarenta hadices en el Compendio de Bujari*⁶¹⁵ (del s. IX) –especialmente, en el llamado *Libro de los Funerales*⁶¹⁶ (hadices 633 a 701)– y en el quinto libro de *La Risala*⁶¹⁷, el tratado sobre la creencia sunita y de la doctrina jurídica malikí, la mayoritaria en el al-Ándalus histórico y, actualmente, en el Magreb.

A pesar de que este último texto se titula, precisamente, qué ha de hacerse con el agonizante, el lavado del cadáver, su amortajamiento,

⁶¹⁴ CHÁVET LOZOYA, M.; SÁNCHEZ GALLEGO, R. y PADIAL PÉREZ, J. Ensayo de rituales de enterramiento islámicos en al-Ándalus, *Anales de Prehistoria y Arqueología*, 2006, nº 22, p. 151.

⁶¹⁵ GÓMEZ GARCÍA, L. *Diccionario de Islam e Islamismo*. Madrid: Espasa, 2009, p. 224.

⁶¹⁶ ISLAM HOUSE [en línea]. [Fecha de consulta: 3 de abril de 2012]. Disponible en Internet: http://d1.islamhouse.com/data/es/ih_books/single/es_Sahih_Al-Bujari_Version_para_imprimir.pdf

⁶¹⁷ TARIQA TIJANIYYA [en línea]. [Fecha de consulta: 2 de abril de 2012]. Disponible en Internet: http://www.tariqa-tijaniyya.es/fiqh_Risala_06.01.html

perfumado, transporte e inhumación, *no hay ninguna especificación con respecto al lavado del cadáver*, excepto que se le ha de limpiar y lavar un número impar de veces con agua y loto, añadiendo alcanfor en la última lavada y cubriéndole sus desnudeces; lo que sí que se detalla es qué persona se puede encargar de lavar el cuerpo (poniendo especial atención en el modo en que un hombre puede limpiar el cadáver de una mujer –y viceversa– cuando no sean esposos, bien tapando sus desnudeces o bien por encima de una tela que la cubra por completo, respectivamente).

Del contenido de los hadices y de la *Risala* podemos describir el ritual funerario que comienza con el lavado (*gusul* o *gusl*) que elimina los pecados del cuerpo para que el fallecido pueda reunirse con Alá en estado de pureza. Habitualmente, el cuerpo se desnuda, se cubren sus partes íntimas con un lienzo de tela y quien va a lavar el cadáver pronuncia la basmala o *bismilá* (*En el nombre de Dios, el Clemente, el Misericordioso*) limpiándolo con agua jabonosa: primero la cabeza y después el resto del cuerpo comenzando por la parte superior, de derecha a izquierda (hadiz 642), y repitiendo ese mismo orden en la parte inferior hasta concluir la ablución. Con una toalla se seca y se cubre con una sábana blanca para comenzar a envolverlo (amortajamiento o *tafkin*).

La *Risala* recomienda que se amortaje al difunto con un número impar de telas: tres, cinco o siete; incluyendo todas las que se utilicen como faldones, túnicas o turbantes; asimismo, también es recomendable perfumar al difunto, poniendo sustancias aromáticas –como incienso– entre los pliegues de su mortaja, su cuerpo y los puntos de postración del cadáver.

Éste se coloca boca arriba, con la mano izquierda apoyada en el pecho y la mano derecha sobre aquélla, encima de las piezas de tela de color blanco. En el primer lienzo se corta una abertura para introducir la cabeza, cubriéndole hasta las rodillas; a continuación, se doblan las siguientes telas sobre el cuerpo –primero el lado derecho y luego el izquierdo– y se ata con cuerdas (sobre la cabeza, por los pies y dos alrededor del cuerpo). El sudario ya está preparado para recibir el entierro (*dafan*).

Tras el cortejo –que para los musulmanes es un derecho y un deber, puesto que Mahoma les ordenó *hacer siete cosas* y la primera de ellas es *seguir las procesiones fúnebres* (hadiz 635)– se realiza una sencilla ceremonia de enterramiento, colocando el cuerpo del difunto en la tumba, sin féretro y en contacto directo con la tierra, apoyado sobre su lado derecho, de frente a la alquibla, *ya que es la más noble de las direcciones* y, si no se le puede disponer de esta manera, se le pondrá sobre su espalda con el rostro enquistado (mirando a la Caaba de La Meca); a continuación, se soltarán los nudos que se habían atado en la cabeza y los pies de la mortaja, colocando algo de tierra bajo la nuca, para nivelar la cabeza, y por delante y detrás para que el cuerpo conserve esa postura. Se disponen sobre el cadáver algunas piedras o maderas para que la tierra no entre en contacto con el cuerpo al rellenar la sepultura y, finalmente, el imán dirigirá la oración fúnebre y el ruego por el difunto.

Como señala el hadiz 669 de al Bujari, las exequias musulmanas deben realizarse con rapidez; si es posible, el mismo día del fallecimiento: *Apresuraos con el difunto, pues si es piadoso, lo estáis llevando a algo bueno; y si no es así, pues os quitáis un mal de encima.*

Un aspecto que, como tendremos ocasión de comentar, podría entrar en conflicto con los plazos que establece el Art. 15 del Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria⁶¹⁸: *Los cadáveres permanecerán en el domicilio mortuorio hasta después de la confirmación de la defunción por el médico adscrito al Registro Civil. Esta permanencia no podrá ser inferior, con carácter general, a las veinticuatro horas, ni exceder de cuarenta y ocho horas desde la del fallecimiento.*

Observar todas las formalidades del rito musulmán, respetando sus requisitos para realizar un enterramiento digno y acorde con sus creencias, se ha convertido en una de las mayores demandas que reivindican estos fieles en España⁶¹⁹.

Según el *Estudio demográfico de la población musulmana* del Observatorio Andalusi⁶²⁰, con datos referidos a 31 de diciembre de 2011 y basados en los registros de la Administración General del Estado y la Comisión Islámica de España, en nuestro país hay 14 almacabras (antigua denominación de los cementerios musulmanes) pero en seis comunidades autónomas (Cantabria, Castilla y León, Castilla-La

⁶¹⁸ Decreto 2263/1974, de 20 de julio.

⁶¹⁹ *Deia*, 1 de noviembre de 2006: Ahmad Alhanafi (presidente del Centro Sociocultural Islámico del País Vasco) y Abdul Haqq Salaberria [delegado de la Fundación EMU (European Muslim Union)] publicaron un artículo en este diario vizcaíno quejándose de que: *Si para nosotros, como musulmanes sin emirato o califato, que vivimos bajo la protección de un rey cristiano y una constitución laica, en un estado laico de tradición cristiana, es difícil en vida practicar nuestra religión en plenitud, en el momento de nuestra muerte los problemas se multiplican, para nosotros y para nuestras familias y amigos. (...) ¿Qué debemos hacer los musulmanes vascos con nuestros hijos y con nuestras esposas o esposos de otros orígenes si fallecen? ¿Los enterramos en nuestros panteones y nichos familiares cristianos? ¿Nos vamos hasta Sevilla, Granada, Madrid u otra capital española a enterrarlos con el consiguiente gasto y burocracia que esto supone? ¿Permitirían las autoridades el enterramiento de una persona de otra comunidad en un cementerio ajeno a su lugar de empadronamiento?* Dos años más tarde, el 8 de octubre de 2008, las autoridades municipales bilbaínas habilitaron unas parcelas en el cementerio de Derio para enterrar a los difuntos de acuerdo con las exequias propias del Islam.

⁶²⁰ OBSERVATORIO ANDALUSÍ [en línea]. [Fecha de consulta: 17 de abril de 2012]. Disponible en Internet: <http://oban.multiplexor.es/estademograf.pdf>

Mancha, Extremadura, Galicia y Navarra) ni tan siquiera existe este equipamiento:

Andalucía	2	Com. Valenciana	1
Aragón	1	Extremadura	0
Asturias	1	Galicia	0
Baleares	1	Madrid	1
Canarias	1	Melilla	1
Cantabria	0	Murcia	1
Castilla y León	0	Navarra	0
Castilla-La Mancha	0	La Rioja	1
Cataluña	1	País Vasco	1
Ceuta	1	Total España	14

La UCIDE –responsable último de ese Estudio– puntualiza que *el cementerio de Fuengirola (Málaga), incluido en Andalucía, es privado y que, también existen otros dos cementerios privados pluriconfesionales: en Alcobendas (Madrid) y en Riba-roja de Túria (Valencia).*

Oficiosamente, esa lista podría incrementarse con otros cementerios musulmanes andaluces en Benalmádena y Fuengirola (Málaga); Jerez de la Frontera (Cádiz); La Rauda, Órgiva y La Puebla de Don Fadrique (Granada); San Fernando (Sevilla) y Lucena y Córdoba; pero, aun así, son poco más de veinte lugares para dar sepultura a una población que, presumiblemente, supera con creces el millón y medio de

habitantes que profesan esta religión, de ahí que el Observatorio Andalusi afirme que *el 95% de las comunidades islámicas carece de cementerio o almacabra*; mientras que, por establecer una interesante comparación, sólo *el 5% carece de mezquita u oratorio*. Por ese motivo, la práctica más habitual es que los inmigrantes musulmanes prefieran repatriar el cuerpo del fallecido a su lugar de origen... pero, ¿y qué ocurre cuando manifiestan su deseo de ser inhumados en nuestro país o si se trata de musulmanes españoles?

5.2.c).2) El marco jurídico español.

Hasta finales de los años 60, en España no se podía profesar el Islam en público ni, por lo tanto, observar sus ritos funerarios, salvo en contadas excepciones como los cementerios musulmanes de Griñón (Madrid), Barcia (Valdés, Asturias) o La Rauda (Granada) –tres de los almacabras creados durante la Guerra Civil para albergar los restos de los soldados rifeños que murieron en la contienda defendiendo al bando nacional (la llamada *Guarda Mora*)– o el excepcional régimen jurídico que disfrutaban en las provincias africanas del Ifni y el Sahara Español⁶²¹. Excepto esas dos situaciones, el Art. 6 del Fuero de los Españoles, de 1945, dejaba lugar a pocas dudas: *No se permitirán otras ceremonias ni manifestaciones externas que las de la religión católica*.

Tuvieron que transcurrir veintidós años para que la Ley 44/1967, de 28 de junio, regulase el ejercicio del derecho civil a la libertad en materia religiosa, abriendo la puerta a que se pudieran celebrar

⁶²¹ Art. 1º del Decreto de 10 de enero de 1958 que reorganizó el Gobierno General del África Occidental Española.

públicamente otros cultos distintos al de la Iglesia Católica y a que también se pudieran crear entidades como la Asociación Musulmana de Melilla, de 1968⁶²².

Desde entonces, la evolución del ejercicio de la libertad religiosa en España ha sido exponencial y se ha desarrollado en un periodo muy breve de tiempo; pero, mientras en el resto de Europa siempre hubo una mayor tolerancia y convivencia interconfesional, el devenir histórico ha forjado una religiosidad en los españoles que, mayoritariamente, continúa siendo católica. En ese contexto social, la identidad de nuestros cementerios, simplemente, refleja la espiritualidad de un país acorde con unas tradiciones cristianas.

La legislación básica aplicable en este ámbito comienza con dos artículos de la Constitución Española de 1978:

- Por un lado, la igualdad ante la Ley del Art. 14 CE: en el sentido que le ha dado la jurisprudencia constitucional⁶²³: *la igualdad jurídica (...) no comporta necesariamente una igualdad material o igualdad económica real y efectiva. Significa que a los supuestos de hecho iguales deben serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados. De acuerdo con esta interpretación,*

⁶²² Esta asociación fue la primera institución islámica que se fundó en España desde hacía más de tres siglos, si tomamos como referencia la expulsión de los moriscos en 1611, cuando se fraguó la identidad religiosa de nuestro país con una confesionalidad que perduró hasta la segunda mitad del siglo XX.

⁶²³ STC 49/1982, de 14 de julio (FJ 2º).

fue muy interesante el criterio mantenido por el Defensor del Pueblo andaluz⁶²⁴ al señalar, en un informe que presentó ante su Parlamento regional en 1987, que “ofrecer un trato igual en el cementerio a esta Comunidad [musulmana] equivale a negarle la práctica de sus ritos e impedirle que puedan enterrar a sus miembros orientados a La Meca, como prescriben sus prácticas religiosas”. Como veremos a continuación, la normativa andaluza ha sido muy coherente con esa idea; y

- Por otro lado, el Art. 16.3 CE: la libertad religiosa. Para desarrollar el mandato constitucional de este precepto se dictó la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, cuyo Art.2.1.b) establece que *La Libertad Religiosa y de culto garantizado por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a (...) recibir sepultura digna, sin discriminación por motivos religiosos.* A continuación, el Art. 3 puntualiza que el ejercicio de estos derechos *tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática.*

⁶²⁴ DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ. *Informe al Parlamento*. Stútgart: Franz Steiner Verlag, 1986, p. 243

Doce años más tarde, la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, aprobó el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España, dedicando el contenido del Art. 2.5º a los cementerios islámicos *que gozarán de los beneficios legales que establece el número 2 de este mismo artículo para los lugares de culto*; es decir, *que gozan de inviolabilidad en los términos establecidos por las Leyes*. Asimismo, se reconoció a las Comunidades Islámicas, pertenecientes a la Comisión Islámica de España, *el derecho a la concesión de parcelas reservadas para los enterramientos islámicos en los cementerios municipales, así como el derecho a poseer cementerios islámicos propios*. *Se adoptarán las medidas oportunas para la observancia de las reglas tradicionales islámicas, relativas a inhumaciones, sepulturas y ritos funerarios que se realizarán con intervención de la Comunidad Islámica local*. *Se reconoce el derecho a trasladar a los cementerios pertenecientes a las Comunidades Islámicas los cuerpos de los difuntos musulmanes, tanto los actualmente inhumados en cementerios municipales como los de aquéllos cuyo fallecimiento se produzca en localidad en la que no exista cementerio islámico, con sujeción a lo dispuesto en la legislación de régimen local y de sanidad*.

Desde el punto de vista jurídico, aparentemente, parece que no existe ningún obstáculo para que los musulmanes puedan observar las *reglas tradicionales islámicas, relativas a inhumaciones, sepulturas y ritos funerarios* pero sí lo hay. El conflicto se encuentra en una breve mención que realiza el Art. 2 *in fine*: la sujeción de este derecho *a lo dispuesto en la legislación de régimen local y de sanidad*. Dos aspectos muy importantes porque sólo se incluyeron en el Acuerdo con los musulmanes y no en los homólogos que se firmaron con las

Comunidades Israelitas (cuya redacción es, por lo demás, prácticamente idéntica) o las Entidades Religiosas Evangélicas (en cuyo acuerdo, ni siquiera se menciona la situación de los cementerios).

Si esta referencia a las normativas local y sanitaria se hubiera redactado de otra manera –similar, por ejemplo, a la excepción que se prevé en la legislación sobre sacrificios animales, para que las autoridades competentes no exijan cumplir la obligación del aturdimiento porque esta práctica es incompatible con las prescripciones de ciertos ritos religiosos– probablemente, no estaríamos hablando de la existencia de este conflicto. Fue una falta de previsión legal en la que, sin duda, influyeron tanto la precipitación con la que se cerró el acuerdo para aprobar la Ley durante el simbólico año de 1992 como las notables diferencias existentes entre las dos organizaciones paraguas (FEERI y UCIDE) que se vieron obligadas a unirse para constituir la Comisión Islámica de España.

En cuanto a la legislación de régimen local, antes de que se promulgara la Constitución, se aprobó la breve Ley 49/1978, de 3 de noviembre, de enterramientos en cementerios municipales que todavía permanece en vigor desde el 27 de noviembre de aquel año. Su Art. 1º establece la obligación de los ayuntamientos *a que los enterramientos que se efectúen en sus cementerios se realicen sin discriminación alguna por razones de religión ni por cualesquiera otras*; por su parte, el Art. 2º señala que *los ritos funerarios se practicarán sobre cada sepultura de conformidad con lo dispuesto por el difunto o con lo que la familia determine*; y, finalmente, el Art. 3º concluye recordando a los consistorios que *deberán construir cementerios municipales cuando en*

su término no exista lugar de enterramiento en que pueda cumplirse lo dispuesto en esta Ley.

Asimismo, la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local enumeró las competencias que ejercen los municipios, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, *en las siguientes materias*, entre las que figuran los *cementerios y servicios funerarios* [Art. 25.2.j)]; y, por otro lado, el Art. 26 estableció los servicios que deberán prestar todos los municipios, con independencia de su población, entre los que se encuentra disponer de un cementerio (servicios que –“*haciendo parcialmente suyas las sugerencias del Tribunal de Defensa de la Competencia*”⁶²⁵– fueron liberados el 1 de enero de 1997, suprimiéndose *la consideración de los servicios mortuorios como servicios esenciales reservados a las Entidades Locales*)⁶²⁶; es decir, los municipios tienen la competencia relativa a cementerios y servicios funerarios y los enterramientos que se lleven a cabo en las necrópolis municipales no pueden discriminar por motivos religiosos.

Por lo que se refiere a la legislación de sanidad, esta normativa se enmarca en el ámbito de la policía sanitaria mortuoria. Su Reglamento se aprobó mediante el Decreto 2263/1974, de 20 de julio donde se autodefine como *parte integrante de la actividad de la Administración Pública en materia de Sanidad*, que abarca: *A toda clase de prácticas sanitarias en relación con los cadáveres y restos cadavéricos; a las*

⁶²⁵ GARCÍA DE COCA, J. A. *Liberalización de la actividad funeraria*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1998, p. 14.

⁶²⁶ Art. 23 del Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica.

condiciones técnico-sanitarias de los féretros, vehículos y empresas funerarias y de los cementerios y demás lugares de enterramiento (Art. 1). Para esta norma básica preconstitucional (Art. 6), *el destino final de todo cadáver será uno de los tres siguientes: 1) Enterramiento en lugar autorizado; 2) Incineración; 3) Inmersión en alta mar.* En el caso de los musulmanes, la observancia de sus ritos sólo concibe el primero de estos tres supuestos; pero el Art. 9 del Reglamento de 1974 prohíbe *la conducción, traslado y enterramiento de cadáveres sin el correspondiente féretro.* Por lo tanto, esta disposición reglamentaria establece que un cadáver no puede ser inhumado cubierto simplemente con un sudario que lo amortaje, sin ataúd y en contacto directo con la tierra, tal y como prescribe el rito musulmán.

Hoy en día, aquel Reglamento de los años 70 continúa en vigor como derecho supletorio al de las Comunidades Autónomas (según el Art. 149.3 *in fine* CE), a pesar de que han transcurrido casi cuarenta años y que ya *no se presentan los riesgos sanitarios de otros tiempos, puesto que los usos y costumbres en torno a la muerte, las formas de vida, los avances de las técnicas constructivas y el servicio que prestan las empresas funerarias han variado, motivando una actualización de los controles sanitario-administrativos y, con ello, la simplificación y agilización de los trámites administrativos que se engloban en la sanidad mortuoria, sin que ello conlleve merma de las garantías de salvaguarda de la salud pública*⁶²⁷.

La aprobación de los distintos Estatutos de Autonomía atribuyó a cada Comunidad las competencias exclusivas en materia de sanidad e

⁶²⁷ Preámbulo del Decreto 202/2004, de 19 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de sanidad mortuoria de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

higiene, así como el desarrollo legislativo y ejecución de la legislación básica del Estado en materia de sanidad interior, incluyendo la policía sanitaria mortuoria; por ese motivo, casi todas las regiones españolas han llevado a cabo su desarrollo reglamentario para sustituir al anacrónico Reglamento estatal, dentro de su ámbito de competencias; pero ese proceso no ha sido uniforme y ha dado lugar a diversos planteamientos que –al ser tan opuestos– afectan a las prácticas religiosas musulmanas:

- 1) **Es obligatoria la inhumación el cuerpo dentro de un féretro:** la gran mayoría de los reglamentos autonómicos prohíben la conducción, traslado y enterramiento de cadáveres sin el correspondiente féretro; son los casos de Castilla y León⁶²⁸, donde *todas las inhumaciones o cremaciones deberán efectuarse con féretros conforme a las especificaciones de este Decreto*; Baleares⁶²⁹, Galicia⁶³⁰, Asturias⁶³¹, Extremadura⁶³², Cantabria⁶³³, Navarra⁶³⁴, Cataluña⁶³⁵, La Rioja⁶³⁶, Castilla-La Mancha⁶³⁷, Comunidad Valenciana⁶³⁸ y Ceuta⁶³⁹. El decreto del País

⁶²⁸ Art. 18.3 del Decreto 16/2005, de 10 de febrero, por el que se regula la policía sanitaria mortuoria en la Comunidad de Castilla y León.

⁶²⁹ Art. 9 del Decreto 105/1997, de 24 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de policía sanitaria mortuoria de las Islas Baleares

⁶³⁰ Art. 31 del Decreto 134/1998, de 23 de abril, sobre policía sanitaria mortuoria.

⁶³¹ Art. 9 del Decreto 72/1998, de 26 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria en el ámbito del Principado de Asturias.

⁶³² Art. 54 del Decreto 161/2002, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria.

⁶³³ Art. 30 del Decreto 1/1994, de 18 de enero. Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria.

⁶³⁴ Art. 8 del Decreto Foral 297/2001, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Sanidad Mortuoria.

⁶³⁵ Art. 9 del Decreto 297/1997, de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria.

⁶³⁶ Art. 34 del Decreto 30/1998, de 27 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria.

⁶³⁷ Art. 84 del Decreto 72/1999, de 1 de junio, de sanidad mortuoria.

⁶³⁸ Art. 10 del Decreto 39/2005, de 25 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las prácticas de Policía Sanitaria Mortuoria en el ámbito de la Comunidad Valenciana.

⁶³⁹ Reglamento de Sanidad Mortuoria de la Ciudad de Ceuta, aprobado en sesión celebrada el 23 de diciembre de 2002 (publicado en el Boletín Oficial de Ceuta el 21 de enero de 2003).

Vasco⁶⁴⁰ también prohíbe *el transporte, la inhumación y la cremación de cadáveres, sin el correspondiente féretro de las características que se señalan en este Reglamento*, pero abre un resquicio al puntualizar que esta prohibición desaparece *en caso de catástrofes, graves anomalías epidemiológicas o en aquellos supuestos en que la administración sanitaria lo autorice mediante resolución expresa* (Art. 13.2) y al prever que *el Departamento de Sanidad podrá autorizar la construcción de cementerios específicos para diferentes creencias religiosas si, al solicitarlo, se justifica debidamente que las características de la instalación reúnen todos los requisitos higiénico-sanitarios que garanticen la ausencia de riesgos para la salud pública y el medio ambiente* (Art. 40.3).

- 2) **No lo regulan expresamente:** en otras cuatro regiones, la normativa que da cobertura sanitaria a las prácticas y ritos funerarios no obliga expresamente a enterrar los cuerpos dentro de féretros: en la breve Orden que lo regula en Murcia⁶⁴¹ solo se hace referencia al traslado del cuerpo en féretro, no al enterramiento y la disposición adicional 1ª se remite al Reglamento de 1974 *en todo lo no regulado en esta Orden*. En Aragón⁶⁴² solo se cita el féretro para los traslados, no en las inhumaciones; Canarias⁶⁴³ únicamente ha regulado el traslado de

⁶⁴⁰ Art. 13 del Decreto 202/2004, de 19 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Sanidad Mortuoria de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

⁶⁴¹ Orden de 7 de junio 1991, de la Consejería de Sanidad, por la que se dictan normas sobre Policía Sanitaria Mortuoria.

⁶⁴² Decreto 106/1996, de 11 de junio, del Gobierno de Aragón por el que se aprueban normas de Policía Sanitaria Mortuoria.

⁶⁴³ Decreto 404/1985, de 21 de octubre, por el que se dictan normas sobre el traslado de cadáveres.

cadáveres; y la Comunidad de Madrid⁶⁴⁴ tampoco incluye ninguna obligación expresa aunque se podría intuir del precepto que describe las fosas y fija que *la profundidad mínima de enterramiento será de 1 metro a contar desde la superficie en la que reposará el féretro hasta la rasante del terreno* (Art. 35); aunque, el 3 de marzo de 1998, el gobierno regional madrileño suscribió un acuerdo con la UCIDE que prevé –en la cláusula 3.c)– *promover la cesión de terrenos para el establecimiento de cementerios islámicos en la Comunidad de Madrid, en los núcleos de población donde el número de residentes musulmanes sea más relevante*⁶⁴⁵. Por último, Melilla –con más del 40% de su población de confesión musulmana, según el Real Instituto Elcano⁶⁴⁶ (Ámsterdam alcanza el 24% y Marsella el 20%)– sorprendentemente aplica el Reglamento estatal de 1974 porque no lo ha desarrollado. En estos cinco supuestos, a falta de una regulación expresa, sería de aplicación supletoria el Reglamento del Estado y la situación equivaldría a la obligación del primer grupo.

- 3) **Es potestativo inhumar el cuerpo sin féretro:** Tan solo en Andalucía⁶⁴⁷ se prevé expresamente que *en aquellos casos que por razones de confesionalidad, así se solicite y se autorice por el Ayuntamiento (...) podrá eximirse del uso de féretro para*

⁶⁴⁴ Decreto 124/1997, de 9 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Sanidad Mortuoria.

⁶⁴⁵ MUSLIM [en línea]. [Fecha de consulta: 8 de abril de 2012]. Disponible en Internet: <http://muslim.multiplexor.es/promo/espanyol/xaria.htm>

⁶⁴⁶ REAL INSTITUTO ELCANO [en línea]. [Fecha de consulta: 9 de abril de 2012]. Disponible en Internet: http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari150-2010

⁶⁴⁷ Art. 21.4 del Decreto 95/2001, de 3 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria (Andalucía).

*enterramientos, aunque no para la conducción. Aunque se remita a una pertinente autorización municipal, es la única norma autonómica que lo autoriza. Del resto de las regiones, sólo el Gobierno de las Islas Baleares indicó –en enero de 2010– que "seguramente" durante este año se cambiará la normativa sanitaria y de la policía mortuoria para permitir que los miembros de la comunidad musulmana puedan ser enterrados sin ataúd, directamente en la tierra como establecen sus creencias*⁶⁴⁸.

Junto a lo dispuesto en la legislación nacional y en la reglamentación autonómica, algunos ayuntamientos han suscrito acuerdos de colaboración con las comunidades islámicas de su localidad para –entre otros aspectos– promover la construcción de cementerios, cediéndoles terrenos públicos, o creando parcelas de uso exclusivo en las necrópolis ya existentes para que pudieran enterrar a sus difuntos observando sus propios rituales.

Un ejemplo modélico de estos convenios es el que firmaron el concejal delegado del Área de Salud y Consumo del Ayuntamiento de Bilbao⁶⁴⁹, como presidente de Servicios Funerarios de Bilbao, S.L (SFB) y el presidente de la Unión de Comunidades Islámicas del País Vasco (UCIPV) en Zamudio (Vizcaya), el 20 de junio de 2008.

La SFB reconoció la necesidad de dar cumplimiento a las previsiones de la Ley 26/1992, facilitando *a los ciudadanos que profesan*

⁶⁴⁸ *Diario de Mallorca*, 9 de enero de 2010.

⁶⁴⁹ OBAN [en línea]. [Fecha de consulta: 8 de abril de 2012]. Disponible en Internet: http://oban.multiplexor.es/archivo/axara_vasca.pdf

el Islam, la observancia de las reglas tradicionales y ritos sobre enterramientos conforme a sus creencias; asimismo, acordaron que los Servicios Funerarios de Bilbao concedían a la UCIPV el uso exclusivo de una parcela del cementerio municipal, a cambio de un canon anual de 6.000 euros; se creó una comisión mixta de seguimiento formada por dos representantes de cada parte, la SFB asumió la ejecución de las obras para acondicionar la parcela (incluyendo la apertura de una puerta de acceso exterior), la planificación urbanística y distribución de espacios, la gestión del control administrativo y la preparación y excavación de fosas; y, por su parte, la UCIPV se comprometió a abonar un canon de servicios de 19,45 euros por cada tumba islámica a la empresa municipal y a correr a su cargo la preparación y manipulado de cadáveres, así como la dotación de los medios materiales y humanos a tal fin. En tales actuaciones, UCIPV se obliga al cumplimiento de la normativa de policía sanitaria, laboral y cualquier otra que pueda afectarle. Por último, la estipulación octava del convenio establece que en todo caso, se entenderán comprendidos en el presente convenio y concesión, a efectos de su inhumación en la parcela objeto de la misma, únicamente los cadáveres de musulmanes residentes, nacidos o fallecidos en el término municipal de Bilbao.

De igual forma, otras ciudades españolas ya habían suscrito acuerdos similares anteriormente, como el Convenio entre el Ayuntamiento de Valencia y la Comunidad Islámica de Valencia para la práctica de enterramientos en el Cementerio General⁶⁵⁰ (de 7 de julio de

⁶⁵⁰ MUSLIM [en línea]. [Fecha de consulta: 8 de abril de 2012]. Disponible en Internet: <http://muslim.multiplexor.es/promo/espanyol/axaria.htm>

2000) o el del Ayuntamiento de Granada y el Consejo Islámico de Granada⁶⁵¹ sobre el Cementerio Municipal (de 25 de octubre de 2002).

Estos convenios municipales ponen de manifiesto que, con las exequias musulmanas, las respuestas locales también conllevan un desigual ejercicio de la religiosidad musulmana, incompatible con las exigencias del principio de seguridad jurídica.

A pesar de que el Art. 9 del Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria prohíbe *la conducción, traslado y enterramiento de cadáveres sin el correspondiente féretro* y que la gran mayoría de las Comunidades Autónomas han desarrollado su competencia manteniendo ese mismo criterio (excepto Andalucía), esta región y determinados ayuntamientos (como Bilbao, Valencia, Granada, Sevilla, Zaragoza, etc.) han suscrito acuerdos de colaboración con sus propias comunidades musulmanas locales para desarrollar esta competencia municipal primando el ejercicio de la libertad religiosa y autorizando la inhumación sin ataúdes.

Aun comprendiendo que el fin último es dar cumplimiento en el ámbito local a las previsiones de la Ley 26/1992, se está generando una gran desigualdad entre los musulmanes españoles en función de dónde hayan fijado éstos su lugar de residencia, si tenemos en cuenta que el Art. 27 del Reglamento de los Cementerios Municipales de Valladolid⁶⁵², de 14 de enero de 1999, estipula que *Todo cadáver deberá ser conducido y presentado en los Cementerios para su posterior inhumación dentro del correspondiente féretro*; en la misma línea que la Policía Sanitaria

⁶⁵¹ CONSEJO ISLÁMICO DE GRANADA [en línea]. [Fecha de consulta: 8 de abril de 2012]. Disponible en Internet:

http://www.consejoislamicodegranada.es/index.php?option=com_content&view=article&id=6&Itemid=2

⁶⁵² NEVASA [en línea]. [Fecha de consulta: 8 de abril de 2012]. Disponible en Internet:

<http://www.nevasa.es/images/stories/documentos/ReglamentoCementeriosMunicipalesElCarmenyPuenteDuro.pdf>

Mortuoria de Castilla y León. Por lo tanto, el ejercicio de la libertad religiosa de un musulmán de Valladolid no será igual de efectivo que el de otro que resida en Bilbao.

5.2.c).3) El marco jurídico europeo:

En Francia, la Ley impone la utilización de féretros por razones sanitarias⁶⁵³; esta obligación se regula en dos artículos del Código General de Colectividades Locales (*Code Général des Collectivités Locales*) que reúne las disposiciones legislativas y reglamentarias aplicables a los ayuntamientos, departamentos y regiones del país; en concreto, el Art. R2213-15 establece que *Antes de su inhumación o cremación, el cuerpo de una persona fallecida se coloque en un ataúd* y el R2213-16 sólo admite un cuerpo por féretro. Según la Asociación Francesa de Información Funeraria⁶⁵⁴: *generalmente, los varones [musulmanes] están presentes en el momento de la inhumación del féretro en el suelo y arrojan un poco de tierra, las mujeres y los niños se alejan o salen del cementerio. La oración fúnebre la realiza el imán.*

Así pues, el ataúd es obligatorio en todo caso y los musulmanes suelen escogerlo de una madera en tono claro y sin tapizar, por indicación de los *savants* (sabios) que permiten su uso siempre que se utilice un féretro sin decoración y que tenga un precio modesto.

En cuanto a los cementerios, la Ley de 28 de julio de 1881 abolió el carácter confesional de las necrópolis francesas, secularizando las

⁶⁵³ CRCM [en línea]. [Fecha de consulta: 8 de abril de 2012]. Disponible en Internet: http://www.crcm-ra.org/pdf/CM/Guide_du_defunt_Musulman.pdf

⁶⁵⁴ AFIF [en línea]. [Fecha de consulta: 8 de abril de 2012]. Disponible en Internet: <http://www.afif.asso.fr/francais/conseils/conseil12.html#Religion%20islamique>

instalaciones comunes (neutralidad), bajo la gestión del ayuntamiento de cada localidad. Aunque la Ley de Separación entre la Iglesia y el Estado, de 1905, reafirmó estos principios, también existen algunas excepciones: el cementerio privado de Bobigny, creado en 1934, de forma análoga al madrileño de Griñón; y la particular situación jurídica de Alsacia, región que se incorporó a la República tras la I Guerra Mundial y que mantiene un Derecho propio en el que se ha basado el Ayuntamiento de Estrasburgo para crear el único cementerio musulmán público del país, inaugurado el 6 de febrero de 2012; una iniciativa que recibió los elogios del Presidente de la Mezquita de la ciudad como un *gesto de buena integración; esto demuestra que somos del país en el que vivimos*⁶⁵⁵. En el resto de Francia, la administración central ha fomentado, mediante circulares, *que se reserven espacios de enterramiento musulmán en los cementerios*⁶⁵⁶; donde, a pesar de que el féretro sea siempre obligatorio, la cabeza del difunto se orientará en dirección a la Caaba de La Meca.

En Bélgica, la legislación también prohíbe inhumar sin féretro: en el *Règlement général de police sur les cimetières*⁶⁵⁷, el Art. 38 establece que *todo cuerpo inhumado sobre el suelo deberá ser colocado en un ataúd de madera*; y el Art. 47, por su parte, indica que *los enterramientos se realizarán uno al lado del otro sin distinción de culto, ni de creencias filosóficas o religiosas*; partiendo de esta normativa, el profesor *Hassan Amdouni*⁶⁵⁸ (consejero del *Exécutif des Musulmans de Belgique*; órgano

⁶⁵⁵ *Le Figaro*, 5 de enero de 2012.

⁶⁵⁶ PÉREZ-DÍAZ, V., ÁLVAREZ-MIRANDA, B. y CHULIÁ, E. *La inmigración musulmana en Europa*, Colección Estudios Sociales nº 15. Barcelona: Fundación La Caixa, 2004, p. 135.

⁶⁵⁷ DOISCHE [en línea]. [Fecha de consulta: 9 de abril de 2012]. Disponible en Internet: <http://www.doische.be/material/documents%20pdf/Reglement%20general%20de%20police%20sur%20les%20cimetieres.pdf>

⁶⁵⁸ FATAWAS [en línea]. [Fecha de consulta: 9 de abril de 2012]. Disponible en Internet: http://www.fatawas.be/fatawas/Funeraillies/Accueil_funeraillies.html#Q4

interlocutor de la comunidad islámica con el gobierno de Bruselas) *considera que debido a la falta de unanimidad* [se refiere a que la escuela malikí lo reprueba en todo caso, la hanafi también se opone porque Mahoma no fue enterrado en ningún ataúd, pero la chafí justifica algunas excepciones] *y dada la situación y el contexto* [la ley se opone] *creemos que (...) el uso del féretro es el más adecuado dada la situación de los musulmanes en Bélgica.* Un buen ejemplo de la *realpolitik* que diría von Bismarck.

El uso de féretros también es obligatorio en Luxemburgo, donde las comunidades islámicas recomiendan utilizar *un ataúd sencillo y ligero, para promover la rápida descomposición*⁶⁵⁹ al enterrar a sus difuntos en las parcelas que tienen reservadas en el cementerio de Merl, con tumbas orientadas según sus creencias.

En Gran Bretaña lo habitual es que también se entierre a los musulmanes con el féretro pero, en algunos cementerios, se permite inhumar el cadáver envuelto sólo con el sudario si las autoridades locales dan su visto bueno y se cumplen las ordenanzas municipales de sanidad e higiene. En la curiosa guía editada por el Walsall Council⁶⁶⁰, localidad situada en las West Midlands inglesas, al noroeste de Birmingham, se restringe el acceso a la sepultura a una única persona que apuntalará las paredes de la fosa con láminas de madera; a continuación, se colocan tres sogas y dos travesaños sobre la tumba para poder apoyar el féretro especial en el que se ha trasladado el cadáver. Se extrae la tapa reutilizable, sosteniendo con las cuerdas la base donde se apoya el

⁶⁵⁹ ISLAM LU [en línea]. [Fecha de consulta: 9 de abril de 2012]. Disponible en Internet: http://www.islam.lu/index.php?option=com_content&task=view&id=5&Itemid=26&lang=fr

⁶⁶⁰ MBCOM [en línea]. [Fecha de consulta: 9 de abril de 2012]. Disponible en Internet: http://mbcom.ndo.co.uk/BurialsWOC/MBW_BurialWithoutCoffin_Procedure_v2.pdf

cuerpo, para retirar los travesaños y, con ayuda de las tres sogas, depositar en el fondo de la fosa la fina tabla que hace de base del ataúd.

El profesor Gerhard Robbers⁶⁶¹ ha destacado que, en Alemania, las primeras generaciones de musulmanes solían repatriar los cuerpos de los fallecidos a sus lugares de origen; pero que la normativa federal sobre policía sanitaria mortuoria se fue adecuando a las prácticas funerarias del Islam y que, actualmente, algunos Estados federados ya no exigen el entierro con ataúd en sepulturas que posibilitan orientar el cuerpo hacia La Meca.

Por su parte, en Italia, el Art. 100 del *Regolamento di polizia mortuaria*⁶⁶² prevé que los cementerios municipales puedan *ofrecer salas especiales y el entierro por separado de los cadáveres de personas que profesen una religión distinta de la católica A las comunidades extranjeras, que tengan un departamento sólo para el entierro de los cadáveres de sus compatriotas, también se puede dar en concesión por el alcalde de un área apropiada en el cementerio.* Para desarrollar esta disposición, la Circular del Ministerio de Sanidad 10/98, indicó que se permitía *la inumazione del cadavere avvolto unicamente in un lenzuolo di cotone* (es decir, la inhumación con sudario, sin féretro) para aquellos cultos religiosos que así lo establezcan; por ese motivo, cada municipio ha dictado su propio *Regolamento Comunale di Polizia Mortuaria* con disposiciones específicas para los entierros musulmanes en los que el cuerpo debe trasladarse al cementerio dentro de un féretro de madera o de zinc, aunque luego sea enterrado sin él, tal y como establece, por

⁶⁶¹ NIELSEN, J.S., ALIBASIC, A. y MARÉCHAL, B. *Yearbook of Muslim in Europe*. Leiden: Brill, 2009, pp. 146-147.

⁶⁶² D.P.R. 285/1990, de 10 de septiembre.

ejemplo, el Art. 10 del Reglamento de Módena, de 2002⁶⁶³. Desde entonces, en las necrópolis se han creado secciones especiales como la que solicitó el Centro Islámico de Milán⁶⁶⁴ en el cementerio de Segrate al ayuntamiento de la capital lombarda en 1981; siete años más tarde, el 28 de mayo de 1988, se inauguró su propio cementerio islámico; como ha sucedido en Bruzzano, Como, Bolonia...

Finalmente, en el disperso *direito mortuário português*, no hay un precepto nacional que, expresamente, obligue a inhumar todos los cadáveres dentro de féretros pero podríamos deducirlo leyendo el Decreto-ley 411/98, de 30 de diciembre (modificado por el Decreto-ley 5/2000, de 29 de enero) que regula el régimen jurídico de las inhumaciones, exhumaciones y traslado de cadáveres; por ejemplo, cuando el Art. 8º establece que *Nenhum cadáver pode ser inumado, cremado, encerrado em caixão de zinco ou colocado em câmara frigorífica antes de decorridas vinte e quatro horas sobre o óbito*; el Art. 10 prohíbe la apertura de los féretros metálicos (*caixão de metal*) o el Art. 25.1.k) sanciona la fabricación de ataúdes con un espesor inferior a 0,4 mm.

En la normativa municipal, en cambio, sí que se establecen dos modos de inhumación: *Os cadáveres a inumar serão encerrados em caixões de madeira ou de zinco*⁶⁶⁵ (féretros de madera o de zinc); sin

⁶⁶³ COMUNE DI MODENA [en línea]. [Fecha de consulta: 11 de abril de 2012]. Disponible en Internet: <http://www.comune.modena.it/regolamenti/regolamenti-di-sicurezza-igiene-pubblica-e-uso-del-territorio/regolamento-comunale-di-polizia-mortuaria>

⁶⁶⁴ ALLIEVI, S. Organizzazione e potere nel mondo musulmano: il caso di Milano, en WAARDENBURG, J. et al. *I musulmani nella società europea*. Milán: Fondazione Giovanni Agnelli, 1994, p. 162.

⁶⁶⁵ Art. 10.1º del *Regulamento do Cimitério Municipal* de Mafra de 2005. CM MAFRA [en línea]. [Fecha de consulta: 9 de abril de 2012]. Disponible en Internet: http://www.cm-mafra.pt/camara/pdf/regulamento_cemiterios.pdf o en el Art. 11.2 del Reglamento de POMBAL [en línea]. [Fecha de consulta: 9 de abril de 2012]. Disponible en Internet: http://www.cm-pombal.pt/seu_municipio/doc_online/regulamentos/cemiterios.pdf

embargo, a los musulmanes portugueses se les entierra sin féretro. Es lo que se desprende de una entrevista publicada en uno de los principales periódicos del país, el *Diário de Notícias*. Con el elocuente titular *Lei portuguesa exige caixão desnecessário no islamismo*⁶⁶⁶ (es decir, la ley portuguesa exige un féretro innecesario en el Islam), el imán de la Mezquita Central de Lisboa se quejaba de que *em Portugal, a lei exige que o corpo seja transportado de casa ou do hospital para a mesquita e daí para o cemitério, dentro de um caixão, mas os muçulmanos não são sepultados dentro dele, pelo que escolhemos sempre o modelo mais simples*. Y si escogen el modelo más sencillo de féretro, ¿qué ocurre con esos ataúdes en que se trasladan obligatoriamente los restos hasta la fosa pero que no se entierran con el fallecido? El imán respondió que *são destruídos dentro do cemitério, pois a lei também não permite que dali saiam*. Se trata, probablemente, de una de las policías sanitarias mortuorias más atípicas de Europa: aunque en Portugal se permite enterrar a los musulmanes de acuerdo con sus ritos funerarios directamente en la sepultura; sin embargo, se les obliga a comprar un féretro sólo para el traslado al cementerio que será destruido en las propias instalaciones municipales.

5.2.c).4) Recapitulación:

El 16 de marzo de 2000, la *European Commission against Racism and Intolerance* (ECRI) adoptó en Estrasburgo (Francia) la recomendación n° 5 de política general para luchar contra la intolerancia y la discriminación de los musulmanes; entre sus propuestas, se pidió a los Estados

⁶⁶⁶ *Diário de Notícias*, 16 de abril de 2009.

miembros del Consejo de Europa que cuenten con comunidades musulmanas *en situación de minoría*, que adopten *las medidas necesarias para asegurar que se garantice plenamente la libertad de religión*; prestando una especial atención a *la eliminación de todo obstáculo legal o administrativo innecesario para (...) la práctica del Islam y de sus ritos funerarios*.

Dos meses más tarde, el 18 de mayo de 2000 se firmó la Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad en otra localidad francesa, Saint-Denis. Bajo el epígrafe *Derecho a la libertad cultural, lingüística y religiosa*, el Art. III establece que (...) 2. *Todos los ciudadanos tienen derecho a ejercer su libertad (...) religiosa (...) individual y colectiva (...) garantizada por las autoridades municipales (...). Dentro de los límites de su legislación nacional, las autoridades municipales ejecutan todo lo necesario para asegurar dicho derecho velando por evitar la creación de guetos. (...). 5. Las autoridades municipales cultivan la historia de su población y respetan la memoria de los difuntos, asegurando el respeto y la dignidad de los cementerios*.

Aunque esta Carta es un documento de carácter político, no jurídico, y que por lo tanto, carece de vinculación legal (no es un tratado internacional), ha sido suscrita por más de un centenar de localidades españolas (la mayor parte de ellas, catalanas) entre más de 350 municipios europeos, de ahí que su articulado deba servir –como señaló el Dr. Bondia García⁶⁶⁷– *como instrumento-guía para ajustar los ordenamientos locales a las nuevas necesidades en materia de*

⁶⁶⁷ IDHC [en línea]. [Fecha de consulta: 28 de abril de 2012]. Disponible en Internet: http://www.idhc.org/esp/documents/CESDHC_ValorJuridic.pdf

protección y garantía de los derechos humanos y (...) como marco orientador de las políticas públicas en las ciudades.

En el caso español, hay que revisar tanto la legislación como la reglamentación que regula la policía sanitaria mortuoria por varios motivos: en primer lugar, porque el Reglamento de 1974 se ha quedado obsoleto para las actuales técnicas y materiales que se emplean en la construcción de cada unidad de enterramiento, capaces de asegurar un drenaje adecuado de los cuerpos en descomposición así como la inocuidad de los gases que se generen; en segundo lugar, porque aquel texto preconstitucional es la normativa que, a falta de desarrollo propio, se aplica en la actualidad en Canarias, Murcia y Melilla y, supletoriamente, en el resto de las autonomías; y en tercer lugar, porque la identidad religiosa de aquella España de mediados de los 70 tiene poco que ver con el Estado aconfesional actual y con el número de creyentes de otras confesiones.

Seguir el ejemplo del convenio suscrito entre el Ayuntamiento de Bilbao y su comunidad musulmana local o adoptar la misma sensibilidad que demostró Andalucía al cumplir las previsiones de la Ley 26/1992 nos permitirá observar las reglas tradicionales islámicas y evitar que surjan desigualdades en relación a otras creencias e incluso dentro del Islam, en función del lugar de residencia de cada musulmán. Al fin y al cabo, ¿existe mejor muestra de integración en una sociedad que desear ser enterrado, de acuerdo con tus propios rituales funerarios, en el lugar donde has vivido?

Una vez que se haya superado este debate del féretro, permitiendo que se entierre el cuerpo cubierto con un sudario; no cabe duda de que

otras situaciones que podrían generar conflictos –como la posibilidad de exhumar los restos (algo prohibido por el Islam), la orientación de las fosas mirando a la Caaba o que la propiedad de las sepulturas fuese a perpetuidad o, al menos, a largo plazo– se podrían resolver fácilmente con algo de voluntad y de coordinación –tanto de las comunidades musulmanes como de las distintas administraciones públicas– e incluso, llegar a proponer soluciones más imaginativas, como pudiera ser la creación de cementerios musulmanes de carácter regional, provincial o comarcal, en función del porcentaje de población que profese el Islam (la realidad social de Melilla o de algunas comarcas catalanas no tiene las mismas necesidades que los habitantes de Ávila, Lugo o Gijón).

En esa línea, la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁶⁶⁸ ya ha recordado que, como *la competencia urbanística y de ordenación territorial es hoy una competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas (Art.148.1.3ª CE) (...) En consecuencia, las CCAA pueden configurar en su normativa figuras de planeamiento o de ordenación distintas a las conocidas en la legislación estatal, que en este aspecto es sólo supletoria, y, entre ellas, planes que se superpongan a los meramente locales, en aras de intereses supramunicipales.*

Buscando esos intereses más allá de los límites municipales, y sin vulnerar las competencias de los ayuntamientos, las autonomías pueden coordinar su esfuerzo con el de las entidades locales para lograr ese objetivo del *desarrollo territorial y urbano equilibrado y solidario* que cita el Art. 4 de la Ley de Urbanismo de Castilla y León⁶⁶⁹, al regular la

⁶⁶⁸ STS 1151/2003, de 20 de febrero (FdD 7º).

⁶⁶⁹ Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León; según la redacción dada por la Ley 4/2008, de 15 de septiembre.

orientación de la actividad urbanística pública. En esta misma norma castellana y leonesa, posteriormente, al hablar del planeamiento urbanístico (*conjunto de instrumentos establecidos en esta Ley para la ordenación del uso del suelo y el establecimiento de las condiciones para su transformación o conservación*), el Art. 38 regula la calidad urbana y cohesión social, estableciendo que dicho planeamiento urbanístico *tendrá como objetivo la mejora de la calidad de vida y la cohesión social de la población y, con tal fin, señalará reservas de suelo para las siguientes dotaciones urbanísticas, respetando los módulos y criterios que se señalen reglamentariamente: (...) 4. Equipamientos: sistema de construcciones, instalaciones y espacios asociados, destinados a la prestación de servicios entre ellos, los (...) religiosos.*

De esta forma, las Comunidades Autónomas pueden ayudar a los municipios a ordenar el uso del espacio y garantizar un equilibrio territorial de interés general que resuelva las carencias de la sociedad para ejercitar su libertad religiosa.

5.2.d) La construcción de mezquitas:

A efectos legales, el Art. 2 de la Ley 26/1992 que aprobó el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España, define las *mezquitas o lugares de culto* de las Comunidades Islámicas pertenecientes a la CIE como *los edificios o locales destinados de forma exclusiva a la práctica habitual de la oración, formación o asistencia religiosa islámica, cuando así se certifique por la Comunidad respectiva, con la conformidad de dicha Comisión.* Una definición que, en esencia,

coincide con la que dio la arabista Gómez García⁶⁷⁰: “lugares donde se congregan los fieles musulmanes para la oración y que a veces es también centro de estudios y de reunión comunitaria”.

Ese carácter social convierte a estos lugares en “la expresión de una identidad colectiva, a la vez que se instituyen como el espacio que estructura socialmente la comunidad musulmana. Así pues, tanto como sitio de plegaria como lugar de encuentro e interrelación colectiva, la mezquita cumple una función de homología de la comunidad local con el resto de comunidades musulmanas, que convergen hacia un mismo punto, La Meca, cinco veces al día durante el tiempo de la oración”, como ha señalado el antropólogo Jordi Moreras⁶⁷¹, que también resalta otra idea: “a pesar de que las mezquitas pueden recibir el apelativo de "Casa de Dios" (BAYT ALLAH), no puede decirse que éstas se conviertan en un templo consagrado, en el sentido occidental del término”.

El epicentro de cualquier comunidad islámica –“el único refugio de la fe” donde los musulmanes dejan el desarraigo, según Sartori⁶⁷²– no es solo un lugar de oración sino, sobre todo, un espacio de reunión y de convivencia; por ese motivo no es adecuado establecer un paralelismo entre el concepto cristiano de iglesia (que, por ejemplo, es un templo que debe ser consagrado) con el musulmán de mezquita (que no requiere ninguna sacralización; a pesar de que el Art. 2.2 del Acuerdo con la CIE precise que estos lugares de culto *no podrán ser demolidos sin ser previamente privados de su carácter sagrado*; ceremonia desconocida para el Islam).

⁶⁷⁰ GÓMEZ GARCÍA, L. *Diccionario de Islam e Islamismo*. Madrid: Espasa, 2009, p. 214.

⁶⁷¹ MORERAS, J. *Musulmanes en Barcelona. Espacios y dinámicas comunitarias*. Barcelona: CIDOB, 1999, p. 181.

⁶⁷² SARTORI, G. *La sociedad multiétnica. Extranjeros e islámicos*. Madrid: Taurus, 2002, p. 35.

Fuera del ámbito europeo, en los países de mayoría musulmana se suele distinguir entre tres clases de mezquitas:

- MUSALA: pequeños oratorios que, generalmente, se habilitan en pisos, locales, almacenes o garajes para realizar las plegarias diarias (SALAT);
- MASJID: mezquitas de barrio, con un tamaño medio; donde los fieles se reúnen para las oraciones diarias y la de los viernes; y
- ALJAMA: la mayor mezquita de una localidad donde la comunidad musulmana se reúne los viernes en oración (SALAT AL YUMUA).

Esta clasificación no resultaría extrapolable a Europa porque, en el *Viejo Continente*, la construcción de una mezquita responde a un contexto sociocultural completamente distinto a los parámetros de aquellos países y si comparamos situaciones que no son equivalentes, los resultados serán –por fuerza– inverosímiles. De hecho, en el caso español, aunque el Art. 2.1 del mencionado Acuerdo de Cooperación distinga entre *mezquitas o lugares de culto*, las estadísticas suelen denominar “mezquitas”, de forma genérica, a todos los centros religiosos musulmanes pese a que muchos de ellos –en un ámbito islámico– serían calificados como “oratorios”.

Según los datos que ofrece el *Estudio demográfico de la población musulmana*, en España existen actualmente 1.059 mezquitas⁶⁷³, aunque el

⁶⁷³ Al respecto, en su informe de junio de 2012, el Observatorio del Pluralismo Religioso de España eleva esa cifra a 1.206 lugares de culto musulmanes; lo que representa el 4,25% de todas las confesiones (en tercer lugar, por detrás del 80,46% de templos católicos y el 10,83% evangélicos (adventistas y anglicanos).

propio estudio puntualiza que esa cifra *debe tomarse con prudencia ya que se estima sobrevalorada artificialmente por motivos estrictamente políticos, ajenos a lo religioso*. Para UCIDE –la federación que ha llevado a cabo el análisis demográfico– existe un menor número de mezquitas (1.059) que de entidades religiosas (1.140) por dos motivos: en primer lugar, porque en este dato también figuran las asociaciones y federaciones en que se organizan aquellas entidades; y, en segundo lugar, porque algunas comunidades religiosas tienen dificultades para obtener la licencia y apertura de lugares de culto.

Con datos referidos a 31 de diciembre de 2011, las 1.059 mezquitas españolas se distribuyen, por autonomías, del siguiente modo:

Andalucía	155	Comunidad Valenciana	154
Aragón	50	Extremadura	16
Asturias	6	Galicia	17
Baleares	36	Madrid	85
Canarias	26	Melilla	7
Cantabria	2	Murcia	72
Castilla y León	19	Navarra	23
Castilla-La Mancha	71	La Rioja	14
Cataluña	224	País Vasco	40
Ceuta	42	Total España	1.059

Y de todas ellas, once tienen minarettes (ninguno se encuentra situado en Cataluña⁶⁷⁴, la región con más lugares de culto islámico) y cuatro de estos alminares llaman a oración habitualmente (en Ceuta, Melilla, Córdoba y Granada), según el portal Webislam⁶⁷⁵, citando al periodista Antonio M. Yagüe.

En cuanto a la asistencia de los musulmanes españoles a las mezquitas y las razones por las que acuden a ellas, el barómetro *Valores, actitudes y opiniones de los inmigrantes de religión musulmana*⁶⁷⁶ –que realiza el Ministerio del Interior para conocer la opinión de la Comunidad Musulmana de origen inmigrante residente en España– nos aporta las respuestas con datos relativos a 2010, comparados con los que se obtuvieron en 2008:

- Asistencia a los lugares de culto: *El 54% (frente al 60% hace dos años) va a la mezquita como mínimo una vez a la semana y el 26% (frente al 17% en 2008) no va nunca, lo que parece avalar la interpretación de que, entre los inmigrantes musulmanes, la identidad religiosa se solapa estrechamente con una identidad valorativa y cultural más amplia que no comprende sólo un conjunto concreto de dogmas o prácticas de culto. Entre quienes se definen como muy practicantes, ocho de cada diez (79%) acuden a la mezquita al menos una*

⁶⁷⁴ Al respecto, la profesora Ciáurriz define a la región catalana como “el gran polo de atracción para el inmigrante musulmán, y donde el Islam ha desarrollado unas estructuras propias, religiosas y culturales, más poderosas, significativas, y socialmente influyentes”. CIÁURRIZ, M. J. La situación de las comunidades islámicas en España. En MOTILLA, A. (ed.) *Los musulmanes en España. Libertad religiosa e identidad cultural*. Madrid: Trotta, 2004, p. 28.

⁶⁷⁵ WEBISLAM [en línea]. [Fecha de consulta: 25 de abril de 2012]. Disponible en Internet: <http://www.webislam.com/noticias/54805->

⁶⁷⁶ MINISTERIO DEL INTERIOR [en línea]. [Fecha de consulta: 17 de abril de 2012]. Disponible en Internet: <http://www.interior.gob.es/file/52/52563/52563.pdf>

vez a la semana; entre quienes se consideran practicantes irregulares u ocasionales, solo acude con esa misma frecuencia uno de cada tres (33%).

- *¿Por qué ir a la mezquita? Entre quienes van a la mezquita, bien a diario, semanalmente o al menos una vez al año (en conjunto, un 73% de los inmigrantes), predominan de forma clara los motivos de orden puramente espiritual: rezar y encontrar paz de espíritu. Para un 68%, la mezquita es también importante como lugar de encuentro y socialización con personas que comparten el mismo origen geográfico o cultural. La oportunidad de encontrar en la mezquita orientación espiritual y consejos del imán para los problemas de la vida cotidiana es mencionada por un 59%. Además, uno de cada dos (46%) acude al lugar de culto para encontrar personas con quienes compartir cuestiones referidas a la vida cotidiana (hablar de problemas laborales, legales o de vivienda).*

De esta segunda respuesta, la Fundación Pluralismo y Convivencia ha destacado la importancia de que las mezquitas *favorecen la integración* y mejoran *la calidad de vida de los musulmanes que emigraron a España*⁶⁷⁷ porque estos lugares de culto acaban convirtiéndose en centros sociales y culturales para toda la comunidad

⁶⁷⁷ PLURALISMO Y CONVIVENCIA [en línea]. [Fecha de consulta: 18 de abril de 2012]. Disponible en Internet:
http://www.pluralismoyconvivencia.es/recursos_didacticos/fichas/las_mezquita_lugar_de_culto__lugar_de_encuentro_ii.html

musulmana local. En este sentido, la directora⁶⁷⁸ de Casa Árabe también considera que “la apertura de mezquitas y oratorios es uno de los indicadores del nivel de asentamiento de la población inmigrante proveniente de países musulmanes y un signo de consolidación”. Un criterio que, sin embargo, también ofrece otra lectura: *la falta de mezquitas dificulta la integración de estos creyentes en España*, como denunció en 2009 el diputado socialista en el Parlamento de Cataluña, el musulmán Mohamed Chaib.

5.2.d).1) Concepto y trasfondo religioso

Aunque el Corán se refiere a las *casas que Dios ha permitido erigir y que se mencione en ellas Su nombre. En ellas Le glorifican, mañana y tarde, hombres a quienes ni los negocios ni el comercio les distraen del recuerdo de Dios* (C. 24, 36-37) y también dedica cuatro aleyas a quienes *edificaron una mezquita con ánimo de dañar (...) para dividir a los creyentes* (C. 9, 107-110), se encuentran más referencias en la recopilación de los dichos y hechos del profeta.

En el hadiz 224 de al Bujari, este imán cita un relato de Yabir bin Abdullá sobre *las cinco cosas* que se le dieron a Mahoma y que no se le habían concedido antes a nadie, entre ellas, el profeta le narró que *Se me dio la tierra como lugar de oración y para purificación. Cualquiera de mi nación puede ofrecer su oración donde se encuentre*. De la lectura de este pasaje se deduce que, de forma análoga a lo que ya sucedía en el Cristianismo –donde la Omnipresencia del Señor significa que si *Dios*

⁶⁷⁸ MARTÍN MUÑOZ, G. et. al. *Marroquíes en España. Estudio sobre su integración*. Madrid: Fundación Repsol, 2003, p. 119.

*que creó el mundo y todas las cosas contenidas en él, siendo como es el Señor de cielo y tierra, no está encerrado en templos fabricados por hombres*⁶⁷⁹ – los musulmanes también consideran que una mezquita es, en realidad, cualquier lugar en donde los fieles puedan rezar porque *de Dios son el Oriente y el Occidente. Adondequiera que os volváis, allí está la faz de Dios. Dios es inmenso, omnisciente* (C. 2, 115). En este sentido, lo fundamental es que su plegaria se dirija hacia la alquibla (mirando a La Caaba de La Meca), con el rostro *vuelto hacia la Mezquita Sagrada dondequiera que estéis* (C. 2, 144) y que se realice cumpliendo con el ritual de las prosternaciones (entre dos y cuatro ARRACAS, según la oración), inclinándose y arrodillándose en señal de respeto.

Junto a este hadiz, existen otros muchos dichos y hechos relativos a *las Casas de Dios*; por ejemplo, en el número 1028 se afirma que *Todos aquellos que se reúnan en una de las mezquitas para recitar y estudiar el Libro de Alá, verán descender sobre ellos el sosiego; serán cubiertos de misericordia; estarán rodeados de ángeles; y serán mencionados por Alá entre aquellos (ángeles) que estén con Él*; el 1058, por su parte, señala que *a aquel que acude a la mezquita por la mañana o por la tarde, Alá le tendrá presentes preparados en el Jardín (paraíso terrenal), cada vez que acuda por la mañana y por la tarde*; y el 1065 recuerda las palabras del profeta cuando dijo que *Quienes edifican con su adoración las mezquitas de Alá, son aquellos que creen en Alá y en el último Día*.

Históricamente, durante los sesenta años que transcurrieron entre el 622 [origen de la era musulmana (HÉGIRA), con la huída de Mahoma al oasis de Yazrib que se convertiría en la *Ciudad del Profeta (Madínat al-*

⁶⁷⁹ Hch. 17, 24.

Nabí; es decir, Medina)] y las últimas décadas del siglo VII, cuando los califas Omeyyas comenzaron a reinar en Damasco, las mezquitas que se construyeron durante esta primera época no eran más que “unos edificios perecederos, cuyo carácter provisional, a pesar de sus impresionantes dimensiones, está vinculado a las contingencias de la conquista” porque, en aquel tiempo, “todo el esfuerzo de los árabes está dirigido hacia la expansión militar y religiosa”⁶⁸⁰.

Sin contar con La Caaba de La Meca, como el lugar más sagrado y de mayor espiritualidad para el Islam, la tradición musulmana considera que la primera mezquita que se edificó fue la de Quba⁶⁸¹ (MASJID AL-QUBA) en el s. VII, situada a las afueras de Medina (Arabia Saudí).

La estructura de este edificio se inspiró en la distribución de la casa medinense del profeta: una vivienda oblonga que Mahoma adaptó como mezquita, transformando las habitaciones en una gran sala de oración (HARAM) y reformando el patio para construir unos cobertizos adosados a los muros, sobre troncos techados con hojas de palma, donde se pudieran reunir los fieles a escuchar la palabra de Alá, resguardándose del sol. La fuente de aquel patio sirvió también para realizar las primeras abluciones menores (WUDÚ).

Cuando en el año 630 se sustituyó la antigua orientación (ALQUIBLA) del Templo de Jerusalén por la nueva para rezar mirando en dirección a La Meca [*No hemos puesto la alquibla hacia la que antes te orientabas sino para distinguir a quien sigue al Enviado de quien vuelve sobre sus pasos* (C. 2, 143)], se levantó un nuevo pórtico al sur del patio

⁶⁸⁰ STERLIN, H. *El Islam, desde Bagdad hasta Córdoba. Las edificaciones de los siglos VII al XIII*. Colonia: Taschen, 2006, p. 18.

⁶⁸¹ AN NAWAWI. I. *El Jardín de los Justos*. Almodóvar del Río: Junta Islámica, 1999, p. 165.

de la casa de Mahoma que se convirtió en el origen del nicho u hornacina (MIHRAB) que, desde entonces, señala hacia la piedra negra mequí en todas las mezquitas; a su lado derecho también se construyó un púlpito de madera (ALMIMBAR) para que el predicador –que no tiene que ser el imán– subiera a pronunciar el sermón (JUTBA).

Hasta que los Omeya dieron paso a las fastuosidad de la Cúpula de la Roca (en Jerusalén) o a las mezquitas de Damasco y Córdoba, las primeras construcciones ya contenían casi todos los elementos característicos de estos lugares de culto excepto un último elemento indentificador: el minarete.

Mahoma nombró en vida al primer ALMUECÍN –un antiguo esclavo etíope llamado Bilal ibn Rabah– para que se encargase de llamar a oración, pero el primer ALMINAR no se levantó en tiempos del profeta sino posteriormente, en el siglo VIII, durante la dinastía de los Omeya, y ese honor suele atribuirse al minarete de la mezquita de Bosra (al sur de Siria), ciudad que había sido conquistada en el 634. La torre “la añadió Ziyad ibn Abi Sufyan durante el califato de Moavia”; el mismo califa que –según el profesor Gottheil⁶⁸²– ordenó a su gobernador Maslamah ibn Mukhallid que levantara los cuatro alminares de la primera mezquita de África, la de Amr ibn al-Asi, en Fostat (antigua capital de Egipto). A partir de entonces, los primeros minaretes –“pequeños o de gran altura, estilizados o toscos, cuadrados o circulares, octogonales o de espiral, de ladrillo o de piedra”⁶⁸³– empezaron a elevarse para que los almuédanos

⁶⁸² GOTTHEIL, R.J.H. *The Origin and History of the Minaret*, en *Journal of the American Oriental Society*, vol. 30, nº 2. Ann Arbor: Universidad de Michigan, 1910, p. 135.

⁶⁸³ BENZINE, R. *El minarete en la historia del Islam*. En: *Los minaretes de la discordia*. Barcelona: Icaria, 2011, p. 39.

pudiesen llamar a oración (ADÁN) a los creyentes en todo el mundo musulmán.

Pese a que la construcción de alminares no responde a ninguna prescripción coránica (de hecho, no son indispensables para que exista un lugar de culto islámico) ni tampoco obedecen a ningún cometido práctico (porque en Europa apenas se usan para llamar a oración) los silenciosos minaretes acabaron convirtiéndose en un elemento emblemático para los musulmanes, no tanto por su valor religioso sino por su connotación cultural y, especialmente, por el simbolismo de proclamar la presencia del Islam en el paisaje urbano, con una torre fácilmente identificable que eleva la mirada de los fieles hacia Alá... pero que, al mismo tiempo, también genera controversias y recelos en otros colectivos ciudadanos, que tienen miedo de que el arraigo de esas torres y su mayor visibilidad signifiquen una proliferación de mezquitas; un temor muy específico, circunscrito al Islam porque “la construcción de un templo sij, hindú o budista no genera jamás la misma protesta generalizada que un centro musulmán”⁶⁸⁴.

En este contexto, el ejemplo más paradigmático de los últimos años ha sido el conocido referéndum suizo para prohibir la construcción de minaretes; una consulta popular que también tuvo su reflejo en la opinión pública de otros países europeos donde se mostraron “signos inequívocos de simpatía hacia el voto suizo y es probable que hubieran surgido resultados semejantes en otros países de haber existido la posibilidad de manifestarse”⁶⁸⁵.

⁶⁸⁴ MAYER, J.F. *La sombra del minarete*. En: *Los minaretes de la discordia*. Barcelona: Icaria, 2011, p. 27.

⁶⁸⁵ MAYER, J.F. *La Confederación sin minaretes*. En: *Los minaretes de la discordia*. Barcelona: Icaria, 2011, p. 15.

5.2.d).2) Los minaretes y el polémico Art. 72.3° de la Constitución de Suiza:

El 1 de enero de 2000 entró en vigor la nueva Constitución Federal de la Confederación Helvética, de 18 de abril de 1999. Dentro del Título 3° se regula la distribución de competencias entre la propia Confederación y los cantones que la integran y, en concreto, el Art. 72 establece el marco de las relaciones entre la Iglesia y el Estado. El primer párrafo reglamenta que esta materia es competencia cantonal, aunque el segundo epígrafe puntualiza que, dentro de los límites de sus respectivas competencias, tanto la Confederación como los cantones *pueden adoptar las medidas necesarias con el objeto de mantener la paz entre los miembros de las distintas comunidades religiosas*.

En 2009, el Art. 72 incorporó un tercer párrafo, insólito en un texto constitucional: *La construction de minarets est interdite*; es decir, se prohíbe la construcción de minaretes.

A comienzos de 2005, en Suiza únicamente existían dos alminares en Zúrich y Ginebra. Aquel año, se levantó un tercero en Winterthur, tan solo un par de meses después de que la comunidad turca de Wangen solicitara a la administración la autorización para edificar uno pequeño, de apenas seis metros de altura, que se acabó convirtiendo en una auténtica odisea administrativa y judicial hasta que se pudo construir e inaugurar a mediados de 2009.

Durante los cuatro años que duró aquel litigio, el debate se fue enquistando por la situación internacional, en un contexto poco favorable al diálogo tras el ataque de un grupo islamista al metro de Londres (2005) y la enorme polémica que generaron las caricaturas de Mahoma (2006)

no solo en Dinamarca sino en el resto de Europa y en todo el mundo. Esas circunstancias radicalizaron aún más los ánimos de quienes comenzaron a temer que el Islam era demasiado visible en el idílico paisaje suizo; por ese motivo, en 2007, dos partidos políticos –la Unión Democrática de Centro y la Unión Democrática Federal– presentaron en Berna una iniciativa legislativa popular para recabar apoyos y prohibir, constitucionalmente, la construcción de minaretes, a los que denominaban *faros de la yihad*. Según el *Comite d'initiative contre la construction de minarets*⁶⁸⁶ su propuesta quiso *garantizar la libertad religiosa de todos* prohibiendo *un símbolo político-religioso que excluye la tolerancia*. Finalmente, tras reunir 114.895 firmas, el 8 de julio de 2008 las depositaron en la Cancillería Federal.

Como, desde el punto de vista estrictamente jurídico, su propuesta era irreprochable y, teniendo en cuenta que las consultas al electorado son muy habituales en este país, el 29 de noviembre de 2009 se convocó el polémico referéndum a pesar de que el Gobierno de la Confederación se mostró en contra de la iniciativa, igual que los grandes partidos federales e incluso otras confesiones religiosas. Cuando se cerraron los colegios electorales, el resultado no cumplió con los pronósticos de las encuestas –que preveían el rechazo helvético a la moción– y la exclusión logró el sí del 57,5% de los votantes y, por lo tanto, la prohibición se incorporó a la Constitución de Suiza como el nuevo Art. 72.3.

Unos días más tarde, Tariq Ramadan⁶⁸⁷ –profesor de Derecho Islámico, de familia egipcia pero nacido, precisamente, en Suiza–

⁶⁸⁶ MINARETTE [en línea]. [Fecha de consulta: 17 de abril de 2012]. Disponible en Internet: <http://www.minarette.ch/f/>

⁶⁸⁷ *El Mundo*, 21 de diciembre de 2009.

comentó el inesperado resultado del referendo en un artículo publicado en el diario *El Mundo*, afirmando que *por primer vez desde 1893, se ha aprobado en Suiza una iniciativa que singulariza a un único grupo social, con una clara naturaleza discriminatoria (...) La estrategia mediática ha sido simple pero eficaz: provocar la polémica allí donde pudiera atizarse el fuego; extender un sentimiento de victimismo entre los suizos, del tipo de que estamos rodeados, los musulmanes están colonizándonos silenciosamente y estamos perdiendo nuestras raíces y nuestra cultura auténticas. Esta estrategia ha funcionado. La mayoría suiza está enviando a sus compatriotas musulmanes un mensaje claro: no nos fiamos de vosotros y, en nuestro caso, el mejor musulmán es el que no vemos.*

Desde el punto de vista del ejercicio de la libertad religiosa, la inclusión de esta medida en un precepto constitucional establece un obstáculo legal que solo criminaliza a una religión: el Islam; por ese motivo, en opinión de los expertos en urbanismo y lugares de culto, el profesor Juli Ponce Solé y el director de la Fundación ACSAR José Antonio Cabanilas⁶⁸⁸, la decisión suiza de prohibir los minaretes en las mezquitas es, “muy probablemente, contraria al Art. 9 del CEDH y, por ello, susceptible de recurso ante el TEDH, que con toda probabilidad la declararía contraria al CEDH”. Por el momento, la Corte no ha entrado a examinar el fondo del conflicto pero sí su inadmisión.

El 28 de junio de 2011, el Tribunal de Estrasburgo inadmitió los recursos presentados tanto por diversas asociaciones musulmanas suizas (la *Ligue des Musulmans de Suisse* y otras) como por un ciudadano a

⁶⁸⁸ OBSERVATORIO RELIGIÓN [en línea]. [Fecha de consulta: 18 de abril de 2012]. Disponible en Internet: http://www.observatorioreligion.es/upload/53/92/Guia_lugares_de_culto.pdf

título personal, Hafid Ouardiri, contra el Art. 72.3 de la Constitución de la Confederación Helvética porque, según el TEDH⁶⁸⁹, *la noción de "víctima" en el sentido del Art. 34 de la Convención⁶⁹⁰ debe interpretarse de manera autónoma e independiente de los conceptos nacionales y que, en este caso, ni los demandantes han acreditado su condición de "víctimas" ni sus actividades se verán afectadas por la enmienda constitucional.*

El 22 de diciembre de 2009, tres semanas después del referendo suizo, la Corte de Estrasburgo se pronunció sobre otro controvertido texto constitucional; en este caso el preámbulo de la *Carta Magna* de Bosnia-Herzegovina. Por 14 votos frente a 3, la Gran Sala⁶⁹¹ resolvió que *en una sociedad democrática contemporánea basada en los principios de pluralismo y respeto de las distintas culturas, no se puede justificar objetivamente que se establezca una diferencia de trato basada, en exclusiva, en el origen étnico de una persona.* Por ese motivo declaró que dicho preámbulo era discriminatorio y contrario a la Convención de Roma de 1950 porque distinguía entre dos clases de ciudadanos: por una parte estaban los bosnios, croatas y serbios (a los que denomina *pueblos constituyentes*) y por otra parte, *los otros* (en relación a los judíos, gitanos y otras minorías)⁶⁹².

⁶⁸⁹ TEDH. *Solicitudes de la Ligue des Musulmans de Suisse y otras contra Suiza* (nº 66274/09) y de **Hafid Ouardiri contra Suiza** (nº 65840/09), ambas de 28 de junio de 2011; y tres solicitudes más se encuentran pendientes: **Baechler** (nº 66270/09), **Koelia Naouali** (1317/10) y **Al-Zarka** (9113/10) **contra Suiza**.

⁶⁹⁰ Art. 34 CEDH: *Demandas individuales: El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho.*

⁶⁹¹ TEDH. **Caso Sejdić y Finci contra Bosnia-Herzegovina**, de 22 de diciembre de 2009 (nº 27996/06 y 34836/06, § 44).

⁶⁹² El objeto de este recurso se originó cuando dos ciudadanos bosnios que residían en su capital, el romaní Dervo Sejdić y el judío Jakob Finci, quisieron presentarse a las elecciones a la Presidencia y a la Casa de los

Una última reflexión sobre la polémica de los minaretes suizos nos plantea por qué el mundo islámico no reaccionó con una oleada de protestas como sucedió en su momento con el rechazo a *Los versos satánicos* de Rushdie, las caricaturas de Mahoma o la quema de ejemplares del Corán.

En noviembre de 2009, tras la convocatoria del referéndum, no se atacaron las embajadas suizas en países musulmanes, tampoco se profirieron amenazas contra sus ciudadanos ni se boicotearon sus productos. ¿Por qué? La respuesta podría encontrarse en la coincidencia de diversos factores que explicarían su excepcionalidad: desde el comienzo, hubo mucha transparencia e información sobre el curso de la tramitación que siguió esta iniciativa particular; asimismo, el Gobierno Federal dejó claro que no se trataba de ninguna propuesta gubernamental sino de dos partidos que contaron con el rechazo de la propia Confederación, de otros grupos políticos y de las principales asociaciones religiosas del país; y, finalmente, lo más importante y evidente: el objeto del referendo fueron los minaretes y –como ha señalado el periodista egipcio Husam Tammam⁶⁹³– para las corrientes más fundamentalistas, que son aquellas que, en último término, podrían haberse mostrado más airadas con el resultado de la votación, los alminares son vistos como “un artificio que aleja a la mezquita de su función original”; es decir, son “una innovación censurable (BIDA) parte de un conjunto de prácticas religiosas posteriores a la edad de oro de los primeros tiempos del Islam

Pueblos de la Asamblea Parlamentaria, pero la Comisión Electoral Central les comunicó, el 3 de enero de 2007, que no eran elegibles por sus orígenes (gitano y judío, respectivamente) porque tanto la presidencia de la República como los diputados de su poder legislativo debían pertenecer a los pueblos constituyentes. La Corte condenó al Gobierno de Sarajevo a indemnizarlos pero no entró a debatir el fondo del asunto: modificar la *Carta Magna* bosnia.

⁶⁹³ TAMMAM, H. *Los minaretes en Suiza vistos desde el mundo árabo-musulmán: las razones del silencio*. En: *Los minaretes de la discordia*. Barcelona: Icaria, 2011, p. 123.

y susceptibles (...) de traicionar el mensaje inicial”. De ahí que no hubiese protestas significativas como en aquellos otros conflictos.

De hecho, un año antes que Suiza, en 2008, el Estado austriaco de Carintia –que por aquel entonces era gobernado por el polémico Jörg Haider (que falleció poco después en un accidente de coche)– ya había prohibido *de facto* la construcción de minaretes al introducir un nuevo Art. 12.a) en su Ley de Cuidado del Paisaje Urbano⁶⁹⁴ (*Kärntner Ortsbildpflegegesetz*), de 1990, donde se precisaba la autorización previa de una Comisión Especial para edificar cualquier alminar. En palabras de su vicegobernador Uwe Scheuch: *En Carintia, no habrá mezquitas y minaretes*⁶⁹⁵ pero, al igual que sucedió con el referendo suizo, la nueva normativa de ese Estado federado tampoco le ocasionó a Austria ningún conflicto internacional.

5.2.d).3) El marco jurídico español:

En abril de 2012, la Oficina de Información de la Conferencia Episcopal estimó que *el 73,1 por 100 de los españoles se considera católico, es decir, aproximadamente, 34.496.250 personas*⁶⁹⁶. Dos meses más tarde, el barómetro⁶⁹⁷ nº 2.951 del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), de julio de 2012, preguntó a los entrevistados cómo se definían en materia religiosa y casi 3 de cada 4 personas se declararon católicos; una abrumadora mayoría que representa al 73,4 por 100 de la población, una cifra muy superior al 23,3 por 100 que sumarían los ateos y los no

⁶⁹⁴ Disponible en: www.ris.bka.gv.at.

⁶⁹⁵ *In Kärnten wird es keine Moscheen und Minarette geben.*

⁶⁹⁶ CONFERENCIA EPISCOPAL [en línea]. [Fecha de consulta: 28 de abril de 2012]. Disponible en Internet: www.conferenciaepiscopal.es

⁶⁹⁷ CIS [en línea]. [Fecha de consulta: 28 de abril de 2012]. Disponible en Internet: www.cis.es

creyentes o el 1,6 por 100 del heterogéneo grupo que reconoció profesar otras religiones:

Católico	73,4%
Creyente de otra religión	1,6%
No creyente	14%
Ateo	9,3%
No contesta	1,7%

Otra conocida estadística internacional, la *Global Christianity* que realiza el Pew Forum⁶⁹⁸, elevó ligeramente ese porcentaje hasta el 75,2 por 100 de la población española (el 78,6 por 100 si se incluía a protestantes y ortodoxos) en diciembre de 2011. Con esos datos, es indudable que el Cristianismo mantiene una base sociológica muy significativa en España, fruto de nuestra secular tradición católica.

Desde un punto de vista jurídico, esa fuerte identidad religiosa también se refleja en nuestro ordenamiento de modo que el Derecho Urbanístico apenas contiene “regulaciones específicas sobre el uso del suelo para fines religiosos”⁶⁹⁹, a diferencia de lo que ocurre en nuestro entorno europeo, donde la libertad de culto favoreció, desde hace siglos, la práctica de distintas creencias.

En España, hasta bien entrado el siglo XX, la única expresión que vinculaba a la religión con el urbanismo era la construcción y

⁶⁹⁸ PEW FORUM [en línea]. [Fecha de consulta: 28 de abril de 2012]. Disponible en Internet: <http://features.pewforum.org/global-christianity/total-population-percentage.php>

⁶⁹⁹ PONCE SOLÉ, J. Derecho, apertura de lugares de culto y libertad religiosa. *Revista CIDOB d'Afers internacionals*, 2007, nº 77, p. 154.

mantenimiento de las iglesias católicas⁷⁰⁰; pero, hoy en día, la legislación sobre esta materia –que es competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, según establece el Art. 148.1.3º CE– tampoco otorga ninguna consideración especial a los espacios religiosos, que se enmarcan en los equipamientos comunitarios, indistintamente, como los hospitales, colegios o polideportivos.

En ese contexto legal, cuando una comunidad musulmana se dirige a su Ayuntamiento para solicitar la apertura de una mezquita –tanto si se trata de su primera utilización como si se refiere a modificar el uso del local de una actividad anterior– los solicitantes están sujetos a la preceptiva licencia municipal, *siendo la finalidad de tal intervención (...) la de comprobar si el uso proyectado se ajusta al destino urbanístico previsto en el planeamiento así como también si el edificio reúne las condiciones de seguridad y salubridad necesarias*⁷⁰¹. Esa autorización tiene carácter reglado; es decir, la licencia debe concederse a cualquier solicitante que reúna objetivamente los requisitos necesarios que la normativa exige para obtenerla; pero las corporaciones locales no disponen ni de procedimientos adecuados ni de una orientación suficiente para gestionar el hecho religioso –concediendo o no la perceptiva autorización para abrir una mezquita al culto o eligiendo el lugar donde ubicarla– con el consiguiente riesgo de que una decisión municipal (que según las circunstancias de cada localidad puede ser afirmativa, negativa o simplemente indiferente) se adopte basándose en el desconocimiento y

⁷⁰⁰ Sirvan como ejemplo que el Art. 16 del Real Decreto de 3 de mayo de 1918 estableció un orden de preferencia para la *construcción de templos parroquiales en los pueblos en que no existan*; y la Gaceta de Madrid (antecedente histórico del BOE) vino publicando, desde finales del s. XVIII, numerosa reglamentación sobre las *Juntas Diocesanas de Construcción y Reparación de Templos*.

⁷⁰¹ STS 13704/1989, de 10 de abril (FJ 1º).

acabe vulnerando la libertad religiosa de los musulmanes, limitando el ejercicio de un derecho fundamental.

Aunque las entidades locales disponen *de una razonable libertad para el diseño del territorio y la elección entre alternativas, siempre que se justifique que se está sirviendo al interés público*⁷⁰², la discrecionalidad de sus decisiones no significa que los ayuntamientos puedan actuar de forma arbitraria. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reiterado que *el control de la discrecionalidad administrativa en el orden urbanístico (...) impone que en el ejercicio de potestad discrecional, como presupuesto de legitimación, se han de explicar las razones que determinan la decisión. Y ésta justificación ha de hacerse con criterios de racionalidad expresados en la Memoria. Sólo así podremos diferenciar la discrecionalidad de la pura arbitrariedad*⁷⁰³.

En todo caso, los afectados siempre pueden recurrir a la vía contencioso-administrativa para interponer “un recurso judicial” y obtener “la tutela del derecho vulnerado por el comportamiento público”⁷⁰⁴.

El preámbulo de la Ley 16/2009, de 22 de julio, de los centros de culto, de Cataluña –la única norma autonómica que ha regulado el hecho religioso de forma específica– resumió la situación afirmando que *el vacío legal existente hasta ahora sobre los centros de culto ha provocado disparidad de criterios entre los ayuntamientos a la hora de conceder licencias: desde la aplicación rigurosa de la Ley [catalana] 10/1990, de 15 de junio, sobre policía del espectáculo, las actividades recreativas y*

⁷⁰² STS 6955/2011, de 19 de octubre (FdD 6°).

⁷⁰³ STS 8445/2011, de 30 de noviembre (FdD 5°)

⁷⁰⁴ PONCE SOLÉ, J. *Ob. cit.*, p.150.

los establecimientos públicos –que no tiene en cuenta los centros de culto–, hasta la ausencia de exigencia de medidas de seguridad, hoy consideradas necesarias. En algunos casos, esta disparidad ha desorientado a los responsables de los centros de culto, algunos de los cuales han pedido la unificación de criterios (...) Es evidente, pues, que ni el derecho urbanístico ni el derecho administrativo municipal limitan per se el derecho fundamental de libertad religiosa, y que las autoridades locales no pueden imponer más limitaciones que las imprescindibles para preservar los derechos fundamentales.

El origen de esta compleja situación normativa se remonta al Art. 21 de la Ley 44/1967, de 28 de junio, que reguló el ejercicio del derecho civil a la libertad en materia religiosa; este precepto permitió *practicar libremente el culto público y privado en los templos o lugares de culto debidamente autorizados* [por el Ministerio de Justicia]; a continuación, el Art. 22 estableció que *las asociaciones confesionales no católicas tienen el derecho de establecer los lugares de culto y demás centros que sean necesarios para el servicio y la formación religiosa de los miembros de la confesión respectiva. A tal efecto lo solicitarán del Ministerio de Justicia, detallando en la solicitud el emplazamiento y las características de los edificios, así como los símbolos y denominaciones expresivos de su confesionalidad.* Por último, el Art. 23 garantizó la inviolabilidad de todos los lugares de culto de acuerdo con las leyes.

Gracias a aquella disposición, a finales de los años 60 se pudieron abrir a los fieles las primeras mezquitas (igual que sinagogas, salones del

reino, casas de oración, templos budistas, etc.) que pusieron fin al arraigado monopolio confesional español⁷⁰⁵.

En 1978, el Art. 16 de la Constitución garantizó *la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley*; este derecho fundamental fue desarrollado tempranamente por la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, cuyo Art. 2.2º reconoció que aquella libertad religiosa y de culto, también comprendía *el derecho de las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas a establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos*. Un derecho que se puede ejercitar con un único límite (Art. 3): *la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática*; pero no se reguló la reserva de suelo para usos religiosos ni tampoco el procedimiento a seguir para establecer los lugares de culto.

Este último concepto lo estableció el Tribunal Supremo⁷⁰⁶ al resolver que *la precisión de si un local es o no lugar de culto corresponde a la propia Entidad religiosa, que es titular del derecho a establecerlos con fines religiosos (Art. 2.2 de la LO 7/1980, de 5 de julio) y, por consiguiente, del de manifestar cuáles son los que ostentan dicho carácter*. Hoy en día, el Art. 3 de la mencionada Ley catalana de 2009 los

⁷⁰⁵ Excepcionalmente, durante la Guerra Civil se abrió al culto la pequeña mezquita del balneario de Guitiriz (Lugo) para atender las necesidades de los combatientes musulmanes.

⁷⁰⁶ STS 11151/1992, de 18 de junio (FdDº 2º).

define como *el edificio o local de concurrencia pública, de titularidad pública o privada, reconocido, declarado o certificado por la respectiva iglesia, confesión o comunidad religiosa reconocida legalmente de acuerdo con la Ley orgánica de libertad religiosa, y destinado principalmente y de forma permanente al ejercicio colectivo de actividades de culto.*

Durante más de tres décadas, la Ley Orgánica de Libertad Religiosa –que derogó expresamente la norma de 1967– apenas ha tenido desarrollo normativo: el Real Decreto 142/1981, de 9 de enero, sobre organización y funcionamiento del Registro de Entidades Religiosas; el Real Decreto 1980/1981, de 19 de junio, sobre constitución de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa; y, conforme a lo previsto en el Art. 7 LOLR⁷⁰⁷, en 1992 se suscribieron tres Acuerdos con las comunidades evangélica, judía y musulmana (mediante las Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre, respectivamente). Tres leyes que *también dan por supuesta la existencia de lugares de culto, y no les dedican ninguna consideración específica con respecto a su ubicación*⁷⁰⁸.

Por lo que se refiere al Acuerdo de Cooperación con la Comisión Islámica de España, el Art. 2 define qué son las mezquitas *a efectos legales*, como señalamos al comienzo de este apartado; reconoce su inviolabilidad *en los términos establecidos por las Leyes* y prevé que *Los lugares de culto podrán ser objeto de anotación en el Registro de Entidades Religiosas*. Finalmente, el Art. 11.3 establece que *las*

⁷⁰⁷ El Estado, teniendo en cuenta las creencias religiosas existentes en la sociedad española, establecerá, en su caso, acuerdos o convenios de cooperación con las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas en el Registro que por su ámbito y número de creyentes hayan alcanzado notorio arraigo en España.

⁷⁰⁸ OBSERVATORIO RELIGIÓN [en línea]. [Fecha de consulta: 26 de abril de 2012]. Disponible en Internet: http://www.observatorioreligion.es/upload/99/92/Guia_Lugares_de_Culto.pdf

Mezquitas o lugares de culto y sus dependencias o edificios y locales anejos, destinados al culto, asistencia religiosa islámica, residencia de Imames [sic] y dirigentes religiosos islámicos están exentos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles y de las contribuciones especiales que, en su caso, correspondan por dichos bienes inmuebles de su propiedad; pero tampoco especifica el marco jurídico que deba regular la ubicación y apertura al culto de oratorios o mezquitas.

En el ámbito más concreto del Derecho Urbanístico, la disposición final primera del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Suelo, establece que *el contenido normativo íntegro de esta Ley es de aplicación directa en los territorios de las Ciudades de Ceuta y Melilla* (un hecho que tiene su trascendencia si tenemos en cuenta el elevado porcentaje de población musulmana que vive en ambas ciudades; en torno al 40 por 100); para el resto de España, aunque las Comunidades Autónomas tienen atribuidas competencias exclusivas sobre suelo y urbanismo, la norma estatal *contiene un entramado de principios y reglas de obligado cumplimiento que condicionan la regulación y ejecución autonómica y local del planeamiento urbanístico y la actividad de policía relativa a la decisión sobre la existencia, ubicación, apertura y funcionamiento de los lugares de culto religioso y que, por tanto, deben ser respetadas por la normativa y actuación autonómica y local*⁷⁰⁹.

Esos principios de desarrollo territorial y urbano sostenible (que enumera el Art. 2 de la Ley del Suelo) deben propiciar *el uso racional – entre otros recursos– de la cohesión social y la igualdad de trato y de*

⁷⁰⁹ OBSERVATORIO RELIGIÓN [en línea]. [Fecha de consulta: 26 de abril de 2012]. Disponible en Internet: http://www.observatorioreligion.es/upload/99/92/Guia_Lugares_de_Culto.pdf

oportunidades entre mujeres y hombres (...) procurando en particular (...) un medio urbano en el que la ocupación del suelo sea eficiente, que esté suficientemente dotado por las infraestructuras y los servicios que le son propios y en el que los usos se combinen de forma funcional y se implanten efectivamente, cuando cumplan una función social. Son fines muy loables que, sin embargo, no evitan mostrar las carencias de esta norma estatal, que no plantea ninguna reserva de suelo para construir lugares de culto ni tampoco establece que los planeamientos urbanísticos deban contemplar esa clase de equipamientos.

Si esto ocurre en la esfera nacional, en la autonómica –salvo el modelo catalán– el urbanismo español no dispone de ninguna regulación específica para responder adecuadamente a la demanda de quienes solicitan abrir un lugar de culto; y, en cuanto a los ayuntamientos, las entidades locales deben hacer frente a otro elemento añadido de distorsión: el efecto NIMBY⁷¹⁰.

Uno de los mayores conflictos que se generó en España con la llegada de inmigrantes musulmanes a mediados de los años 80 y, en especial, durante el *boom* económico de los 90, fue precisamente la apertura de mezquitas; un hecho que generó un efecto *nimbyzador* a medida que el Islam dejó de tener carácter testimonial y pasó a ser cada vez más visible. Un buen ejemplo lo encontramos en la Mezquita Mayor de Granada que se inauguró en 2003 en el mirador de san Nicolás, en pleno barrio del Albaicín. Fue la primera que construyeron los

⁷¹⁰ Este acrónimo anglosajón, que significa *Not In My Back Yard* (*no en mi patio trasero*), hace referencia a la respuesta social de algunos movimientos vecinales que se oponen a la instalación de ciertos equipamientos comunitarios cerca de sus viviendas; estos grupos comparten la necesidad de construir esas dotaciones de interés público pero siempre que sea lejos de sus domicilios (actitud que suele granjearles las críticas de mantener una postura hipócrita, elitista e insolidaria).

musulmanes españoles conversos (denominados *neomusulmanes*) y, hoy en día, es un atractivo más de la antigua capital nazarí pero, desde mediados de los 80, el proyecto contó con la férrea oposición (...) *durante dos décadas (...) de vecinos y fuerzas políticas*⁷¹¹.

Desde aquella controversia, la construcción de nuevos centros religiosos –que suelen ser precarios y discretos oratorios abiertos en bajos comerciales o en polígonos industriales y no emblemáticas mezquitas situadas junto a la Alhambra como aquélla de Granada– han surgido conflictos en diferentes lugares; sólo en 2011, según los Informes Raxen, hubo una fuerte contestación vecinal en Collado Villalba (Madrid), Torrent y La Pobla (Valencia), Onda (Castellón), La Aljorra (Cartagena, Murcia), Sevilla, Vitoria (Álava) o Bilbao (Vizcaya)⁷¹², siendo más habituales en Cataluña –aunque sea la única región que regule los lugares de culto– con manifestaciones y recogidas de firmas antimezquitas en Vic, Badalona, Tarrasa, Palafrugell, Torroella de Montgrí, Blanes, Cornellá, Reus, Lérida, Tárrega, Mataró, Arenys de Mar, Sant Vicenç de Castellet, El Prat de Llobregat, etc.

Ese año, la contestación llegó a tal extremo que, en agosto de 2011, la Sala de Vacaciones del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña⁷¹³ tuvo que pronunciarse para resolver un recurso de protección jurisdiccional *de los derechos fundamentales de la persona*, cuando el Grupo Municipal *Plataforma per Catalunya* del Ayuntamiento de Salt

⁷¹¹ WEBISLAM [en línea]. [Fecha de consulta: 29 de abril de 2012]. Disponible en Internet: http://www.webislam.com/noticias/63205-basurto_mas_radiactividad_que_en_fukushima.html

⁷¹² MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA [en línea]. [Fecha de consulta: 30 de abril de 2012].

Disponible en Internet: <http://www.movimientocontralaintolerancia.com/html/raxen/raxen.asp>

⁷¹³ STSJ Cataluña 9592/2011, de 26 de agosto.

(Gerona) recurrió una resolución administrativa⁷¹⁴ que les prohibía celebrar una concentración *al objeto de manifestar el malestar de los habitantes de la ciudad y la preocupación de los empresarios del polígono "Torre Mirona" por la noticia de la probable construcción de una macro mezquita salafista, mostrando su rechazo a la misma, así como a la modificación puntual del plan general municipal tendente a la modificación de los usos permitidos en el indicado polígono*, el 27 de agosto de 2011, coincidiendo con los últimos días del Ramadán.

El Tribunal catalán entendió que la adopción de *una medida tan drástica como la prohibición de celebrar una concentración* fue necesaria y proporcional; que *la resolución de la autoridad gubernativa (...) resultó suficientemente motivada y fundada*; y que la justificación de la prohibición fue idónea, *en aplicación del límite previsto en el Art. 10 de la Ley reguladora del Derecho de Reunión (en consonancia con el 21.2 de la Constitución) (...) basándose (...) en el evidente e indudable peligro de producción de graves atentados contra el orden público, con peligro para personas y bienes, tanto de los convocantes y asistentes a la concentración como de terceras personas.*

Al mismo tiempo, la apertura de un centro musulmán en el barrio bilbaíno de Basurto generó tanta controversia social que, ante el cariz que tomaban los acontecimientos, tuvo que intervenir el *Ararteko*⁷¹⁵ (Defensor del Pueblo vasco) dictando una resolución, el 9 de enero de 2012, en la que señaló que *la intervención municipal en la apertura de nuevos centros religiosos debe limitarse al control previo urbanístico y*

⁷¹⁴ Dictada por la Dirección General de Administración de Seguridad (Departamento de Interior de la Generalitat de Cataluña) el 23 de agosto de 2011.

⁷¹⁵ ARARTEKO [en línea]. [Fecha de consulta: 9 de mayo de 2012]. Disponible en Internet: http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/4_2723_3.pdf

medioambiental previsto en el ordenamiento jurídico. Por su parte, las legítimas pretensiones dirigidas al cumplimiento de las medidas correctoras impuestas deben servir, no para impedir el funcionamiento de la actividad, sino para instar las labores de inspección y, en su caso, de disciplina cuando se constate un incumplimiento; finalizando con dos conclusiones:

- *Que los poderes públicos deben garantizar la iniciativa de las comunidades religiosas para la apertura de centros de culto en los términos que establece la Ley Orgánica 7/1980 de Libertad Religiosa. La actuación de los poderes públicos, en relación con las políticas de ordenación urbanística, debe favorecer una adecuada gestión de la diversidad religiosa que evite la discriminación y garantice una adecuada cohesión social (...)*
y;
- *Que respecto a la voluntad de las comunidades religiosas de abrir nuevos centros religiosos, la intervención municipal es una potestad reglada que debe aplicarse de manera objetiva conforme el ordenamiento jurídico. La labor de intermediación municipal debe servir para mantener una interlocución entre los promotores de la actividad y los vecinos del barrio que permita el legítimo desarrollo de la actividad sin afectar o molestar a terceras personas. En ningún caso la mediación debe cuestionar el libre ejercicio de los derechos de los promotores de la actividad a la apertura de nuevos centros de culto.*

Partiendo de estas situaciones, ¿cómo se regula el hecho religioso en la normativa autonómica española?

Su regulación se enmarca en el ámbito del urbanismo, suelo u ordenación territorial o urbanística –según la denominación adoptada en cada autonomía– y nos permite agrupar a las diecisiete comunidades y dos ciudades autónomas en tres grandes segmentos:

- **Grupo 1:** en cuatro regiones (Galicia⁷¹⁶, Extremadura⁷¹⁷, Baleares⁷¹⁸ y La Rioja⁷¹⁹) no se ha establecido ninguna referencia a dotaciones o equipamientos de carácter religioso en sus planes de ordenación; asimismo, en Ceuta y Melilla *es de aplicación directa* la Ley del Suelo de 2008 que, como ya tuvimos ocasión de comentar, tampoco plantea reservas de suelo para construir lugares de culto ni establece que los planeamientos urbanísticos deban contemplar esa clase de equipamientos.
- **Grupo 2:** otras doce comunidades sí que mencionan los fines religiosos en su normativa, pero sin llegar a desarrollarlo posteriormente, como ocurre en el caso catalán, ni manteniendo un criterio homogéneo entre todas ellas, como ahora veremos:
 - Andalucía⁷²⁰: en enero de 2012 modificó su regulación para añadir que uno de los *finés específicos de la actividad urbanística es integrar el principio*, reconocido

⁷¹⁶ Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia.

⁷¹⁷ Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura.

⁷¹⁸ Leyes 6/1999, de 3 de abril, de las Directrices de Ordenación Territorial de las Illes Balears y de Medidas Tributarias; y 14/2000, de 21 de diciembre, de Ordenación Territorial.

⁷¹⁹ Ley 5/2006, de 2 de mayo, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja.

⁷²⁰ Art. 3.1.h) de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (añadido por la Ley 2/2012, de 30 de enero).

en los Arts. 14 CE y 14 del Estatuto de Autonomía andaluz, *de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de (...) religión (...) en la planificación de la actividad urbanística.*

- Aragón⁷²¹: su Ley de Urbanismo establece que en suelo urbano consolidado, el plan general establecerá como ordenación pormenorizada las siguientes determinaciones: (...) Delimitación o emplazamiento de (...) equipamientos (...) religiosos. Su desarrollo reglamentario⁷²² posterior señaló, entre otros aspectos, que los planes generales de ordenación urbana especifiquen el emplazamiento de templos.
- Asturias: al regular la declaración de utilidad pública, la Ley⁷²³ del Principado prevé que *serán expropiables los terrenos y edificios destinados en el plan al establecimiento de servicios públicos o a la construcción de templos (...).*
- Canarias⁷²⁴: Dos preceptos de su Decreto Legislativo establecen que *las instalaciones (...) religiosas son dotaciones y equipamientos necesarios para la prestación de servicios de interés social; y que los bienes*

⁷²¹ Art. 41.b) de la Ley 3/2009, de 17 de junio, de Urbanismo de Aragón.

⁷²² Art. 32.d) del Decreto 52/2002, de 19 de febrero, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo parcial de la ley 5/1999, de 25 de marzo.

⁷²³ Art. 104.4 del Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo.

⁷²⁴ Arts. 67.3 y 77.d) del Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias (según la redacción dada por la Ley 6/2009, de 6 de mayo).

de los patrimonios públicos de suelo pueden ser (...) permutados directamente o cedidos en uso a entidades religiosas o benéfico-sociales oficialmente reconocidas, cuando su destino sea (...) de culto.

- Cantabria⁷²⁵: el planeamiento municipal contemplará la existencia de suelo para construcciones y espacios destinados a equipamientos sociales, como centros (...) religiosos; asimismo, en el suelo urbano consolidado, el Plan General contendrá las siguientes determinaciones (...): *Delimitación o emplazamiento de espacios (...) religiosos*. Cinco años más tarde, se aprobaron las normas urbanísticas regionales⁷²⁶, que definieron qué se incluye en el uso dotacional religioso: *espacios o locales destinados al culto de cualquier confesión y los directamente ligados al mismo tales como templos, centros parroquiales, conventos y otros de similares características*.
- Castilla y León: tanto en su Ley de Urbanismo⁷²⁷ de 1999 (según la redacción que se le dio en 2008) como en el desarrollo reglamentario de 2004 (modificado también en 2009) incluyen *las construcciones, instalaciones y espacios asociados, destinados a la prestación de servicios (...) religiosos* dentro de los equipamientos, que

⁷²⁵ Arts. 39.3 y 46.c) de la Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria.

⁷²⁶ Art. 113.h) del Decreto 65/2010, de 30 de septiembre, por el que se aprueban las Normas Urbanísticas Regionales (Cantabria).

⁷²⁷ Art. 38.1.d) de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León.

son una de las dotaciones urbanísticas (junto a los espacios protegidos, las vías públicas, los servicios urbanos y los espacios libres públicos) a las que el planeamiento urbanístico debe señalar reservas de suelo, con el objetivo de lograr *la mejora de la calidad de vida y la cohesión social de la población*.

- Castilla-La Mancha: aunque la LOTAU⁷²⁸ de 2010 no realizó ninguna mención a estos equipamientos, sí lo hizo el Reglamento de Planeamiento de la anterior Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística⁷²⁹ que se mantiene expresamente en vigor, según establece la disposición derogatoria de la LOTAU. Uno de los usos rotacionales previstos en el anexo I son las *actividades destinadas a la formación religiosa* dentro del Uso Cultural-Deportivo.
- Comunidad de Madrid: entre las *actuaciones en suelo urbanizable no sectorizado que requieren proyecto de actuación especial*, la normativa madrileña⁷³⁰ también incluye el uso de equipamiento social de las actividades y servicios religiosos.
- Comunidad Valenciana: de forma análoga a la legislación de Castilla-La Mancha, la LUV⁷³¹ valenciana tampoco menciona los usos religiosos del suelo, pero sí su

⁷²⁸ Decreto legislativo 1/2010, de 18 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística.

⁷²⁹ Art. 2.4 del Decreto 248/2004, de 14 de septiembre.

⁷³⁰ Art. 27.1.a).2 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid.

⁷³¹ Ley 16/2005, de 30 de diciembre, de la Generalitat, Urbanística Valenciana.

reglamento de desarrollo posterior⁷³². En relación con el Art. 60 de aquella ley (*restantes dotaciones públicas y equipamientos*), el Art. 132 considera uso rotacional público asistencial a los servicios de carácter religioso; asimismo, el posterior Art. 455 regula que las actividades religiosas son uno de los equipamientos colectivos expresados que *sólo podrán implantarse en suelo no urbanizable común cuando la ordenación territorial y urbanística no los prohíba, debiendo acreditar su necesidad de emplazamiento en ese suelo.*

- Murcia: la ley regional⁷³³ que regula el Plan General Municipal de Ordenación define el modelo de desarrollo urbano y territorial; éste debe contener una serie de determinaciones de carácter general entre las que se encuentran la *estructura general y orgánica del territorio, integrada por los sistemas generales determinantes del desarrollo previsto, conforme a lo establecido en la normativa sectorial específica: comunicaciones, infraestructuras y servicios, espacios libres y equipamiento comunitario.* En ese contexto, dicho sistema general de equipamiento comunitario estará *constituido por las diferentes instalaciones colectivas al servicio general de la población, distinguiendo las de titularidad pública y privada, tales*

⁷³² Arts. 132 y 455 del Decreto 67/2006, de 19 de mayo, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación y Gestión Territorial y Urbanística

⁷³³ Art. 98 del Decreto legislativo 1/2005, de 10 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia.

como *las religiosas, en la cuantía establecida por la normativa sectorial aplicable, pudiendo establecerse los usos específicos de forma indicativa.*

- Navarra: Como Castilla-La Mancha y la Comunidad Valenciana, la ley foral⁷³⁴ no lo prevé pero sí el desarrollo reglamentario de la normativa anterior que no ha sido derogado⁷³⁵ y que incluyó el equipamiento destinado a usos religiosos como uno de los elementos que tienen la consideración *de dotaciones al servicio de un sector de suelo urbanizable.*
- País Vasco: aunque se está tramitando un anteproyecto de ley de centros de culto, de 2011, al que volveremos a referirnos al final de este apartado; la ley vasca⁷³⁶ recoge únicamente una previsión vinculante para la Administración encargada del diseño urbanístico de establecer obligatoriamente en la red de sistemas generales una reserva sobre *equipamientos colectivos privados, tales como centros de carácter comercial, religioso* (Art. 54.2.e). Del mismo modo, la norma incluye entre los elementos necesarios de la red dotacional de los sistemas locales unos *equipamientos privados dedicados a (...) uso religioso*” (Art. 57.2.e).

⁷³⁴ Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo.

⁷³⁵ Art. 15 del Decreto Foral 85/1995, de 3 de abril, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la Ley Foral 10/1994, de 4 de julio, de ordenación del territorio y urbanismo.

⁷³⁶ Art. 54 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo.

- **Grupo 3:** por el momento, tan solo Cataluña ha adaptado su normativa urbanística a esa *realidad religiosa*, cada día *más plural*, donde *conviven distintas confesiones* que plantean *nuevos retos* y piden *nuevas respuestas (...)* Desde la *laicidad – es decir, desde el respeto a todas las opciones religiosas y de pensamiento y a sus valores, como principio integrador y marco común de convivencia–* [esta ley] quiere regular los *centros de culto en términos de neutralidad y con la única finalidad de facilitar el ejercicio del culto y de preservar la seguridad y la salubridad de los locales y los derechos fundamentales de todos los ciudadanos relativos al orden público.*

Así se expresó el preámbulo de la Ley 16/2009, de 22 de julio, de los centros de culto que, posteriormente, fue desarrollada mediante el Decreto 94/2010, de 20 de julio.

El Art. 161 del Estatuto de Autonomía de Cataluña⁷³⁷ (*Relaciones con las entidades religiosas*) es el único de los diecinueve estatutos que recoge expresamente la competencia exclusiva *en materia de entidades religiosas que lleven a cabo su actividad en Cataluña, que incluye, en todo caso, la regulación y el establecimiento de mecanismos de colaboración y cooperación para el ejercicio de sus actividades en el ámbito de las competencias de la Generalitat; asimismo, le corresponde a la Generalitat la competencia ejecutiva en materia relativa a la libertad religiosa.* Esta competencia incluye en todo caso: (...) b) *El*

⁷³⁷ Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

establecimiento de acuerdos y convenios de cooperación con las iglesias, las confesiones y las comunidades religiosas inscritas en el Registro estatal de Entidades Religiosas en el ámbito de competencias de la Generalitat. c) La promoción, el desarrollo y la ejecución en el ámbito de las competencias de la Generalitat de los acuerdos y de los convenios firmados entre el Estado y las iglesias, confesiones y comunidades religiosas inscritas en el Registro estatal de entidades Religiosas (...).

A partir de esta base competencial⁷³⁸; junto al Art. 149 del Estatuto que otorga a la *Generalitat* la competencia exclusiva sobre ordenación del territorio y urbanismo y el Art. 160 que le atribuye la competencia exclusiva en materia de régimen local, la Ley catalana de los centros de culto, *parte del reconocimiento del derecho fundamental de libertad religiosa y tiene como finalidad facilitar el ejercicio del derecho de libertad de culto, apoyar a los alcaldes a la hora de facilitar el ejercicio de este derecho y velar por unas condiciones adecuadas –y proporcionadas a la actividad– en cuanto a la seguridad, la higiene y la dignidad de los locales de culto. También es una finalidad de la presente ley evitar posibles molestias a terceras personas. A su vez, la Ley evita causar problemas a los centros de culto que ya prestan sus servicios sin dificultades.*

La ley catalana establece que los planes de ordenación urbanística municipal prevean suelos con la calificación de *sistema de equipamiento comunitario donde se admitan los usos de carácter religioso*, pues considera que la apertura de locales de culto es un derecho por el que deben velar las administraciones (Art. 4); estos lugares de culto *deben*

⁷³⁸ Esta atribución competencial no fue cuestionada en la STC 31/2010, de 28 de junio, contra diversos preceptos del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

tener las condiciones materiales y técnicas necesarias para garantizar la seguridad de los usuarios y la higiene de las instalaciones, y evitar molestias a terceras personas (Art. 8.1) de acuerdo con unas condiciones mínimas de seguridad, salubridad, accesibilidad, protección acústica, aforo y evacuación que se desarrollaron reglamentariamente en 2010, adecuándolas a este tipo concreto de actividad; y regula las licencia de apertura y uso de los centros de culto que, como señaló en su preámbulo, no tiene por objeto dar permiso para la actividad religiosa en sí, que es un derecho fundamental, sino garantizar que el uso del local concreto para el que se otorga reúne las condiciones técnicas adecuadas al tipo de actividad que deba realizarse.

Para determinar las necesidades municipales de suelo relativas a la implantación de estos centros, el Art. 3 del Decreto que desarrolló la Ley estableció que *la memoria de los planes de ordenación urbanística municipal tomará en consideración las sugerencias o alegaciones que a tal efecto formulen las iglesias, las confesiones y las comunidades religiosas en el transcurso del proceso de participación ciudadana que se desarrolle con motivo de la formulación de aquellos planes y en el trámite o trámites de información pública regulados por la normativa urbanística en el marco del procedimiento de aprobación del planeamiento general.*

A continuación, el Art. 6 establece que *se tiene que garantizar que el emplazamiento del equipamiento comunitario con uso religioso esté bien comunicado con el fin de no dificultar el ejercicio del derecho de libertad de culto; y si el centro religioso tuviera una superficie construida superior a mil metros cuadrados o un aforo previsto para más de*

quinientas personas, tanto en edificios de nueva planta como en edificios existentes, la documentación tiene que incorporar una justificación sobre la idoneidad y conveniencia de la implantación del nuevo centro y un estudio de la movilidad generada y de las necesidades de plazas de aparcamiento de la nueva implantación así como el planteamiento de las soluciones que contempla.

Finalmente, al regular sus condiciones de protección acústica, el Art. 17 establece que los lugares de culto *tienen que contar con las medidas de aislamiento acústico suficientes para garantizar la prevención de molestias hacia el exterior, especialmente si están emplazados en ámbitos urbanos con presencia de usos de vivienda, residenciales y hospitalarios que se encuentren situados a una distancia mínima de cien metros de éstos.*

El decreto sólo excluye de estas condiciones *a las campanas ubicadas en los centros de culto, teniendo en cuenta los usos que les han sido atribuidos tradicionalmente*; lo que parece excluir la posibilidad de que el almuédano llame a oración.

En 2011, el País Vasco también presentó su Anteproyecto⁷³⁹ de ley de centros de culto que justifica en su preámbulo por la evolución del hecho religioso *debida a la diversificación de creencias o de pertenencias, así como a los procesos de secularización que afectan a una parte importante de nuestras sociedades. Y en el ámbito específico de la sociedad vasca, la diversidad religiosa, aunque no constituye una novedad radical en términos históricos, supone un elemento cada vez*

⁷³⁹ OPENIDEIAK [en línea]. [Fecha de consulta: 3 de mayo de 2012]. Disponible en Internet: <http://www.openideiak.com/pg/file/group:96114>

más relevante socialmente, lo que requiere una adecuada gestión pública de tal diversidad porque el ordenamiento jurídico vigente no dota a las instituciones públicas de instrumentos normativos suficientes para gestionar un buen número de cuestiones y demandas que surgen en la práctica social por la presencia de esta nueva realidad plural. Esta carencia de concreción normativa o de principios de gestión política se proyecta, entre otros elementos, sobre la cuestión de los centros o espacios de culto, que suponen en muchas ocasiones parámetros necesarios para el ejercicio adecuado del derecho a la libertad de religión en su vertiente externa o colectiva.

Su Art. 7 prevé que para el cumplimiento de los fines de la presente Ley, los nuevos planes de ordenación urbana elaborados por los Ayuntamientos del País Vasco deberán contemplar, en función de la disponibilidad de suelo existente, una reserva de espacios suficiente para ser utilizados como lugares de culto y asistencia religiosa, de acuerdo a las necesidades y demandas que en esta materia que existan en cada municipio.

Con esta regulación, la normativa autonómica sobre lugares de culto –al igual que sucedió con la observancia de los ritos funerarios musulmanes, en el marco de la policía sanitaria mortuoria de cada Comunidad Autónoma– ofrece notables diferencias entre unas regiones y otras, siendo una buena muestra de su falta de consecuencia. Si entonces destacaba la sensibilidad de Andalucía para autorizar los enterramientos musulmanes con sudario, sin ataúd; en este caso, la normativa andaluza se limita a mencionar simplemente que su planificación de la actividad urbanística no discriminará por razones religiosas. Mientras que, al

contrario, si la inhumación del cuerpo en un féretro resulta obligatoria en Cataluña –aunque no se respete las formalidades del rito musulmán para realizar un enterramiento digno, acorde con sus creencias– en este caso, sin embargo, esta es la única región que, por el momento, ha desarrollado una ley específica sobre centros religiosos.

Sin un adecuado marco de referencia de carácter nacional que establezca unas bases comunes en este ámbito, un desarrollo autonómico tan irregular y disperso supone, en la práctica, un ejercicio desigual de la libertad religiosa para los musulmanes, en función del lugar en el que éstos hayan fijado su residencia; esta dificultad, unida a la precariedad de estos espacios –que como tuvimos ocasión de señalar son el verdadero epicentro de cualquier comunidad musulmana– y a su escasa visibilidad, no ayudan a integrar el Islam en la sociedad.

5.2.d).4) El marco jurídico europeo:

A diferencia de la situación española, donde la normativa sobre el uso religioso del suelo ha estado condicionada por el secular arraigo de la Iglesia Católica; en el resto de Europa, la existencia de lugares de culto de diversas confesiones ha sido una constante desde hace siglos, como resultado de la evolución histórica del continente: la conquista de los Balcanes por el Imperio Otomano, las Guerras de Religión francesas del siglo XVI, el trasfondo de la Guerra de los 30 años, las Guerras Civiles inglesas, etc. Incluso la Reforma protestante también pluralizó las Iglesias –como ha escrito el profesor Giovanni Sartori⁷⁴⁰– para quien la

⁷⁴⁰ SARTORI, G. *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*. Madrid: Taurus, 2001, pp. 19 y 20.

experiencia puritana también resultó “importante para romper el nudo entre la esfera de Dios y la del César”.

Si a partir del siglo XVI fue surgiendo un nuevo orden regional que equilibró el poder entre los Estados europeos, evitó injerencias y fortaleció la autoridad civil frente a la religiosa, esa experiencia histórica ha dado lugar a la diversidad de modelos de relaciones Iglesia-Estado existentes en Europa donde nos encontramos ante una pluralidad de sistemas que reflejan –a su vez– una pluralidad de identidades y culturas nacionales, con países en los que perviven iglesias estatales o prevalentes (Grecia o Dinamarca), otros con iglesias jurídica y socialmente privilegiadas (España o Italia) y Estados que proclaman la laicidad al modo francés⁷⁴¹, como ha señalado el profesor Torres Gutiérrez, citando la obra del alemán Gerhard Robbers⁷⁴².

Hoy en día, el Art. 9 del Convenio Europeo nos proporciona “una adecuada garantía del derecho a la libertad de religión y de creencia, pero no pretende establecer criterios uniformes para las relaciones Iglesia-Estado en los países miembros del Consejo de Europa, ni, aún menos, imponer un forzoso secularismo”. Como ha señalado el profesor Navarro-Valls⁷⁴³, “el telón de fondo de este planteamiento es la convicción de que la actitud del Estado hacia la religión es una cuestión primordialmente política, y es el resultado, en gran medida, de la tradición histórica y de las circunstancias sociales de cada país”.

⁷⁴¹ TORRES GUTIÉRREZ, A. La libertad de pensamiento, conciencia y religión. En: GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (coord.) *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 571.

⁷⁴² ROBBERS, G. *Estado e Iglesia en la Unión Europea*. Madrid-Baden Baden: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense / Nomos Verlagsgesellschaft, 1996.

⁷⁴³ NAVARRO-VALLS, R. Neutralidad activa y laicidad positiva. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 2008, nº 18, p. 15.

En ese marco histórico, político y social, la actitud de cada Estado también mantiene una diversidad de criterios en relación con la apertura al culto de cualquier centro religioso del Islam; una situación que, desde mediados del siglo XX, se han convertido en el símbolo más visible de la paulatina integración de los musulmanes en la sociedad europea. En algunas ocasiones, la colaboración entre las comunidades musulmanas, los vecinos, otras religiones y los políticos ha permitido construir mezquitas con un amplio margen de consenso, como sucedió en Roubaix (Francia) o en Duisburgo (Alemania), basándose en el diálogo, la participación de todas las partes en grupos consultivos y mediante una planificación gestionada con transparencia; pero lo habitual es que la mera intención de abrir no ya una gran mezquita sino un pequeño oratorio suele estar envuelta en la polémica, como sucedió en Newham (Londres, Gran Bretaña), Colonia (Alemania), Poitiers (Francia), Copenhague (Dinamarca), Róterdam (Holanda), etc.

Con estos precedentes surgen muchas preguntas: ¿cómo se relaciona en Europa el ejercicio de la libertad religiosa con el urbanismo? ¿La apertura de un lugar de culto puede verse condicionada por la ordenación del territorio o la planificación de estos equipamientos? Aquella diversidad de modelos que señalábamos anteriormente en las relaciones Iglesia-Estado, también supone una pluralidad de respuestas a estos interrogantes, en función de cada nación.

1) Grecia: En la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo⁷⁴⁴, el *Caso Vergos contra Grecia*⁷⁴⁵ es, probablemente, uno de los más significativos que ha invocado el Art. 9 del Convenio de Roma por un conflicto relacionado con la construcción de un centro religioso; y, aunque no afecta específicamente a la comunidad musulmana, la resolución del TEDH sí que establece un vínculo entre la regulación del urbanismo y la libertad religiosa que nos muestra la línea que la Corte podría seguir en posteriores recursos⁷⁴⁶.

El demandante, Nikolaos Vergos, residía en una pequeña ciudad de menos de 2.000 habitantes, en la región griega de Macedonia, donde era miembro de una comunidad religiosa denominada “Cristianos Ortodoxos Verdaderos” (COV)⁷⁴⁷. El 28 de junio de 1991, solicitó una licencia para construir una Casa de Oración de 80 m², dentro de su propia finca de 400 m², pero las autoridades municipales le denegaron la autorización porque la planificación urbanística no preveía el uso religioso en aquel terreno; por ese motivo, el Sr. Vergos solicitó que se modificara el plan de ordenación urbana pero, en 1995, el Ayuntamiento rechazó llevar a cabo esa adaptación porque al tratarse del único creyente que profesaba esta religión en su localidad, no existía ninguna demanda social que justificara realizar dicho cambio y, por el contrario, autorizarle a

⁷⁴⁴ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. La jurisprudencia del TEDH sobre minorías religiosas. *Curso Pluralismo y libertad religiosa II*. Madrid: Colegio Libre de Eméritos, 2008, p. 5. Señala al respecto que: *Han abundado [en la jurisprudencia del TEDH] los conflictos en algunos Estados que habían tenido históricamente una situación de exclusividad, como Grecia, que a través de la red de disposiciones existentes y de la rutina establecida como práctica, dificultaba la instalación en el país de otras religiones, por muy antiguas que pudieran ser.*

⁷⁴⁵ TEDH. **Caso Vergos contra Grecia**, de 24 de junio de 2004 (nº 65501/01)

⁷⁴⁶ De hecho, el TEDH ya ha reiterado ese criterio en el **caso Mirolubovs y otros contra Letonia**, de 15 de septiembre de 2009 (nº 798/05, §90); y en el **caso Asociación de Testigos de Jehová contra Francia**, de 30 de junio de 2011 (nº 8916/05, § 63).

⁷⁴⁷ Al respecto, los COV se escindieron de la Iglesia Griega Ortodoxa en 1924 cuando esta jerarquía sustituyó el tradicional calendario juliano de fiestas religiosas por el nuevo gregoriano. El 23 de abril de 1975, el Parlamento heleno declaró que esta comunidad podía ejercer libremente sus cultos.

construir ese lugar de culto podría exacerbar los sentimientos de sus vecinos; máxime cuando, en la vecina localidad de Amyndaion, podía acudir a un templo de su comunidad.

Aun así, el demandante apeló la nueva negativa municipal y acabó recurriendo al Consejo de Estado heleno que, tras dilatar el proceso hasta julio de 2000, casi cinco años, terminó rechazando su recurso basándose en los mismos argumentos municipales: no existía necesidad social que justificara la modificación del plan de ordenación del municipio para que el demandante pudiera construir una Casa de Oración dentro de su finca.

En diciembre de 2000, Vergos demandó a su país ante la Corte de Estrasburgo y el TEDH lo resolvió en junio de 2004: “En esta sentencia” –como ha señalado el Defensor del Pueblo vasco⁷⁴⁸– “el Tribunal considera que, conforme al CEDH, los Estados pueden establecer en su derecho interno medidas legislativas neutras que limiten, de forma justificada y proporcional, la apertura de nuevos centros de culto basadas en el interés público de la ordenación del territorio. En esos términos la regulación sobre la apertura de nuevos centros religiosos puede estar sujeta a una ordenación urbanística que trate de garantizar el ejercicio de la libertad religiosa en conexión con otros intereses públicos a proteger. En todo caso, esa ordenación urbanística debe resultar en palabras del TEDH; neutra, justificada y proporcional”.

Teniendo en cuenta que el TEDH reconoce *un cierto margen de apreciación a los Estados miembros* (§ 35), la sentencia concluyó que *la medida enjuiciada* –la negativa de las autoridades griegas a modificar un

⁷⁴⁸ ARARTEKO [en línea]. [Fecha de consulta: 9 de mayo de 2012]. Disponible en Internet: http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/4_2723_3.pdf

plan de ordenación urbana para satisfacer la demanda del Sr. Vergos de construir en su propiedad una Casa de Oración ante la ausencia de una necesidad social— *estaba justificada en su principio y era proporcional al fin perseguido* (§ 42).

En esta ocasión, la Corte de Estrasburgo resolvió a favor de Grecia pero, ocho años antes, había condenado al Gobierno de Atenas en el caso Manoussakis⁷⁴⁹, por su discrecionalidad a la hora de conceder la licencia gubernativa previa que solo se exigía a los lugares de culto que no fuesen ortodoxos, a tenor del Art. 1 de la Ley 1363/1938 (modificada por la ley 1672/1939): *La construcción y funcionamiento de los templos de cualquier denominación estará sujeta a la autorización de la autoridad eclesiástica reconocida y del Ministerio de Educación y Asuntos Religiosos. Esta autorización se concederá en los términos y condiciones especificados por el Real Decreto que se adoptará a propuesta del Ministro de Educación y Asuntos Religiosos.*

El mencionado desarrollo reglamentario fue un Real Decreto de 20 de mayo y 2 de junio de 1939, donde se estableció que las confesiones religiosas que no fuesen ortodoxas debían solicitar por escrito su intención de abrir un lugar de culto —avalada por la firma autenticada de 50 familias— ante la autoridad eclesiástica (ortodoxa) local y contar con el visto bueno motivado de la policía del municipio; posteriormente, el Ministerio de Educación y Asuntos Religiosos podía aceptar o rechazar su construcción en función de su propio criterio. Si el lugar de culto se llegaba a abrir sin la preceptiva autorización administrativa, ese hecho era perseguible penalmente. En el caso del señor Titos Manoussakis y de

⁷⁴⁹ TEDH. **Caso Manoussakis contra Grecia**, de 26 de septiembre de 1996 (nº 18748/91)

otros tres ciudadanos griegos, fueron condenados por un Tribunal Penal de Heraclion (Creta) a la pena de tres meses de prisión cada uno que se les conmutó por una multa de 20.000 dracmas por persona; aun así, los cuatro demandantes recurrieron en casación y, finalmente, a Estrasburgo.

El TEDH (§ 45) manifestó que algunas de las numerosas condiciones formales previstas en la Ley de 1938 y en su Reglamento de 1939 otorgaban *un margen de apreciación muy amplio a las autoridades policiales, eclesiásticas y municipales* de la localidad que suponían una injerencia en el ejercicio de la libertad religiosa; y, en cambio, no establecían ningún límite al Ministerio, que *podía aplazar indefinidamente* su respuesta sin justificar cómo había evaluado la *necesidad real* para autorizar o no que una comunidad religiosa abriese un lugar de culto.

Con estos factores, ¿cuál es la situación actual de las mezquitas en Grecia? En el Anuario Musulmán de Europa, el profesor Konstantinos Tsitselikis⁷⁵⁰ señala que, oficialmente, los musulmanes cuentan con cerca de trescientas mezquitas ubicadas en la región de Tracia y otras tres en las islas de Kos y Rodas (lugares donde también se encuentran situados los únicos cementerios musulmanes griegos, en regiones próximas a Turquía, que conservan el Islam desde los tiempos de la ocupación otomana) aunque se calcula que también existen otras 80 mezquitas en las áreas metropolitanas de Atenas y Salónica.

Con motivo de los Juegos Olímpicos de 2004, el Art. 7 de la Ley 2833/2000 previó la construcción de una mezquita en Paiania, un barrio

⁷⁵⁰ NIELSEN, J.S., ALIBASIC, A. y MARÉCHAL, B. *Yearbook of Muslim in Europe*. Leiden: Brill, 2009, p. 155.

ateniense; y, seis años más tarde, el Gobierno aprobó una nueva Ley –la 3512/2006– específicamente para edificar una gran mezquita en Votanikos, en el centro de la capital helena, financiado por el Estado con un coste estimado de 20.000.000 de euros. El proyecto ha contado con el visto bueno de la Iglesia Ortodoxa pero ha generado una gran polémica en todo el país por la grave situación de bancarrota que atraviesa Grecia, con su economía intervenida por las autoridades de Bruselas.

2) Italia: en 1968, un Decreto⁷⁵¹ del Ministerio de Obras Públicas estableció que, tanto en las áreas residenciales como en los espacios públicos destinados a actividades comunitarias, debían reservarse 2 m² a ciertos equipamientos comunitarios entre los que se citaba, expresamente, a los de carácter religioso. Partiendo de esa base, a efectos legales, reciben esa calificación⁷⁵² aquellos inmuebles que se destinan al culto, aunque se hayan dividido en varios edificios; las viviendas del ministro de culto y de su personal de servicio; y, finalmente, los bienes inmuebles que se utilicen para desarrollar su ministerio pastoral, tal y como se cita en el Art. 4 de la ley regional de Calabria⁷⁵³.

Se cita la norma calabresa porque, de forma similar a lo que ocurre en España, el Art. 117 de la Constitución Italiana también atribuye la competencia en materia de urbanismo a las regiones; pero, a diferencia de las comunidades autónomas españolas, las administraciones regionales transalpinas sí que han dictado normas reguladoras sobre el

⁷⁵¹ Art. 3 del Decreto de 2 de abril de 1968, n° 1444.

⁷⁵² En italiano: *attrezzature di interesse comune di tipo religioso*.

⁷⁵³ Ley regional de 12 de abril de 1990, n° 21, sobre *Norme in materia di edilizia di culto e disciplina urbanistica dei servizi religiosi*. Tanto ésta como las demás leyes regionales italianas que se citan a continuación pueden consultarse en FEIR [en línea]. [Fecha de consulta: 6 de mayo de 2012]. Disponible en Internet: <http://feir.giuri.unibo.it>

uso religioso del suelo, aunque su desarrollo normativo obedezca a diversos criterios: algunas regiones han establecido un porcentaje que los municipios deben reservar a equipamientos religiosos; por ejemplo, el Art. 5.1 de la mencionada ley de Calabria regula que, tanto al redactar como al revisar sus planes de ordenación urbana, los municipios deben reservarles una dotación mínima e inderogable del 30 por 100; el mismo porcentaje que también se establece en Liguria, mientras que Lombardía lo reduce, al menos, al 25 por 100, pero teniendo en cuenta las necesidades de cada localidad y las demandas formuladas por las confesiones religiosas; y en los Abruzos se fijó el 20 por 100. En cambio, otras regiones han establecido una ratio mínima; es lo que sucede en el Véneto, donde se reserva 1,5 m² por cada 5.000 m² para iglesias y centros religiosos en las áreas de nueva expansión, o en Emilia-Romaña, donde su ley regional sobre *edilizia di culto* reserva para estos lugares de culto una ratio de 1,2 m² por cada 4 m² de equipamientos comunitarios.

En ese contexto legislativo, un dictamen del Comité para el Islam Italiano que analizó la situación de los *luoghi di culto islamici* –publicado por el Ministerio del Interior⁷⁵⁴ el 3 de marzo de 2011– partió del evidente reconocimiento de que *la libertad religiosa que garantiza la Constitución* [Art. 8] *comprende el derecho a disponer de lugares de culto* para ofrecer una visión de conjunto sobre la situación de los centros religiosos musulmanes en este país. En primer lugar, el dictamen menciona los estudios del profesor Stefano Allievi, según el cual, se calcula que en Italia hay 764 oratorios (la mayor parte de ellos, sencillos locales comerciales) y 3 mezquitas, con cúpula y minarete, situadas en

⁷⁵⁴ M. INTERNO [en línea]. [Fecha de consulta: 5 de mayo de 2012]. Disponible en Internet: http://www1.interno.it/mininterno/export/sites/default/it/assets/files/20/0457_Luoghi_di_culto_islamici_-_Parere_del_Comitato_per_l'Islam_Italiano.pdf

Roma, Catania y Milán⁷⁵⁵. En opinión de este sociólogo de la Universidad de Padua, exceptuando el caso particular de Sicilia, la mayoría de estos centros religiosos se ubican en las regiones septentrionales (Lombardía, Véneto y Emilia-Romaña) donde también se concentra el mayor número de inmigrantes que profesan esta religión. Y, en segundo lugar, el dictamen también cita la jurisprudencia de los *Tribunali Amministrativi Regionali* (TAR) que han dictado diversas sentencias resolviendo un problema que ha surgido en toda Italia sobre la exigencia de una correcta aplicación de la normativa que regula los lugares de culto, cuando algunas comunidades de musulmanes solicitaban una licencia a los ayuntamientos para abrir un centro cultural y, posteriormente, querían cambiar su uso por el de lugar de culto (algo habitual en Francia, como veremos a continuación). Los TAR consideraron que la concesión de una licencia para desarrollar una actividad asociativa era evidentemente inadecuada para llevar a cabo una función religiosa, porque el equipamiento no era el idóneo para concentrar a un elevado número de personas y que, para ese caso, los planes de ordenación urbana ya disponían de una categoría específica [*AR: Attrezzature religiose*].

Un último aspecto que merece la pena destacar en la normativa regional italiana sobre lugares de culto es la denominada *Devoluzione contributi urbanizzazione secondaria*. Continuando con el ejemplo de la Ley regional de Calabria, el Art. 7 prevé que, antes del 31 de marzo de cada año, los ayuntamientos deben donar a las autoridades religiosas competentes una tasa que no será inferior al 10 por 100 de los ingresos

⁷⁵⁵ ALLIEVI, S. *La Guerra delle moschee. L'Europa e la sfida del pluralismo religioso*. Padua: Marsilio, 2010, pp. 45-46.

que la administración local obtuvo por la concesión de permisos de obra durante la anualidad anterior; por su parte, las confesiones deberán entregar al ayuntamiento un informe detallado, antes del 31 de diciembre de cada ejercicio, especificando el destino de las cantidades que les fueron entregadas.

Curiosamente, mientras esta propuesta se desarrolla en las esferas regional y local, donde se reconoce la capacidad de las entidades locales para suscribir acuerdos de colaboración con las religiones ubicadas en sus términos (incluyendo a los musulmanes); en el ámbito nacional, como ya señalamos, los contribuyentes italianos pueden señalar en su declaración de la Renta [*Imposta sul Reddito delle Persone Fisiche* (IRPEF)] a qué fin quieren destinar su ocho por mil (*otto per mille*) previsto para intereses sociales o de carácter humanitario y para seis confesiones que no incluyen al Islam.

3) Francia: aunque la Ley de separación entre la Iglesia y el Estado, de 1905, relegó las creencias a la esfera privada porque –como decía esta norma– *la República no reconoce, ni paga ni subvenciona a ninguna religión*; el profesor Máiz⁷⁵⁶ ha señalado al respecto que “por debajo de los intentos secularizadores (...) el problema religioso ha inspirado toda una serie de compromisos de la República francesa con la religión católica que, pese a la declaración de Estado laico en la Constitución de 1958, han pervivido hasta nuestros días”; y, en especial, desde los años ochenta del s. XX, incidiendo en los “conflictos políticos relacionados

⁷⁵⁶ MÁIZ SUÁREZ, R. Nacionalismo e inmigración en Francia: La République une et indivisible y el affaire du foulard. *Revista de Estudios Políticos*, 2005, nº 129, p. 15.

con la inmigración” que han mostrado “todas las contradicciones del modelo francés”.

Aquella norma de 1905 supuso un punto de inflexión: desde entonces, los lugares de culto que ya se hubieran construido pasaron a ser propiedad del Estado francés y, por lo tanto, las administraciones públicas son responsables de su restauración y mantenimiento; en cambio, los centros religiosos que se edificaron a partir de 1905, dependen de los presupuestos de cada confesión y, por ejemplo, una diócesis católica puede vender un inmueble de su propiedad para destinar los fondos a construir una parroquia en otro lugar.

El principio de laicidad conlleva que no exista ninguna normativa específica que planifique la construcción de los equipamientos religiosos; a pesar de ello y aunque legalmente las administraciones francesas no pueden subvencionar la construcción de ningún lugar de culto, sí que existen algunas políticas públicas que promocionan, indirectamente, su construcción.

Por un lado, es posible abrir un centro cultural –como sucedía en Italia– que, de acuerdo con la Ley de Asociaciones de 1 de julio de 1901 puede utilizar fondos públicos, y que, posteriormente, aquel uso originario como espacio de reunión y convivencia sin ánimo de lucro se comparta con el de lugar de oración (fines habituales de cualquier mezquita); y, por otro lado, los municipios también pueden recurrir a la figura del *bail emphytéotique*⁷⁵⁷ (con origen en el Derecho Romano, de forma análoga al censo enfiteúutico previsto en los Arts. 1628 y siguientes

⁷⁵⁷ En Francia, se regula en los Arts. L 451-1 a L 451-12 del *Code rural et de la pêche maritime*, según la redacción dada por el Decreto 83-212, de 16 de marzo.

del Código Civil español) mediante el cual, un ayuntamiento, como el de Marsella, cedió suelo a la comunidad musulmana local (casi 9.000 m²) en julio de 2007, a cambio de abonar el laudemio (un canon de 3.000 euros al mes) para que levantasen una mezquita⁷⁵⁸ que se inauguró en 2011; cuando hayan transcurrido 99 años, el edificio pasará a formar parte del patrimonio municipal en el año 2110.

Pero, sin la ayuda económica de las administraciones públicas, ¿cómo se financia la construcción de esos centros religiosos? En Francia, como en el resto de Europa, si no hay una partida presupuestaria se recurre a alguna de las cuatro grandes vías posibles para lograr esa financiación: 1) Los recursos de la propia comunidad; 2) El dinero que aporte algún particular; 3) Las donaciones efectuadas por otras comunidades musulmanas que dispongan de mejores condiciones económicas; y 4) Las aportaciones que asignen Gobiernos de Estados con mayoría musulmana, como Marruecos o Arabia Saudí.

De cualquiera de estas formas, *los lugares de culto musulmán se han duplicado en veinte años*, tal y como se publicó⁷⁵⁹ en 2011, haciéndose eco de las estadísticas oficiales del Ministerio de Interior y de Asuntos Religiosos: en 1976, en Francia había 150 lugares de culto musulmán; en 1985, 900; en 2001, 1.555 y, en 2011, 2.052⁷⁶⁰; con una proporción de una mezquita (*mosquée*) por cada doscientos oratorios (*salles de prière*). Haciendo una previsión de futuro, el presidente del Consejo Francés del Culto Musulmán (CFCM), Mohammed Moussaoui,

⁷⁵⁸ MOSQUEE DE MARSEILLE [en línea]. [Fecha de consulta: 13 de mayo de 2012]. Disponible en Internet: http://lamosqueedemarseille.com/?page_id=18

⁷⁵⁹ *Le Figaro*, 30 de agosto de 2011.

⁷⁶⁰ El mismo diario comparaba los 2.052 lugares de culto musulmán abiertos en Francia con las 150 pagodas existentes, 280 sinagogas, 3.000 templos protestantes y 45.000 iglesias católicas.

estimó en aquel reportaje que será necesario llegar a los 3.000 centros religiosos para satisfacer las demandas de los creyentes porque, en este país, los musulmanes no se agrupan simplemente por su fe en el Islam sino por su origen étnico o nacional.

4) Reino Unido: desde que se abrieron al culto las primeras mezquitas británicas en Cathays (un distrito de Cardiff, Gales) en 1860 y en las localidades inglesas de Liverpool, en 1887, y Woking (Surrey), en 1889, el profesor Tahir Abbas⁷⁶¹ calcula que hoy en día existen alrededor de unos 2.000 lugares de culto islámico –unos 600 carecerían de autorización– que tuvieron su mayor desarrollo en los años 60, para satisfacer las necesidades de las diferentes comunidades musulmanas que fueron llegando a Gran Bretaña y contar –como sucedía en Francia– con centros religiosos propios en función de su origen nacional, étnico o lingüístico.

El marco legal británico⁷⁶² se remonta a una ley de mediados del siglo XIX, la *Places of Worship Registration Act* de 1855, donde, de forma genérica se mencionaba que todos los lugares de reunión para el culto religioso –cita a católicos, protestantes, judíos y a cualquier otra confesión– pueden ser certificados en el Registro Civil; y a otras dos leyes de finales del siglo XX: la *Town and Country Planning Act*, de 1990 –modificada en 1987, 1995 y 2005– y la *Charities Act*, de 1993.

⁷⁶¹ NIELSEN, J.S., ALIBASIC, A. y MARÉCHAL, B. *Yearbook of Muslim in Europe*. Leiden: Brill, 2009, p. 368.

⁷⁶² La normativa británica puede consultarse en la base de datos de: LEGISLATION UK [en línea]. [Fecha de consulta: 26 de mayo de 2012]. Disponible en Internet: www.legislation.gov.uk

Según la norma de 1990, las mezquitas son equipamientos de la clase D1 (*Non-residential institutions*) como las clínicas, museos, centros de día, bibliotecas, salas de exposiciones, iglesias u otros lugares de culto (*places of public worship or religious instruction*) y no permite cambiar este uso por otro. Si la comunidad musulmana de una determinada localidad británica quiere construir una mezquita, debe ponerse en contacto con las autoridades municipales y presentarles un proyecto; cada ayuntamiento decidirá si la propuesta se adapta a los usos previstos en sus planes urbanísticos.

En todo caso, la *Office of the Deputy Prime Minister* (ODPM) publicó en 2005 una guía práctica para las administraciones locales –la *Diversity and Equality in Planning*⁷⁶³– donde sugería (pág. 32) el camino a seguir: *las políticas de planeamiento que no tienen en cuenta las concentraciones espaciales de personas con características compartidas probablemente reflejan y perpetúan discriminaciones institucionales. Un ejemplo sería permanecer insensibles a la necesidad de la creciente población musulmana de disponer de lugares para construir más mezquitas cerca de sus hogares y puestos de trabajo.*

5) Otros países europeos:

- **Alemania:** el profesor Gerhard Robbers⁷⁶⁴, al que hemos citado anteriormente, fue el responsable de analizar la situación de las mezquitas alemanas en el Anuario Musulmán de Europa que se publicó en 2009. En su opinión, se calcula que en este país existen

⁷⁶³ COMMUNITIES [en línea]. [Fecha de consulta: 15 de mayo de 2012]. Disponible en Internet: <http://www.communities.gov.uk/publications/planningandbuilding/diversityequality>

⁷⁶⁴ NIELSEN, J.S., ALIBASIC, A. y MARÉCHAL, B. *Ob. cit.*, p. 144.

unos 2.600 oratorios y mezquitas y 120 madrasas. Las autoridades locales deben consultar a las distintas confesiones religiosas cuáles son sus necesidades a la hora de planificar el uso del suelo que, en todo caso, debe tener en cuenta estos equipamientos.

- **Bélgica:** las 333 mezquitas que se reparten entre Valonia, Flandes y Bruselas tienen una característica en común –como han reseñado los profesores Ural Manço y Meryem Kanmaz⁷⁶⁵– todas ellas han adoptado la forma jurídica de una ONG y se autofinancian. Desde 2005, las tres autoridades regionales belgas exigen que la comunidad musulmana esté formada por al menos 250 miembros para poder construir una mezquita; asimismo, Flandes y Bruselas exigen a los imanes la participación en un programa denominado *inburgering*⁷⁶⁶ sobre cultura belga que incluye clases de neerlandés.
- **Dinamarca:** tradicionalmente, el Gobierno danés también cede terrenos o edificios a las confesiones religiosas ajenas a la Iglesia Nacional Evangélica Luterana. El experto Brian Arly Jacobsen⁷⁶⁷ puso como ejemplo que, en 1981, el Estado alquiló un edificio al Honorable Comité Islámico de Dinamarca durante un periodo de 50 años para abrir al culto la polémica Mezquita Central de Copenhague, a cambio de una renta simbólica anual de 1.000 coronas (unos 135 euros). Junto a la capital, también hay mezquitas en Odense y Aarhus y un centenar de oratorios repartidos por todo el país.

⁷⁶⁵ NIELSEN, J.S., ALIBASIC, A. y MARÉCHAL, B. *Ob. cit.*, p. 41.

⁷⁶⁶ INBURGERING [en línea]. [Fecha de consulta: 16 de mayo de 2012]. Disponible en Internet: <http://www.inburgering.be/inburgering/es?lang=es>

⁷⁶⁷ NIELSEN, J.S., ALIBASIC, A. y MARÉCHAL, B. *Ob. cit.*, p. 103.

- **Holanda:** el investigador Martijn de Koning⁷⁶⁸ señala que aunque el marco legislativo que regula la apertura de mezquitas es competencia estatal, en la práctica, la llevan a efecto las autoridades municipales, lo que provoca grandes diferencias entre unas localidades y otras y se traduce en que, mientras algunos ayuntamientos financian el desarrollo de actividades sociales y culturales en estos lugares de culto, otros no aportan ningún fondo público. En general, se calcula que existen más de 450 mezquitas, la mayor parte de ellas adscritas a las comunidades turcas y marroquíes y, en menor medida, a musulmanes de origen surinamés.
- **Portugal** dispone de cuatro mezquitas⁷⁶⁹ (Lisboa, Odivelas, Laranjeiro y Coimbra), que se construyeron sobre terrenos cedidos por sus respectivos ayuntamientos, y cerca de treinta y tres oratorios (*sala o lugar de culto*). El Art. 23.b) de su Ley de Libertad Religiosa⁷⁷⁰ regula que las comunidades religiosas son libres para poder *estabelecer lugares de culto ou de reunião para fins religiosos*; a continuación, el Art. 28 desarrolla su derecho de *audiencia* en los instrumentos de *planeamento territorial*; es decir, las comunidades religiosas que estén inscritas y tengan *presencia social organizada* en un determinado *área*, tienen derecho a ser oídas en lo que se refiere a aquellas decisiones relativas a espacios afectados por usos religiosos. Finalmente, el Art. 28.2 especifica que *Os planos municipais de ordenamento do território e demais*

⁷⁶⁸ NIELSEN, J.S., ALIBASIC, A. y MARÉCHAL, B. *Ob. cit.*, p. 248.

⁷⁶⁹ COMUNIDADE ISLAMICA [en línea]. [Fecha de consulta: 16 de mayo de 2012]. Disponible en Internet: http://www.comunidadeislamica.pt/02b2.php?nivel_1=2&nivel_2=22&nivel_3=222

⁷⁷⁰ Ley 16/2001, de 22 de junio.

instrumentos de planeamento territorial devem prever a afectação de espaços a fins religiosos.

5.2.d).5) Recapitulación:

La recomendación nº 5 de la ECRI⁷⁷¹ pidió a los Estados miembros del Consejo de Europa que adoptasen *las medidas necesarias para asegurar que se garantice plenamente la libertad de religión*, especialmente, a la hora de eliminar *todo obstáculo legal o administrativo innecesario para la construcción de un número suficiente y apropiado de lugares de culto que permitan la práctica del Islam*; en ese mismo sentido, el Art. III de la Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad (de 18 de mayo de 2000) también proclamó que, para incrementar la conciencia política de todos sus habitantes, las ciudades firmantes de la Carta debían asumir el compromiso de que sus *autoridades municipales* garantizaran *la libertad de conciencia y de religión individual y colectiva (...)* y que, *dentro de los límites de su legislación nacional*, llevaran a cabo *todo lo necesario para asegurar dicho derecho velando por evitar la creación de guetos y favoreciendo la tolerancia mutua entre creyentes y no creyentes, así como entre las distintas religiones.*

Asimismo, entre las medidas previstas por el Dictamen del Comité de las Regiones sobre *Política de la vivienda y política regional*⁷⁷², la número 2.5 estableció *la importancia de que las zonas residenciales reflejen la cultura de las comunidades que viven en ellas. Los edificios*

⁷⁷¹ *European Commission against Racism and Intolerance* (Estrasburgo, Francia; 16 de marzo de 2000).

⁷⁷² 2007/C 146/02, de 14 de febrero.

emblemáticos locales como (...) los lugares de culto religioso (...) son importantes para consolidar las comunidades.

En ese punto es donde las políticas públicas de ordenación del territorio y de urbanismo deben tener en cuenta las necesidades de aquellas personas que comparten una misma religión, de modo que todas las Administraciones –pero especialmente las locales– se muestren sensibles al derecho de los musulmanes a disponer de lugares de culto y eviten discriminaciones que, al final, acaban fomentando la precariedad y clandestinidad de estos centros religiosos.

De ahí que se hable de la idea de *aconfesionalidad o laicidad positiva* –como ha reiterado la jurisprudencia⁷⁷³ del Tribunal Constitucional español– para que que, en el marco del derecho a la libertad religiosa, se exija a los poderes públicos *una actitud positiva, desde una perspectiva que pudiéramos llamar asistencial o prestacional*. En el caso español, esa neutralidad religiosa del Estado (Art. 16.3 CE) debe complementarse con dos mandatos a los poderes públicos: tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantener relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones. Una “actitud positiva de la noción de laicidad” que el profesor Navarro-Valls⁷⁷⁴ también ha encontrado en Italia (sentencia de la Corte Constitucional 203/1989) y Alemania (auto del Tribunal Constitucional Federal 2780/06, de 15 de marzo de 2007) y que, ampliando el objetivo, podríamos incluirlo –en último término– dentro del concepto más genérico del Derecho a la buena administración

⁷⁷³ SSTC 46/2001, de 15 de marzo (FJ 4º); 154/2002, de 18 de julio (FJ 6º) y 128/2007, de 6 de julio (antecedente 6º).

⁷⁷⁴ NAVARRO-VALLS, R. *Ob. cit.* pp. 12-13.

establecido en el Art. 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

CAPÍTULO V

LAS DIFERENCIAS EN LOS VALORES COMUNES (III)

6. LA EXISTENCIA DE OTROS CONFLICTOS

Aunque no es objeto de esta investigación analizar todos los problemas relacionados con el Islam en el marco de la sociedad democrática europea, dar prioridad a ocho supuestos no significa desconocer la existencia de algunos otros conflictos que también conviene tener presentes, aunque sea de forma mucho más breve, para obtener una visión más completa que nos muestre parte de las líneas maestras por las que discurrirá este trabajo en un desarrollo posterior.

6.1) El discurso del odio como límite a la libertad de expresión:

“La libertad religiosa y la libertad de expresión son dos importantes derechos que –como han indicado los profesores Relaño y Garay⁷⁷⁵– poseen una compleja interrelación”.

La jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo ha reiterado que el ejercicio de la libertad religiosa también conlleva tener que asumir posibles críticas, (...) *tolerar y aceptar que otros nieguen las creencias religiosas e incluso que se propaguen doctrinas hostiles a su fe*⁷⁷⁶; ese ejercicio de expresión hay que plantearlo libremente pero dentro de un contexto más amplio en el que *la tolerancia y el respeto por la dignidad de todos los seres humanos constituye el fundamento de una sociedad democrática y pluralista*⁷⁷⁷.

⁷⁷⁵ RELAÑO, E y GARAY, A. La apuesta equivocada del TEDH. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2005, nº 6, p. 215.

⁷⁷⁶ TEDH. **Caso Otto Preminger Institut contra Austria**, de 20 de septiembre de 1994 (nº 13470/87, § 47).

⁷⁷⁷ TEDH. **Caso Gündüz contra Turquía**, de 4 de diciembre de 2003 (nº 35071/97, § 40).

Este planteamiento es el mismo que defendió el informe de la *Comisión Europea para la Democracia por el Derecho*⁷⁷⁸, en 2007, al indicar que *en una sociedad democrática, los grupos religiosos deben, al igual que otros grupos, tolerar la crítica en las declaraciones y el debate público sobre sus actividades, sus enseñanzas y creencias, siempre que estas críticas no constituyan insultos deliberados y gratuitos o un discurso del odio, ni una incitación a la perturbación del orden público o a la violencia y discriminación contra los fieles de una religión.*

Mientras no se superen esos límites⁷⁷⁹, la libertad de expresión también ampara las críticas y las declaraciones que a ciertos sectores de la sociedad pudieran resultarles polémicas, impopulares, satíricas e incluso ofensivas y rechazables, porque todas esas opiniones forman parte del debate público de un Estado democrático.

Así lo entendió el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto del discurso que pronunció el político Tahir Han durante el congreso anual de su partido (HADEP) en junio de 1994, que el Gobierno de Ankara –tan susceptible con la cuestión kurda– calificó como *propaganda contra la indivisible unidad de Turquía*; sin embargo, la Corte de Estrasburgo decidió en 2005 que este país había violado el derecho del político a expresarse libremente porque su discurso no fomentaba *la violencia, ni la resistencia armada o la insurrección*⁷⁸⁰.

⁷⁷⁸ La llamada *Comisión de Venecia* es un órgano consultivo del Consejo de Europa, creado en 1990, para difundir el patrimonio constitucional europeo.

⁷⁷⁹ TEDH. **Caso Soulas contra Francia**, de 10 de julio de 2008 (nº 15948/03) es un buen ejemplo de la superación de esos límites; se refiere al libro “La colonisation de l’Europe”, escrito por el periodista Gilles Soulas. El Tribunal de Gran Instancia de París lo multó el 14 de diciembre de 2000 porque consideró que el contenido de algunos capítulos de su obra incitaba al odio y a la discriminación por el origen racial de los inmigrantes musulmanes del Magreb. La Corte de Estrasburgo avaló la decisión judicial francesa.

⁷⁸⁰ TEDH. **Caso Han contra Turquía**, de 13 de septiembre de 2005 (nº 50997/99, § 32).

Posteriormente, en el caso *Otegi Mondragon contra España*⁷⁸¹, este Tribunal tuvo que pronunciarse sobre unas declaraciones efectuadas por el portavoz del grupo parlamentario de la izquierda independentista vasca, *Sozialista Abertzaleak*, en 2003, en las que se refirió al rey Juan Carlos I como *el jefe máximo del ejército español, es decir, el responsable de torturadores y que ampara la tortura e impone su régimen monárquico a nuestro pueblo mediante la tortura y la violencia*. La Corte de Estrasburgo consideró que *aunque algunos de los términos del discurso del demandante pintan uno de los cuadros más negativos del Rey como institución, adquiriendo de este modo una connotación hostil, no exhortan al uso de la violencia ni se trata de un discurso del odio, lo que a juicio del Tribunal es el elemento esencial a considerar*. Asimismo, añadió que la imposición de una pena de prisión por una infracción cometida en el ámbito del discurso político solo es compatible con la libertad de expresión garantizada por el Art. 10 del Convenio en circunstancias excepcionales, especialmente cuando se han lesionado gravemente otros derechos fundamentales, como en el supuesto, por ejemplo, de que se difunda un discurso del odio o de incitación a la violencia⁷⁸².

En estos dos asuntos, del político kurdo y el portavoz independentista vasco, la jurisprudencia de Estrasburgo ha considerado que la libertad de expresión⁷⁸³ se sobrepasa cuando se excede yendo más allá de la crítica aceptable y plantea un discurso del odio.

⁷⁸¹ TEDH. **Caso Otegi Mondragon contra España**, de 15 de marzo de 2011 (nº 2034/07, § 50, 51, 54 y 59).

⁷⁸² TEDH. **Caso Bingöl contra Turquía**, de 22 de junio de 2010 (nº 36141/04, § 41).

⁷⁸³ TEDH. **Caso Marônek contra Eslovaquia**, de 19 de abril de 2001 (nº 32686/96, § 52). La Corte de Estrasburgo señaló que, de acuerdo con su jurisprudencia, “la libertad de expresión no sólo engloba las informaciones o ideas consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también aquellas hirientes,

El politólogo indio Bhikhu Parekh⁷⁸⁴ ha identificado cuáles son los tres elementos que, en su opinión, definen ese discurso del odio o *hate speech*:

1. Se dirige contra un determinado grupo de personas, delimitándolo de forma precisa (musulmanes, judíos, gitanos, indigentes, etc.).
2. Fijado el objetivo del discurso, el sujeto estigmatiza a dicho colectivo asignándole algunos estereotipos indignos (son criminales, malvados, avaros, ladrones, sucios, etc.) y
3. Finalmente, se considera que –por todas esas características– dicho grupo no puede integrarse en la sociedad con normalidad, de modo que se les aísla y menosprecia, tratándolos con aversión y hostilidad.

En el marco del Consejo de Europa, la recomendación 97/20, de 30 de octubre de 1997, consideró que *cualquier forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia es discurso del odio*. Diez años más tarde, una nueva recomendación del Consejo⁷⁸⁵ lo volvió a definir como aquellas *manifestaciones en las que se pide que una persona o grupo de personas sean objeto de odio, discriminación o violencia por motivo de su religión o cualquier otro;*

chocantes o inquietantes”. Criterio que ha reiterado en la más reciente sentencia del **caso Aksu contra Turquía**, de 15 de marzo de 2012 (nº 4149/04, § 64).

⁷⁸⁴ PAREKH, B. *Repensando el multiculturalismo. Diversidad cultural y teoría política*. Madrid: Istmo, 2005, pp. 433 y ss.

⁷⁸⁵ Recomendación 2007/1805, de 29 de junio de 2007, sobre blasfemia, insultos religiosos y discurso del odio contra personas por razón de su religión. ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA [en línea]. [Fecha de consulta: 11 de agosto de 2011]. Disponible en Internet: assembly.coe.int

estableciendo que *incumbe a cada Estado determinar qué se considera una infracción penal, según los límites impuestos por la jurisprudencia del TEDH.*

Ese amplio margen de apreciación que la Corte europea deja a cada país –tal y como señaló en los asuntos *Otto-Preminger-Institut contra Austria* o *Wingrove contra Reino Unido*⁷⁸⁶– significa que *a la hora de regular la libertad de expresión relacionada con hechos que pueden ofender las íntimas convicciones personales dentro de la esfera de la moral o, especialmente, la religión, nadie mantiene un contacto tan directo y continuo con la realidad de un Estado como sus propias autoridades nacionales, mejor que el juez internacional.*

Ante la falta de un consenso europeo, debe ser cada Estado el que se pronuncie sobre los requisitos necesarios para proteger aquellos sentimientos y convicciones más profundas que se hayan visto seriamente ofendidos, teniendo en cuenta que una sociedad democrática solo debe sancionar y prevenir *todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio fundado en la intolerancia, incluida la religiosa; a condición de que las “formalidades”, “condiciones”, “restricciones” o “sanciones” impuestas sean proporcionadas a la finalidad legítima perseguida*⁷⁸⁷.

En ese contexto, los informes elaborados por la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho consideran que *en el marco de las legislaciones nacionales, no hay un concepto de “hate speech”*

⁷⁸⁶ TEDH. **Casos Otto-Preminger-Institut contra Austria**, de 20 de septiembre de 2004 (nº 13470/87, § 56) y **Wingrove contra Reino Unido**, de 25 de noviembre de 1996 (nº 17419/90, § 58).

⁷⁸⁷ Al respecto, véanse las SSTEDH: **Casos Jersild contra Dinamarca**, de 23 de septiembre de 1994 (nº 15890/89, § 35); **Sürek contra Turquía** (nº 1), de 8 de julio de 1999 (nº 26682/95, § 62); **Garaudy contra Francia**, de 24 de junio de 2003 (nº 65831/01); **Norwood contra Reino Unido**, de 16 de noviembre de 2004 (nº 23131/03) o **Balsytė-Lideikiene contra Lituania**, de 4 de noviembre de 2008 (nº 72596/01, § 44).

universalmente aceptado –ni de blasfemia o de insulto religioso, se podría añadir– *a pesar de que la mayor parte de los países del Consejo de Europa han adoptado normas que prohíben las expresiones calificables como “incitadoras al odio”,* como ha señalado la profesora Pérez-Madrid⁷⁸⁸.

El informe de la Comisión de Venecia sobre relación entre las libertades de expresión y de religión⁷⁸⁹, de 2008, analizó el Derecho comparado europeo y, entre otras conclusiones, afirmó que:

- Aunque la blasfemia continúa siendo delito en algunos países (Austria, Dinamarca, Finlandia, Grecia, Italia, Liechtenstein, Países Bajos y San Marino), no suele perseguirse penalmente.
- El insulto religioso se tipifica en la mitad de los países miembros: Andorra, Chipre, Croacia, Dinamarca, España, Finlandia, Alemania, Grecia, Islandia, Italia, Lituania, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, Rusia, Eslovaquia, Turquía y Ucrania.
- El negacionismo –entendido como la negación pública del genocidio racial– sólo es delito en Austria, Bélgica, Francia y Suiza. En otros países, como Alemania, ciertas conductas negacionistas sí que se pueden subsumir en la definición del delito de incitación al odio.

⁷⁸⁸ PÉREZ-MADRID, F. Incitación al odio religioso o “hate speech” y libertad de expresión. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*. Madrid: Iustel, 2009, nº 19, p. 11.

⁷⁸⁹ *European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Report on the relationship between freedom of expression and freedom of religion: the issue of regulation and prosecution of blasphemy, religious insult and incitement to religious hatred*, 17 y 18 de octubre de 2008, Documento nº CDL-AD 026. VENICE COMMISSION [en línea]. [Fecha de consulta: 18 de agosto de 2011]. Disponible en Internet: [http://www.venice.coe.int/docs/2008/CDL-AD\(2008\)026-e.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2008/CDL-AD(2008)026-e.pdf)

- Y, finalmente, el mencionado delito de la incitación al odio está presente y se persigue en todos los países del Consejo de Europa, excepto en Andorra y San Marino.

En el caso español, la sanción y prevención del discurso del odio se enmarca en los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas; en concreto, en el Art. 510 del Código Penal⁷⁹⁰; a continuación, en la sección segunda que regula los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos, el Art. 525 establece: *1. Incurrirán en la pena de multa de ocho a doce meses los que, para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa, hagan públicamente, de palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento, escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias, o vejen, también públicamente, a quienes los profesan o practican. 2. En las mismas penas incurrirán los que hagan públicamente escarnio, de palabra o por escrito, de quienes no profesan religión o creencia alguna.*

Para concluir, el criterio de la jurisprudencia española sobre el discurso del odio no lo relaciona tanto con la libertad religiosa –como sucede en otros países del *Viejo Continente*– sino con el enaltecimiento terrorista, desacreditando, menospreciando y humillando a sus víctimas; por ese motivo, el segundo fundamento de la sentencia 5176/2011, de 21

⁷⁹⁰ Art. 510 CP: *1. Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. 2. Serán castigados con la misma pena los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía.*

de julio, del Tribunal Constitucional definió este discurso como *la alabanza o justificación de acciones terroristas, que no cabe incluirlo dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de exposición o ideológica en la medida que el terrorismo constituye la más grave vulneración de los Derechos Humanos de aquella Comunidad que lo sufre, porque el discurso del terrorismo se basa en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y en definitiva en el aterrorizamiento [sic] colectivo como medio de conseguir esas finalidades*; señalando que *el bien jurídico protegido y el fundamento de este tipo, estaría en la interdicción de lo que las SSTEDH de 8 de julio de 1999, Sürek vs Turquía, 4 de diciembre de 2003, Müslüm vs Turquía –y también nuestro Tribunal Constitucional STC 235/2007 de 7 de noviembre– califican como el discurso del odio*⁷⁹¹.

6.2) Las caricaturas de Mahoma: evitar las ofensas gratuitas y aceptar las doctrinas hostiles.

La jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo ha reiterado que la libertad de expresión no se aplica tan solo a libros, periódicos, revistas u otras publicaciones similares sino también –sin ánimo exhaustivo– a discursos⁷⁹², folletos⁷⁹³, octavillas⁷⁹⁴, conferencias o ruedas de prensa⁷⁹⁵,

⁷⁹¹ Las mismas referencias que aparecen en algunas recientes sentencias del Tribunal Supremo sobre enaltecimiento del terrorismo [SSTS 5176/2011, de 21 de julio (FJ 1º y 2º); 4309/2011, de 30 de mayo (FJ 3º); 3338/2011, de 25 de abril (FdD 11º) y la 1418/2010, de 3 de marzo (FdD 3º)]; ideas genocidas [STS 3386/2011, de 12 de abril (FJ 1º)] o una asociación que *promovía o incitaba a la discriminación, el odio o la violencia* [STS 3380/2011, de 10 de mayo (FdD 17º)].

⁷⁹² TEDH. **Caso Karkin contra Turquía**, de 23 de septiembre de 2003 (nº 43928/98, §§ 10 y 34).

⁷⁹³ TEDH. **Caso Baran contra Turquía**, de 10 de noviembre de 2004 (nº 48988/99, §§ 29 a 34).

⁷⁹⁴ TEDH. **Caso Özer contra Turquía**, de 5 de mayo de 2009 (nº 35721/04 y 3832/05, §§ 6 y 43).

⁷⁹⁵ TEDH. **Caso Çetinkaya contra Turquía**, de 27 de junio de 2006 (nº 75569/01, § 28).

anuncios publicitarios⁷⁹⁶, propaganda⁷⁹⁷, eslóganes⁷⁹⁸ y caricaturas⁷⁹⁹, que también se encuentran dentro del alcance de la protección de los Arts. 10 de la Convención y 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales, que comprenden la libertad de opinar y la de recibir o comunicar informaciones e ideas sin injerencias de las autoridades públicas.

En 2006, mientras el mundo asistía al recrudecimiento de la crisis por la publicación de las viñetas de Mahoma⁸⁰⁰, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvió el significativo caso Aydin Tatlav contra Turquía⁸⁰¹, planteándose de nuevo el delicado equilibrio existente entre la libertad de expresión y la libertad religiosa.

En noviembre de 1992, el periodista y escritor turco Erdogan Aydin Tatlav publicó su libro *El Corán y la religión*. Se trataba del primer tomo de una serie de cinco volúmenes titulada *La realidad del Islam* que, cuatro años más tarde, alcanzó su quinta edición tras haber lanzado al mercado 16.500 ejemplares de su estudio histórico y crítico del texto sagrado de los musulmanes, donde afirmaba que la divinidad fue creada por la conciencia de los analfabetos, que Mahoma adoptaba tan pronto una actitud tolerante como ordenaba la *yihad* o que el Islam era una religión primitiva.

⁷⁹⁶ TEDH. **Caso Casado Coca contra España**, de 24 de febrero de 1994 (nº 15450/89, § 50).

⁷⁹⁷ TEDH. **Caso Hünkar Demirel contra Turquía**, de 14 de junio de 2007 (nº 10365/03, §§ 5, 6 y 9).

⁷⁹⁸ TEDH. **Caso Savgin contra Turquía**, de 2 de febrero de 2010 (nº 13304/03, § 32).

⁷⁹⁹ TEDH. **Caso Cumpana y Mazare contra Rumanía**, de 17 de diciembre de 2004 (nº 33348/96, § 22).

⁸⁰⁰ La grave controversia internacional alcanzó su punto álgido en 2006 aunque el conflicto surgió el 17 de septiembre de 2005, cuando el diario danés *Politiken* publicó un artículo sobre las dificultades que tenía el escritor Kare Bluitgen para encontrar dibujantes dispuestos a ilustrar su libro sobre la vida de Mahoma y el día 30 de aquel mismo mes, aparecieron las famosas 12 caricaturas (algunas del profeta, el resto eran satíricas sobre el Islam en general) que diversos ilustradores realizaron en otro periódico de Dinamarca, el *Jyllands Posten*, para criticar la autocensura que limitaba su libertad de expresión. Uno de aquellos dibujantes, Kart Westergaard, sufrió un intento de asesinato en su propio domicilio en 2010 (sus agresores fueron condenados a 3 y 7 años de prisión, en enero de 2012).

⁸⁰¹ TEDH. **Caso Aydin Tatlav contra Turquía**, de 2 de mayo de 2006 (nº 50692/99, §§ 23 y 26 a 28).

Uno de sus lectores se sintió ofendido por aquel modo de abordar las escrituras islámicas y denunció al periodista ante el Ministerio Fiscal que lo inculpó, el 9 de junio de 1997, por haber escrito *una obra destinada a profanar una de las religiones*, de acuerdo con el delito tipificado en el Art. 175.3º del Código Penal turco.

El autor alegó que su libro debía leerse como un tratado científico sobre las religiones y los profetas y que no pretendía criticar a ninguna creencia sino a la política religiosa, pero el 19 de enero de 1998 fue juzgado y condenado a pagar una multa de 840.000 liras así como a 12 meses de reclusión; pena de prisión que, finalmente, le fue conmutada por otra multa mayor.

Al agotar la vía judicial interna, cuando el Tribunal de Casación turco confirmó la condena, Aydin recurrió su decisión ante el TEDH por violación de su libertad de expresión.

La sentencia de la Corte europea recordó –como mencionamos anteriormente– que *aquellos que opten por ejercer la libertad de manifestar su religión, (...) no pueden esperar librarse de toda crítica. Deben tolerar y aceptar que otros nieguen sus creencias religiosas e incluso que propaguen doctrinas hostiles a su fe*⁸⁰²; lo cual no exime, sin embargo, *de la obligación de evitar expresiones gratuitamente ofensivas y profanadoras para los demás*.

La cuestión de fondo que debatió el Tribunal fue ponderar el conflicto de intereses surgido en el ejercicio de dos libertades fundamentales: en primer lugar, el derecho del demandante a comunicar públicamente su propio punto de vista sobre la doctrina religiosa y, en

⁸⁰² TEDH. **Caso Otto Preminger Institut contra Austria**, de 20 de septiembre de 1994 (nº 13470/87, § 47).

segundo lugar, el derecho de otras personas a que se respete su libertad de pensamiento, conciencia y religión.

Partiendo de su habitual concepción de que sin pluralismo, tolerancia y espíritu de apertura no existe una sociedad democrática⁸⁰³, la Corte observó que aunque el libro vertía duras opiniones⁸⁰⁴, el autor las formulaba desde el punto de vista crítico de un no creyente que habla de la religión bajo un prisma sociopolítico; pero no observó en sus palabras ningún tono insultante contra los creyentes, ni un ataque injurioso a los símbolos sagrados –especialmente, de los musulmanes– a pesar de que, en efecto, un lector pudiera sentirse ofendido por sus comentarios, un tanto cáusticos, sobre la religión.

Asimismo, el Tribunal consideró que la condena penal que se le había impuesto al demandante podía provocar el efecto de disuadir a otros autores y editores de publicar cualquier otra opinión sobre cuestiones religiosas que no fuera conformista, lo que constituía un obstáculo a la protección del pluralismo, indispensable para el sano desarrollo de una sociedad democrática. Por todo ello, la Corte de Estrasburgo reconoció que Turquía había violado la libertad de expresión del periodista y su derecho a un proceso justo⁸⁰⁵.

Ese mismo año, el TEDH retomó el debate sobre la crítica injuriosa a las religiones en otras dos sentencias que protegían la libertad

⁸⁰³ Tal y como ha reiterado la jurisprudencia del TEDH desde el caso **Handyside contra Reino Unido**, de 7 de diciembre de 1976 (nº 5493/72, § 49).

⁸⁰⁴ El autor afirmaba, por ejemplo, que los castigos que imponía el Islam eran crueles por su propia falta de confianza; o que el Corán estaba formado por comentarios llenos de repeticiones monótonas, desprovistos de toda profundidad, más primitivos que la mayoría de los libros más antiguos escritos por el ser humano.

⁸⁰⁵ En sentido contrario, la Corte consideró justa la sanción que Francia le impuso al diseñador Denis LeRoy por haber realizado una caricatura del atentado de las Torres Gemelas de Nueva York que se consideró apología del terrorismo, al decir *NOUS EN AVIONS TOUS RÊVÉ ... LE HAMAS L'A FAIT* parafraseando un anuncio de la marca Sony. TEDH. **Caso Leroy contra Francia**, de 2 de octubre de 2008 (nº 36109/03).

de expresión cuando entraba en conflicto con la libertad religiosa: por un lado, el caso *Giniewski contra Francia*⁸⁰⁶ (el demandante publicó en un periódico su opinión sobre una encíclica del Papa Juan Pablo II y sus posibles vínculos con los orígenes del Holocausto que molestó a ciertos sectores católicos franceses; la Corte reconoció que existía una crítica a la posición del Santo Padre pero que el análisis del señor Giniewski no se podía hacer extensivo a toda la Cristiandad sino que contribuía a un debate que permanecía abierto a la discusión mediante una opinión que no recurrió a la ofensa gratuita ni al insulto y que tampoco incitaba al odio); y, por otro lado, el asunto *Güzel contra Turquía*⁸⁰⁷ (aunque las autoridades turcas consideraron que el discurso de este diputado sí que recurría a esa incitación al afirmar que *los profesores que rechazan el acceso a las aulas de las estudiantes por razón de su velo son reaccionarios*; la Corte, en cambio, no estimó que su lenguaje resultase ofensivo ni que incitara al odio o a la hostilidad basándose en una distinción fundada en la pertenencia a una determinada religión).

Estas tres resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dictadas en 2006, son un buen ejemplo de que nuestra sociedad dispone de mecanismos judiciales efectivos y adecuados para resolver los conflictos que pueden enfrentar a la libertad de expresión con la libertad religiosa, sin necesidad de llegar al grado de confrontación que aquel año provocaron las viñetas de Mahoma, cuando la furia de la multitud destruyó varias legaciones diplomáticas de Noruega y Dinamarca en Oriente Medio y se produjeron violentos disturbios en

⁸⁰⁶ TEDH. *Caso Giniewski contra Francia*, de 31 de enero de 2006 (nº 64016/00, § 52).

⁸⁰⁷ TEDH. *Caso Güzel contra Turquía*, nº 2, de 27 de agosto de 2006 (nº 65849/01, §§ 8 y 27).

diversos países musulmanes de África y Asia que terminaron ocasionando la pérdida de varias vidas humanas.

Mientras tanto, la tibia y dispar actitud de los dirigentes europeos no fue capaz de ofrecer una respuesta única y contundente en defensa de la libertad de expresión para no incomodar ni inquietar más los ánimos con el Islam, transmitiendo la sensación de que cualquier crítica a esta religión “se ha convertido como mínimo (...) en un tema tabú”⁸⁰⁸; situación que otros autores no dudaron en considerar de *sumisión* disfrazada de “concesión” porque “los musulmanes no se manifestaron diciendo que las viñetas eran un mensaje degradante, no exigían respeto o un trato justo sino una advertencia de que los no musulmanes quebrantaban los tabúes del islam por su cuenta y riesgo”⁸⁰⁹.

Como ha señalado la filósofa Rodríguez Magda⁸¹⁰: “la publicación de las citadas viñetas fue un asunto de dudoso gusto y cierta irresponsabilidad, pero que no hubiera debido tener mayor repercusión que la manifestación de repulsa por parte de la comunidad musulmana danesa y una rutinaria disculpa de la publicación, o en todo caso, si ésta no se hubiera producido, la interposición de una demanda, que debería haber sido resuelta como un asunto menor por los estamentos judiciales correspondientes”.

Las organizaciones paraguas de los musulmanes noruegos y daneses deberían haber recurrido a los tribunales –donde se dirimen pacíficamente las controversias en una sociedad democrática– para defenderse si consideraban que aquellas caricaturas incitaban al odio o si

⁸⁰⁸ AGUILERA BARCHET, B. *Iniciación histórica al Derecho Musulmán*. Madrid: Dykinson, 2007, p. 25.

⁸⁰⁹ CALDWELL, C. *La revolución europea. Cómo el Islam ha cambiado el Viejo Continente*. Barcelona: Debate, 2010, p. 208.

⁸¹⁰ RODRÍGUEZ MAGDA, R.M. *La España convertida al Islam*. Barcelona: Áltera, 2006, p. 147.

excedían los límites de la libertad de expresión ofendiendo gratuitamente al Islam; tal y como ocurrió en España, en dos ocasiones, durante aquel mismo año.

Durante los carnavales de Ceuta de 2006, una chirigota que participó en el concurso de agrupaciones carnavaleras con un popurrí de canciones, sus letras⁸¹¹ motivaron la presentación de una querrela por parte del Partido Demócrata Ceutí⁸¹² contra sus componentes y diversos altos cargos de esta Ciudad Autónoma.

Tras la práctica de las diligencias de prueba, el Juzgado de Instrucción nº 2 dictó un auto el 18 de abril de 2007 acordando el sobreseimiento provisional de las actuaciones; sin embargo, este partido político interpuso un recurso de reforma y subsidiario de apelación contra aquella resolución, solicitando la continuación de las diligencias porque consideraba que existían indicios de que *la conducta llevada a cabo por la chirigota podría ser constitutiva de los delitos de los Arts. 510, 525 y 208 del Código Penal*. Opinión que compartía el Ministerio Fiscal. Finalmente, la jueza estimó los recursos de apelación interpuestos y revocó el auto que sobreseyó las actuaciones, continuando con el proceso judicial. No hubo altercados en las calles de Ceuta y el asunto se dirimió en los tribunales.

⁸¹¹ **AAP CE 156/2007, de 16 de julio**. Como consta en los razonamientos jurídicos de este auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, en su sede de Ceuta, la canción afirmaba que: “(...) de mayor yo quiero ser veterinario aquí hay becerros pa tener un sueldo a diario, vaya rebaño, vaya rebaño, vamos a dejar de ponernos ya condones que estamos ya igualás las dos poblaciones, fuera condones, fuera condones... Me han hecho aquí un cristo de caricatura que no se parece al mío ni en pintura y mi cultura no es la locura... Me fui directo pal libro de naturales pa ver si los turcos son animales racionales, vi que esta gente y los bovinos son iguales y me aclaró la duda son solo animales... Antes de irme, que mal lo hizo Hitler”.

⁸¹² El 2 de marzo de 2006, este partido político, dirigido por Mohamed Alí, publicó un comunicado [*¡Carnaval, sí; Improperio y vejación, no!*] en el que llamó *a la calma, al sosiego y la responsabilidad de toda la sociedad caballa* [ceutí], instando *a todos aquellos que se hayan podido sentir agredidos por el contenido de la chirigota a que lo denuncien ante los Juzgados de la Ciudad Autónoma de Ceuta*.

Al mismo tiempo, también se divulgaron unas polémicas viñetas, realizadas por el ilustrador zaragozano Gonzalo López Royo y publicadas en un foro de internet. Eran unos dibujos en los que ridiculizaba los atentados del 11-S, glorificando a los *muyahidines*⁸¹³ y mostrando su deseo de que España rewertiera al Califato de Córdoba con una bandera verde islámica clavada en un mapa de la Península Ibérica bajo el lema “¡Hemos vuelto!”.

La Audiencia Nacional⁸¹⁴ no consideró que aquellos *hechos declarados probados* constituyesen *infracción criminal alguna*. En sus fundamentos, este órgano judicial señaló que la consignación pública de la postura ideológica del acusado, mediante aquellos dibujos, *no merece otra calificación que la de su brutalidad expresiva*; absolviendo al acusado de enaltecimiento y menosprecio de víctimas de delitos terroristas (Art. 578 CP) porque *la manifestación pública en términos de elogio o de exaltación, de su apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas no puede confundirse con tales actividades ni entenderse en todos los casos como inductora o provocadora de tales delitos*.

Para finalizar, un último ejemplo ocurrió el 7 de octubre de 2010, cuando Telemadrid emitió el reportaje “*Los doce imanes de la yihad*”, donde se desvelaba –según consta en el sumario– *el rostro de los 12 imanes más peligrosos de España*, que en su mayoría profesaban el salafismo, *la corriente más violenta del integrismo islamista*, y desde sus *púlpitos* apoyaban a Al Qaeda y difundían *un mensaje incendiario a*

⁸¹³ GÓMEZ GARCÍA, L. *Diccionario de Islam e Islamismo*. Madrid: Espasa, 2009, p. 239: *Muyahidín: Se dice de la persona que hace la yihad*.

⁸¹⁴ SAN 25/2010, de 21 de junio (FdD° 1º y 4º).

*favor de yihadismo*⁸¹⁵. Este programa de televisión atribuyó al imán de Salt (Gerona) la condición de *salafista radical* mientras que a otro se le vinculó *con atentados terroristas*. Ambos dirigentes religiosos islámicos denunciaron la existencia de una intromisión ilegítima en su honor ante el Juzgado de Primera Instancia de Gerona y, posteriormente, recurrieron su fallo del 7 de diciembre de 2011 en la Audiencia Provincial⁸¹⁶.

Este órgano recordó la reiterada jurisprudencia constitucional (SSTC 107/1988, 105/1990 y 172/1990) según la cual, *cuando concurren en un mismo texto elementos informativos y valorativos es necesario separarlos, y sólo cuando sea imposible hacerlo habrá de atenderse al elemento preponderante*.

Con base a estos parámetros jurisprudenciales, aunque en el reportaje no se dijera expresamente que los doce imanes eran terroristas, sí que se decía que *son peligrosos y violentos, y que fomentan el terrorismo islamista internacional*, por lo que la Audiencia no dudó que, con su proceder, la cadena de televisión autonómica madrileña atentó contra el honor de los demandantes; y que, en la colisión entre el derecho al honor de los dirigentes religiosos y la libertad de información, ésta no fue veraz y se realizaron *imputaciones de tal gravedad* que no fueron aseguradas mediante fuentes oficiales y fiables.

Aunque, probablemente, la mejor solución es, por un lado, evitar las ofensas gratuitas y, por otro, aceptar las doctrinas que sean hostiles; en caso de conflicto, estos tres supuestos constituyen un buen referente

⁸¹⁵ GÓMEZ GARCÍA, L. *Ob. cit.* p. 365: *Yihadismo: corriente islamista que sostiene que la yihad bélica es un pilar del islam y el método de liberación de la umma*.

⁸¹⁶ SAP GI 212/2012, de 27 de abril. Una posterior resolución de esa misma sala –la SAP GI 202/2012, de 9 de mayo– abordó un caso similar en relación con el artículo “*El califa Attaouil impulsa desde su bastión de Salt la expansión salafista*” publicado en el diario ABC el 14 de mayo de 2011.

de cómo se puede resolver una confrontación entre libertades fundamentales, de forma pacífica y por la vía judicial.

6.3) La solicitud de nacionalidad española y la desigual residencia de sefardíes y moriscos:

Un sólido criterio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo considera que *no es lo mismo residir en España (...) que adquirir la nacionalidad española, que comporta toda una serie de derechos, incluidos el de sufragio activo y pasivo y el de acceder a los cargos y funciones públicas*⁸¹⁷.

Según el Art. 29 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España; legalmente, los extranjeros sólo pueden encontrarse en nuestro país en una de estas dos situaciones: o estancia o residencia.

La estancia es la permanencia en territorio español durante un plazo no superior a 90 días⁸¹⁸; transcurrido ese periodo de tiempo, será preciso que obtenga o una prórroga de la estancia o una autorización de la residencia para permanecer en España.

En cuanto a la residencia, el Art. 30 bis de esta misma Ley Orgánica establece que los residentes son aquellos extranjeros que se encuentran en España y son titulares de una autorización para residir que puede ser: temporal (aquella que le autoriza a permanecer durante un período superior a 90 días pero inferior a 5 años) o de larga duración (la

⁸¹⁷ Por todas, STS 8627/2011, de 19 de diciembre (FdD 1º).

⁸¹⁸ Salvo los supuestos previstos en el Art. 33 para estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado.

que le permite residir y trabajar indefinidamente, en las mismas condiciones que los españoles).

En estas circunstancias, los plazos para obtener la nacionalidad española por residencia se establecen en el Art. 22.1 del Código Civil, según la redacción dada en 2002: *Para la concesión de la nacionalidad por residencia se requiere que ésta haya durado diez años. Serán suficientes cinco años para los que hayan obtenido la condición de refugiado y dos años cuando se trate de nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal o de sefardíes.*

Una Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre nacionalidad española, de 18 de mayo de 1983, dio respuesta a diversas cuestiones relacionadas con la nacionalidad que se habían planteado ante las representaciones diplomáticas y consulares de España en el extranjero; en concreto, una de ellas resolvió que a efectos de solicitar la nacionalidad española por residencia, para beneficiarse del plazo reducido de dos años, *los sefardíes habrán de acreditar por los medios oportunos su pertenencia a la comunidad cultural sefardita (...)* *Tal condición de sefardí habrá de demostrarse por los apellidos que ostente el interesado por el idioma familiar o por otros indicios que demuestren la tradición de pertenencia a tal comunidad cultural. (...)* Entre los medios de prueba que se consideran suficientes se encuentra *la justificación por el peticionario de su inclusión, o descendencia directa de una persona incluida, en las listas de familias sefardíes protegidas por España, a que, con relación a Egipto y Grecia, hace referencia el Decreto-ley de 29 de diciembre de 1948.*

Asimismo, la antigua reglamentación de extranjería de 1986 y 1996 –hoy derogada– establecía que las personas de origen sefardí (igual que los nacionales de un país Iberoamericano, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Andorra) tenían preferencias en la concesión y renovación de permisos de trabajo.

En última instancia, todas estas medidas se justificarían en *el deseo de mantener y estrechar los lazos que secularmente han vinculado a los sefardíes a España*⁸¹⁹.

Según el diccionario de la RAE, *se dice sefardí de los judíos oriundos de España, o de los que, sin proceder de España, aceptan las prácticas especiales religiosas que en el rezo mantienen los judíos españoles*; por su parte, un morisco es *el moro bautizado que, terminada la Reconquista, se quedó en España*. Ambos colectivos –como todos conocemos– fueron expulsados de nuestro país: los judíos sefarditas en 1492, tras la aprobación por los Reyes Católicos del Edicto de Granada; y los moriscos, en 1609, por un decreto de Felipe III.

¿Por qué no reciben el mismo tratamiento los descendientes de aquellos moriscos (que necesitan acreditar diez años de residencia para conseguir la nacionalidad española) que los miembros de la comunidad sefardí (que deben residir dos años)?

El 6 de noviembre de 2000, el diputado popular Roberto Soravilla lo preguntó en el Congreso: *España es históricamente una nación construida sobre el mestizaje y una pluralidad étnica integrada, que se quebró con la expulsión de los sefardíes y de los moriscos. No obstante unos y otros, desde sus respectivos exilios mantuvieron y transmitieron*

⁸¹⁹ Introducción del Decreto 874/1964, de 18 de marzo, por el que se creó el Museo Sefardí de Toledo.

tradiciones y vínculos culturales y emocionales con la tierra de su procedencia familiar. Haciendo honor a nuestra tradición integradora ¿ha considerado el Gobierno la posibilidad de otorgar nacionalidad española a los descendientes de aquellos sefardíes y moriscos que lo soliciten?

La respuesta del Secretario de Estado de Relaciones con las Cortes fue la siguiente: *La redacción del Art. 22.1 del Código Civil, en vigor desde 1982, establece con relación a los sefardíes una notable reducción del plazo previsto para adquirir la nacionalidad española por residencia, situándose éste en tan sólo dos años respecto al que con carácter general dicho artículo recoge y que es de diez años. Este reconocimiento responde al hecho indudable de que los descendientes de sefardíes han mantenido una cultura separada y la lengua española a diferencia de los descendientes de los moriscos, en los que no concurren características de similar naturaleza.*

En septiembre de 2006, el grupo parlamentario de Izquierda Unida - Los Verdes - Convocatoria por Andalucía presentó una proposición no de ley en el Parlamento andaluz, relativa *al derecho preferente a la nacionalidad a moriscos*, con el objetivo de que el Gobierno central presente en el Congreso de los Diputados un proyecto de ley que incluya *el término morisco o andalusí* en la redacción del Art. 22.1 CC. La proposición obtuvo una *calificación favorable*, pero en enero de 2008, su tramitación se encontraba en estado de *Decaimiento de la Proposición no de Ley después de Mesa* y el debate desapareció de las agendas de la

clase política⁸²⁰, manteniéndose la preferencia a favor de los sefardíes al concederles la nacionalidad por residencia en cinco veces menos de tiempo.

6.4) Los partidos políticos confesionales y los principios fundamentales de la democracia:

La Constitución española de 1978 confiere una gran importancia a los partidos políticos porque *expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos* (Art. 6 CE).

Posteriormente, la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, desarrolló este precepto constitucional enfatizando que los partidos deben ajustar su organización, funcionamiento y actividad a los principios democráticos y de legalidad (actuación sujeta a lo dispuesto en la Constitución y las leyes); ejercer sus actividades libremente, respetando los valores constitucionales (expresados en los principios democráticos y en los Derechos Humanos); y desarrollando sus funciones con pleno respeto al pluralismo.

En este ámbito, nuestra normativa consagra una triple vertiente del principio de libertad: se reconocen dos libertades positivas (de creación

⁸²⁰ En el marco del II Encuentro Internacional de Educación y Cultura que se celebró en octubre de 2006 en la ciudad marroquí de Chauén, se aprobó una declaración en la que se proponía a España que reconociera un *derecho preferente de adquisición de la nacionalidad española para quienes acrediten la condición de descendientes de andalusíes expulsados*.

de partidos políticos y de afiliación) y una libertad negativa de pertenencia o participación (si la afiliación a un partido político es libre y voluntaria, por consiguiente, nadie puede ser obligado a constituir un partido o a integrarse o permanecer en él).

Partiendo de esa base, el Art. 1º de la LOPP establece que *los españoles podrán crear libremente partidos políticos conforme a lo dispuesto en la Constitución y en la presente Ley Orgánica*; precepto que excluye, expresamente, a quienes no tengan la nacionalidad española⁸²¹; una cierta incongruencia de nuestro ordenamiento si tenemos en cuenta dos circunstancias:

- 1) El Art. 176 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG) reconoce que los residentes extranjeros en España, cuyos respectivos países permitan el voto a los españoles en dichas elecciones, en los términos de un Tratado⁸²², gozan del *derecho de sufragio activo en las elecciones municipales*; asimismo, este precepto regula, a continuación, que *gozan del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales todas las personas residentes en España que, sin haber adquirido la nacionalidad española: a) Tengan*

⁸²¹ ALLUÉ BUIZA, A. Multiculturalismo y extensión de los derechos políticos a los extranjeros en Europa. El caso español. En MARTÍN DE LA GUARDIA, R. y PÉREZ SÁNCHEZ, G. A. (dirs.) *Los Derechos Humanos sesenta años después (1948-2008)*. Valladolid: Instituto de Estudios Europeos y Universidad de Valladolid, 2009, p. 99. El profesor Allué señala al respecto que: “la Ley de Partidos de 2002 reserva a los españoles e[ll] derecho a la creación de partidos y solo a los extranjeros el derecho a la libre afiliación de partidos políticos constituidos, como digo por españoles, ratificada esta tesis por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 48/2003 sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica de Partidos Políticos”.

⁸²² En las elecciones locales que se celebraron el 22 de mayo de 2011, los Estados con acuerdos de reciprocidad, en vigor, suscritos por España, fueron: Noruega, Ecuador, Nueva Zelanda, Colombia, Chile, Perú, Paraguay, Islandia, Bolivia y Cabo Verde; donde también se reconoce el derecho de voto en las Elecciones Municipales a los ciudadanos españoles residentes en su territorio.

la condición de ciudadanos de la Unión Europea⁸²³ según lo previsto en el párrafo 2 del apartado 1 del Art. 8 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea: b) Reúnan los requisitos para ser elector exigidos en esta Ley para los españoles y hayan manifestado su voluntad de ejercer el derecho de sufragio activo en España.

- 2) El Art. 177 LOREG también prevé el derecho de sufragio pasivo: *son elegibles en las elecciones municipales todas las personas residentes en España que, sin haber adquirido la nacionalidad española: a) Tengan la condición de ciudadanos de la Unión Europea según lo previsto en el párrafo 2 del apartado 1 del Art. 8 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, o bien, sean nacionales de países que otorguen a los ciudadanos españoles el derecho de sufragio pasivo en sus elecciones municipales en los términos de un Tratado. b) Reúnan los requisitos para ser elegibles exigidos en esta Ley para los españoles. c) No hayan sido desposeídos del derecho de sufragio pasivo en su Estado de origen.*

Sin perjuicio de lo establecido en los Arts. 2 y 6 de la LOREG (*el derecho de sufragio corresponde a los españoles mayores de edad y son elegibles los españoles mayores de edad, respectivamente*), la normativa electoral permite a determinados extranjeros que residen en España

⁸²³ El Art. 22.1 TFUE: *Todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro en el que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado.*

ambos derechos únicamente en las elecciones municipales⁸²⁴, pero no les faculta a crear libremente un partido político, un *ente privado de base asociativa*, que *forma parte esencial de la arquitectura constitucional*, según señala el preámbulo de la LOPP.

En cuanto a la capacidad para constituirlo, esta norma sólo exige que, además de ser españoles, *los promotores de un partido político deben ser personas físicas, mayores de edad, que se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos, no estén sujetos a ninguna condición legal para el ejercicio de los mismos y no hayan sido penalmente condenados por asociación ilícita, o por alguno de los delitos graves previstos en los Títulos XXI a XXIV del Código Penal [delitos contra la Constitución, el orden público, la comunidad internacional y traición]. Esta última causa de incapacidad no afectará a quienes hayan sido judicialmente rehabilitados.*

De acuerdo con esta legislación, ¿un español puede crear un partido político que sea confesional? Si su organización, funcionamiento y actividad se ajusta a los principios democráticos y de legalidad, respeta los valores constitucionales y desarrolla sus funciones libremente y con pleno respeto al pluralismo, no hay motivos que impidan crear un partido político confesional como, por ejemplo, la Unión de Musulmanes de Ceuta (inscrita el 10 de diciembre de 2002 en el Registro de Partidos Políticos) o el Partido Renacimiento y Unión de España, con domicilio social en Langreo (Asturias), registrado el 23 de julio de 2009.

⁸²⁴ En las elecciones locales de 2011, el censo de residentes extranjeros en España ascendía a 473.748 personas.

Según los Estatutos de este último, el PRUE –o PRUNE– *es un partido político de ámbito de actuación nacional, que se constituye para contribuir democráticamente a la determinación de la política nacional y a la formación de la voluntad política de los ciudadanos, así como promover su participación en las instituciones representativas de carácter político mediante la presentación y apoyo de candidatos en las correspondientes elecciones, con arreglo a los siguientes fines específicos (...) desde la consideración del Islam como fuente de dichos principios. El PRUE tendrá en cuenta al Islam en su actuación política, considerándolo como factor determinante para la regeneración moral y ética de la sociedad española. Las prácticas usurarias en las transacciones comerciales y el interés bancario, entre otras cosas, no tendrán cabida en una sociedad gobernada por el PRUE. Asimismo actuará desde el más absoluto respeto y acatamiento de la Constitución Española y la normativa legal vigente.*

Pero los partidos confesionales españoles no se limitan al ámbito musulmán; desde 1979, entre los 3.962 partidos registrados en el Ministerio del Interior⁸²⁵ existen seis formaciones políticas que se autodefinen como cristianas⁸²⁶ y una evangélica⁸²⁷.

En cuanto al resto del continente, desde mediados del siglo XIX –según el historiador francés Guy Hermet⁸²⁸– *en Alemania, Bélgica, Italia o los Países Bajos, los partidos confesionales –es decir religiosos– han*

⁸²⁵ Disponible en la web: https://servicio.mir.es/nfrontal/webpartido_politico.html

⁸²⁶ Cristianos para la Democracia (Málaga), Partido Cristiano Democrático de Huelva, Partido Español Cristiano (Madrid), Partido positivista Cristiano (Algeciras, Cádiz), Partido Social-Cristiano de Asturias y Partido Sociolaboral Cristiano (Zaragoza)

⁸²⁷ PASE, el Partido de Acción Social Evangélica (Sabadell, Barcelona).

⁸²⁸ HERMET, G. ¿La hora de la democracia? *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, 1991, nº 128, p. 266.

desempeñado un papel primordial en la socialización democrática de las masas de campesinos, pese a que en un principio se les consideraba enemigos del liberalismo y de la diversidad de opiniones.

El sistema de Estrasburgo⁸²⁹ considera que un partido político *animado por los valores morales impuestos por una religión no puede ser considerado como intrínsecamente hostil a los principios fundamentales de la democracia, como se establece en la Convención, siempre que cumpla con dos condiciones: que los medios empleados para conseguir sus objetivos políticos sean legales y democráticos y que los cambios que plantee sean compatibles con los principios democráticos fundamentales porque la democracia es el único modelo político contemplado en la Convención y el único compatible con ella.*

Una reciente decisión de la Corte europea⁸³⁰ ha vuelto a plantear que los estatutos de los partidos políticos confesionales deben redactarse de acuerdo con los derechos y libertades proclamados por la Convención: en 2005, diversas organizaciones no gubernamentales de los Países Bajos, encabezadas por la Fundación Clara Wichmann, denunciaron al Partido Reformista Protestante (SGP) porque esta formación política – que desde su fundación en 1918 ha basado su proyecto *en la infalible Palabra de Dios revelada por la Biblia*, inspirándose en su fe– defendía en sus Estatutos (Arts. 7 y 10) que aunque todos los seres humanos tienen el mismo valor como criaturas del Señor, mostraban su rechazo a la igualdad absoluta entre ambos sexos, basándose en que Dios creó primero al hombre y después a la mujer a partir de su costilla; por lo

⁸²⁹ TEDH. **Caso Refah Partisi y otros contra Turquía**, de 13 de febrero de 2003 (nº 41340/98, §§ 98 y 100).

⁸³⁰ TEDH. **Decisión Staatkundig Gereformeerde Partij contra los Países Bajos**, de 10 de julio de 2012 (nº 58369/10).

tanto, como esa diferencia debía reconocerse en la sociedad, las mujeres tenían que desempeñar un papel secundario con respecto al rol masculino. Asimismo, el SGP consideraba que la emancipación de las mujeres negaba su misión divina, por lo cual, el derecho de sufragio femenino también era contrario a su verdadera vocación y no debían ser elegidas para ejercer ningún cargo público.

La decisión de la Corte inadmitió la reclamación interpuesta por este partido político al considerar que, hoy en día, *los avances en la igualdad de los sexos, en los Estados miembros del Consejo de Europa – uno de sus objetivos de mayor importancia– impiden que un país preste su apoyo al punto de vista que plantea un papel primordial para los hombres y otro secundario para las mujeres.*

6.5) La posibilidad de aplicar la charía en Europa:

El 7 de febrero de 2008, el Arzobispo de Cantérbury⁸³¹, Rowan Williams, impartió una conferencia en Londres sobre *Leyes civiles y religiosas en Inglaterra: una perspectiva religiosa*⁸³² en la que sugirió un cambio de perspectiva sobre esta cuestión al afirmar que, en determinadas circunstancias, la aplicación de la charía en el Reino Unido le parecía algo inevitable.

Su opinión difería del criterio señalado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, según el cual, los principios fundamentales de la democracia, tal y como se conciben en la Convención de Roma de 1950,

⁸³¹ *The Guardian* (09/11/12). Está previsto que el 21 de marzo de 2013 se entronice a Justin Welby, como nuevo Arzobispo de Cantérbury, en la catedral de esta ciudad inglesa, en sustitución de Rowan Williams.

⁸³² ARCHBISHOP OF CANTERBURY [en línea]. [Fecha de consulta: 12 de agosto de 2012]. Disponible en Internet: <http://www.archbishopofcanterbury.org/articles.php/1137/archbishops-lecture-civil-and-religious-law-in-england-a-religious-perspective>

resultan difícilmente conciliables con la introducción de la ley islámica, al entender que la charía es un fiel reflejo –permanente e invariable– de los dogmas y reglas divinas que establece la religión; lo que supone que algunos principios, como el pluralismo en la esfera política o la constante evolución de las libertades públicas, no tengan cabida en ella⁸³³.

Las declaraciones de Williams levantaron una gran polémica en los medios de comunicación al interpretarse como un respaldo del Primado de la Iglesia de Inglaterra –y, por lo tanto, de la comunidad anglicana– para que los musulmanes británicos pudieran vivir bajo el imperio de la ley islámica⁸³⁴. En su opinión, la mayoría de las personas identifican la charía como una norma *que se muestra represiva con las mujeres y que se aferra a arcaicos y brutales castigos físicos*; pero él prefiere *alejarse del mito del sistema monolítico* para considerarla –citando a Tariq Ramadan⁸³⁵– como “la expresión de los principios universales del Islam”.

Al iniciar este debate, el Arzobispo –un respetado teólogo– fue consciente de que abordaba un asunto muy complejo y delicado: incardinar la identidad islámica en el seno del ordenamiento jurídico del Reino Unido; pero se mostró convencido de que se podría mejorar la administración de justicia si se prestara una mayor atención al factor religioso –tanto del Islam como de otras creencias– de cada sujeto que interviene en un proceso, llegando a plantear la posibilidad de delegar

⁸³³ TEDH. **Caso Refah Partisi y otros contra Turquía**, de 13 de febrero de 2003 (nº 41340/98, § 98).

⁸³⁴ *The Guardian* (07/02/08): *Archbishop backs sharia law for British Muslims*; *El Mundo* (07/02/08): *El arzobispo de Canterbury ve 'inevitable' introducir la 'sharia' en Reino Unido*; *El País* (07/02/08): *El arzobispo de Canterbury considera que incorporar algunos aspectos de la ley musulmana en la legislación británica fomentaría la cohesión social*.

⁸³⁵ RAMADAN, T. *Western Muslims and the Future of Islam*. Nueva York: Oxford University Press, 2004, p. 32.

ciertas funciones jurisdiccionales en tribunales religiosos, dentro de cada comunidad.

Esta *jurisdicción suplementaria* se podría encargar, según él, de diversos aspectos relacionados con el Derecho de Familia, las transacciones financieras, la regulación de los matrimonios o la mediación como método alternativo para la resolución de ciertos conflictos como sucede en la justicia de Canadá al tener en cuenta las prácticas tradicionales de sus comunidades aborígenes; pero, al mismo tiempo, su Gracia afirmó que reconocer esa autoridad a los tribunales religiosos también podría plantear otras dificultades. La más importante: que se llegara a privar a esos creyentes de los derechos y libertades que disfrutarían como ciudadanos si acudieran a la justicia ordinaria y, en especial, se refirió al supuesto de las mujeres, que podría ocasionarles consecuencias represivas y retrógradas.

En Gran Bretaña, donde “no existe una separación entre Iglesia y Estado”⁸³⁶, la conferencia del Arzobispo de Cantérbury supuso reabrir un debate que no se ha limitado tan solo al ámbito del Islam sino también a la práctica de los judíos ortodoxos que, hoy en día, pueden resolver algunos conflictos acudiendo a una institución tradicional denominada Beth Din⁸³⁷ (literalmente, *casa de juicios*, en hebreo).

Este tribunal rabínico supervisa el cumplimiento de las leyes dietéticas que rigen los hábitos alimentarios judíos (*kashrut*) para que los alimentos sean aptos (*kosher*) o no (*taref*), pero también regula cuestiones relacionadas con la ley religiosa judía (matrimonios, divorcios

⁸³⁶ FELDMAN, N. *Sharia y Estado de Derecho*. *Revista Alif Nun*, 2011, nº 93.

⁸³⁷ TEDH. **Caso Cha'are Shalom ve Tsedek contra Francia**, de 27 de junio de 2000 (nº 27417/95, § 25).

y conversiones) y solventa problemas civiles y mercantiles (siempre que ambas partes sean judías y estén de acuerdo en acudir a este órgano) pero nunca asuntos del orden penal. Su procedimiento se basa en la Torá, el Talmud, las leyes judías recopiladas en la *Halajá* y los principios generales del Derecho Judío, pero sus decisiones solo están reconocidas “como una forma de arbitraje vinculante (...) y los musulmanes –(...) que ahora deducían que los judíos contaban con un trato de favor– tienen a su disposición arreglos parecidos si los desean”⁸³⁸; en referencia al *Islamic Sharia Council* de Londres que también reclama a los poderes públicos británicos tener en cuenta el punto de vista musulmán, en especial, en aspectos relacionados con el Derecho de Familia.

En ambos casos –tanto el Beth Din de Londres (o los de Mánchester, París o Estrasburgo) como el Consejo Islámico de la Charía de la capital inglesa– se trata de modelos heterocompositivos de resolución de conflictos, similares a los laudos arbitrales, no de verdaderas jurisdicciones paralelas a la ordinaria que, en el caso español, sería inconcebible porque el Art. 117.5 de la Constitución proclama el *principio de unidad jurisdiccional* como *base de la organización y funcionamiento de los tribunales*.

Reclamar un régimen jurídico propio para una comunidad de creyentes, que fuese diferente del ordenamiento jurídico común que se aplica al resto de los ciudadanos, creando una suerte de “paraíso legal” donde no tuvieran vigor ciertos preceptos que se considerasen impuros iría en contra del objetivo europeo de eliminar desigualdades y, hoy por

⁸³⁸ CALDWELL, C. *La revolución europea. Cómo el Islam ha cambiado el Viejo Continente*. Barcelona: Debate, 2010, pp. 220-221.

hoy, sería irrealizable, de acuerdo con el valor de promover la igualdad en todas las acciones de una sociedad democrática⁸³⁹.

Aun así, sólo el hecho de subrayar esta tendencia ya suscita la preocupación de algunos autores como el periodista estadounidense Christopher Caldwell⁸⁴⁰ que, al comentar las declaraciones que realizó un ministro de los Países Bajos en 2006, señaló su inquietud porque, aunque “sea improbable (...), si dos terceras partes de todos los holandeses quisieran introducir la sharía mañana, seguro que sería posible (...) La mayoría es lo que cuenta. Esa es la esencia misma de la democracia”. Temor que ya se había planteado su compatriota el politólogo Robert Alan Dahl⁸⁴¹: “(...) probablemente bastaría con una amplia minoría de antidemócratas violentos y militantes para destruir la capacidad de un país para mantener sus instituciones democráticas”.

6.6) El uso compartido de templos cristianos:

“Si las sentencias de algún interés sobre los delitos contra los sentimientos religiosos se cuentan con los dedos de una mano –como ha reseñado el profesor González Rus⁸⁴²– la producción doctrinal sobre el Art. 523 [del Código Penal] es poca y antigua”. Puede que tanto la falta de interés de la doctrina como la ausencia de una jurisprudencia⁸⁴³ más

⁸³⁹ ROY, O. *El Islam mundializado*. Barcelona: Bellaterra, 2002, p. 89: *Se trata de algún modo de hacer que un Estado no musulmán ratifique una parte del estatuto jurídico islámico (...) Las tentativas de obtener así un estatuto simétrico al de los dhimmi (reconocimiento de un derecho comunitario) no tienen éxito.*

⁸⁴⁰ CALDWELL, C. *Ob cit.* p. 221.

⁸⁴¹ DAHL, R. A. *La democracia. Una guía para los ciudadanos*. Madrid: Taurus, 1999, pp. 178-179.

⁸⁴² GONZÁLEZ RUS, J.J. Sobre la reivindicación del uso religioso compartido de la Mezquita-Catedral de Córdoba. *Diario La Ley*, 2011 nº 7610, p. 2.

⁸⁴³ Al respecto, dos de las resoluciones más significativas de los últimos años han sido dictadas por Audiencias Provinciales: SAP Madrid 375/2011, de 18 de octubre, y SAP Ciudad Real 22/2010, de 6 de julio; asimismo, es interesante la STS 764/2001, de 6 de febrero, porque casó una sentencia de la Audiencia de Córdoba, por infracción de ley y de precepto constitucional (presunción de inocencia).

destacada se deban a que la tipificación de esta excepcional figura delictiva contra la libertad religiosa requiere que concurran una serie de elementos muy concretos: que una persona emplee la violencia o amenace a los fieles en un lugar destinado al culto, impidiendo el desarrollo de una ceremonia religiosa que debe interrumpirse por culpa de su actitud.

La tarde del 31 de marzo de 2010, Miércoles Santo, un grupo de 118 jóvenes musulmanes procedentes de Austria entró en la Catedral de Córdoba, durante el horario de visitas al templo, con el objetivo de organizar una oración colectiva en su interior conforme al rito islámico. La actitud de algunos de aquellos turistas, aunque resultó perseguible penalmente, no llegó a calificarse como delito contra los sentimientos religiosos.

El colectivo de musulmanes –coordinado con *walkie-talkies* y consciente de que no se permitían esas oraciones en el recinto catedralicio– se reunió a las 17h40 en el ángulo izquierdo de la antigua mezquita para rezar, en un lugar *significativamente apartado de donde se concentran las actividades genuinas destinadas al culto católico*, pero fueron descubiertos por uno de los vigilantes de seguridad, que les llamó la atención para que dejaran de orar, antes de que uno de los turistas austriacos le propinara un puñetazo en el rostro.

La situación se agravó al originarse un forcejeo durante el cual, uno de aquellos jóvenes musulmanes sacó una navaja mientras otros sujetos trataban de quitarle al guardia su arma reglamentaria. Finalmente, intervino la Policía Nacional ante *el uso de la violencia* que emplearon los encartados *para enfrentarse a los vigilantes*, creando un tumulto en

un centro de tanta trascendencia por razones tanto religiosas como culturales.

Cuando el magistrado del Juzgado de Instrucción nº 4 de Córdoba calificó jurídicamente los hechos⁸⁴⁴ en un auto de 15 de septiembre de 2010, descartó el delito contra los sentimientos religiosos y optó por los desórdenes públicos, merecedores *de un firme y contundente reproche*.

Al analizar las circunstancias del caso se demostró que la intención de los musulmanes austriacos no era *imponer de forma excluyente un determinado rezo contra la orientación religiosa a la que está destinado legítimamente el templo católico, sino reivindicar, mediante el rezo propio, su uso conjunto*. De ahí que no se aplicara el tipo penal del Art. 523 CP porque no concurrieron los elementos que esta figura requiere: no se empleó la violencia ni se amenazó a los fieles (sino a los guardias), tampoco se impidió el desarrollo de ninguna ceremonia religiosa (es cierto que en la Catedral estaba expuesto el Santísimo, por encontrarse en plena Semana Santa, pero el templo estaba abierto a las visitas turísticas, que se prohíben durante las celebraciones litúrgicas) y el lugar elegido para llevar a cabo su reivindicación se encontraba apartado de las zonas destinadas al culto católico.

Por último, el magistrado señaló que aquel no era *el momento para entrar en la fácil polémica sobre si hubiéramos de ser tolerantes con tal pretensión o sobre qué sucedería si católicos hubieran acudido a la Mezquita-Catedral de Santa Sofía en Estambul para rezar un rosario; la función de cualquier Tribunal de Justicia es la de interpretar y aplicar*

⁸⁴⁴ Ocho de los detenidos fueron imputados como coautores de un delito de desórdenes públicos (Art. 557.1 CP); seis de ellos por otro de lesiones (Art. 147.1 CP); y uno por un delito de atentado a agente de la autoridad, agravado por usar un arma (Arts. 550, 551.1 y 552.1 CP).

las normas jurídicas, no aportar juicios de valor sobre concretos legítimos reproches sociales ajenos a tal concreta función jurisdiccional.

El buen criterio de este magistrado contrasta con la errónea y recurrente invocación del principio de reciprocidad que suelen llevar a cabo profesionales ajenos al ámbito jurídico, para reivindicar que, en muchos de los Estados que profesan mayoritariamente el Islam, los fieles de otras creencias no pueden ejercitar su libertad religiosa ni exigir un trato de igualdad porque allí, los *dimmies*⁸⁴⁵ carecen de los mismos derechos que los musulmanes y se encuentran en inferioridad jurídica con respecto al resto de la población.

Esta es la opinión de la filósofa Rodríguez Magda⁸⁴⁶, el islamólogo Samir Khalil⁸⁴⁷, el teólogo Sánchez Nogales⁸⁴⁸ o el periodista Christopher Caldwell⁸⁴⁹; e incluso de algún jurista, como el profesor Gómez Pérez⁸⁵⁰.

Pero el ejercicio de la libertad religiosa de los musulmanes en Europa no se puede condicionar a que los países islámicos adopten contramedidas similares en favor de los cristianos que residan allí. En

⁸⁴⁵ Denominación que reciben las “gentes del libro” (entre ellos, los cristianos y judíos) que permanecen en lugares donde rige la charía.

⁸⁴⁶ RODRÍGUEZ MAGDA, R.M. *La España convertida al Islam*. Barcelona: Áltera, 2006, p. 40: “En virtud de la tolerancia multicultural, se exigen para el Islam en Occidente prerrogativas basadas en una libertad religiosa que pocas veces es respetada en los propios países islámicos”.

⁸⁴⁷ KHALIL SAMIR, S. *Cien preguntas sobre el Islam*. Madrid: Encuentro, 2003, p. 105: “Son Arabia Saudí y algunos países del golfo los que financian en la actualidad la construcción de la mayoría de las mezquitas en todo el mundo (...) los mismos países que prohíben la construcción de cualquier edificio religioso no islámico, limitan fuertemente la libertad religiosa”.

⁸⁴⁸ SÁNCHEZ NOGALES, J.L. *El Islam entre nosotros*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2004, p. 158: “Llama la atención la falta de autocrítica al hacer [los musulmanes] la reivindicación sin ver la carencia de reciprocidad en el mundo islámico de los derechos y libertades reivindicados. Este autor considera que el reivindicacionismo es especialmente intenso en los neoconvertos”.

⁸⁴⁹ CALDWELL, C. *Ob cit.* p. 182: “No es justo que se construya una mezquita en Roma con dinero saudí mientras en Arabia se persigue a los cristianos”.

⁸⁵⁰ GÓMEZ PÉREZ, R. *Convivir con el Islam*. Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias, 2007, p. 198: “En un país como España se asegura que los cada vez más numerosos alumnos musulmanes que van a las escuelas públicas reciban clases de su religión. ¿Dónde, en qué país musulmán, sucede algo ni siquiera parecido para los alumnos cristianos o de cualquier otra religión?”.

este sentido, la Asamblea General de las Naciones Unidas ya señaló en 2001 que ningún Estado puede adoptar disposiciones que afecten a *las obligaciones establecidas para la protección de los derechos humanos fundamentales*⁸⁵¹, lo que incluye la libertad religiosa.

Más allá del argumento de que no es posible generalizar –ni resulta comparable– la situación en la que puede vivir un católico en Jordania, el Líbano o Turquía con la posición que tendría si residiera en cualquier Emirato del Golfo Pérsico, donde su estado dependería de múltiples factores y circunstancias; no se debe incurrir en este error tan frecuente de invocar la reciprocidad porque se trata de una norma básica de Derecho Internacional que se aplica solamente en las relaciones entre Estados y su legitimidad se basa en el respeto mutuo y la cooperación jurídica interestatal. Como ha señalado Bruno Simma, juez de la Corte Internacional de Justicia, la reciprocidad vendría a ser la relación entre dos o más Estados en la que se conceden mutuamente un trato idéntico o equivalente⁸⁵².

La profesora Petit de Gabriel⁸⁵³ considera que “cada uno de los miembros de la sociedad internacional tiene necesidad y, por tanto interés, en encontrar una pauta de comportamiento esperable y exigible de los demás” [Estados]; de modo que “la reciprocidad es el presupuesto inicial de todo el sistema, puesto que traduce la garantía de seguridad

⁸⁵¹ Art. 50.1.b) de la Resolución sobre Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos (A/RES/56/83, de 12 de diciembre de 2001).

⁸⁵² SIMMA, B. Reciprocity. En BERNHARDT, R. (ed.) *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Múnich: Max Planck, 1984, vol. 7, p. 400.

⁸⁵³ PETIT DE GABRIEL, E.W. El Derecho Internacional Público: ¿Necesidad o utopía? En VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M. y SALINAS DE FRÍAS, A. (coord.) *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*. Tomo II. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2005, p. 1039.

imprescindible para que cualquier sujeto acepte un sistema regulador no dependiente de su exclusiva voluntad”.

La reciprocidad no debe condicionar el ejercicio de la libertad religiosa ni ninguna de las implicaciones que conlleva este derecho fundamental: la libertad de cambiar de fe, de manifestarla individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos, sin otras restricciones que aquéllas que estén previstas por las leyes y constituyan una medida necesaria, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, la salud o la moral públicas, o la protección de los derechos o libertades de los demás.

Ese argumento jurídico no es válido ni adecuado para plantearse la legitimidad –o no– de compartir espacios religiosos entre las distintas creencias; un debate que, simplemente, se plantea como una controversia ajena al Derecho y a sus funciones y que deberá resolverse recurriendo a otras vías, no al principio de reciprocidad del Derecho Internacional.

6.7) El islamismo ante los tribunales:

El historiador israelí Élie Barnavi⁸⁵⁴ definió el islamismo como “el Islam integrista de inspiración wahabita⁸⁵⁵, transformado en ideología política”. En los últimos años, algunos autores han manifestado su malestar porque consideran que el sistema judicial español –y el europeo, en general– se muestra débil ante las actuaciones de este movimiento totalitario al apelar a *la fuerza expansiva del derecho a la libertad de expresión e*

⁸⁵⁴ BARNAVI, É. *Las religiones asesinas*. Madrid: Turner, 2006, p. 85.

⁸⁵⁵ GÓMEZ GARCÍA, L. *Ob. cit.*, p. 347: *Wahabismo: Corriente del islam suní [basada en dos principios]: la defensa a ultranza de una visión integral del islam y el proselitismo guerrero para imponerla.*

información que obliga a una interpretación restrictiva de sus límites – como señaló la sentencia 25/2010, de 21 de junio, de la Audiencia Nacional, en el caso del ilustrador aragonés que citamos anteriormente– para absolver a los acusados o reducirles las penas impuestas en la anterior instancia.

Precisamente, en relación con el asunto de las viñetas españolas, la escritora Pilar Rahola⁸⁵⁶ llegó a preguntarse si “¿La Audiencia [Nacional] habría absuelto a radicales vascos que hubiesen colgado vídeos en *YouTube* de acciones de ETA, hubiesen instado a los “jóvenes vascos” a la lucha armada y se hubiesen considerado a sí mismos “comandantes” de los etarras? Resulta difícil imaginar algo así. Y sin embargo, lo que resulta una clara apología del terrorismo en el caso vasco, no resulta una inequívoca apología del terrorismo en el caso islámico”.

El profesor Echeverría Jesús⁸⁵⁷ también ha manifestado una opinión similar al sentirse “decepcionado” por el contenido de la sentencia que dictó la Audiencia Nacional⁸⁵⁸, en la denominada *Operación Tigris*, con la puesta en libertad de nueve de los catorce procesados, incluyéndose entre ellos al que se consideraba como máximo líder del grupo y para el que se pedía la pena máxima (14 años).

Los catorce procesados (cuatro españoles, siete marroquíes y tres argelinos) fueron detenidos en Santa Coloma de Gramanet (Barcelona)

⁸⁵⁶ RAHOLA, P. *La república islámica de España*. Barcelona: RBA, 2011, pp. 181-183. La ex política catalana deduce que esta es una de las grandes contradicciones políticas y jurídicas de Occidente, al mostrar enormes dificultades para hacer encajar la libertad de expresión y el peligro yihadista, mientras no resulta tan difícil hacerlo con grupos terroristas clásicos, como son los vinculados a procesos de liberación nacional (...) son múltiples las sentencias en países como Inglaterra, Holanda, Italia y esta misma España, donde la apología de los muyahidines acaba siendo una cuestión de fuerza expansiva de la libertad de expresión.

⁸⁵⁷ ECHEVERRÍA JESÚS, C. *Las debilidades del sistema judicial para combatir al terrorismo yihadista salafista en España*. GEES [en línea]. [Fecha de consulta: 14 de septiembre de 2012]. Disponible en: gees.org

⁸⁵⁸ SAN 31/2009, de 30 de abril.

en enero de 2008 y acusados, entre otros delitos, de pertenencia y colaboración con una organización terrorista que *tenía, como finalidad principal* –tal y como califica la sentencia en su primer razonamiento jurídico– *dar apoyo, no solo moral, sino de todo tipo, a las acciones armadas realizadas por integrantes de la insurgencia radical islámica en Irak, sino también fuera de allí. También, a tratar de convencer a otras personas para unirse a la insurgencia, como soldados jihadistas o muyahidines dispuestos a luchar hasta la muerte en defensa del Islam y de los musulmanes.*

Echeverría consideró que esta resolución de la Audiencia Nacional puso nuevamente de manifiesto “las dificultades que el Estado de derecho tiene para confirmar las acusaciones que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (FCSE) y la Fiscalía tienen a la hora de demostrar con sentencias sólidas sus acusaciones contra células yihadistas que son detenidas y sus componentes procesados por nuestro sistema judicial”; y añadió su temor a que esta sentencia fuese “un preaviso de cara a otro proceso importante que va a celebrarse ya y también en la Audiencia Nacional: la Fiscalía acaba de pedir entre nueve y dieciocho años de prisión para once presuntos implicados” –nueve de los acusados eran paquistaníes y los otros dos indios– “en la preparación de un atentado suicida contra el Metro de Barcelona⁸⁵⁹ que hubiera debido de producirse a principios de 2008”.

⁸⁵⁹ De las pruebas practicadas en el juicio oral, el juzgado central de instrucción de Madrid acreditó los siguientes hechos como probados: *Entre finales de 2007 y principios del año 2008 un grupo de personas de origen pakistání e indio, de religión musulmana, residentes en Barcelona, se fueron radicalizando en su ideología, hasta el punto de decidir seguir los postulados de violencia y empleo de la yihad, preconizados por el líder talibán [X] y entrar en contacto con los dirigentes de este grupo, vinculado a Al-Qaeda, y localizado en Pakistán. La aceptación de estos planteamientos les llevó a tomar la decisión de llevar a cabo una acción violenta, empleando material explosivo contra el metro en la ciudad de Barcelona, que pudiese provocar un elevado número de víctimas.*

Sus temores ante lo que denominó “resbaladizo mundo del yihadismo salafista paquistaní” se referían a una sentencia que la Audiencia Nacional dictó el 11 de diciembre de 2009 y que fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo⁸⁶⁰.

En este caso, aunque nuestro *Alto Tribunal* reconoció que *no nos encontramos en una mera inmersión fanática en teorías fundamentalistas y ante una predisposición genérica a luchar contra los infieles, sino que ya habían decidido o aceptado participar en la imposición de esas ideas mediante la violencia terrorista. Que todavía los materiales intervenidos no fueran suficientes para preparar los artefactos explosivos necesarios - o que éstos no hayan sido ocupados no desvirtúa su consideración penal como grupo organizado terrorista. Que estuviesen o no "armados" es irrelevante desde el momento en que se considera probado que pretendían cometer un atentado con finalidad vinculada al yihadismo;* pero, finalmente, absolvió a dos de los condenados y rebajó las penas impuestas en la primera instancia.

Desde 2010, diversas resoluciones judiciales españolas donde se enjuiciaba a las corrientes más radicales del Islam han puesto de manifiesto aquellas *dificultades*, que citaba el profesor Echeverría, para que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o el Ministerio Público puedan demostrar sus acusaciones durante el proceso judicial.

El 9 de junio de 2011, la Audiencia Nacional condenó a cinco años de reclusión al ciudadano marroquí Wissam Lotfi como autor criminalmente responsable de un delito de colaboración con grupo terrorista. La sentencia consideró probado que el condenado *—afín por sus*

⁸⁶⁰ STS 7184/2010, de 29 de diciembre.

ideas radicales a la ideología Salafista-Jihadista (...) cuyo objetivo es el establecimiento de un estado islámico universal bajo el amparo de la Sharia– se reunía, desde 2000, con otros *individuos de similar ideología, todos ellos musulmanes* en una carnicería de Burgos regentada por Buchaib Maghder (que fue detenido en Marruecos, el 30 de diciembre de 2002, por su participación en los atentados terroristas de Casablanca, de mayo de aquel año).

Los amigos del carnicero continuaron viéndose en su tienda burgalesa y, desde noviembre de 2003 hasta octubre de 2007, Wissam ayudó a solicitar el zakat entre los demás miembros de la comunidad musulmana –aportando también él parte del dinero– para enviárselo a la mujer de Buchaib y *atender sus gastos mientras [su marido] estuviera en prisión*. Esta contribución recaudando el zakat (una de las cinco obligaciones de culto individual de los musulmanes) era, según el criterio de la Audiencia, colaboración con organización terrorista.

El condenado interpuso un recurso de casación ante el Tribunal Supremo⁸⁶¹ que lo absolvió. Su tercer fundamento consideró que, en ese caso, no concurrían los elementos del delito de colaboración con organización terrorista porque: en primer lugar, no constaba en la causa ninguna prueba que demostrase que Maghder, preso en Marruecos, pertenecía a una organización terrorista, por lo que fallaba la premisa para subsumir la conducta del acusado en el Art. 576 CP; y, en segundo lugar, el destinatario último del dinero recaudado no era el carnicero preso en un cárcel marroquí sino su esposa, y *ayudar económicamente a la esposa o a los familiares de una persona que se halla presa por una*

⁸⁶¹ STS 4781/2012, de 19 de junio (FdD 3).

condena por un delito de terrorismo no es, obviamente, financiar el terrorismo. Y no ya solo porque no consta que la persona presa esté integrada en una organización terrorista, tal como se acaba de argumentar, sino porque, además, el ayudar a sus familiares por razones humanitarias es claro que no es una conducta tipificada como ayuda a la organización terrorista a la que pudiera pertenecer el preso.

Asimismo, la sentencia del Supremo basó sus argumentos en una comparación difícilmente refutable: *conviene recordar que incluso las instituciones oficiales prestan ayuda económica mediante subvenciones a los familiares de los presos de ETA que se hallan internados en el País Vasco, sin que desde luego ello pueda subsumirse en ninguna clase de colaboración por terrorismo (...) Si las instituciones oficiales y las asociaciones privadas pueden asignar subvenciones a los familiares de los presos por delitos de terrorismo, es claro que no puede punirse la conducta de los amigos y allegados consistente en asignar sumas de dinero a la esposa de una persona que se halla presa por delito de terrorismo. Ello no puede entenderse por tanto como un delito de colaboración con terrorismo.*

En este caso, el Supremo casó la sentencia de la Audiencia Nacional; pero, en otras ocasiones⁸⁶², es esta instancia la que también ha absuelto a cinco de los seis detenidos a los que el Ministerio Fiscal llegó a acusar de cometer delitos de colaboración con organización terrorista y receptación con fines terroristas, al estimar que debía dejar fuera *la indicada finalidad terrorista (...) ya que aunque dé por probada la aplicación de parte de los recursos obtenidos por este para dicha*

⁸⁶² SAN 2591/2010, de 26 de febrero.

finalidad, la principal, sin duda, a juicio de la Sala, fue la del mero lucro económico.

Esta divergencia de criterios entre la investigación que llevan a cabo las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, la instrucción de las causas en los juzgados, la calificación que formula la Fiscalía y las resoluciones que finalmente se dictan en cada instancia –en ocasiones, contradictorias– transmite una sensación de inseguridad e incoherencia en el ejercicio de la potestad jurisdiccional del poder judicial español, a la hora de enjuiciar las conductas delictivas relacionadas con las corrientes más radicales del Islam; cuestión que, en último caso, nos remite a un problema de fondo mayor relacionado con la política criminal que desarrolla el poder ejecutivo.

Probablemente, se podría mantener un criterio más homogéneo si España hubiese transpuesto a nuestro ordenamiento⁸⁶³ la Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, por la que se modificó la anterior Decisión Marco 2002/475/JAI, sobre lucha contra el terrorismo; para lograr un marco jurídico común en todos los Estados miembros que permita hacer frente a la incitación a cometer delitos de terrorismo, la captación o el adiestramiento de terroristas, actividades que se han multiplicado utilizando internet, red a la que esta norma europea define como *campo de entrenamiento virtual* porque se utiliza para inspirar y movilizar a redes terroristas locales e individuos de toda Europa y sirve como fuente de información sobre medios y métodos terroristas, con un coste y unos riesgos muy bajos.

⁸⁶³ La transposición debería haberse realizado antes del 9 de diciembre de 2010.

La mencionada Decisión Marco establece que los Estados deben *adoptar las medidas necesarias para tipificar como delito la complicidad, inducción y tentativa de un delito de terrorismo*, para luchar contra una amenaza que constituye *una de las violaciones más graves de los valores universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, en los que se basa la Unión Europea*.

6.8) Decisiones condescendientes y actitudes totalizadoras:

El 21 de junio de 1985, una cadena de radio danesa emitió un reportaje del periodista Jens Olaf Jersild sobre la creciente ola de desconfianza y resentimiento que empezaban a mostrar algunos de sus compatriotas en contra de ciertas minorías, preguntándose por los motivos que les llevaban a sentir ese odio hacia los extranjeros. Para ilustrarlo con un ejemplo, programó una parte de la entrevista que había realizado a tres jóvenes del grupo extremista “*Chaquetas verdes*” profiriendo diversas consignas xenófobas contra los inmigrantes y en favor de una *Dinamarca solo para los daneses*.

Uno de los oyentes de aquel espacio dominical fue el Obispo de Aalborg que, al escuchar las opiniones racistas, llamó al Ministro de Justicia para quejarse, intervino la Fiscalía y el asunto acabó en un juzgado de Copenhague que abrió diligencias contra la emisora. Finalmente, la justicia danesa les condenó a pagar diversas cuantías de multas pero no solo a los tres jóvenes radicales, sino también al jefe de la sección de informativos de la cadena de radio y al propio periodista.

El Tribunal de Estrasburgo⁸⁶⁴, por el contrario, consideró que el género de las entrevistas es uno de los medios más importantes con los que cuenta la prensa para poder desempeñar su *función vital* de “perro guardián” (*public watchdog*)⁸⁶⁵ y que, al castigar al demandante por difundir unas declaraciones efectuadas por terceras personas, lo que se estaba haciendo era obstaculizar la labor de los medios de comunicación para contribuir al debate sobre asuntos de interés público; y, por lo tanto, la sentencia declaró que Dinamarca había violado el Art. 10 de la Convención, la libertad de expresión del demandante.

Sin embargo, esta resolución se adoptó con un ajustado margen porque tres de los magistrados de la Corte –Gölcüklü, Russo y Valticos– mostraron su desacuerdo con aquel fallo y emitieron un voto particular donde rechazaban el criterio de la mayoría que atribuía una especial importancia a la libertad de expresión mostrando un *optimismo desmedido* al esperar que los comentarios racistas provocarían una *sana reacción de rechazo entre los oyentes*.

En su opinión, el periodista debió de contraponer aquellas declaraciones xenófobas con otros puntos de vista porque *hoy en día, un gran número de jóvenes –e incluso de la población en general– que se encuentran abrumados por las dificultades de la vida, el paro y la pobreza, están predispuestos a buscar chivos expiatorios; y la búsqueda*

⁸⁶⁴ TEDH. **Caso Jersild contra Dinamarca**, de 23 de septiembre de 1994 (nº 15890/89, § 35)

⁸⁶⁵ Este criterio jurisprudencial se ha reiterado en más de un centenar de sentencias. Al respecto, en el **Caso Ziembinsky contra Polonia**, de 24 de julio de 2012 (nº 46712/06, § 47), la Corte señaló que: *aunque la prensa no debe sobrepasar ciertos límites –en particular, los relacionados con la protección de la reputación y los derechos de los demás– su deber es transmitir –de manera que sea compatible con sus obligaciones y responsabilidades– la información e ideas sobre todos los asuntos de interés público. No es sólo que la prensa tenga esa tarea sino que la opinión pública también tiene derecho a recibir esa información. Si fuera de otro modo, la prensa no podría desempeñar su función vital de perro guardián*. Véanse: casos **Bladet Tromso y Stensaas contra Noruega**, de 20 de mayo de 1999 (nº 21980/93, §§ 59 y 68) y **Axel Springer AG contra Alemania**, de 7 de febrero de 2012 (nº 39954/08, § 79).

de esas *cabezas de turco* suele encontrarse, precisamente, entre “los miembros de las minorías étnicas o religiosas a las que se les achaca todos los males”, como señaló en aquel momento el profesor Tajadura⁸⁶⁶ al comentar esta sentencia.

Han transcurrido casi dos décadas desde que se dictó aquel fallo y, hoy en día, con Europa sumida de nuevo en una grave crisis, aquella advertencia de que la sociedad puede culpar de su situación a una minoría continúa tan vigente ahora como entonces. La mala coyuntura vuelve a mostrarnos esa especial predisposición del ser humano que favorece la discriminación y los prejuicios raciales en detrimento de la comprensión y la tolerancia.

A partir de esa base, en toda Europa han resurgido formaciones políticas de ideología extremista, que atribuyen la responsabilidad del desempleo y la inseguridad ciudadana a los extranjeros (en especial, a los musulmanes) al tiempo que se ha incrementado también su particular némesis: las células fundamentalistas que dan cobertura a las corrientes más radicales del Islam⁸⁶⁷, con el objetivo de acabar con Occidente y de crear un Emirato universal.

Afortunadamente, ambos excesos no representan a la inmensa mayoría de los ciudadanos europeos.

⁸⁶⁶ TAJADURA TEJADA, J. La doctrina del TEDH sobre la prohibición de partidos políticos. *Revista Jurídica de Navarra*, nº 44. Pamplona: Gobierno de Navarra, 2007, p. 87.

⁸⁶⁷ Al respecto, Florentino Portero ha señalado que: *El islamismo no se nutre de la pobreza, sino de la frustración que produce el fracaso del Islam, y muy especialmente del Mundo Árabe, para adaptarse a los retos de nuestro tiempo. El islamismo se debilitará en la medida en que la comunidad musulmana vea luz al final del túnel, perciba que su país está en marcha, que sus hijos encontrarán trabajo y podrán sacar a su familia adelante, que la corrupción disminuye y la educación llega a todos.* PORTERO, F. “Buenismo” y Alianza de Civilizaciones. En PUIG V. (coord.) *El fraude del buenismo*. Madrid: FAES, 2005, p. 43.

Al margen de esas posturas extremas pero al amparo de la crisis – más de valores que de dividendos– han surgido otras tendencias de carácter relativista que empiezan a ser habituales en nuestra sociedad: las decisiones condescendientes y las actitudes totalizadoras.

En primer lugar, la condescendencia es la nota característica de algunas decisiones adoptadas por determinados poderes públicos para reconfigurar hechos de carácter histórico o tradicional acomodándolos bajo la perspectiva de parámetros actuales, que son calificados como políticamente correctos, con el objetivo de no herir susceptibilidades –en este caso, del Islam– mediante un nuevo planteamiento que, en su opinión, evita ofensas sectarias, excluyentes e intolerantes.

Uno de los ejemplos⁸⁶⁸ más representativos de esas decisiones se encuentra en los blasones heráldicos de numerosas localidades españolas, donde es habitual que los escudos de armas hagan referencia al devenir histórico de la Reconquista.

En la última década, y refiriéndonos tan solo a la comarca malagueña de la Axarquía, tres municipios han modificado un cuartel de su heráldica: las armas del Marquesado de Comares, del siglo XVI, con *medio cuerpo de rey moro [Boabdil] con un bastón en su mano derecha y una cadena al cuello saliente del cantón siniestro de jefe*. En 2003, el Ayuntamiento de Sedella suprimió esa cadena que aferraba la figura del último rey de Granada; seis años después, Canillas del Aceituno solicitó

⁸⁶⁸ En 2004, las Cortes de Aragón dejaron de estar presididas por el escudo cuartelado de esta comunidad autónoma –que incluye, en su tercer cuartel sobre campo de plata, una cruz de San Jorge, de gules, cantonada de cuatro cabezas de moro, de sable y encintadas de plata– sustituyéndolo por una escultura de Pablo Serrano. El entonces presidente del Gobierno de Aragón, Marcelino Iglesias, reconoció a los medios de comunicación [*El Mundo*, 24 de octubre de 2004] que había recibido quejas en ese sentido de la comunidad musulmana. Otro motivo de controversia son determinadas festividades como los desfiles de *Moros y Cristianos* del Levante o *La Toma* que se celebra en Granada cada 2 de enero.

a la Junta de Andalucía⁸⁶⁹ eliminar los eslabones del cuello de Boabdil porque, según su alcalde, aquello *venía a simbolizar la esclavitud y la desigualdad, a provocar connotaciones racistas y a ahondar en la lucha del dominio entre razas*⁸⁷⁰; y, en 2010, el pleno municipal de Sayalonga no se limitó a “desencadenar” al último monarca nazarí sino que lo sustituyó por una paloma blanca de la paz para rectificar, como declaró su alcaldesa, *un error histórico*⁸⁷¹ y *rehabilitar la memoria de nuestros ascendientes moriscos*⁸⁷². Otros municipios axarqueños, como Árchez y Comares también han llegado a debatirlo pero sin que prosperasen las mociones.

Jurídicamente, el relativismo de estas decisiones políticas no conlleva más consecuencias que la aprobación de una resolución administrativa y su correspondiente inscripción en un registro; y, en otras ocasiones, ni tan siquiera eso, aunque se llegue a situaciones que rallan en el esperpento⁸⁷³.

En el resto de Europa, la condescendencia también ha sido la nota característica de algunas polémicas decisiones: desde la que sorprendió en el verano de 2008 a Francia—donde el laicismo es piedra angular de la República— cuando un tribunal de Rennes pospuso el juicio contra un musulmán acusado de robo hasta que este hombre finalizase el Ramadán, para que la debilidad que acusaba por el ayuno diurno no le causara

⁸⁶⁹ Resolución de 17 de diciembre de 2009, de la Dirección General de Administración Local, por la que se admite la inscripción en el Registro Andaluz de Entidades Locales del escudo y la bandera modificados del municipio de Canillas del Aceituno (Málaga).

⁸⁷⁰ *La Opinión de Málaga*, 12 de noviembre de 2009.

⁸⁷¹ *Diario de Córdoba*, 14 de enero de 2010.

⁸⁷² *El Diario Montañés*, 13 de enero de 2010.

⁸⁷³ *El País*, 2 de mayo de 2004. Con ocasión del Año Jacobeo, el cabildo catedralicio de Santiago de Compostela decidió retirar una escultura barroca del apóstol del siglo XVII, el famoso *Santiago Matamoros*, sustituyendo la talla por otra representación de *Santiago Peregrino*, para *no herir a otras etnias*.

ninguna indefensión⁸⁷⁴; hasta la celebración de la XV Cumbre del Clima que organizó la ONU en Copenhague (Dinamarca) en diciembre de 2009, cuando el Ministerio de Asuntos Exteriores danés eliminó la decoración de los tradicionales árboles navideños para que los abetos no ofendieran a las delegaciones de los países musulmanes y se evitara, de forma sutil, herir susceptibilidades tras la crisis ocasionada cuatro años antes con las caricaturas de Mahoma⁸⁷⁵. La oposición al Gobierno de Copenhague se preguntó si los minaretes de Doha habían dejado de llamar a la oración cuando se reunía la Ronda para hablar de comercio en la capital de Catar.

Y, en segundo lugar, junto a las decisiones condescendientes se encuentran algunas actitudes totalizadoras.

Frente a la buena voluntad de la mayoría de los musulmanes europeos, pervive la incomprensible disposición de ánimo de una minoría que quiere imponer el carácter totalizador de su religión en contra de los valores esenciales de la sociedad democrática en la que viven, provocando situaciones desatinadas, sin juicio ni razón, contra las que debe actuarse contundentemente porque merecen una repuesta firme. Los ejemplos se han producido en toda Europa⁸⁷⁶.

⁸⁷⁴ *L'Express*, 5 de septiembre de 2008.

⁸⁷⁵ *El Mundo*, 8 de diciembre de 2009.

⁸⁷⁶ *The Sun*, 21 de mayo de 2007: En mayo de 2007, un funcionario musulmán del Condado de Dudley (Inglaterra) se quejó ante sus jefes por el estrés que le causaba que sus compañeros utilizaran calendarios con la imagen de *Piglet*, el cerdito de *Winnie the Pooh*, mientras él cumplía el Ramadán. El dibujo del animal impuro fue prohibido en las dependencias administrativas. | *The Telegraph*, 15 de enero de 2008: Una cliente de la cadena Marks & Spencer, Sally Friday, demandó a la dependienta musulmana que se negó a cobrarle un ejemplar de la *Biblia*, que había adquirido para regalársela a su nieto, porque la librera se negó a tocar *un libro impuro*. | *Daily Mail*, 19 de julio de 2010: Al invidente George Herridge, de 73 años, el conductor musulmán de un autobús no le permitió subir al transporte público de Londres porque iba acompañado de su perro lazarillo; animal que el Islam considera impuro. El presidente del *Muslim Council of Britain* pidió a sus fieles que fueran flexibles porque un suceso similar que ocurrió en un taxi en 2006, le costó al conductor una sanción de 1.200 libras por parte del tribunal londinense de Marylebone. | *Diario de Cádiz*, 19 de diciembre de 2010: A finales de 2010, un alumno musulmán nacido en Valencia, pero residente en La Línea de la

Este último capítulo de “*El Islam en la sociedad democrática europea. Ocho conflictos surgidos en Europa, con especial referencia al caso español*” ha mostrado otras ocho situaciones conflictivas que también merecen ser analizadas con mayor profundidad, pero la investigación se podría ampliar a muchos otros aspectos relacionados con la presencia musulmana en la escena pública europea que no se han citado:

- ¿Son compatibles la normativa europea⁸⁷⁷ y española⁸⁷⁸ que exigen el aturdimiento de los animales para su sacrificio en mataderos, bajo la supervisión de un veterinario oficial, con el ritual islámico que requiere degollarlos hasta que se desangren para que su carne sea considerada *halal*?
- Si la construcción y el mantenimiento de las mezquitas en Europa depende en gran medida de las aportaciones económicas que proceden de países como Arabia Saudí o los emiratos del Golfo Pérsico, ¿cómo afecta ese vínculo al mensaje que predicán sus imanes? ¿Aceptar su financiación conlleva respetar las posibles directrices ideológicas o políticas que les

Concepción (Cádiz), denunció a su profesor del instituto porque en clase les informó de que el clima frío beneficiaba la curación del jamón de Trevélez.

⁸⁷⁷ Al respecto, la Directiva 93/119/CE, del Consejo, de 22 de diciembre de 1993, relativa a la protección de los animales en el momento de su sacrificio o matanza, estableció que *es necesario tener en cuenta los requisitos particulares de ciertos ritos religiosos*.

⁸⁷⁸ El Art. 6.3 de la Ley 32/2007, de 7 de noviembre, para el cuidado de los animales, en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio, establece que: *Cuando el sacrificio de los animales se realice según los ritos propios de Iglesias, Confesiones o Comunidades religiosas inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, y las obligaciones en materia de aturdimiento sean incompatibles con las prescripciones del respectivo rito religioso, las autoridades competentes no exigirán el cumplimiento de dichas obligaciones siempre que las prácticas no sobrepasen los límites a los que se refiere el Art. 3 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa. En todo caso, el sacrificio conforme al rito religioso de que se trate se realizará bajo la supervisión y de acuerdo con las instrucciones del veterinario oficial. El matadero deberá comunicar a la autoridad competente que se va a realizar este tipo de sacrificios para ser registrado al efecto, sin perjuicio de la autorización prevista en la normativa comunitaria.*

establezcan unos regímenes tan alejados de los principios y valores comunes de la sociedad europea, como el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia o la igualdad entre mujeres y hombres?

- ¿De qué forma se regulan la HAWALA⁸⁷⁹ u otras transacciones económicas que permanecen al margen de las normas establecidas por el Derecho Mercantil?
- ¿Existen escuelas privadas que sean exclusivas para los musulmanes⁸⁸⁰? ¿Hasta qué punto impide su integración que se puedan impartir las clases únicamente en árabe y de acuerdo con el currículo educativo de otro país que sea de mayoría musulmana⁸⁸¹?
- ¿La circuncisión se podría considerar como una práctica religiosa que ocasiona un daño físico a los niños⁸⁸²? Etc.

⁸⁷⁹ **SAN 2591/2010, de 26 de febrero.** Hawala: *flujo financiero internacional informal basado en la buena fe entre particulares.*

⁸⁸⁰ En Gran Bretaña existen las denominadas *Faith School*; escuelas privadas de carácter religioso. Las musulmanas –agrupadas en la *Association of Muslim Schools*– se guían por el Corán y la Sunna. En España, una Orden de 6 de marzo de 1998 autorizó al centro docente extranjero "Escuela Al-Fateh Árabe de Madrid" las enseñanzas del sistema educativo libio para alumnos exclusivamente extranjeros.

⁸⁸¹ *Corriere della Sera*, 8 de septiembre de 2005. El Ayuntamiento de Milán cerró la escuela árabe Fajr que impartía sus clases en un edificio catalogado como industrial, siguiendo el modelo escolar de Egipto y exclusivamente en árabe.

⁸⁸² *Spiegel*. 26 de junio de 2012: En 2010, unos musulmanes de Colonia llevaron a su hijo de 4 años a que un médico le practicara la circuncisión, pero tuvo que ser ingresado al sufrir una hemorragia. Un juzgado de esta ciudad absolvió al médico pero la fiscalía recurrió su decisión en septiembre de 2011 porque la integridad física del niño debía prevalecer sobre la libertad religiosa de los padres. En 2006, un ciudadano de origen turco que no era médico fue sancionado con una multa en Dúseldorf por circuncidar él a su hijo. El 10 de octubre de 2012, el Consejo de Ministros del Gobierno de Angela Merkel aprobó un proyecto de ley para legalizar la circuncisión de niños por motivos religiosos. BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ [en línea]. [Fecha de consulta: 15 de octubre de 2012]. Disponible en Internet: www.bmj.de

Tratar de resolver estos y otros conflictos demuestra tanto la diversidad como la complejidad de los problemas a los que debe dar respuesta nuestro ordenamiento jurídico. Probablemente, como señaló el profesor Olivier Roy, el enfoque más adecuado para solucionarlos sea abordarlos en su propio contexto local, allí donde se producen, por ser éste el entorno más cercano a los ciudadanos y, al mismo tiempo, el más alejado de debates teológicos o de *exigencias de garantías* (demandas de la comunidad musulmana que transforman lo que solo era *el reconocimiento de una expresión individual* en la exigencia de un *derecho comunitarista*⁸⁸³).

Es posible que esta fuera la solución más práctica e inmediata pero, desde el punto de vista jurídico, las respuestas de carácter local plantean el grave inconveniente de la desigualdad al provocar excepciones y vacíos legales que son incompatibles con las exigencias del principio constitucional de la seguridad jurídica.

Tuvimos ocasión de comprobarlo con la observancia de los ritos funerarios musulmanes y la policía sanitaria mortuoria: actualmente, en España, un musulmán puede recibir sepultura, de acuerdo con el ritual islámico, en función de la normativa existente en el lugar en que se haya producido su fallecimiento. Una situación que provoca inseguridad y un desigual ejercicio de la libertad religiosa de estos creyentes y que debe evitarse mediante la adopción de una normativa de carácter nacional que establezca unas condiciones mínimas comunes para todo el país aunque, posteriormente, puedan ser desarrolladas por las entidades locales o autonómicas.

⁸⁸³ ROY, O. *El Islam mundializado*. Barcelona: Bellaterra, 2003, p. 122.

De ese modo, el Derecho será la garantía de que los musulmanes puedan ejercer su religiosidad, basándose en los valores fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya nuestra sociedad, en una Europa que – a pesar de la actual incertidumbre– continúa siendo un espacio de justicia, dignidad y libertad.

CONCLUSIONES

En las últimas décadas, la situación del Islam en Europa ha sido objeto de abundantes estudios que lo han analizado desde muy diversas perspectivas: demografía, historia, bellas artes, economía, teología y, en especial, desde el punto de vista de sus consecuencias sociales y políticas; pero, habitualmente, los trabajos que se realizan en estas áreas del conocimiento apenas tienen incidencia o aplicación práctica en el ámbito del Derecho y ese es, precisamente, el enfoque que define a esta investigación: su fundamentación jurídica.

Tomando en consideración la normativa europea, la regulación de los ordenamientos nacionales, el criterio de la jurisprudencia y la opinión de la doctrina hemos reflexionado sobre ocho conflictos muy concretos que se producen, en el seno de la sociedad democrática europea, cuando los musulmanes ejercen su libertad religiosa.

Estos ocho problemas –que afectan, de forma particular, a los valores de la dignidad y las libertades– se enmarcan dentro del margen de apreciación que Europa reconoce a las autoridades nacionales para que sean sus propios legisladores quienes, de acuerdo con su derecho interno, aprecien las necesidades y condiciones que inciden en la esfera íntima de la religión.

Pero ese criterio, tan habitual en el repertorio de la Corte de Estrasburgo, está provocando una diversidad de soluciones de carácter local que conllevan un desigual ejercicio de la religiosidad musulmana entre unos Estados y otros y, lo que es más grave, dentro de un mismo país, como sucede en España con la dispar legislación estatal, autonómica y municipal.

Esa falta de coordinación normativa es incompatible con las exigencias del principio de seguridad jurídica y la obligación de que los Estados adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de este derecho fundamental.

El análisis de estos conflictos trata de equilibrar el reconocimiento de los aciertos con la crítica de los errores, ofreciendo soluciones o, al menos, alternativas útiles para que los musulmanes disfruten en Europa de los mismos derechos y obligaciones que los fieles de cualquier otra creencia.

I. A diferencia del concepto europeo de sociedad democrática –basado en tres elementos esenciales: el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura– en los países de mayoría musulmana, la comunidad de los creyentes se rige por unas reglas que han sido impuestas por la práctica irremplazable de Alá.

Esto supone, como afirmó el profesor Sartori, que frente a la “Gracia de Dios”, Europa inició un lento proceso hacia la “voluntad de la Nación” que concluyó a finales del siglo XVIII, cuando los revolucionarios franceses consolidaron la separación entre Iglesia y Estado. Un proceso que no ha encontrado semejanza en el mundo islámico.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reiterado que los principios fundamentales de nuestra democracia, tal y como se conciben en la Convención de Roma, de 1950, resultan difícilmente conciliables con ese fiel reflejo, permanente e inmutable, de

los dogmas y reglas divinas que establece el Islam. Con preceptos que intervienen en todas las esferas de la vida pública y privada de los musulmanes y donde los derechos fundamentales se reconocen sólo en la medida en que son convalidados por la ley religiosa, remitiéndose a lo estipulado en la charía para determinar el alcance y ámbito de aplicación de sus derechos y libertades.

Esto implica que algunos principios, como el pluralismo en la esfera política o la evolución de las libertades públicas, no tengan cabida en el Islam; en especial, cuando se aparta de algunos valores que proclama la Convención en materias como la legislación penal, el enjuiciamiento criminal o las normas relativas a la condición jurídica de las mujeres. Ante esa evidente dificultad para conciliar el carácter totalizador de esta religión con los valores que definen a un Estado de Derecho, cabe preguntarse: ¿pueden llegar a aplicarse en Europa todas las prescripciones islámicas?

A tenor del criterio que ha mantenido la Corte de Estrasburgo –en los casos Refah Partisi y otros contra Turquía, de 2003, o Kalifatstaat contra Alemania, de 2006– no es posible porque “la charia es incompatible con los principios fundamentales de la democracia”. En esa línea, incluso el polémico profesor suizo Tariq Ramadan ha considerado que, “evidentemente”, no se puede aplicar la totalidad de los principios islámicos porque “las prescripciones específicas relativas al matrimonio, la muerte, la herencia, el comercio, el interés, etc. no están en vigor en Europa”.

¿Significa esto que los musulmanes gozan de mayor libertad para ejercer su religiosidad en un país de mayoría musulmana que en nuestro continente?

Esta pregunta, formulada en esos términos, solo puede abocarnos a una respuesta inverosímil porque, sencillamente, no se pueden confrontar dos realidades tan complejas que no son equivalentes; por ese motivo, mientras en Europa un musulmán puede cambiar de religión, si así lo desea, pero su poligamia se considera delito; en una sociedad islámica, ese mismo hombre podría tener hasta cuatro esposas pero se le condenaría por apostatar.

El ejercicio de su libertad religiosa en uno u otro entorno es incomparable porque en una sociedad de mayoría musulmana, el Islam cuenta con un respaldo explícito, unánime y consuetudinario que no existe en Europa; mientras que aquí, su fe se manifiesta en un entorno secularizado pero que mantiene unas significativas raíces cristianas; y, en este punto, compartimos plenamente la opinión del islamólogo Samir Khalil cuando afirma que “aunque los europeos ya no sean cristianos en su totalidad, la mayoría se declara o se considera cristiana de fe, y se reconoce dotada de esa sensibilidad” de modo que incluso “el europeo agnóstico es culturalmente cristiano”.

Este es nuestro punto de partida para lograr una convivencia real y efectiva que permita a los musulmanes ejercitar su libertad religiosa sin ser objeto de ninguna otra restricción más allá de las que estén previstas por la ley y constituyan una medida necesaria, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades de los demás.

Una posición que aún resulta más compleja si asumimos que ni el Islam es una comunidad de creyentes monolítica ni los países europeos conforman un bloque homogéneo con unos valores perfectamente definidos.

II. Desde finales de los años 60, la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo viene reconociendo la existencia de un amplio margen de apreciación a los Estados parte, en aquellas materias donde no existe consenso y se hace necesario encontrar fórmulas de equilibrio en la regulación de los ordenamientos jurídicos nacionales.

Ese grado de discrecionalidad también se aplica al ejercicio de la libertad religiosa porque no existe un modelo único capaz de integrar las relaciones entre Iglesia y Estado y, por lo tanto, en Europa convive una pluralidad de sistemas que, sin embargo, coinciden en tres principios básicos que articulan las relaciones estatales con las diferentes confesiones:

1. Todos los Estados proclaman la libertad religiosa como un derecho fundamental, uno de los pilares sobre los que se asienta una sociedad democrática y un elemento esencial de la identidad de los creyentes;
2. Todos reconocen la autonomía de las comunidades religiosas ante las injustificadas interferencias del Estado; y,
3. Todos se comprometen a cooperar con estas comunidades, garantizando el respeto efectivo a la libertad religiosa y el papel

del Estado como “organizador neutro e imparcial del ejercicio de las diversas religiones”, como ha señalado el profesor Allué.

A partir de resolver el caso Kokkinakis contra Grecia, en 1993, el *sistema de Estrasburgo* ha elaborado una amplia jurisprudencia sobre el ejercicio de la libertad religiosa, concebida como una cuestión de conciencia individual que también implica la libertad de cambiar de religión y de manifestarla individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de sus ritos (la denominada esfera del *agere licere*); sin olvidar que, aquellos que optan por ejercer la libertad de manifestar su religión, no pueden esperar librarse de toda crítica. Deben tolerar y aceptar que otros nieguen sus creencias religiosas e incluso que propaguen doctrinas hostiles a su fe. Una cuestión que puede comprometer la responsabilidad del Estado para garantizar a los titulares de este derecho, el disfrute pacífico de su libertad religiosa.

En este delicado equilibrio que mantienen las libertades de expresión y de religión, la primera también ampara las críticas y declaraciones aunque puedan resultar polémicas o satíricas, e incluso ofensivas y rechazables para ciertos sectores de la sociedad, porque todas esas opiniones forman parte del debate público de un Estado democrático; no obstante, como ninguna libertad se concibe como un valor absoluto, ese amparo sólo existirá si las expresiones no constituyen insultos deliberados y gratuitos o un discurso del odio, ni una incitación a la perturbación del orden público o a la violencia y discriminación contra los fieles de una religión.

III. Si no encontramos un modelo único que integre las relaciones Iglesia-Estado, en Europa tampoco hallaremos un criterio uniforme sobre el estatuto jurídico del Islam o el grado de reconocimiento que deben otorgar los Estados a esta religión, ni tan siquiera sobre la organización, estructura o funcionamiento de las comunidades musulmanas en cada país.

Aunque no exista una referencia genérica, todas las iniciativas que desarrollen las organizaciones islámicas europeas deberán ser respetuosas y compatibles con los ideales y valores de una sociedad democrática; y, si llegara a producirse alguna injerencia en el ejercicio de su libertad, cualquier intromisión estará sujeta a un control efectivo que garantiza el poder judicial.

Como ha sintetizado, tan gráficamente, el profesor Martín-Retortillo, la experiencia europea en este campo ha evolucionado “de las guerras de religión a meras cuestiones administrativas” que se resuelven en la Corte de Estrasburgo, cuando se agota la vía del Derecho interno. Como consecuencia del imperio de la Ley, en la sociedad europea disponemos de mecanismos judiciales efectivos y adecuados para solucionar cualquier conflicto que surja, gracias a la preeminencia del Derecho.

Partiendo de estas premisas y después de analizar la situación del Islam en diversos países europeos, podemos conformar un patrón ejemplar con cinco notas características básicas que deberían estar presentes en todas las comunidades musulmanas europeas:

1. Crear una única organización paraguas, de ámbito estatal, que dé cobertura a todos los musulmanes con independencia de su doctrina (suní o chií), escuela jurídica u origen étnico o nacional (práctica habitual en Gran Bretaña y Alemania), para que esa entidad intervenga en un espacio público que se caracteriza por la pluralidad y sirva de nexo mediador entre el colectivo de musulmanes al que representa y el Estado;
2. Evitar el riesgo de politizar su estructura tanto si la iniciativa para crear esta organización paraguas surgió a instancias del Gobierno (caso de Holanda) en lugar de a propuesta de sus integrantes (Gran Bretaña), como si la institucionalización del Islam responde a un criterio tan afín a la política gubernamental que deslegitima su actuación y la distancia de su comunidad de base (España);
3. Convertirse en el único interlocutor válido que represente a todos los musulmanes que residan en un determinado ámbito geográfico; adaptando su organigrama interno a la división administrativa de cada Estado (siguiendo el modelo que se implantó en Francia, en España debería ser la suma de organizaciones locales, provinciales, autonómicas y nacional). Todas ellas se elegirían democráticamente;
4. Asesorar sobre el Islam, para evitar que el desconocimiento sobre los preceptos de esta fe, genere nuevos recelos y conflictos que se podrían haber evitado con un adecuado nivel de información. Partiendo de la idea del *Conseil des Théologiens* belga o del *Board of Counsellors* británico, pero

sin limitar su ámbito de actuación a su fuero interno sino abriendo la posibilidad de realizar consultas a toda la sociedad, como la *Muslimernes Fællesråd* de Dinamarca; y, finalmente,

5. Impulsar una ciudadanía más activa desde las mezquitas, como epicentro de cualquier comunidad islámica. Estos lugares de culto son, sobre todo, espacios de encuentro que deben fomentar la inclusión de los musulmanes y su participación en la vida social de su entorno más próximo.

Carecer de estos elementos afecta negativamente no solo a la representatividad de la comunidad musulmana y, por lo tanto, a su capacidad para lograr acuerdos con los poderes públicos, sino, en última instancia, repercute en los intereses de sus propios fieles; de modo que, en Italia, por culpa de su fragmentación, el Islam no recibe el porcentaje del *otto per mille* de las declaraciones del “IRPEF” que sí financia a otras religiones; y en Alemania, la existencia de dos grandes organizaciones paraguas ha impedido que logren el estatus de corporación de derecho público que consiguieron los Testigos de Jehová.

En cambio, si las organizaciones paraguas de cada país logran su reconocimiento oficial –como sucedió en Francia, Bélgica o España– se puede establecer un estatuto jurídico, con los derechos y obligaciones de los musulmanes, conformando el marco legal en el que se basarán sus relaciones con el Estado.

Aun así, España –que llegó a ser un referente en toda Europa gracias al Acuerdo que firmó el Gobierno con la Comisión Islámica en 1992– es un buen ejemplo de cómo se consiguió aquel reconocimiento

pero faltaron la voluntad y la unidad necesarias para desarrollarlo; finalmente, la realidad se impuso sobre aquella estructura original y, en la actualidad, coexisten un *Islam oficial* [formado por la inoperante CIE y dos organizaciones paraguas (UCIDE y FEERI) que han basado su relación en el continuo enfrentamiento) y un *Islam real* que no formó parte de aquel Acuerdo pero ha logrado una gran relevancia social por la falta de un referente institucional eficaz.

IV. Los crímenes de honor: son el primero de los ocho conflictos que hemos analizado. Mientras en el resto de Europa, esta conducta delictiva se ha convertido en un serio problema para sus autoridades, en España no se ha documentado ningún asesinato, dentro de la comunidad musulmana, que esté relacionado con ese arraigado concepto del honor; por ese motivo, ni contamos con programas de actuación específicos ni existe ninguna previsión legal sobre estos crímenes que, de haberse producido, quedaron encubiertos bajo el marco más genérico de la violencia doméstica y familiar con la que comparte la noción de considerar legítimo que un hombre imponga su autoridad sobre una mujer, disponiendo de su vida.

El caso español resulta aún más excepcional si tenemos en cuenta la situación que padecen Escandinavia, Bélgica, Holanda, Gran Bretaña, Alemania, Francia o Italia, donde los crímenes de honor se han convertido en una forma de violencia contra las mujeres que, irremediablemente, se vincula con el Islam porque, como reconoció la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en 2003, “la mayoría de los casos registrados en Europa se han dado entre musulmanes”; y esto

ocurre a pesar de que ningún precepto religioso sanciona estos asesinatos que obedecen, tan solo, a una tradición de las culturas patriarcales donde los miembros varones de una familia deben velar por la reputación de sus mujeres para que no mancillen el honor de su linaje.

Los primeros asesinatos que se cometieron en Europa por esta causa se produjeron en el noroeste del continente, en los años 60 y 70, coincidiendo con la llegada de los trabajadores invitados procedentes de países de mayoría islámica. Desde entonces, no se dispone de ninguna cifra fiable sobre la magnitud exacta de estos delitos.

Mientras el Consejo de Europa reaccionó con celeridad y consideró que los Estados miembros debían adoptar algunas medidas de carácter legislativo, administrativo y programático para combatir esta situación, mediante una política criminal basada en cuatro grandes principios (prevención, apoyo, formación e información); su actuación contrasta con la llevada a cabo por la Unión Europea.

Desde Bruselas tan sólo se ha pretendido que las nuevas generaciones cambien de actitud sobre el papel que desempeñan las mujeres, para que asimilen la idea de que esa violencia, que no es natural, tampoco se aprenda. Un fin muy loable pero que se desarrolla sin el consenso ni la uniformidad de los Estados miembros, lo que ha trascendido al acervo comunitario de modo que no existe ninguna disposición específica en el Derecho Comunitario Europeo que se refiera a los crímenes de honor. Una falta de iniciativa que sorprende aún más si tenemos en cuenta el rigor que han demostrado las instituciones de la Unión para luchar contra el siguiente conflicto.

V. Las mutilaciones genitales femeninas (MGF) también hunden sus raíces en una costumbre ancestral vinculada con la moral y las creencias sociales, no con preceptos religiosos, y a diferencia de los crímenes de honor, sí que se producen en toda Europa.

Al menos en 28 países africanos y asiáticos todavía se conciben las MGF como un acto que purifica a las niñas menores de 15 años, para mejorar su fertilidad en un rito de transición que las convierte en mujeres. Argumento tradicional que, de ningún modo, justifica la gravedad del daño que se les ocasiona.

En 2001, la iniciativa surgió de nuevo en el marco de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa al reclamar su prohibición por considerar que las MGF eran “un trato inhumano y degradante en el sentido del Art. 3 del Convenio”. Dos años más tarde, el Parlamento Europeo constató la existencia de esta práctica entre las comunidades inmigrantes y, en 2008, cuantificó su incidencia en unas 180.000 mujeres emigradas a Europa, pidiendo a los Estados miembros que considerasen cualquier MGF como delito, aunque la mujer afectada hubiese otorgado su consentimiento; que persiguieran, procesasen y castigasen penalmente a cualquier residente que hubiera cometido el delito, incluso fuera de sus fronteras (principio de extraterritorialidad) y que aprobasen medidas legislativas para otorgar al poder judicial la posibilidad de adoptar medidas cautelares y preventivas.

Esa misma firmeza es la que se echa en falta con el tibio trato que, hasta el momento, han recibido los crímenes de honor.

La dificultad para armonizar la legislación penal de los Estados miembros de la Unión Europea ha supuesto la existencia de dos grandes planteamientos:

- a) Por un lado, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Holanda, Irlanda, Luxemburgo o Portugal prohíben las MGF mediante su regulación penal genérica, asimilándolas al delito de lesiones; y
- b) Por otro lado, algunos países han legislado específicamente para perseguirlas: aprobando nueva normativa (como Suecia o Reino Unido) o adaptando los códigos penales para tipificar las MGF (Italia, Austria, Dinamarca, Bélgica o España) y, en este caso, con diversidad de criterios, como la genérica regulación española que incluyó en el tipo penal las mutilaciones genitales femenina o masculina en “cualquiera de sus manifestaciones”.

Estas medidas penales deben ir acompañadas de otros programas de actuación para informar a los inmigrantes de que esas prácticas son delictivas en Europa; pero esa labor de sensibilización está muy poco desarrollada y, en el caso español, no existe ningún protocolo de actuación estatal y tan sólo Cataluña y Aragón cuentan con guías de prevención regionales. Si los inmigrantes carecen de la información necesaria para disuadirles de mantener las MGF en los países de acogida, resulta ilusorio pensar que puedan recibir ese consejo en sus países de origen.

VI. Las tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes: desde 1996, cuando una persona –nacional de un país no comunitario o un apátrida– alega haber sufrido torturas o malos tratos y solicita la protección europea, los Estados miembros mantienen una posición común muy firme en la que “el factor determinante [es] la existencia de temores fundados de ser perseguido por motivo de raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a un grupo social determinado”; pero le corresponde al solicitante presentar aquellos elementos necesarios para que se pueda apreciar la veracidad de los hechos y circunstancias alegadas; y esa carga de la prueba es, precisamente, el elemento esencial a la hora de denegar el asilo a quienes no han logrado demostrar esos “temores fundados”.

Erradicar la tortura y rehabilitar a sus víctimas es, hoy por hoy, una de las prioridades que se ha marcado la Unión Europea, pero esta prohibición –que se consagra como uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas– continúa produciéndose en muchos países de todo el mundo, incluyendo la práctica totalidad de los países de mayoría musulmana, donde sus ordenamientos contemplan la aplicación de penas corporales e incluso la ejecución. Esto conlleva un inevitable flujo de personas que huyen de aquellas naciones buscando asilo en Europa, amparándose en el derecho que les asiste: nadie puede ser “devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes”, según establece el Art. 19.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

La sólida jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha reiterado el criterio europeo y, para la concesión de asilo, “basta la existencia de indicios suficientes, pero han de existir y es carga del recurrente aportarlos”. En ese momento es cuando las autoridades españolas han podido comprobar el grado de picaresca de muchas de las solicitudes que se reciben procedentes de ciudadanos magrebíes.

En este conflicto, la única solución es valorar todas las peticiones de asilo, lo que conlleva un gran esfuerzo tanto para la Administración, para conceder o denegar cada solicitud de forma particular; como para la Justicia, resolviendo los recursos que se interponen contra aquella actuación administrativa, examinando las circunstancias particulares de cada caso, valorando la verosimilitud y coherencia del relato así como los indicios presentados y los informes del ACNUR para conceder el asilo o desestimar la solicitud, a pesar de que muchas de aquellas peticiones no obedecen a una de las violaciones más graves de los derechos fundamentales sino a otras razones de índole social o económico.

VII. La orientación sexual y la identidad de género: como sucedía con el anterior conflicto, su principal incidencia se produce en las solicitudes de asilo de la inmigración –generalmente, masculina– que procede de países de mayoría musulmana. La principal diferencia estriba en que, en este caso, no existe una posición común europea sino un amplio margen de apreciación a los Estados que han ido incorporando esta regulación a sus ordenamientos jurídicos en las dos últimas décadas, pero con notables diferencias en el nivel de los derechos civiles que se reconocen a los homosexuales.

En la Unión Europea, pese a carecer de una política común y a la existencia de divergencias en las regulaciones nacionales, todos los Estados miembros garantizan a cualquier persona –sea cual sea su orientación sexual o su identidad de género– poder vivir con la misma dignidad y respeto al que tienen derecho todos los seres humanos; sin que sufran por ese motivo ningún tipo de violencia, hostigamiento, discriminación, exclusión o estigmatización, siendo tratados con igualdad y sin discriminaciones basadas en prejuicios.

Mientras esto sucede en una sociedad democrática que se implica en la defensa de los derechos civiles y se muestra sensible a la vulneración de la dignidad de las personas; en los Estados islámicos, el Corán desapruueba las prácticas homosexuales pero sin llegar a establecer un castigo concreto para recriminar estas conductas por lo que ha sido cada escuela jurídica del Islam la que ha propuesto cuál debía ser la pena impuesta para castigarlas. Esto conlleva notables diferencias punitivas, desde la mera imposición de una multa hasta la reclusión en prisión e incluso la pena de muerte; lo que convierte a la orientación sexual en uno de los motivos por los que muchos inmigrantes musulmanes solicitan asilo en Europa.

La política del ACNUR en este campo establece que los homosexuales también pueden ser reconocidos como refugiados si se enfrentan a ataques, tratamientos inhumanos o a una seria discriminación a causa de su homosexualidad, y sus gobiernos no son capaces de protegerlos.

La consecuencia práctica es, como ocurría con las solicitudes de asilo de quienes alegaban sufrir torturas o malos tratos, que la

jurisprudencia del Tribunal Supremo establece que, para la concesión del asilo, son suficientes los indicios de que el solicitante pueda ser perseguido por su orientación sexual pero que dichos indicios han de existir y es carga del recurrente aportarlos. De ahí que la Administración Pública y el Poder Judicial deban examinar y resolver, en su caso, cada petición, para conceder o no el estatuto de refugiado.

VIII. El velo: en los Estados de mayoría musulmana, el origen de las prescripciones legales relativas al uso del pañuelo no procede de las fuentes primarias del Derecho Islámico (el Corán y los hadices) sino del grado de obligación que determine cada nación, de acuerdo con sus propias tradiciones, la escuela jurídica a la que se adscriban y la rigurosidad que impere entre sus gobernantes; en Europa, la regulación de esta prenda también es discrecional.

En 2004, la jurisprudencia del TEDH afirmó que “el uso del velo puede ser considerado como un acto motivado o inspirado por una religión” (casos Kervanci contra Francia y Leyla Sahin contra Turquía). Se refería a dos demandas que se interpusieron contra estos países – donde el laicismo es un valor constitucional– cuando sus ordenamientos impusieron restricciones legales para utilizar el pañuelo. La Corte de Estrasburgo estimó que aquellas limitaciones no eran desproporcionadas, se habían ajustado a Derecho y perseguían un fin legítimo (proteger los derechos y libertades), por lo que concluyó que fueron “necesarias en una sociedad democrática” sin entrar en contradicción con el Art. 9.2 del Convenio.

Los conflictos francés y turco se produjeron en el ámbito educativo; en ese contexto, sus restricciones conviven con el habitual margen de apreciación de otros países, dando lugar a naciones en las que el uso del velo no ha suscitado ninguna controversia (como Portugal, Grecia o la República Checa); mientras que Suecia y Finlandia autorizan el uso del hiyab pero permiten prohibir el burka o el niqab; Alemania delega en sus *Länder* la posibilidad de autorizarlos o no; y Gran Bretaña se remite a la autonomía de los colegios públicos para adaptar su régimen interno al entorno social de la escuela... Una legislación tan diversa que usar el velo supone un disfrute desigual del *agere licere*, en función de donde residan las musulmanas.

Este problema llegó a los colegios españoles en 2002 y, aunque algunos centros prohibieron a las alumnas utilizar el hiyab, basándose en su reglamentación interna, la mayoría de los conflictos se han resuelto primando el derecho a la educación de las menores y garantizando su escolarización, con velo, en otra escuela pública; pero, en 2010, un caso que ocurrió en Pozuelo de Alarcón (Madrid), y que aún permanece *sub iudice* pendiente de apelación, reconoció que el precepto del Reglamento de Régimen Interior entrañaba “una injerencia en el derecho de libertad religiosa” pero lo admitió “por ser necesaria en el ámbito de una sociedad democrática”.

Un fallo judicial muy discutible que parece olvidar que la libertad religiosa es un derecho fundamental proclamado por la Constitución, que no se puede ver limitado por la autonomía organizativa y normativa que faculta a los centros educativos a redactar sus propios reglamentos.

Para evitar esa incoherencia jerárquica, las autoridades educativas competentes tienen que impedir el contrasentido de que una adolescente musulmana pueda matricularse mostrando su DNI –un documento público y oficial– con el pañuelo cubriéndole la cabeza y que, al llegar al colegio, el centro la sancione con el argumento de que su reglamentación interna lo prohíbe.

Las características que deben poseer las fotografías del Documento Nacional de Identidad y el pasaporte son otro ejemplo singular de la necesidad de coordinar debidamente la normativa española.

Aunque la reglamentación es palmaria: el DNI “incluirlá una fotografía reciente en color del rostro del solicitante (...) con la cabeza totalmente descubierta y sin (...) cualquier otra prenda que pueda impedir o dificultar la identificación de la persona”, una instrucción de la Policía admitió “las fotografías en las que el solicitante lleve la cabeza cubierta con pañuelo, toca o prenda que imponga un culto religioso”; lo que autoriza a las mujeres musulmanas a aparecer cubiertas con el hiyab en el DNI (como sucede en Italia, Holanda, Dinamarca, Alemania, Gran Bretaña o Bélgica; mientras que Francia, Turquía o, curiosamente, Argelia, lo prohíben). Contraviniendo la jerarquía normativa, una instrucción policial desdice el evidente tenor literal de un Real Decreto, que es una disposición de rango superior.

En cuanto al polémico uso del velo integral, en Francia, Bélgica y Holanda se prohibieron el burka y el niqab en los espacios públicos pese a la unánime oposición de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, donde también están representados estos países. En España, el debate no se planteó en la esfera nacional sino en el ámbito municipal, en

2010, cuando el Ayuntamiento de Lérida prohibió “acceder o permanecer en los espacios o locales destinados al uso o servicio público, a las personas que porten velo integral”. La iniciativa de este consistorio fue secundada posteriormente por más de una docena de municipios catalanes, baleares, madrileños y andaluces.

Legalmente, la infracción que tipificó la ordenanza de Lérida tiene encaje en uno de los criterios de antijuridicidad contemplados en la legislación de Régimen Local, por lo que el Ayuntamiento ostenta plenas competencias para, de forma limitada a esos espacios municipales, establecer esa prohibición. Esta postura fue refrendada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña al estimar que aquella medida cumplía todas las exigencias dictadas por la Corte de Estrasburgo: estaba prevista por una norma, perseguía un fin legítimo y era necesaria en una sociedad democrática donde se consideraba que el uso del burka resultaba difícilmente conciliable con la efectiva igualdad entre mujeres y hombres.

La ausencia de normativa, estatal o autonómica, que regule esta prohibición de los velos integrales en los espacios públicos españoles remite la solución de los futuros conflictos al criterio que vaya estableciendo la incipiente jurisprudencia en un debate que, en nuestro país, obedece más a razones de oportunidad política que a la demanda de la sociedad, primando las preocupaciones y temores más que las razones y los hechos.

IX. Las consecuencias de la poligamia: resulta difícil encontrar una situación más absurda y contradictoria en los ordenamientos jurídicos

Europeos: todos los Códigos Penales tipifican la bigamia como delito y ningún Estado miembro de la Unión admite la celebración de enlaces polígamos en el orden civil, porque el elemento esencial del modelo de matrimonio que existe en Europa define un sistema monógamo que protege una determinada concepción matrimonial basada en el compromiso de dos personas.

Aun así, España, Francia, Bélgica, Portugal y Alemania han suscrito convenios bilaterales en materia de Seguridad Social con países del Magreb en los que se estipula que “en caso de que exista más de una viuda con derecho, la pensión de supervivencia se repartirá entre ellas a partes iguales”. A tenor de esta previsión, las pensiones de viudedad se tienen que prorratear entre las mujeres del difunto y, por lo tanto, se está reconociendo explícitamente eficacia jurídica a una institución islámica que está prohibida.

Si ya resultaba suficientemente grave que el orden social se haya convertido en un *verso suelto*, descoordinado del resto del ordenamiento, es inaudito que la jurisprudencia esté fallando con tal diversidad de criterios: prorratear las pensiones al 50 por 100 entre las viudas, dividir la prestación en función del periodo efectivo de duración de cada enlace o adjudicarle la totalidad a una sola de las mujeres porque el segundo matrimonio se considera nulo.

Es imprescindible interponer un recurso de casación para la unificación de doctrina, ante el Tribunal Supremo, que unifique las sentencias dictadas en suplicación por las salas de lo social de los Tribunales Superiores de Justicia autonómicos.

Aunque el problema de fondo continuará siendo el mismo: la redacción de aquellos acuerdos bilaterales que deberían ser renegociados para eliminar dicha cláusula. El ejemplo a seguir es Italia, donde el derecho a la pensión de viudedad, en los casos de poligamia, se reconoce solo a la primera esposa o a aquella cuyo matrimonio sea el válido. En igual sentido, en 2006, el Parlamento Europeo ya pidió a la Comisión “que aliente a los Estados miembros a que perseveren en su voluntad de no reconocer la poligamia en sus ordenamientos jurídicos nacionales, ya que tal reconocimiento infringiría el Derecho comunitario en lo que concierne a la protección de la mujer”.

En el ámbito musulmán, la institución jurídica de la poliginia –la poliandria sería impensable– es una práctica de origen ancestral que, desde la Antigüedad, continúa siendo legal en 47 países; pero el concepto islámico del matrimonio no es análogo al europeo porque se concibe como un mero contrato civil para legitimar sus relaciones íntimas que, salvando las distancias, se aproxima más al concepto de las uniones de hecho; y el Corán tampoco impone a los hombres contraer hasta cuatro matrimonios simultáneos (es una opción, no una obligación) por lo cual, prohibir la poligamia no atenta contra el ejercicio de su libertad religiosa.

La defensa de este criterio no se reduce –como ha señalado un sector de la doctrina científica– a una mera cuestión económica porque la clave de este conflicto trasciende a sus efectos pecuniarios; es un atentado contra la dignidad, la igualdad y la libertad de todas las mujeres, tres de los valores superiores de una sociedad democrática.

Finalmente, la bigamia también determina la denegación de conceder la nacionalidad porque se entiende que los polígamos no

justifican el suficiente grado de integración en la sociedad; es un límite para denegar las solicitudes de visados de residencia, cuando el solicitante trata de reagrupar con su familia a una segunda esposa; y tampoco se admite la inscripción de un segundo matrimonio en los registros si no se ha disuelto previamente el anterior.

X. La observancia de los ritos funerarios musulmanes: este conflicto surge cuando se trata de compaginar la regulación de la policía sanitaria mortuoria –que, en España, mayoritariamente exige la inhumación de los fallecidos dentro de un féretro– con el respeto a los requisitos del Islam para llevar a cabo un enterramiento digno, acorde con sus creencias (básicamente: sin ataúd, en contacto directo con la tierra y orientado a La Meca); aunque el problema de fondo de esta reivindicación musulmana – una de sus mayores demandas– es que más de un millón de fieles disponen de catorce almacabras para enterrar a sus difuntos y seis CC.AA. carecen de este equipamiento.

A diferencia de lo que sucedió en el resto de Europa, donde hubo una mayor convivencia entre confesiones religiosas, el devenir histórico español ha forjado una religiosidad que, mayoritariamente, continúa siendo católica; y, en ese contexto social, la identidad de nuestros cementerios –y su regulación– refleja una espiritualidad acorde con las tradiciones cristianas.

Desde el punto de vista jurídico, el problema se originó por la falta de previsión del Art. 2 *in fine* del Acuerdo que suscribieron el Estado y la CIE en 1992, cuando se estableció la sujeción del derecho a la concesión de parcelas reservadas para los enterramientos islámicos en los

cementerios municipales “a lo dispuesto en la legislación de régimen local y de sanidad”. Si aquella referencia se hubiera redactado de forma similar, por ejemplo, a la excepción que se prevé en la legislación sobre sacrificios animales (para que las autoridades competentes no exijan cumplir la obligación del aturdimiento porque esa práctica es incompatible con las prescripciones de ciertos ritos religiosos) no estaríamos hablando de la existencia de este conflicto.

No obstante, el quid no se encuentra en la legislación de régimen local sino en su aspecto sanitario, una normativa enmarcada en el ámbito de la policía sanitaria mortuoria que se desarrolló en un Reglamento preconstitucional, de 1974, que aún prohíbe “la conducción, traslado y enterramiento de cadáveres sin el correspondiente féretro”.

La atribución de competencias exclusivas en materia de sanidad e higiene a las CC.AA. y el desarrollo normativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de sanidad interior ha supuesto que casi todas las regiones hayan desarrollado sus propios Reglamentos, pero dando lugar a planteamientos opuestos que afectan a la práctica religiosa musulmana, de nuevo, por la disparidad de respuestas regionales y locales.

Tan solo Andalucía prevé expresamente que “en aquellos casos que por razones de confesionalidad, así se solicite y se autorice por el Ayuntamiento (...) podrá eximirse del uso de féretro para enterramientos, aunque no para la conducción”; lo cual posibilita inhumar el cuerpo sin féretro pero si lo autoriza la corporación local, lo que supone depender del arbitrio discrecional de cada municipio.

Algunos ayuntamientos (como Bilbao, Granada o Zaragoza) han añadido un tercer elemento de discordia a lo dispuesto en la anacrónica legislación nacional y la dispar reglamentación autonómica, al suscribir acuerdos de colaboración con las comunidades islámicas locales para – entre otros aspectos– promover la construcción de cementerios o crear parcelas de uso exclusivo para poder enterrar a sus difuntos observando sus propios rituales.

Comprendiendo que el fin último de esos convenios municipales es dar cumplimiento, en el ámbito local, a las previsiones del Acuerdo que el Estado firmó con la CIE en 1992, la consecuencia es que, en España, un musulmán puede ser enterrado de acuerdo con las exequias del Islam, o no, en función de su lugar de residencia –de modo que el ejercicio de su libertad religiosa será menor en Valladolid que en Sevilla– e incluso, en Andalucía, dependerá de la voluntad de las autoridades locales.

Debe revisarse la legislación y reglamentación sobre policía sanitaria mortuoria para adaptarla tanto a las técnicas y materiales que se emplean actualmente en la construcción de cada unidad de enterramiento; como a la identidad religiosa de un país donde conviven creyentes de diversas confesiones; con unas regulación nacional de mínimos, común a todas las regiones, e incluso proponiendo soluciones imaginativas, como la creación de cementerios musulmanes de carácter regional, provincial o comarcal. De esta forma, las autonomías podrían ayudar a los municipios a ordenar el uso del espacio y garantizar un equilibrio territorial de interés general que resuelva las carencias de la sociedad para ejercitar su libertad religiosa.

En el resto del continente, el Consejo de Europa ha recomendado eliminar todos los obstáculos legales o administrativos innecesarios para la práctica del Islam y sus ritos funerarios pero, de nuevo, el margen de apreciación nacional conlleva una diversidad de criterios: Francia y Bélgica prohíben enterrar los cuerpos sin féretro; Italia autoriza a inhumarlo envuelto solo con el sudario; Gran Bretaña o Alemania lo permiten si se cumplen las ordenanzas municipales o federales de sanidad e higiene y lo autoriza la administración local; y Portugal permite la inhumación con sudario pero obliga al traslado en féretro que deberá destruirse en las instalaciones municipales porque no se les permite llevárselo y que la comunidad musulmana lo pueda reutilizar en otro entierro.

XI. La construcción de mezquitas. Por último, uno de los derechos que comprende la libertad religiosa es el establecimiento de lugares de culto para desarrollar sus fines; pero, en España –donde es notorio que el Cristianismo mantiene una base sociológica muy significativa– nuestro Derecho Urbanístico apenas contiene disposiciones que regulen, de forma específica, el uso del suelo para fines religiosos; a diferencia de lo que ocurre en nuestro entorno europeo, donde la libertad de culto favoreció, desde hace siglos, la práctica de distintas creencias y por ende, la construcción de sus propios templos.

La mezquita es el epicentro de cualquier comunidad islámica pero no solo como lugar de plegaria sino –sobre todo– como espacio de reunión, convivencia y socialización en el que los fieles comparten sus

vivencias cotidianas, mejorando su calidad de vida y favoreciendo su integración en la sociedad.

Tanto la Ley Orgánica de Libertad Religiosa como el Acuerdo de 1992 con la CIE dieron por supuesto su existencia, pero no previeron ni la regulación para ubicarlas ni los requisitos de apertura, de modo que nuestro Derecho Urbanístico se remitió a las reglas y principios generales de la Ley del Suelo, de 2008, donde tampoco se planteó ninguna reserva de suelo para construir lugares de culto ni se estableció que los planeamientos urbanísticos debieran contemplar estos equipamientos.

Ante la ausencia de una regulación de carácter nacional, la legislación que han desarrollado las Comunidades Autónomas en materia de urbanismo tampoco otorga ninguna consideración especial a los espacios religiosos, considerándolos equipamientos comunitarios como los hospitales, colegios o polideportivos.

Con estos antecedentes legales, si los musulmanes se dirigen a un Ayuntamiento para solicitar la apertura al culto de una mezquita, las corporaciones locales no disponen ni de procedimientos ni de la orientación jurídica adecuada para gestionar el hecho religioso.

Esto significa que, a la hora de conceder o no la perceptiva autorización, la discrecional decisión que adopte el municipio puede vulnerar la libertad religiosa de los musulmanes, limitando el ejercicio de un derecho fundamental, por simple desconocimiento. Si a esta dificultad le añadimos la susceptibilidad que despierta en los vecinos, la habitual precariedad de estos lugares de culto y su escasa visibilidad, el resultado no ayuda a que el Islam se abra a la sociedad por falta de una previsión legal que gestione la diversidad religiosa.

Ese vacío, que provoca una disparidad de criterios en los ayuntamientos a la hora de conceder licencias, sólo se ha unificado en Cataluña; única región que, por el momento, cuenta con una ley específica de 2009 y, paradójicamente, es la comunidad donde se han planteado mayores problemas de convivencia.

El modelo catalán considera que la apertura de locales de culto es un derecho por el que deben velar las administraciones, que no tiene por objeto dar permiso para la actividad religiosa en sí, que es un derecho fundamental, sino garantizar que el uso del local reúne las condiciones adecuadas para ese tipo de actividad. Para determinar las necesidades municipales de suelo se debe tomar en consideración “las sugerencias o alegaciones que a tal efecto formulen las confesiones y comunidades religiosas en el transcurso del proceso de participación ciudadana que se desarrolle con motivo de la formulación de aquellos planes”. Un buen criterio que debería generalizarse a todas las regiones españolas y que ya se utiliza en Francia o Alemania.

Como sucedió con el ritual de las exequias, la construcción de mezquitas no puede convertir a los ayuntamientos españoles en árbitros que contemplen cada conflicto, decidiendo de acuerdo con sus propios criterios. Es necesario que exista una regulación nacional básica y que las CC.AA. presten su ayuda a los municipios para ordenar el uso religioso del suelo y garantizar que el establecimiento de lugares de culto sea, verdaderamente, uno de los derechos comprendidos en el ejercicio de la libertad religiosa.

En otros Estados europeos, aunque las confesiones religiosas cuentan, desde hace siglos, con sus propios lugares de culto, no existe un

criterio uniforme para regular estos equipamientos, dando lugar a la habitual pluralidad de modelos que sí que coinciden en un punto: la discrecionalidad de las administraciones locales.

Probablemente, Italia es el mejor espejo en el que se puede mirar España por su indudable semejanza con nuestro legado cultural. Su Constitución también atribuye la competencia en materia de urbanismo a las regiones, pero la normativa estatal estableció unas pautas genéricas en 1968, de modo que en las áreas residenciales y los espacios públicos destinados a actividades comunitarias, se deben reservar 2 m² a equipamientos de carácter religioso.

Partiendo de esa base, su normativa regional coincide al tener en cuenta las necesidades de cada localidad y las demandas formuladas por las confesiones religiosas, pero diverge en el criterio para reservar estas dotaciones; asimismo, ha resultado innovadora al implantar la *Devoluzione contributi urbanizzazione secondaria* por la que los ayuntamientos donan a las autoridades religiosas una tasa, nunca inferior al 10% de los ingresos que el Ayuntamiento obtiene anualmente por conceder permisos de obra. Una buena idea para que los lugares de culto tengan una fuente de financiación transparente.

XII. Tratar de resolver estos y otros conflictos demuestra la diversidad y complejidad de los problemas a los que debe dar respuesta el Derecho, para lograr que los musulmanes puedan ejercer su libertad religiosa, basándose en los valores fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya nuestro ordenamiento jurídico, en una Europa que –a pesar de la

actual incertidumbre– continúa siendo un espacio de justicia, dignidad y libertad

Pero el hecho de haber dado prioridad a estas ocho situaciones no significa desconocer la existencia de otros problemas, por lo que –a partir de este momento– se abren nuevas líneas de investigación para analizar el ejercicio de este Derecho Fundamental, desde una perspectiva jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

- ABÚ-SAHLIEH, S.A.A. *Les Musulmans face aux droits de l'homme (religion, droit et politique: études et documents)*. Bochum: Dieter Vinkler, 1994.
- ABUMALHAN, M. *Comunidades islámicas en Europa*. Madrid: Trotta, 1995.
- AGUILERA BARCHET, B. *Iniciación histórica al Derecho Musulmán*. Madrid: Dykinson, 2007.
- ALLIEVI, S. Organizzazione e potere nel mondo musulmano: il caso di Milano. En WAARDENBURG, J. et al. *I musulmani nella società europea*. Milán: Fondazione Giovanni Agnelli, 1994.
 - *La Guerra delle moschee. L'Europa e la sfida del pluralismo religioso*. Padua: Marsilio, 2010.
- ALLUÉ BUIZA, A. Pluralismo político en Turquía y TEDH. *Revista de Estudios Europeos*, 2003, nº 34.
 - Libertad y seguridad en Europa. La protección del pluralismo y las experiencias de democracia militante. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 2006, nº 10.
 - Multiculturalismo y derechos políticos en Europa. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 2008, nº 15.
 - Multiculturalismo y extensión de los derechos políticos a los extranjeros en Europa. El caso español. En MARTÍN DE LA GUARDIA, R. y PÉREZ SÁNCHEZ, G. A. (dirs.) *Los Derechos Humanos sesenta años después (1948-2008)*. Valladolid: Instituto de Estudios Europeos y Universidad de Valladolid, 2009.

- El control material del pluralismo. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2010, nº 15.
- ALMAGRO RODRÍGUEZ, N. M. Comentario a la sentencia de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, de 19 de junio de 2008, sobre denegación de la concesión de la nacionalidad española por poligamia. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2009, vol. 1, nº 2.
- ÁLVAREZ CONDE, E. *Curso de Derecho Constitucional*, 6ª ed. Madrid: Tecnos, 2008.
- AMIRIAN, N. y ZEIN, M. *El Islam sin velo*. Barcelona: Planeta, 2009.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Open Secret, Mounting evidence of Europe's complicity in rendition and secret detention*. Londres: AI Publications, 2010.
- AN NAWAWI. I. *El Jardín de los Justos*. Almodóvar del Río: Junta Islámica, 1999.
- AZURMENDI, M. *Estampas de El Ejido*. Madrid: Taurus, 2001.
- BARNAVI, É. *Las religiones asesinas*. Madrid: Turner, 2006.
- BAUMAN, Z. *Europa. Una aventura inacabada*. Madrid: Losada, 2006.
 - *Múltiples culturas, una sola humanidad*. Barcelona: Katz y CCCB, 2008.

- BAWER, B. *Mientras Europa Duerme. De cómo el islamismo radical está destruyendo Occidente desde dentro*. Madrid: FAES, 2007.
- BERNARD, S. *Combatir los crímenes de honor en Europa*. Lausana: SURGIR, 2012.
- BINGHAM, T. Personal Freedom and the Dilema of Democracies. *International and Comparative Law Quarterly*, 2003, nº 52-04.
- BORCHARDT, K.D. *El ABC del Derecho de la Unión Europea*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2011.
- BROWN, N.J. *Constitutions in a nonconstitutional world. Arab basic laws and the prospects for accountable government*. Nueva York: Suny Press, 2002.
- BUENDÍA, P. *La Declaración de los Derechos Humanos en el Islam, en Los Derechos Humanos. 60 años después (1948-2008)*. Valladolid: Instituto de Estudios Europeos, Universidad de Valladolid, 2009.
- BURLEIGH, M. *Causas sagradas. Religión y política en Europa*. Madrid: Taurus, 2006.
- CALDWELL, C. *La revolución europea. Cómo el Islam ha cambiado el Viejo Continente*. Barcelona: Debate, 2010.
- CALVO, A. El nasciturus como sujeto de derecho. *Cuadernos de Bioética*, 2004, nº 2004/2.
- CASANOVA, J. *La Iglesia de Franco*. Madrid: Temas de hoy, 2001.

- CASTORIADIS, C. *El ascenso de la insignificancia*. Madrid: Cátedra, 1998.
- CATALÁ, S. Libertad religiosa de la mujer musulmana en el Islam. En MOTILLA, A. (coord.) *El pañuelo islámico en Europa*. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- CHAO REGO, X. *Iglesia y franquismo. 40 años de nacional catolicismo (1936-1976)*. Santa Comba: tresCtres, 2007.
- CHARFI, M. *Islam y libertad. El malentendido histórico*. Granada: Almed, 2001.
- CHÁVET LOZOYA, M.; SÁNCHEZ GALLEGO, R. y PADIAL PÉREZ, J. Ensayo de rituales de enterramiento islámicos en al-Andalus. *Anales de Prehistoria y Arqueología*, 2006, nº 22.
- CHESLER, P. *Worldwide trends in honor killings*. Filadelfia: Middle East Quarterly, 2010.
- CIÁURRIZ, M. J. La situación de las comunidades islámicas en España. En MOTILLA, A. (ed.) *Los musulmanes en España. Libertad religiosa e identidad cultural*. Madrid: Trotta, 2004.
- COMBALÍA, Z. Mujer y matrimonio en el Derecho Islámico. *Conciencia y Libertad*, 2001, nº 13.
- CORTÉS, J. *El Corán*. 2ª ed. Barcelona: Herder, 2007.
- COSTA, S. O Islão em Portugal. En PINTO, M. C. (coord.) *O Islão na Europa*. Lisboa: Prefácio, 2006.
- COULSON, N.J. *Historia del Derecho Islámico*. Bellaterra: Barcelona, 1998.

- COURBAGE, Y. y TODD, E. *Encuentro de civilizaciones*. Madrid: Foca, 2009.
- DAHL, R. A. *La democracia. Una guía para los ciudadanos*. Madrid: Taurus, 1999.
- DALRYMPLE, W. En el corazón de las madrasas. *Revista de Occidente*, 2006, nº 298.
- DELMAS-MARTY, M. *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne*. París: Éditions de la Maison des Sciences de L'Homme, 1996.
- DÍAZ CREGO, M. Derecho de Extranjería y jurisprudencia del TC, TEDH y TJUE. En AJA, E., ARANGO, J. y ALONSO, J. O. *Anuario de Inmigración en España, Edición 2011*. Barcelona: CIDOB, 2011.
- DÍAZ-SALAZAR, R. *España laica*. Madrid: Espasa, 2008.
- DIRIE, W. y D'HAEM, J. *Amanecer en el desierto*. 9ª ed. Madrid: Maeva, 2003.
- DUGUIT, L. *Lecciones de derecho público general*. Madrid: Marcial Pons, 2011.
- ENTRENA KLETT, C.M. *Matrimonio, separación y divorcio*. 3ª ed. Pamplona: Aranzadi, 1990.
- ESCOBAR STEMMANN, J.J. Activismo islámico en España. *Revista Política Exterior*, 2008, nº 124.
- ÉTIENNE, B. ¿Qué inquieta del Islam? En EDICIONS BELLATERRA *Visiones del Islam*. Barcelona: Bellaterra, 2006.

- FALLACI, O. *La rabia y el orgullo*. 11ª ed. Madrid: La Esfera de los Libros, 2002.
- FANJUL, S. *Al Ándalus contra España. La forja del mito*. 2ª ed. Madrid: Siglo XXI, 2001.
- FONSECA MORILLO, F.J. La gestación y el contenido de la Carta de Niza. En MATÍA PORTILLA, F.J. (dir.) *La protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*. Madrid: Civitas, 2002.
- FUKUYAMA, F. *El fin de la historia y el último hombre*. Barcelona: Planeta, 1992.
- GARCÍA DE COCA, J.A. *Liberalización de la actividad funeraria*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1998.
- GARCÍA DÍAZ, E. *Diccionario de Juan Pablo II*. Madrid: Espasa, 1997.
- GARCÍA NINET, J.A. y DE VICENTE PACHÉS, F. El derecho valor a la dignidad humana y el derecho a la protección de datos personales en la Constitución Europea. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. 2005, nº 57.
- GARCÍA ROCA, J. Crónicas de jurisprudencia. Derechos fundamentales y libertades públicas. *Justicia Administrativa*, 2010, nº 48.
- GARCÍA ROCA, J. y DÍAZ CREGO, M. Derecho de Extranjería y jurisprudencia del TC, TEDH y TJUE. En AJA, E., ARANGO, J. y OLIVER, J. *La inmigración en tiempo de crisis. Anuario de Inmigración en España, edición 2009*. Barcelona: CIDOB, 2009.

- GARCÍA RODRÍGUEZ, I. *La celebración del matrimonio religioso no católico* Madrid: Tecnos, 1999.
- GARCÍA RUIZ, C.R. *ONGs y Derecho Internacional. Su influencia en la elaboración de normas internacionales*. Madrid: Iustel, 2007.
- GÓMEZ GARCÍA, L. *Diccionario de Islam e Islamismo*. Madrid: Espasa, 2009.
- GÓMEZ ORFANEL, G. *Las Constituciones de los Estados de la Unión Europea*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996.
- GONZÁLEZ RUS, J.J. *Sobre la reivindicación del uso religioso compartido de la Mezquita-Catedral de Córdoba*. Las Rozas: Diario La Ley, 2011, nº 7.610.
- GOTTHEIL, R.J.H. The Origin and History of the Minaret. *Journal of the American Oriental Society*, 1910, vol. 30, nº 2.
- GUILLÉN LÓPEZ, E. La inescrutabilidad de los caminos del Señor. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2004, nº 2.
- HABERMAS, J. Los Derechos Humanos: Instrumentos para construir una utopía realista. *Cuadernos de Alzate*, 2009, nº 41.
- HALLIDAY, F. *El Islam y el mito del enfrentamiento*. En EDICIONS BELLATERRA *Visiones del Islam*. Barcelona: Bellaterra, 2006.
- HERMET, G. ¿La hora de la democracia? *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, 1991, nº 128.

- HERNÁNDEZ FIGUEIREDO, J.R. El anticlericalismo y sus consecuencias en las diócesis gallegas durante el periodo de la II República, *Cuadernos de Estudios Gallegos*, 2009, nº 122.
- HOUELLEBECQ, M. *Plataforma*. París: Flammarion, 2001.
- HUNTINGTON, S.P. *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*. 4ª reimpresión. Buenos Aires: Paidós, 2001.
- JOFFE, E.G.H. Federalismo y minorías en los países del Oriente Medio y del norte de África. *Revista de Estudios Políticos*, 1986, nº 54.
- JULIÁ, S. *Vida y tiempo de Manuel Azaña*. Madrid: Taurus & Google eBooks, 2010.
- KAHALE CARRILLO, D.T. *La reestructuración de la pensión de viudedad a las nuevas situaciones sociales y las nuevas formas de familia y convivencia: propuestas de reforma*. Madrid: Instituto Nacional de la Seguridad Social, 2011.
- KHALIL SAMIR, S. *Cien preguntas sobre el Islam*. Madrid: Encuentro, 2003.
- KHURI, F.I. Imames y emires: ¿hermanos o ciudadanos? En EDICIONS BELLATERRA *Visiones del Islam. Diez años de la Biblioteca del Islam Contemporáneo*. Barcelona: Bellaterra, 2006.
- KÜNG, H. *El Islam: Historia, Presente y Futuro*. Madrid: Trotta, 2006.

- LABACA ZABALA, M.L. El matrimonio polígamo islámico y su repercusión en el Derecho español. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2009, nº 18.
- LAMO DE ESPINOSA, E. *Europa, libre y feliz como Suiza*. En LAMO DE ESPINOSA, E. (ed.) *Europa después de Europa*. Madrid: Academia Europea de Ciencias y Artes, 2010.
- LANZAS GÁMEZ, F. La libertad religiosa en España durante los treinta años de la Constitución de 1978. *Revista Videtur Quod - Anuario del Pensamiento Crítico*, 2008, nº 0.
- LEMA TOMÉ, M. Matrimonio polígamo, inmigración islámica y libertad de conciencia en España. *Migraciones Internacionales*, 2003, vol. 2, nº 2.
- LEYE, E. y DEBLONDE, J. *Legislation in Europe regarding FGM*. Gante: International Centre for Reproductive Health, Universidad de Gante, 2004.
- LINDE PANIAGUA, E. La universalización de los Derechos Fundamentales. ¿El sistema europeo como modelo? *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 2002, nº 2.
- LIPOVETSKY, G. *El occidente globalizado*. Barcelona: Anagrama, 2011.
- LLABRÉS FUSTER, A. El tratamiento de la mutilación genital femenina en el ordenamiento jurídico penal español. En LUCAS, J, BEDOYA, M. H. y BERLANGA, M. J. *Europa: derechos y culturas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

- LÓPEZ GARCÍA, B. y FERNÁNDEZ SUDOR, C. *Introducción a los regímenes y constituciones árabes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1985.
- LÓPEZ LOZANO, C. y BLÁZQUEZ BURGO, M. Problemática jurídica general de las iglesias evangélicas españolas. *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2004, nº 11.
- LUCAS, B. Prevención de la ablación o mutilación genital femenina en España: planes de acción y medidas de protección de menores, complementos necesarios a la prohibición legal. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2008, nº 17.
- MAALOUF, A. *Las Cruzadas vistas por los árabes*. Madrid: Alianza, 1999.
- MÁIZ SUÁREZ, R. Nacionalismo e inmigración en Francia: La Republique une et indivisible y el affaire du foulard. *Revista de Estudios Políticos*, 2005, nº 129.
- MANACORDA, S. La abolición de la pena capital en Europa. En ARROYO, L. A., NIETO, A., MUÑOZ DE MORALES, M. y BAILONE, M.: *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: nuevos desafíos del Derecho penal europeo e internacional*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2010.
- MANGAS, A. El compromiso con los Derechos Fundamentales. En MANGAS, A (dir.) *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*. Bilbao: Fundación BBVA, 2009.

- MANTECÓN SANCHO, J. El status legal del Islam en España. *Revista Derecho y religión*, 2006, nº 1.
- MARTÍN DE LA GUARDIA, R. y PÉREZ SÁNCHEZ, G. A. (dirs.) *Los Derechos Humanos sesenta años después (1948-2008)*. Valladolid: Instituto de Estudios Europeos y Universidad de Valladolid, 2009.
- MARTÍN MUÑOZ, G. *Democracia y derechos humanos en el mundo árabe*. Madrid: AECI, 1993.
 - *Marroquíes en España. Estudio sobre su integración*. Madrid: Fundación Repsol, 2003.
- MARTÍN RUBIO, Á. D. La persecución religiosa en España (1931-1939); una aportación sobre las cifras. *Hispania Sacra*, 2001, vol. 53, nº 107.
- MARTÍN SÁNCHEZ, I. *La recepción por el Tribunal Constitucional español de la jurisprudencia sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza*. Granada: Comares, 2002.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. Título II. Libertades. En MANGAS, A. (dir.) *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*. Bilbao: Fundación BBVA, 2008.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. *La afirmación de la libertad religiosa en Europa: de guerras de religión a meras cuestiones administrativas*. Cizur Menor: Cívitas, 2007.

- La jurisprudencia del TEDH sobre minorías religiosas. En COLEGIO LIBRE DE EMÉRITOS *Curso Pluralismo y libertad religiosa II*, 2011.
- MARTOS QUESADA, J. Derecho Islámico y Derechos Europeos. *Revista de Ciencias de las Religiones*, 2007, nº 21.
 - El Corán como base legal del Iyihad. En HERNANDO DE LARRAMENDI, M. y PEÑA MARTÍ, S. *El Corán, ayer y hoy. Perspectivas actuales sobre el Islam*. Córdoba: Berenice, 2008.
- MATÍA PORTILLA, F. J. Balance de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que afecta al Reino de España: de aciertos, carencias y excesos. En MATÍA PORTILLA, F. J. (dir.) *Pluralidad de ciudadanía, nuevos derechos y participación democrática*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.
 - Matrimonio entre personas del mismo sexo y Tribunal Constitucional: un ensayo sobre la constitucionalidad del primero y los límites en la actuación del segundo. *Revista General de Derecho Constitucional*, 2012, nº 15.
- MAYELL, H. *Thousands of Women Killed for Family "Honor"*. Wáshington: National Geographic News, 2002.
- MORERAS, J. *Musulmanes en Barcelona. Espacios y dinámicas comunitarias*. Barcelona: CIDOB, 1999.
- MOTILLA, A. *Los musulmanes en España. Libertad religiosa e identidad cultural*. Madrid: Trotta, 2004.
 - *El pañuelo islámico en Europa*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

- NASR. S.H. *El corazón del Islam*. Barcelona: Kairós, 2007.
- NAVARRO-VALLS, R. Neutralidad activa y laicidad positiva. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 2008, nº 18.
- NIELSEN, J.S., ALIBASIC, A. y MARÉCHAL, B. *Yearbook of Muslim in Europe*. Leiden: Brill, 2009.
- OLLERO TASSARA, A. *España: ¿Un Estado laico?* Cizur Menor: Thomson Cívitas, 2005.
- ORDUÑA REBOLLO; E. *La nación española. Jalones históricos*. Madrid: Fundación Alonso Martín Escudero y Iustel, 2011.
- PAREKH, B. *Repensando el multiculturalismo. Diversidad cultural y teoría política*. Madrid: Istmo, 2005.
- PARISI, N. *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*. Catania: Universidad de Catania, 2009.
- PECES-BARBA, G. *Constitución Española, Estatuto de Autonomía para Andalucía y Declaración Universal de los Derechos Humanos*. 3ª ed. Granada: Diputación Provincial de Granada, 1993.
 - *La dignidad de la persona desde la filosofía del Derecho*. Madrid: Dykinson, 2002.
- PECES-BARBA, G. y FERNÁNDEZ GARCÍA, E. (dir.). *Historia de los Derechos Fundamentales. Tomo I. Tránsito a la modernidad. Siglos XVI y XVII*. Madrid: Dykinson y Universidad Carlos III, 1998.

- PÉREZ TAPIAS, J.A. *Del bienestar a la justicia*. Madrid: Trotta, 2007.
- PÉREZ VAQUERO, C. *Con el derecho en los talones*. Valladolid: Lex Nova, 2010.
- PÉREZ-DÍAZ, V., ÁLVAREZ-MIRANDA, B. y CHULIÁ, E. La inmigración musulmana en Europa. *Colección Estudios Sociales*, 2004, nº 15.
- PÉREZ-MADRID, F. Incitación al odio religioso o “hate speech” y libertad de expresión. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 2009, nº 19.
- PETIT DE GABRIEL, E.W. El Derecho Internacional Público: ¿Necesidad o utopía? En VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M. y SALINAS DE FRÍAS, A. (coord.) *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*. Tomo II. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2005.
- PONCE SOLÉ, J. Derecho, apertura de lugares de culto y libertad religiosa. *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, 2007, nº 77.
- PORTA, M. El diálogo como terapia buenista. En PUIG V. (coord.) *El fraude del buenismo*. Madrid: FAES, 2005.
- PORTERO RODRÍGUEZ, F. “Buenismo” y Alianza de Civilizaciones. En PUIG V. (coord.) *El fraude del buenismo*. Madrid: FAES, 2005.
 - Alianza de Civilizaciones: La democracia como amenaza. *Cuadernos de pensamientos políticos*, 2005, nº 8.
 - El complejo de la antigua metrópoli. Memoria histórica y percepción de amenaza en Europa. *A distancia*, 2008, nº 1.

- PRIETO SANCHÍS, L. Las relaciones Iglesia-Estado a la luz de la nueva Constitución: problemas fundamentales. En PREDIERI, A. y GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, 2ª ed. Madrid: Civitas, 1981.
- QUERALT JIMÉNEZ, A. *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- RAHOLA, P. *La república islámica de España*. Barcelona: RBA, 2011.
- RAMADAN, T. *El Islam minoritario. Cómo ser musulmán en la Europa laica*. Barcelona: Bellaterra, 2002.
 - *Western Muslims and the Future of Islam*. Nueva York: Oxford University Press, 2004.
 - *Mi visión del Islam occidental*. Barcelona: Kaidos, 2011.
- RELAÑO, E y GARAY, A. Leyla Sahin contra Turquía y el velo islámico: la apuesta equivocada del TEDH. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2005, nº 6. Madrid.
- ROBBERS, G. *Estado e Iglesia en la Unión Europea*. Madrid-Baden Baden: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense / Nomos Verlagsgesellschaft, 1996.
- RÓDENAS PÉREZ, M. *Estudio sociológico y jurídico sobre homosexualidad y mundo islámico*. Madrid: COGAM, 2007.
- RODRÍGUEZ MAGDA, R.M. *La España convertida al Islam*. Barcelona: Áltera, 2006.

- ROSELL, J. La cuestión del velo islámico y la vestimenta religiosa en la República Federal de Alemania. En MOTILLA, A. (coord.) *El pañuelo islámico*, Madrid: Marcial Pons, 2009.
- ROY, O. *El Islam mundializado*. Barcelona: Bellaterra, 2002.
 - El Islam en Europa, una religión más que ha de ser tratada como el resto. En HAENNI, P. y LATHION, S. (dirs.) *Los minaretes de la discordia*. Barcelona: Icaria, 2011.
- SALADO OSUNA, A. Los tratos prohibidos en el Art. 3 del CEDH. En SANTOLAYA MACHETTI, P. y GARCÍA ROCA, F. J. (coord.) *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- SÁNCHEZ NOGALES, J.L. *El Islam entre nosotros*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2004.
- SANTAMARÍA ARINAS, R. *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*. Pamplona: Civitas, 2009.
- SANTOLAYA MACHETTI, P. Sobre el derecho a la laicidad. *Revista catalana de Dret Públic*, 2006, nº 33.
- SARDAR, Z. y DAVIES, M.W. *Inshallah. Comprender el Islam*, Barcelona: Intermón Oxfam, 2004.
- SARTORI, G. *Teoría de la democracia*. Madrid: Alianza, 1987.
 - *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*. Madrid: Taurus, 2001.

- *La sociedad multiétnica. Extranjeros e islámicos*. Madrid: Taurus, 2002.
- *La democracia en treinta lecciones*. Madrid: Taurus, 2009.
- SAYYID, S. La Umma como diáspora. En MARTÍN MUÑOZ, G. y GROSGOUEL, R. (ed.) *La islamofobia a debate. La genealogía del miedo al Islam y la construcción de los discursos antiislámicos*. Madrid: Casa Árabe, 2012.
- SCHNAPPER, D. Modernidad y aculturaciones de los trabajadores emigrantes. En TODOROV, T. *Cruce de culturas y mestizaje cultural*. Gijón: Júcar, 1988.
- SIMMA, B. Reciprocity. En BERNHARDT, R. (ed.) *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Múnich: Max Planck, 1984.
- SOBRINO HEREDIA, J.M. Dignidad. En MANGAS, A. (dir.) *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*. Bilbao: Fundación BBVA, 2008.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J. Dignidad de la persona. En AGUADO RENEDO, C. y ARAGÓN REYES, M. *Temas básicos de Derecho Constitucional*. Tomo III. Madrid: Cívitas, 2001.
- SORIANO GONZÁLEZ, M. L. Del Diálogo de Civilizaciones a la Alianza de Civilizaciones. Continuidad y contrastes de dos iniciativas de Naciones Unidas. *Revista Internacional de Pensamiento Político*, 2011, vol. 6º.
- SOTOMAYOR, M. Cristianismo e Islam en Al-Ándalus. Memoria de la Historia. En FACULTAD DE TEOLOGÍA (UNIVERSIDAD DE

- GRANADA) *La experiencia de Dios. Actas del IV Curso Cristianos y Musulmanes*, Granada: Universidad de Granada, 2001.
- SOUTO PAZ, J. A. *La transición política en España y la cuestión religiosa*. Piacenza: OLIR, 2005.
 - STERLIN, H. *El Islam, desde Bagdad hasta Córdoba. Las edificaciones de los siglos VII al XIII*. Colonia: Taschen, 2006.
 - TAJADURA TEJADA, J. La doctrina del TEDH sobre la prohibición de partidos políticos. *Revista Jurídica de Navarra*, 2007, nº 44.
 - TIBI, B. Los inmigrantes musulmanes de Europa: Entre el Euro-Islam y el gueto. En CASTELLS, M. y ALSAYYAD, N. (coords.) *¿Europa musulmana o Euro-islam? Política, cultura y ciudadanía en la era de la globalización*. Madrid: Alianza, 2003.
 - TOMÁS Y VALIENTE, T. *La tortura en España*. Barcelona: Ariel, 1994.
 - TORRALBA, F. *¿Qué es la dignidad humana?* Barcelona: Herder, 2005.
 - TORRES FERNÁNDEZ, E. La mutilación genital femenina, un delito culturalmente condicionado. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2008, nº 17.
 - TORRES GUTIÉRREZ, A. La libertad de pensamiento, conciencia y religión. En En SANTOLAYA MACHETTI, P. y GARCÍA ROCA, F. J. (coord.) *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

- UNICEF. *Innocenti Digest, Cambiar una convención social perjudicial: la A/MGF*. Florencia: UNICEF, 2005.
- Van ESS, J. y KÜNG, H. *Islam y Cristianismo. El Cristianismo y las grandes religiones*. Madrid: Libros Europa, 1987.
- VERNET, J. *Lo que Europa debe al Islam de España*. Barcelona: Acantilado, 2006.
- VICENTE BLANCO, D. Una regulación integral de la inmigración para Europa. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 2003, nº 5.
- Von STRITZKY, J. Política de inmigración alemana: de la negativa a la renuencia. *ARI 93/2009*, 2009, nº 93.
- WIKAN, U. *In Honor of Fadime. Murder and Shame*. Chicago: University of Chicago Press, 2008
- WULF, C. *Antropología: Historia, Cultura, Filosofía*. Barcelona: Anthropos, 2008.

**JURISPRUDENCIA CITADA DEL TRIBUNAL
EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS
(POR ORDEN CRONOLÓGICO)**

1961-1990

- **Lawless contra Irlanda**, de 1 de julio de 1961 (nº 332/57).
- **De Wilde, Ooms y Versyp contra Bélgica**, de 18 de junio de 1971 (nº 2832/66).
- **Handyside contra Reino Unido**, de 7 de diciembre de 1976 (nº 5493/72)
- **Irlanda contra Reino Unido**, de 18 de enero de 1978 (nº 5310/71).
- **Winterwerp contra Países Bajos**, de 24 de octubre de 1979 (nº 6301/73).
- **Van Droogenbroeck contra Bélgica**, de 24 de junio de 1982 (nº 7906/77).
- **Soering contra Reino Unido**, de 7 de julio de 1989 (nº 14038/88).

1991-2000

- **Kokkinakis contra Grecia**, de 25 de mayo de 1993 (nº 14307/88).
- **Casado Coca contra España**, de 24 de febrero de 1994 (nº 15450/89).
- **Otto Preminger Institut contra Austria**, de 20 de septiembre de 1994 (nº 13470/87).
- **Jersild contra Dinamarca**, de 23 de septiembre de 1994 (nº 15890/89).
- **Manoussakis contra Grecia**, de 26 de septiembre de 1996 (nº 18748/91).

- **Chahal contra Reino Unido**, de 15 de noviembre de 1996 (nº 22414/93).
- **Wingrove contra Reino Unido**, de 25 de noviembre de 1996 (nº 17419/90).
- **Kurt contra Turquía**, de 25 de mayo de 1998 (nº 15/1997/799/1002).
- **Bladet Tromso y Stensaas contra Noruega**, de 20 de mayo de 1999 (nº 21980/93).
- **Çakici contra Turquía**, de 8 de julio de 1999 (nº 23657/94).
- **Sürek contra Turquía** (nº 1), de 8 de julio de 1999 (nº 26682/95).
- **Selmouni contra Francia**, de 28 de julio de 1999 (nº 25803/94).
- **Labita contra Italia**, de 6 de abril de 2000 (nº 26772/95).
- **Timurtas contra Turquía**, de 13 de junio de 2000 (nº 23531/94).
- **Cha'are Shalom ve Tsedek contra Francia**, de 27 de junio de 2000 (nº 27417/95).
- **Kudla contra Polonia**, de 26 de octubre de 2000 (nº 30210/96).
- **Hasan y Chaush contra Bulgaria**, de 26 de octubre de 2000 (nº 30985/96).
- **Tas contra Turquía**, de 14 de noviembre de 2000 (nº 24396/94).

2001-2010

- **Dahlab contra Suiza**, de 15 de febrero de 2001 (nº 42393/98).
- **Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania**, de 22 de marzo de 2001 (nº 34044/96).
- **Marônek contra Eslovaquia**, de 19 de abril de 2001 (nº 32686/96).
- **Alujer Fernández y Caballero García contra España**, de 14 de junio de 2001 (nº. 53072/99)
- **Valašinas contra Lituania**, de 24 de julio de 2001 (nº 44558/98).
- **Iglesia Metropolitana de Besarabia y otros contra Moldavia**, de 13 de diciembre de 2001 (nº 45701/99).
- **Pretty contra Reino Unido**, de 29 de abril de 2002 (nº 2346/02).
- **Orhan contra Turquía**, de 18 de junio de 2002 (nº 25656/94).
- **Berlinski contra Polonia**, de 20 de junio de 2002 (nº 27715/95)
- **Christine Goodwin contra Reino Unido**, de 11 de julio de 2002 (nº 28957/95).
- **Sofianopoulos y otros contra Grecia**, de 12 de diciembre de 2002 (nº 1988/02).
- **Refah Partisi y otros contra Turquía**, de 13 de febrero de 2003 (nº 41340/98).
- **Garaudy contra Francia**, de 24 de junio de 2003 (nº 65831/01).
- **Karkin contra Turquía**, de 23 de septiembre de 2003 (nº 43928/98).
- **Gündüz contra Turquía**, de 4 de diciembre de 2003 (nº 35071/97).
- **Rivas contra Francia**, de 1 de abril de 2004 (nº 59584/00).

- **Vergos contra Grecia**, de 24 de junio de 2004 (nº 65501/01).
- **Leyla Sahin contra Turquía**, de 29 de junio de 2004 (nº 44774/98).
- **Baran contra Turquía**, de 10 de noviembre de 2004 (nº 48988/99).
- **Norwood contra Reino Unido**, de 16 de noviembre de 2004 (nº 23131/03).
- **Kervanci contra Francia**, de 4 de diciembre de 2004 (nº 31645/04).
- **Sagrado Consejo Supremo de la Comunidad Musulmana contra Bulgaria**, de 16 de diciembre de 2004 (nº 39023/97).
- **Cumpana y Mazare contra Rumanía**, de 17 de diciembre de 2004 (nº 33348/96).
- **Öcalan contra Turquía**, de 12 de mayo de 2005 (nº 46221/99).
- **Han contra Turquía**, de 13 de septiembre de 2005 (nº 50997/99).
- **Siliadin contra Francia**, de 26 de octubre de 2005 (nº 73316/01).
- **Giniewski contra Francia**, de 31 de enero de 2006 (nº 64016/00).
- **Aydin Tatlav contra Turquía**, de 2 de mayo de 2006 (nº 50692/99).
- **Çetinkaya contra Turquía**, de 27 de junio de 2006 (nº 75569/01).
- **Jalloh contra Alemania**, de 11 de julio de 2006 (nº 54810/00).
- **Güzel contra Turquía**, nº 2, de 27 de agosto de 2006 (nº 65849/01).
- **Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga contra Bélgica**, de 12 de octubre de 2006 (nº 13178/03).
- **Luluyev y otros contra Rusia**, de 9 de noviembre de 2006 (nº 69480/01).

- **Kalifatstaat contra Alemania**, de 11 de diciembre de 2006 (nº 13828/04).
- **Agbotain y Osakpolor Omoregbee contra Suecia**, de 1 de febrero de 2007 (nº 26834/05).
- **Collins y Akaziebie contra Suecia**, de 8 de marzo de 2007 (nº 23944/05).
- **Spampinato contra Italia**, de 29 de marzo de 2007 (nº 23123/04).
- **Hünkar Demirel contra Turquía**, de 14 de junio de 2007 (nº 10365/03).
- **Hasan y Eylem Zengin contra Turquía**, de 9 de octubre de 2007 (nº 1448/04).
- **Kafkaris contra Chipre**, de 12 de febrero de 2008 (nº 21906/04).
- **El Morsli contra Francia**, de 4 de marzo de 2008 (nº 15585/06).
- **Soulas contra Francia**, de 10 de julio de 2008 (nº 15948/03).
- **Lyanova y Aliyeva contra Rusia**, de 2 de octubre de 2008 (nº 12713/02 y 8440/03).
- **Leroy contra Francia**, de 2 de octubre de 2008 (nº 36109/03).
- **Balsyté-Lideikiene contra Lituania**, de 4 de noviembre de 2008 (nº 72596/01).
- **Shingara Mann Singh contra Francia**, de 13 de noviembre de 2008 (nº 24479/07).
- **Dogru contra Francia**, de 4 de marzo de 2009 (nº 27058/05).
- **Brânduse contra Rumanía**, de 7 de abril de 2009 (nº 6586/03).

- **Özer contra Turquía**, de 5 de mayo de 2009 (nº 35721/04 y 3832/05).
- **Masaev contra Moldavia**, de 12 de mayo de 2009 (nº 6303/05).
- **Beganovic contra Croacia**, de 25 de junio de 2009 (nº 46423/06).
- **Mirolubovs y otros contra Letonia**, de 15 de septiembre de 2009 (nº 798/05).
- **I.N. contra Suecia**, de 15 de septiembre de 2009 (nº 1334/09).
- **Kimlya y otros contra Rusia**, de 1 de octubre de 2009 (nº 76836/01 y 32782/03).
- **Muñoz Díaz contra España**, de 8 de diciembre de 2009 (nº 49151/07).
- **Sejdić y Finci contra Bosnia-Herzegovina**, de 22 de diciembre de 2009 (nº 27996/06 y 34836/06).
- **Z.N.S. contra Turquía**, de 19 de enero de 2010 (nº 21896/08).
- **Savgin contra Turquía**, de 2 de febrero de 2010 (nº 13304/03).
- **Medvedyev y otros contra Francia**, de 29 de marzo de 2010 (nº 3394/03).
- **Hinderberger contra Alemania**, de 30 de marzo de 2010 (nº 28183/06).
- **Oluić contra Croacia**, de 20 de mayo de 2010 (nº 61260/08).
- **Gäfgen contra Alemania**, de 3 de junio de 2010 (nº 22978/05).
- **Testigos de Jehová de Moscú y otros contra Rusia**, de 10 de junio de 2010 (nº 302/02).

- **M.B. y otros contra Turquía**, de 15 de junio de 2010 (nº 36009/08)
- **Ahmadpour contra Turquía**, de 15 de junio de 2010 (nº 12717/08).
- **Bingöl contra Turquía**, de 22 de junio de 2010 (nº 36141/04).
- **Schalk y Kopf contra Austria**, de 24 de junio de 2010 (nº 30141/04).
- **N. contra Suecia**, de 20 de julio de 2010 (nº 23505/09).
- **Ahmet Arslan contra Turquía**, de 4 de octubre de 2010 (nº 41135/98).
- **Akhmetov contra Rusia**, de 4 de octubre de 2010 (nº 37463/04).
- **Alekseyev contra Rusia**, de 21 de octubre de 2010 (nº 4916/07, 25924/08 y 14599/09).
- **Serife Yigit contra Turquía**, de 2 de noviembre de 2010 (nº 3976/05).
- **Savez Crkava “Rijeè Zivota” y otros contra Croacia**, de 9 de diciembre de 2010 (nº 7798/08).

2011-2012

- **Otegi Mondragon contra España**, de 15 de marzo de 2011 (nº 2034/07).
- **Izevbekhai y otros contra Irlanda**, de 17 de mayo de 2011 (nº 43408/08).
- **Ligue des Musulmans de Suisse y otros contra Suiza**, de 28 de junio de 2011 (nº 66274/09).

- **Hafid Ouardiri contra Suiza**, de 28 de junio de 2011(nº 65840/09).
- **Asociación de Testigos de Jehová contra Francia**, de 30 de junio de 2011 (nº 8916/05).
- **Hellig contra Alemania**, de 7 de julio de 2011 (nº 20999/05).
- **Ameh y otros contra el Reino Unido**, de 30 de agosto de 2011 (nº 4539/11).
- **Palomo Sánchez y otros contra España**, de 12 de septiembre de 2011 (nº 28955/06).
- **Omeredo contra Austria**, de 20 de septiembre de 2011 (nº 8969/10).
- **Okon contra Irlanda**, de 13 de diciembre de 2011 (nº 22255/11).
- **Axel Springer AG contra Alemania**, de 7 de febrero de 2012 (nº 39954/08).
- **Aksu contra Turquía**, de 15 de marzo de 2012 (nº 4149/04).
- **Akhmadova contra Rusia**, de 3 de abril de 2012 (nº 25548/07).
- **R.W. y otros contra Suecia**, de 10 de abril de 2012 (nº 35745/11).
- **Hizb ut-Tahrir y otros contra Alemania**, de 12 de junio de 2012 (nº 31098/08).
- **Ciesielczyk contra Polonia**, de 26 de junio de 2012 (nº 12484/05).
- **Staatkundig Gereformeerde Partij contra los Países Bajos**, de 10 de julio de 2012 (nº 58369/10).
- **Ziembinsky contra Polonia**, de 24 de julio de 2012 (nº 46712/06).

La redacción de esta tesis doctoral concluyó al incluir el fallo de la STC 198/2012, de 6 de noviembre, del Tribunal Constitucional desestimando el recurso interpuesto contra la Ley 13/2005, por la que se modificó el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

