

Guía divulgativa

Identidad Islámica y Orden Público Español

Guía divulgativa

Identidad Islámica y Orden Público Español

Autoría

© Isabel Zurita Martín (Dir.) y otros

Dirección

Isabel Zurita Martín

Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Cádiz

IP del Proyecto de Investigación: "Identidad islámica y orden público en una sociedad inclusiva"

Autores

- » Juan Antonio Alberca de Castro
- » Ángel Ballesteros Barros
- » Margarita Castilla Barea
- » M^a Dolores Cervilla Garzón
- » M^a José Cervilla Garzón
- » Eduardo Corral García
- » Carmen Jover Ramírez
- » Djamil Tony Kahale Carrillo
- » Ana Moreno Sánchez-Moraleda
- » Helena Mota
- » Alejandro Nieto Cruz
- » Jesús Sáez González
- » Inmaculada Vivas Tesón
- » Isabel Zurita Martín

Artes gráficas

Daniel García Corrales

Imprime

San Rafael Impresión

Este trabajo ha sido cofinanciado por el Programa Operativo FEDER 2014-2020 y por la Consejería de Universidad, Investigación e Innovación de la Junta de Andalucía. Referencia del proyecto: FEDER-UCA18-105497

This work has been co-financed by the 2014-2020 ERDF Operational Programme and by the Department of University, Research and Innovation of the Regional Government of Andalusia. Project reference: FEDER-UCA18-105497

Sumario



00	Presentación	5
01	¿Qué es el Derecho islámico?	7
02	¿A qué llamamos Estados o países islámicos?	8
03	¿Se puede hablar de una identidad islámica?	9
04	¿Cómo se pueden ejercer las prácticas religiosas musulmanas en el ámbito laboral?	10
05	¿Cómo se practican los enterramientos islámicos?	11
06	¿Qué incidencia tiene la vestimenta musulmana en el trabajo y la escuela?	12
07	¿Qué importancia tiene la alimentación para el islam?	15
08	¿Qué es el orden público español?	17
09	¿Qué es la excepción de orden público internacional?	18
10	¿Por qué se caracteriza el matrimonio islámico?	19
11	¿Qué es la <i>nafaqa</i> ?	20
12	¿Qué es la dote?	21
13	¿Pueden casarse los menores de edad?	22
14	¿Qué es el impedimento de disparidad de cultos?	23
15	¿Quién es el <i>walí</i> ?	24
16	¿Es reconocido el matrimonio islámico en España?	26
17	¿Qué es la poligamia?	27
18	¿Qué es el repudio?	29
19	¿Qué es el divorcio causal?	30
20	¿Qué quiere decir que el divorcio islámico es revocable?	31
21	¿Qué es el periodo de espera o <i>iddah</i> ?	32
22	¿Qué es el salario de lactancia?	33
23	¿Qué es la filiación legítima e ilegítima?	34
24	¿Qué es la <i>kafala</i> ?	36
25	¿Qué es la <i>hadana</i> ?	38
26	¿Qué es la <i>wilaya</i> ?	40
27	¿Cómo se regulan los derechos sucesorios?	41
28	¿Se limita en España la libertad religiosa del trabajador?	43
29	¿Qué es el convenio hispanomarroquí sobre seguridad social?	45
30	¿Se podría crear instituciones de mediación islámica?	46

Presentación



Esta Guía es fruto del Proyecto de Investigación “Identidad islámica y orden público en una sociedad inclusiva”, cofinanciado por el Programa Operativo FEDER 2014-2020 y por la Consejería de Universidad, Investigación e Innovación de la Junta de Andalucía. (Referencia: FEDER-UCA18-105497). Todos sus coautores son, por ello, investigadores del mismo.

Este Proyecto, iniciado en 2020, tenía como finalidad básica el estudio de las posibilidades de llevar a cabo una interpretación abierta o una aplicación atenuada del orden público español, en orden a propiciar la inclusión social y alcanzar un adecuado grado de integración de ciudadanos islámicos en la sociedad andaluza, española y, en general, en las llamadas sociedades occidentales en su conjunto.

A estos efectos, entre los objetivos del Proyecto se encontraba la elaboración de una Guía Formativa sobre Identidad Islámica y Orden Público, dirigida a los distintos operadores, sociales y jurídicos, implicados en la resolución de cuestiones relativas a la inclusión social de personas de religión musulmana en nuestra sociedad. La Guía se proyecta, así, desde el principio como un material de carácter didáctico, con el propósito de facilitar su utilización por personal de instituciones dedicadas a la atención –social, educativa, asistencial...- de ciudadanos islámicos y a la educación en la igualdad y no discriminación de la sociedad en general (asociaciones de atención a los inmigrantes, centros de menores, centros de enseñanza secundaria, casas de acogida de mujeres maltratadas, centros de barrio, servicios sociales de instituciones diversas...).

Se concibe, de este modo, una Guía Formativa que contenga la información necesaria para que los distintos agentes sociales que abordan los problemas de integración social de personas de religión musulmana –fundamentalmente extranjeras, aunque también españolas-, puedan desarrollar su labor más eficazmente y cuenten con un instrumento de fácil acceso para la educación de los jóvenes en estrategias o vehículos de inclusión.



No obstante, después de la investigación realizada a lo largo del proyecto, la Guía inicialmente prevista se desdobra en dos trabajos de diferente amplitud y alcance: una “Guía Formativa sobre identidad islámica y orden público”, y una “Guía Divulgativa sobre identidad islámica y orden público español”.

La Guía Formativa se encuentra publicada como libro electrónico por la editorial Aranzadi Thomson-Reuters. Se trata de un trabajo más amplio, estructurado sobre trece capítulos, que tratan de exponer de forma ordenada y sintética cuáles son las principales instituciones que caracterizan el Derecho islámico, qué efectos tienen o podrían tener sobre el ordenamiento jurídico español y cómo reacciona este al intentar compaginar dos realidades a veces difícilmente conciliables: el respeto al orden público español y el derecho fundamental a la libertad religiosa. Su contenido básico gira en torno al Derecho de familia y sucesiones y a ciertas normas relevantes en esta materia de Derecho laboral.

La Guía Divulgativa que aquí presentamos, en cambio, tiene por finalidad básica dar respuesta, de forma breve y operativa, a los problemas jurídicos que surgen de forma más habitual en el marco de la confrontación entre los principios fundamentales del ordenamiento español y algunas instituciones de Derecho islámico, cuando se reclama la aplicación o el reconocimiento de efectos de estas por ciudadanos de religión musulmana que residen en nuestro país.

A tal fin, la Guía Divulgativa se estructura en torno a treinta cuestiones, formuladas en forma de interrogantes, a los que se ofrece respuesta escueta y comprensible para cualquier persona no familiarizada con el Derecho islámico o, incluso, con escasos conocimientos jurídicos. Con este objetivo, la Guía se ha elaborado con un formato simple y atractivo -con colores, imágenes, ejemplos o referencias al Corán- a modo de pequeño manual del usuario, con la intención de servir de apoyo útil, accesible e inmediato al día a día del trabajo de los referidos profesionales. En todo caso, el interesado en esta Guía Divulgativa que tenga la necesidad de profundizar en las cuestiones que aborda, y en otras relacionadas con ellas, puede consultar el libro electrónico Guía Formativa. Identidad Islámica y Orden Público, dir. Isabel Zurita Martín, Aranzadi, septiembre 2022. ISBN: 978-84-1125-213-3.

Isabel Zurita Martín
Catedrática de Derecho Civil

Universidad de Cádiz
IP del Proyecto de Investigación:

“Identidad islámica y orden público en una sociedad inclusiva”

¿Qué es el Derecho islámico?

01

La ley islámica recibe el nombre de *Sharia* o *Sharía*, que etimológicamente significa “el camino a la paz”, y que para los musulmanes proviene de la revelación divina al profeta Mahoma.

La revelación divina se contempla en dos fuentes principales: el Corán –que es el Libro Sagrado, en el que se contienen las revelaciones directas que Mahoma recibe de Dios- y la *Sunna* (*Suna*), que recoge por tradición oral los dichos y hechos de Mahoma -ya se trate de sus palabras, de la descripción de sus actos o de sus reacciones ante los actos de sus discípulos-, denominados *hadiths* (hadices). Los *hadiths* constituyen unas pautas de comportamiento obligatorias para los musulmanes, y se recopilan en seis colecciones que contienen principios éticos, prescripciones y prohibiciones religiosas y morales, formando un conjunto de reglas que regulan la vida social.

Puede hablarse en la actualidad principalmente de cuatro escuelas jurídicas que interpretan el Derecho islámico: *hanafi*, *maliki*, *shafi'i* y *hambali*. El Derecho islámico, pues, resulta diverso, en la medida en que viene a ser interpretado por escuelas de pensamiento jurídico diferentes, lo que provoca que, en función de la escuela que siga mayoritariamente un determinado país islámico -y también de las influencias que haya podido absorber de países occidentales-, las normas jurídicas sean distintas, con mayor o menor margen de separación de la estricta literalidad del Corán.



02

¿A qué llamamos Estados o países islámicos?

No todos los países de población mayoritariamente musulmana pueden ser considerados o calificados como Estados islámicos. Se utiliza el término “Estado islámico” para aludir a aquel país cuya Constitución declara el islam como religión oficial del Estado, siendo el Derecho islámico el propio de estos países.

El reconocimiento constitucional del islam como religión oficial del Estado convierte a estos países en Estados confesionales islámicos, lo que significa que el Derecho islámico es el que preside su ordenamiento jurídico. Este ordenamiento, por tanto, se nutre como fuente primera de las prescripciones del Corán, que no solo es un libro sagrado sino un código de normas de conducta.

La confusión entre Estado y religión que caracteriza los países islámicos, que hace situar el centro de atención del Derecho en el Corán, trae como consecuencia que en sus ordenamientos jurídicos se recojan los principios discriminatorios que algunos preceptos coránicos reflejan, especialmente en relación a los derechos de la mujer. Por tal motivo resulta difícil que estos ordenamientos avancen hacia el completo respeto de valores fundamentales como el principio de igualdad y no discriminación.

Las instituciones jurídicas que forman parte de la identidad islámica encuentran fundamento en suras y aleyas del Libro Sagrado. La mayoría de estas instituciones, propias del Derecho de familia -matrimonio, poligamia, filiación legítima e ilegítima, repudio, dote, *kafala*...- y del Derecho de sucesiones, se encuentran reguladas en los países islámicos en sus Códigos del Estatuto Personal o Códigos de Familia (*Mudawanna*, en Marruecos), cuyo contenido es fiel reflejo de los mandatos coránicos, casi reproduciéndose a veces la letra de algunas de sus aleyas.

¿Se puede hablar de una identidad islámica?

03

No resulta sencillo determinar lo que para una persona concreta de religión islámica significa pertenecer a ese grupo socio-religioso, ni qué elementos conforman o implican, para dicha persona, esa identidad islámica. No obstante, es cierto que hay una serie de elementos de gran relevancia, conectados con dicha identidad, que pueden considerarse componentes fundamentales de la misma.

Las personas de religión islámica presentes en nuestro país, tanto si son originarios del mismo como si provienen del fenómeno migratorio, necesitan y reclaman legítimamente, tanto por parte de las autoridades e instituciones públicas, como del resto de la sociedad, un respeto de sus costumbres y creencias religiosas, que vaya más allá de la mera tolerancia, adentrándose en el terreno de la convivencia, en un régimen de plena igualdad, con el resto de costumbres y convicciones, religiosas o no, presentes en el país.

Para lograr la integración y pleno respeto de dichas convicciones como vía para lograr el bien de estas personas, los poderes públicos deben interesarse por los elementos fundamentales que conforman su identidad, sus costumbres y sus creencias, para así actuar de modo efectivo, procurando facilitar y lograr su integración y convivencia, en armonía, en nuestro país.

Entre los elementos que pueden contribuir de manera significativa a que la persona se sienta integrada y cómoda en nuestra sociedad, deben destacarse: la prácticas religiosas en el ámbito laboral, el matrimonio, los enterramientos, la vestimenta y la alimentación.



04

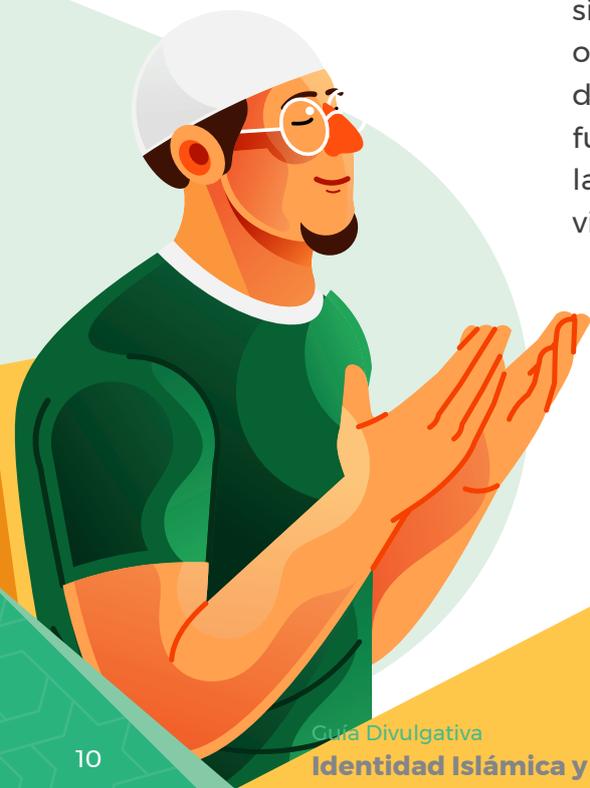
¿Cómo se pueden ejercer las prácticas religiosas musulmanas en el ámbito laboral?

De entre las prácticas religiosas islámicas que pueden contar con ciertas trabas para su ejercicio en la normativa laboral de carácter general, podemos destacar el rezo comunitario de los viernes, el ayuno durante el mes de Ramadán y la celebración de las festividades religiosas.

El Acuerdo entre el Estado español y la Comisión Islámica de España de 1992 contempla la posibilidad de que sus miembros puedan solicitar la interrupción de su trabajo los viernes de cada semana, desde las trece treinta hasta las dieciséis treinta horas. Igualmente, podrán solicitar la conclusión de la jornada laboral una hora antes de la puesta del sol, durante el mes de ayuno (Ramadán).

Las festividades y conmemoraciones religiosas islámicas podrán sustituir, siempre que medie acuerdo entre las partes, a las establecidas con carácter general por el Estatuto de los Trabajadores, con el mismo carácter de retribuidas y no recuperables, a petición de los fieles musulmanes.

La cuestión radica en el acuerdo entre las partes, en la posible coordinación y conjugación de los derechos a la libre organización empresarial y a la libertad religiosa, tratando de lograr un equilibrio entre el ejercicio de este derecho fundamental y una adecuada organización del trabajo y la actividad productiva en la empresa, pero sin perder de vista el mayor rango del derecho de libertad religiosa.



¿Cómo se practican los enterramientos islámicos?

05

Según el Derecho islámico, el enterramiento debe realizarse directamente en la tierra, con sudario pero sin ataúd, de modo que el cuerpo esté en contacto directo con aquella, de cara a La Meca y levemente inclinado sobre el costado derecho.

Teniendo como fondo el derecho de libertad religiosa y el derecho a recibir una sepultura digna sin discriminación por motivos religiosos, el Acuerdo entre el Estado español y la Comisión Islámica de España de 1992 reconoce a las comunidades islámicas el derecho a la concesión de parcelas reservadas para los enterramientos islámicos en los cementerios municipales y el derecho a poseer cementerios islámicos propios. También contempla la normativa española el derecho de las personas de religión musulmana a observar, en sus enterramientos, las reglas tradicionales islámicas relativas a inhumaciones, sepulturas y ritos funerarios.

Algunas normas religiosas en esta materia pueden entrar en colisión con normas relativas a la salud pública, como es el caso de la exigencia de la religión islámica de que el cuerpo sea enterrado en contacto directo con la tierra, es decir, sin ataúd.

El Acuerdo entre el Estado español y la Comisión Islámica de España no incluyó la exigencia de que dichos enterramientos se realizaran “con sujeción a lo dispuesto en la legislación de régimen local y de sanidad”, requisito que sí se encuentra recogido en el Acuerdo con las comunidades judías. Ello parece posibilitar el cumplimiento de esta norma característica de las inhumaciones islámicas. Y así, las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla y la Comunidad Autónoma de Andalucía, permiten el enterramiento de los fieles islámicos sin ataúd, respetando así las normas rituales islámicas. En el resto de España los enterramientos islámicos deben realizarse dentro de ataúd.



¿Qué incidencia tiene la vestimenta musulmana en el trabajo y la escuela?

Corán 33:59, «¡Profeta! Di a tus esposas, a tus hijas, a las mujeres creyentes, que se ciñan los velos. Ese es el modo más sencillo de que sean reconocidas y no sean molestadas. Dios es indulgente, remisorio».

Corán 24: 31, «Di a las creyentes que bajen sus ojos, oculten sus partes y no muestren sus adornos más que en lo que se ve. ¡Cubran su seno con el velo! No muestren sus adornos más que a sus esposos, o a sus hijos, o a los hijos de sus esposos, o a sus hermanos, o a los hijos de sus hermanos, o a los hijos de sus hermanas, o a sus mujeres, o a los esclavos que posean, o a los varones, de entre los hombres, que carezcan de instinto, o a las criaturas que desconocen las vergüenzas de las mujeres; estas no meneen sus pies de manera que enseñen lo que, entre sus adornos, ocultan. Todos volveréis a Dios, ¡oh creyentes! Tal vez seáis bienaventurados».

Corán 24: 59, «Las mujeres que han llegado a la menopausia, que no esperan un nuevo matrimonio, no cometen falta al deponer sus velos de adultas, siempre que no exhiban sus adornos; si se abstienen, es mejor para ellas. Dios es oyente, omnisciente».

Para el Derecho islámico, la forma de vestir debe ser una manifestación de la religiosidad y pureza interior del fiel, al tiempo que trata de ir en consonancia con las propias creencias y respetar las costumbres morales adecuadas a su fe. La modestia, también en el vestir, facilita las relaciones entre personas de diferente sexo manteniendo el mutuo respeto y dignidad.

El Corán hace referencia al velo como vestidura en diversas aleyas. Lo más polémico de su interpretación es determinar, por lo confuso de la redacción de esos preceptos, si el pañuelo islámico constituye una obligación impuesta por el Libro Sagrado o es solo una recomendación.

Los hombres deben procurar llevar ropa suelta (en muchos casos se recomienda el uso de túnica) e ir cubiertos de ombligo a tobillos. Sin embargo, el aspecto más identificable y controvertido sobre la regulación de la vestimenta en el Derecho islámico es el que hace referencia a la vestimenta femenina y, en particular, a la necesidad de que las mujeres oculten parte o todo su cuerpo con un velo.

El Derecho español no limita el uso de prendas de vestir que obedecen a criterios religiosos, y garantiza este aspecto de las costumbres islámicas, reconociendo que el uso de vestimenta por razones religiosas forma parte del ejercicio de un derecho fundamental.

El deseo de un empresario de ofrecer una imagen neutra ante sus clientes tanto del sector público como del sector privado tiene un carácter legítimo, en particular cuando solo atañe a los trabajadores que están en contacto con los clientes. Por tanto, la prohibición de llevar un pañuelo islámico dimanante de una norma interna de una empresa privada que prohíbe el uso visible de cualquier signo político, filosófico o religioso en el lugar de trabajo no constituye una discriminación directa por motivos de religión o convicciones.

Una diferencia de trato basada indirectamente en la religión o las convicciones, dimanante de una norma interna de una empresa que prohíbe a los trabajadores llevar cualquier signo visible de convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo, puede estar justificada por la voluntad del empresario de seguir un régimen de neutralidad política, filosófica y religiosa ante sus clientes o usuarios, siempre que:

- » Este régimen responda a una verdadera necesidad de este empresario, que deberá acreditar tomando en consideración las expectativas legítimas de sus clientes o usuarios y las consecuencias desfavorables que sufriría sin tal régimen.
- » Esa diferencia de trato sea apta para garantizar la correcta aplicación de dicho régimen de neutralidad, lo que implica que el mismo régimen sea seguido de forma congruente y sistemática.
- » Esa prohibición se limite a lo estrictamente necesario en consideración a la amplitud y la gravedad reales de las consecuencias desfavorables que el empresario pretende evitar mediante tal prohibición.

Una norma interna de una empresa que prohíbe a los trabajadores llevar cualquier signo visible de convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo, según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no constituye una discriminación directa siempre que esta norma se aplique de forma general e indiferenciada.

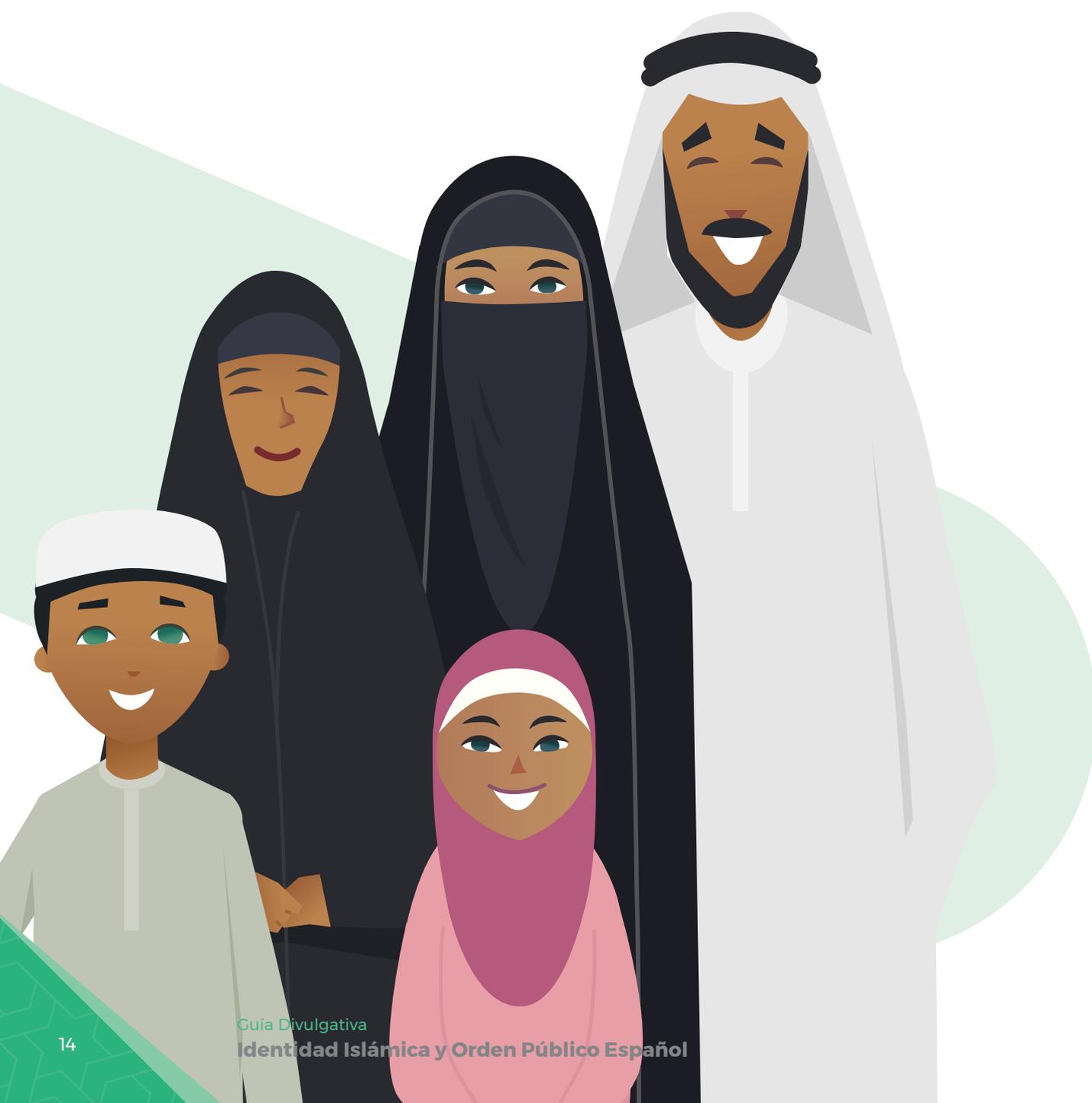
Los centros educativos deben hacer una correcta interpretación de las normas reguladoras del derecho fundamental de libertad religiosa, teniendo en cuenta que estigmatizar el velo como símbolo de discriminación es contraproducente para los objetivos de la educación en igualdad y respeto de los derechos fundamentales.

Los conflictos suscitados en el ámbito educativo por el uso del velo por alumnas musulmanas se han resuelto permitiéndose la asistencia de estas a los centros educativos con el velo, arbitrándose, en algunos casos, medidas que posibiliten el encaje entre el cumplimiento de esta costumbre religiosa y el respeto de las normas internas del centro educativo.

Corán 33:53, «¡Oh, los que creéis! ¡No entréis en las casas del Profeta si no se os da permiso para comer! (...) Cuando pidáis un objeto a sus mujeres, pedídselo desde detrás de una cortina. Esto es más puro para vuestros corazones y para sus corazones (...).».

El respeto al uso del velo, también en las escuelas, redonda de manera decisiva en la integración de las niñas y mujeres de religión islámica en nuestra sociedad, toda vez que facilita en ellas el sentimiento de que son respetadas y admitidas, con todas sus circunstancias y costumbres, en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos.

Cuestión completamente diferente sería la limitación de esta norma cuando pudiera poner en riesgo la seguridad pública, como la restricción de uso en lugares públicos de vestimentas que impidan o dificulten la identificación de la persona (ej. *burka*), complicando así la labor de las Fuerzas de Seguridad del Estado en defensa de la seguridad ciudadana.



¿Qué importancia tiene la alimentación para el islam?

07

Las reglas y prescripciones que afectan a la alimentación, de obligado cumplimiento, forman parte destacada de las creencias islámicas y acentúan en el fiel su identificación religiosa. Las normas de alimentación se constituyen en un referente de identificación social y religiosa y de diferenciación frente a la sociedad extraña a sus creencias y costumbres sociales, culturales y religiosas. El incumplimiento de estas normas conllevaría la pérdida del estado de pureza, lo que afectaría, además, a la validez de sus actos de culto.

Hay dos clases de normas que afectan a la alimentación dentro del islam: las que hacen referencia al tipo de alimentos que el islam considera prohibidos y, por tanto, quedan vedados al fiel musulmán, y las que se refieren al modo de preparación de los alimentos permitidos.

El Derecho islámico divide los alimentos entre los permitidos (*Halal*) y los prohibidos (*Haram*). De entre estos últimos, cabe citar el cerdo y sus derivados, el vino y otras bebidas alcohólicas, la sangre y las sustancias estupefacientes.

En los Acuerdos de 1992 se establecieron las bases para la implementación de la denominación "*Halal*", pudiendo la Comisión Islámica de España dar registro y garantía a los alimentos elaborados conforme a la Ley islámica.

Igualmente, la normativa sobre el sacrificio de los animales contempla excepciones a las exigencias legales de aturdimiento de los mismos, en el caso de que estas sean incompatibles con las prescripciones de los ritos religiosos de una confesión inscrita.

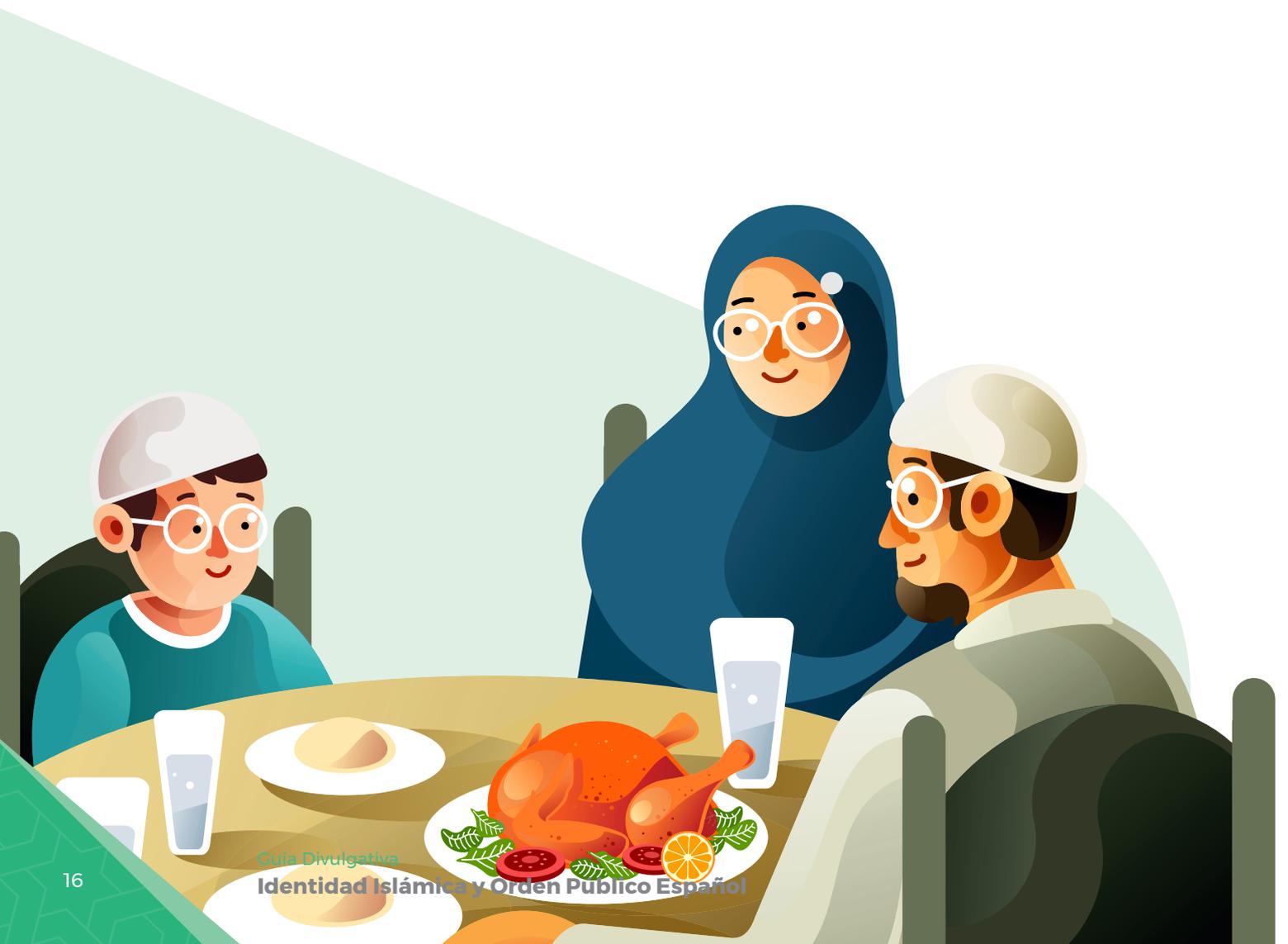
El Acuerdo con la Comisión Islámica de España hace alusión a la conveniencia de adaptar la alimentación facilitada en los centros públicos de internado, militares y docentes, a los preceptos religiosos islámicos. Se contempla esta

Ejemplo:

En cuanto al modo de sacrificio de los animales, se establece que estos deben ser degollados (no asfixiados), siguiendo un procedimiento y rito particular establecido.

previsión específicamente en las normas reguladoras de centros penitenciarios y de internamientos de extranjeros.

El Derecho español establece también normas que procuran facilitar el cumplimiento de las prescripciones alimentarias de los fieles musulmanes durante el Ramadán, habilitando la posibilidad de finalización de la jornada laboral una hora antes de la puesta de sol, durante este mes, siempre que medie acuerdo con el empleador, y tratando de adaptar los horarios de comidas de los centros públicos de especial sujeción durante este mes de ayuno.



¿Qué es el orden público español?

08

El orden público internacional se refiere a aquellos principios fundamentales que presiden el ordenamiento jurídico de un país y que reflejan los valores esenciales jurídicos, políticos, sociales y económicos de un Estado.

Con la expresión “orden público internacional del foro” nos referimos a los principios y valores que forman parte del ordenamiento nacional de la autoridad o el órgano judicial que conocen del asunto ante los cuales se plantea un supuesto de Derecho internacional privado. Cuando el foro es España, hablamos de orden público español.

Es postura unánime de la doctrina y la jurisprudencia que el orden público internacional español incluye los siguientes principios o valores:

- a. Principios y valores recogidos en la Constitución, en los Convenios y Protocolos de los Derechos Humanos y en los Tratados constitutivos de la Unión Europea.
- b. Principios esenciales integradores de la estructura de la sociedad española, sin establecer una lista cerrada de casos, sino flexible y susceptible de cambios.

El orden público interviene de manera especial en materia de Derecho de la persona y de familia.

Ejemplo:

El principio de igualdad o el de no discriminación por razón de sexo o de religión.

Ejemplo:

Forma parte del orden público internacional del foro español el principio de la monogamia, conforme al cual solo se permite al ciudadano español tener un solo vínculo o unión matrimonial, por lo que en consecuencia la poligamia (posibilidad de quedar unido por más de un vínculo matrimonial) resulta contraria al orden público español.

Ejemplo:

Nuestra norma de conflicto en materia de estatuto de la persona (artículo 9.1 del Código Civil) establece que la ley que rige el estado civil y la capacidad será la ley de la nacionalidad del individuo. Por ello, si un extranjero se casa en España ante autoridad española, esta va a aplicar a la capacidad nupcial del extranjero el derecho de su nacionalidad. Si las leyes de ese derecho extranjero que debe aplicar la autoridad española vulneran los valores esenciales de nuestra sociedad, es entonces cuando actúa la excepción de orden público español, para impedir la aplicación en España de instituciones como la poligamia o el repudio islámico.

Ejemplo:

El matrimonio poligámico es contrario al orden público español. Sin embargo, puede producir determinados efectos, como admitir derechos sobre la pensión de viudedad para la segunda esposa del cónyuge bigamo.

La excepción de orden público supone la alteración del normal funcionamiento de la norma de conflicto (esto es, las normas de Derecho internacional privado español que resuelven los conflictos sobre el derecho aplicable a las instituciones de derecho privado), en cuya virtud se descarta la aplicación al fondo del asunto de la Ley extranjera por resultar contraria a los principios fundamentales del Derecho del país cuyos tribunales conocen del litigio.

En el artículo 12.3 del Código Civil se ubica la excepción de orden público internacional en Derecho español, al establecer que *“en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público”*.

El orden público defiende los valores y principios fundamentales en un momento y en un Estado determinados y, en consecuencia, varía con el tiempo y de un país a otro.

El orden público internacional puede producir efectos “atenuados”: situaciones creadas en el extranjero no podrían constituirse en nuestro país por ser contrarias al orden público, pero pueden producir determinados efectos colaterales o periféricos.

¿Por qué se caracteriza el matrimonio islámico?

10

El matrimonio es, ante todo, un deber para el musulmán, pues es más fácil alcanzar el paraíso en estado de casado que de célibe.

Sin obviar la incidencia del factor religioso en su contenido y efectos, el matrimonio es un contrato y, como tal, un instrumento negociable en el que, al menos desde un punto de vista formal, existe una igualdad entre las partes que llevan a cabo la negociación.

Este contrato se caracteriza, además, porque puede ser roto por la mera voluntad de uno de los contratantes, pues así se establece en la *Sharia* y es recogido en todas las legislaciones de familia de los países islámicos. El varón es titular naturalmente de ese derecho, conocido con el nombre de repudio.

El contrato matrimonial en el Derecho islámico, como sucede en el Derecho occidental, tiene un contenido obligatorio, no susceptible de pacto y, por tanto, fuera del acuerdo contractual. Dicho contenido se concreta en los derechos y deberes que, de forma imperativa, surgen para ambos esposos y que se encuentran fijados en la norma.

Estas obligaciones, aunque semejantes pues tienen su causa en El Corán, no se regulan con igual intensidad en todas las legislaciones de familia y se caracterizan por su marcado acento discriminatorio para la esposa.

Corán 24:32, “Casad a aquellos de vosotros que no estén casados y a vuestros esclavos y esclavas honestos. Si son pobres Alá los enriquecerá con Su favor. Alá es inmenso, omnisciente”.

Ejemplo:

El deber de obediencia de la esposa; la obligación de la mujer de respetar a los parientes de su marido y de guardar fidelidad (que se convierte en obligaciones recíprocas en las legislaciones más modernas como la marroquí); la obligación de la esposa de tener que solicitar a su esposo autorización para visitar a sus parientes o para salir del hogar (que no está presente en todas las legislaciones); la cohabitación; la obligación del marido de alimentar a la esposa; la obligación de amamantar al hijo (desaparecida en algunas legislaciones, aunque se mantiene el salario de lactancia).

Corán 4:34, “Los hombres tienen autoridad sobre las mujeres en virtud de la preferencia que Dios ha dado a unos más que a otros y de los bienes que gastan. Las mujeres virtuosas son devotas y cuidan, en ausencia de sus maridos, de lo que Dios manda que cuiden”.

¿Qué es la *nafaqa*?

De entre las obligaciones no susceptibles de pacto y que surgen del contrato matrimonial, alineada con la inspiración patriarcal de la legislación de familia islámica, destaca la obligación de mantener a la esposa que tiene todo varón y que es indisponible.

Incluye no solo el sustento propiamente dicho, sino también la vivienda, el vestido, cuidados médicos, lo necesario según la costumbre. Es, mientras exista, un derecho preferente, incluso, al de los hijos pequeños, si tuviera que establecerse un orden de prioridades por carecer el esposo-padre de medios suficientes para atender a todos los obligados.

El derecho de alimentos de la mujer casada no está relacionado con la situación de necesidad en la que pudiera hallarse. Así se justifica que este derecho nazca del matrimonio consumado (o no consumado por voluntad del esposo, existiendo plena disponibilidad de la mujer a ello), y que esté además unido a su permanencia en el domicilio conyugal.



¿Qué es la dote?

12

La dote es un elemento del matrimonio musulmán típico, exigido directamente en el Corán y propio de la tradición musulmana.

Consiste en un bien que el esposo debe a la esposa por razón del matrimonio, siempre que este haya sido consumado. Dicho bien se integra en el patrimonio exclusivo de la esposa y supone un respaldo patrimonial en caso de ser repudiada.

Una vez disuelto el matrimonio, uno de los instrumentos de los que puede valerse la esposa para conseguir una situación económica más favorable es la reclamación de la dote, si no hubiese sido pagada antes o durante el matrimonio.

Como está definida y conceptuada en el Derecho islámico, la dote no puede menos que considerarse atentatoria contra la dignidad de la mujer, que tiene derecho a ella en la medida que hubiera consumado el matrimonio contraído. Desde esta perspectiva, la dote es contraria al del orden público, que impide aplicar normas en España que lo contravenga.

Aunque en verdad es una institución discriminatoria, como lo es el derecho al repudio del varón, eso no impide que puedan reconocerse sus efectos en determinados casos. Así, la dote, en la medida que comporta una atribución patrimonial para la esposa, es una fórmula beneficiosa para ella. Siguiendo este razonamiento, sea como contenido del acuerdo matrimonial donde se fijó, sea como obligación legal impuesta a consecuencia del matrimonio, deberían aceptar los Tribunales españoles y al igual que otros Tribunales, reclamaciones de este tipo, no procediendo, pues, por los motivos aludidos, la excepción de orden público.

Corán 2:236, *“No hacéis mal en repudiar a vuestras mujeres mientras aún no la hayáis tocado o asignado dote ...”*.

Corán 4:3, *“Dad a vuestras mujeres su dote gratuitamente ...”*.

Corán 4:24, *“... Retribuid como cosa debida, a aquellas de quienes habéis gozado como esposas...”*.

Corán 4:25, *“... y dadles la dote conforme al uso, como a mujeres honestas, no como fornicadoras o como amantes”*.

¿Pueden casarse los menores de edad?

En el Derecho islámico clásico podían contraer matrimonio todas aquellas personas que estuvieran en pleno uso de sus facultades mentales y que hubieran alcanzado la pubertad. Actualmente, algunos ordenamientos islámicos han elevado la edad mínima para contraer matrimonio teniendo en cuenta diversas circunstancias.

En algunos códigos de familia la edad para contraer matrimonio se establece a los 18 (Marruecos o Túnez) o 19 años (Argelia), tanto para el hombre como para la mujer. Pero también se recoge la posibilidad de que el juez autorice el matrimonio de un menor de edad, tras tomar declaración a los padres o a su representante legal y razonando el interés que justifica la celebración del mismo. Al no señalarse límite mínimo de edad para poder contraer matrimonio ese menor, queda al prudente arbitrio del juez, lo que suele traducirse en la posibilidad de que niñas de catorce años o menos contraigan matrimonio con hombres mucho mayores que ellas.

Como regla general, la edad mínima para contraer matrimonio en España es de 16 años cumplidos, por lo que no debería existir problema para reconocer en el foro español la eficacia de un matrimonio contraído por personas que tuvieran esa edad, mientras que habría que denegar la inscripción en el Registro Civil de un matrimonio en el que alguno de los contrayentes no la alcanzase, en virtud de la aplicación de la cláusula de orden público español.

Lo verdaderamente trascendente en el ámbito de los matrimonios de menores de edad es la posibilidad de que el consentimiento no exista por tratarse de un matrimonio forzado, en el que el menor, particularmente las niñas, son obligadas a casarse por sus padres o familiares. Estos matrimonios han de considerarse nulos de pleno derecho por falta de consentimiento.



¿Qué es el impedimento de disparidad de cultos?

14

El Derecho musulmán recoge el impedimento de disparidad de cultos, que impide al hombre contraer matrimonio con una mujer que no sea de una de las tres religiones del libro (cristianismo, judaísmo o islam) y que, a su vez, imposibilita a la mujer contraer matrimonio con un varón no musulmán.

Un impedimento de esta naturaleza contraviene el artículo 32 de la Constitución Española, en cuanto reconoce al hombre y a la mujer el derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, violentando asimismo el derecho fundamental a la libertad religiosa reconocido en el artículo 16 de nuestra Carta Magna.

La imposibilidad de aplicar la ley nacional del país islámico de que se trate, manifiestamente contraria al orden público español, llevaría a la aplicación de la ley española, permitiendo el ejercicio del derecho a contraer matrimonio a los extranjeros con plena igualdad jurídica y sin posibilidad de indagación alguna sobre su religión o creencia. Si bien este matrimonio podría ser celebrado en España y generaría plenos efectos en nuestro país, la validez del mismo no sería reconocida en cualquier Estado musulmán que mantuviera en su legislación dicho impedimento matrimonial.



El *walí* es el hombre que desempeña la función de guardián de la mujer en el momento en el que esta va a contraer matrimonio. Su presencia y asistencia tiene como objetivo que la futura esposa no se vea forzada a contraer un matrimonio que no desea o que lo haga en condiciones peores de las que podría tener. Desde la óptica del Derecho islámico la figura se concibe con la finalidad de proteger a la mujer.

Puede existir cierta preocupación en torno a que detrás de la figura del *walí* todavía hoy puedan seguir existiendo supuestos en los que se coaccione a los contrayentes a celebrar el matrimonio. Especialmente puede ser así en el caso de los matrimonios de menores de edad allí donde se permitan, como consecuencia de acuerdos alcanzados entre las familias, que excluyen la voluntad real de los menores cuyo matrimonio se ha pactado.

Existe cierto consenso en torno a que este rol deben ocuparlo los descendientes masculinos en el caso de existir; en segundo lugar, el padre, representando este el supuesto mayoritario; en tercer lugar, un hombre que sea miembro de la familia, existiendo diferencias entre las distintas corrientes jurídicas en torno a qué persona concreta debería ser el *walí*; y, por último, en ausencia de todos los anteriores, el juez.

Esta tutela matrimonial recae, en principio, sobre toda mujer, tanto si es virgen, mayor de edad, viuda o esté divorciada. Sin embargo, determinados países han establecido que el *walí* no será obligatorio para aquellas mujeres que sean mayores de edad o que ya hayan contraído un matrimonio en el pasado (Túnez o Marruecos).

Pese a ello, el peso de la tradición –o de la presión social–, hace que la mayoría de mujeres opte por casarse asistida

por un *walí*, que en la inmensa mayoría de casos es el padre de la futura esposa.

El matrimonio islámico celebrado con la presencia del tutor matrimonial o *walí* podría, en principio, ser legalmente reconocido en nuestro país. Lo fundamental para la legislación española es que los contrayentes quieran y consientan el matrimonio que se va a celebrar.

En cambio, si en un caso concreto la figura del tutor matrimonial estuviera enmascarando lo que, en realidad, es un matrimonio forzado, el ordenamiento español no podría reconocer dicha unión al faltar el consentimiento de los cónyuges.



¿Es reconocido el matrimonio islámico en España?

Ejemplo:

El Tribunal Constitucional ha admitido el derecho a recibir pensión de viudedad en caso de matrimonio religioso canónico no inscrito (SYC 199/2004), reconociéndose así efectos a un matrimonio no inscrito.

El sistema matrimonial español reconoce un único matrimonio, al que puede llegarse a través de dos ritos o formas de celebración: la civil y la religiosa (ante el ministro de culto de una de las iglesias o comunidades religiosas con notorio arraigo en España reconocido, como ocurre con el islam).

El matrimonio islámico produce plenos efectos civiles en el ordenamiento jurídico español si se cumplen los siguientes requisitos:

01. Que los contrayentes musulmanes reúnan los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil español.
02. Que el consentimiento matrimonial se preste ante los dirigentes islámicos o los imanes y en presencia de dos testigos mayores de edad.
03. Que el matrimonio celebrado según la ley islámica sea inscrito en el Registro Civil.

El matrimonio celebrado en los centros islámicos y conforme a la ley musulmana es válido, aunque si no es inscrito en el Registro Civil no produce plenos efectos frente a terceros. No obstante, el Tribunal Constitucional ha admitido el derecho a recibir pensión de viudedad en caso de matrimonio religioso –en concreto, canónico– no inscrito (STC 199/2004).

¿Qué es la poligamia?

17

Se entiende por poligamia la unión de una persona con dos o más cónyuges de forma simultánea. Se distingue entre dos situaciones: poliandria –caso de una mujer casada con más de un hombre-; y poliginia –un hombre casado con más de una mujer-, siendo esta la más habitual en los países en los que se reconoce la poligamia. Por esta razón, se suele utilizar el término “poligamia” como referente a “poliginia”.

Aunque la religión musulmana autoriza la poligamia, esta se encuentra sometida a ciertas reglas restrictivas en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de los distintos países islámicos.

Por lo que se refiere al número de esposas que puede tomar el varón, debe atenderse a la Sharia, de la que se desprende que el hombre no puede tomar más de cuatro esposas, atendiendo a las palabras del Profeta reflejadas en el Corán 4:3 y provenientes de la *Sunna*.

A la limitación numérica hay que sumar dos condiciones: la primera es que el hombre debe hacer justicia con sus esposas, y la segunda que sea capaz de procurar el mantenimiento de todas ellas.

En algunos países se ha procedido a controlar el ejercicio de la poligamia exigiendo que sea autorizada a través de distintos procedimientos, bien administrativos, o bien judiciales.

Dado que la *Sharia* no prohíbe expresamente la poligamia, ni tampoco obliga a la misma, es aceptado generalmente que se pueda incluir en el contrato matrimonial una “cláusula de monogamia”, esto es, la condición por parte de la esposa en virtud de la cual el marido se compromete a no contraer otro matrimonio más.

Corán 4:3, “Y si teméis no ser justos con los huérfanos... Casaos entonces, de entre las mujeres que sean buenas para vosotros, con dos, tres o cuatro; pero si os teméis no ser equitativos... entonces con una sola o las que posea vuestra diestra. Esto se acerca más a que no os apartéis de la equidad”.

Aunque la poligamia haya sido sometida a límites y controles judiciales más estrictos, es innegable que su sola admisión contraviene claramente principios y valores fundamentales de los ordenamientos jurídicos occidentales.

En España, junto con los demás países europeos, la monogamia es un valor protegido por el ordenamiento jurídico, considerándose elemento esencial en la concepción del matrimonio en el Derecho español.

La aplicación de la cláusula del orden público español en este caso produce dos tipos de consecuencias: a) excluye la eficacia directa de los matrimonios poligámicos celebrados en el extranjero según la ley del lugar de celebración –siendo necesario, aunque la forma sea válida, para poder practicar la inscripción, comprobar que han concurrido los requisitos legales de fondo exigidos para la validez del enlace–; y b) impide la autorización de la celebración del matrimonio civil según su ley nacional a personas vinculadas por un matrimonio anterior.

La poligamia produce efectos negativos para el hombre polígamo. Así, se niega por los tribunales la concesión de la nacionalidad española por residencia al extranjero polígamo, por falta del requisito de integración con los valores sociales, culturales y con nuestro propio ordenamiento jurídico; y se le deniega el visado para la reagrupación familiar por haber reagrupado ya el solicitante a su primera esposa.

También se reconocen a la poligamia efectos positivos, que solo se conciben en aras de la salvaguarda de otros intereses dignos de protección, como son los de las esposas e hijos del hombre polígamo. Estos efectos se centran en la inscripción en el Registro Civil de los hijos nacidos de los diferentes matrimonios polígamos como hijos matrimoniales respecto de sus respectivos progenitores; y el reconocimiento de derechos sobre la pensión de viudedad a todas las esposas del hombre polígamo fallecido.



¿Qué es el repudio?

18

El término repudio alude a la disolución del matrimonio por decisión unilateral de uno de los contrayentes, sin que sea necesario acreditar causa alguna.

La posibilidad de dar por finalizado el matrimonio por la mera voluntad de los cónyuges, sin necesidad de concurrencia de justa causa o requisito alguno, se considera un derecho natural del varón, con fundamento en El Corán.

El repudio del marido se encuentra regulado en todos los Códigos de Familia de los países islámicos confesionales, excepto en el Código del Estatuto Personal de Túnez conforme a una interpretación progresista del Texto Sagrado. En el Código de Familia marroquí se introduce una serie de controles con la finalidad de judicializar el repudio del marido y asegurar la situación patrimonial de la esposa repudiada.

El repudio de la mujer al marido solo es posible si el esposo le ha concedido tal derecho en el contrato matrimonial, pudiendo quedar sometido su ejercicio a determinadas circunstancias, requisitos o condiciones.

Se reconoce también el “repudio retribuido”, que es el repudio del marido por la mujer, previo pago de una indemnización, y, dado el carácter del repudio como derecho del marido, contando con el consentimiento de este. En algunos ordenamientos como el marroquí se da viabilidad al repudio retribuido aun cuando no exista acuerdo sobre el importe de la indemnización, si se hubiera incluido en el contrato matrimonial dicha posibilidad sin especificar el importe o la modalidad indemnizatoria.

Corán 2:231, *“Cuando repudiéis a vuestras mujeres y estas alcancen su término, retenedlas como se debe o dejadlas en libertad como se debe...”*.

Corán 2:232, *“Cuando repudiéis a vuestras mujeres y estas alcancen su término, no les impidáis que se casen con sus maridos, si se ponen buenamente de acuerdo...”*.

Corán 2:236, *“No hacéis mal en repudiar a vuestras mujeres mientras aún no las hayáis tocado o asignado dote”*.

Corán 2:237, *“Y, si las repudiáis antes de tocarlas y luego de haberles asignado dote, pagadles la mitad de lo asignado, a menos que ellas o aquel en cuya mano esté la conclusión del matrimonio renuncien a ello”*.

Corán 2:229, *“... Y si teméis que no observen las leyes de Alá, no hay inconveniente en que ella obtenga su libertad indemnizando al marido”*.

¿Qué es el divorcio causal?

Tradicionalmente, y quizás como una forma de compensar la grave desigualdad que suponía el hecho de que el marido pudiera dar por finalizada la unión matrimonial por su mera declaración de voluntad, se ha admitido en el Derecho islámico el divorcio judicial causal por medio del cual se legitima a la esposa para romper el matrimonio.

Como consecuencia del matrimonio surge la obligación del esposo de mantener a su esposa, cuyo incumplimiento faculta a esta para solicitar la ruptura del vínculo.

La consumación del matrimonio, el cumplimiento del débito conyugal y la cohabitación son obligaciones que pesan sobre el esposo, cuya inobservancia constituye causa de divorcio.

Otras causas de divorcio son: el abandono -concepto más amplio que la mera ausencia, pues incluye comportamientos más allá de la mera separación física, relacionados con la falta de convivencia en un sentido amplio-, los malos tratos y el incumplimiento de las obligaciones de ambos contrayentes en general. En el Código de Familia marroquí también se ha introducido como causa de divorcio judicial la discordia, que faculta a la esposa a acudir a él cuando existen desavenencias con su marido de difícil solución.



¿Qué quiere decir que el divorcio islámico es revocable?

20

Una característica de la disolución del matrimonio en Derecho islámico es su carácter revocable en algunos casos, que lo convierte en no definitivo durante el plazo temporal en el que puede ejercitarse la acción revocatoria.

La revocabilidad del divorcio, en la medida que esta es una posibilidad que solo tiene el hombre y que solo es operativa en divorcios que parten de una voluntariedad previa del esposo, es una de las fórmulas más discriminatorias del Derecho de familia islámico.

¿Qué papel tiene la mujer en el divorcio revocable? Parece que solo “esperar” a que se produzca la nueva decisión de su marido, actuando el divorcio judicial que ella ha iniciado como una llamada de atención a reconsiderar su comportamiento; de no hacerlo, procederá la disolución.

Puede suceder que la mujer no quiera reanudar las relaciones conyugales y, en este punto, vuelve a ponerse de manifiesto la frágil situación de desigualdad que presenta el Derecho de familia islámico. El divorcio por discordia regulado en el Derecho marroquí permitiría en estos casos obtener la disolución del vínculo.

La revocabilidad del repudio y del divorcio en algunos casos impide que las resoluciones judiciales dictadas por Tribunales islámicos puedan gozar de efectos en España durante el periodo en el que el varón puede ejercitar la acción revocatoria.

Corán 2:228, “Las repudiadas deberán esperar tres menstruaciones. No les es lícito ocultar lo que Alá ha creado en su seno si es que creen en Alá y en el último Día. Durante esta espera, sus esposos tienen pleno derecho a tomarlas de nuevo si desean la reconciliación. Ellas tienen derechos equivalentes a sus obligaciones, conforme al uso, pero los hombres están un grado por encima de ellas. Alá es poderoso, sabio”.

¿Qué es el periodo de espera o *iddah*?

Corán 65:1, *“Profeta! Cuando repudiáis a las mujeres, ¡hacedlo al terminar su período de espera! ¡Contad bien los días de ese período y temed a Alá vuestro Señor! ¡No las expulséis de sus casas ni ellas salgan, a menos que sean culpables de deshonestidad manifiesta!...”*.

Corán 65:2, *“Cuando llegue a su término, retenedlas decorosamente o separaos de ella decorosamente...”*.

Corán 65: 4, *“Para aquellas mujeres que ya no esperan tener la menstruación, si tenéis dudas, su período de espera será de tres meses; lo mismo para las impúberes. Para las embarazadas su período de espera terminará cuando den a luz...”*.

Corán 33:49, *“... Si os casáis con mujeres creyentes y, luego, las repudiáis antes de haberlas tocado, no tenéis por qué exigirles un período de espera...”*.

Fiel a la tradición coránica, en todos los Códigos de familia se mantiene una arcaica institución como es el período de espera que toda mujer divorciada o viuda debe respetar y que actúa como impedimento temporal, de tal suerte que le impide a la mujer contraer nuevo matrimonio válido.

Esta discriminatoria institución tiene como finalidad asegurar la filiación y que el varón tenga la certeza de que su esposa no ha concebido hijo alguno durante su matrimonio; o, si está embarazada tras la ruptura y durante el periodo de espera, tenga seguridad sobre su descendencia. De ahí que no exista esta obligación para la mujer que no ha consumado el matrimonio. En el caso de la viuda, se suma a esta finalidad el respeto o luto que debe manifestar, por lo que no queda eximida si, efectivamente, no consumó el matrimonio.

Durante el mismo la mujer debe estar atendida, lo que le concede un derecho de alimentos, si el divorcio fuera revocable o siendo irrevocable estuviera embarazada, y un derecho de alojamiento en todo caso.

El periodo de espera que actúa como impedimento matrimonial temporal es del todo incompatible con el orden público español por ser atentatorio de la dignidad de la mujer

¿Qué es el salario de lactancia?

22

Es una prestación económica a la que tiene derecho la madre lactante divorciada, y mientras cumpla esta función, que tiene su justificación en la tradición islámica, por lo que figura en todos los Códigos de familia.

Las beneficiarias de estos emolumentos son las personas que alimentan naturalmente al hijo y solo mientras dure tal situación. El salario solo procede en caso de divorcio, ya que cuando la madre alimenta a su hijo durante el matrimonio carece de tal derecho económico. En caso de lactancia artificial los gastos de esta se cubrirían por la pensión alimenticia a la que el hijo tiene derecho.

Conforme al principio de igualdad que rige nuestro ordenamiento jurídico, cualquier regulación que trate de forma desigual a los cónyuges, otorgando o negando derechos solo en función del género del afectado, debe ser calificada de inconstitucional en nuestro país. El principio superior del interés del menor nos invita a reconocer los efectos de instituciones beneficiarias y negársela a cualquiera que los perjudique. Finalmente, el concepto de “orden público atenuado” que actúa como tamiz permite, en algunos casos, reconocer consecuencias jurídicas a instituciones formalmente discriminatorias pero que en su aplicación práctica pudieran tener un efecto positivo para el que las hace valer.

Corán 65: 6, “... Si están embarazadas proveedles de lo necesario hasta que den a luz. Si la criatura que crían es vuestra, retribuidles como es debido y llegad a un acuerdo decoroso ...”.

Corán 2:233, “Las madres amamantarán a sus hijos durante dos años completos si desea que la lactancia sea completa. El padre debe sustentarlas y vestir las conforme al uso. A nadie se le pedirá sino según sus posibilidades. No se dañará a la madre por razón de su hijo, ni al padre. Un deber semejante incumbe al heredero. Y no hay inconveniente en que el padre y la madre quieran, de mutuo acuerdo y luego de consultarse, destetar al niño. Y, si queréis emplear a una nodriza para vuestros hijos, no hacéis mal, siempre que paguéis lo acordado conforme al uso. ¡Temed a Alá y sabed que Alá ve bien lo que hacéis”.

¿Qué es la filiación legítima e ilegítima?

Corán 33: 5, *“Llamadles por su padre. Es más equitativo ante Alá. Y si no sabéis quién es su padre, que sean vuestros hermanos en religión y vuestros protegidos”*.

La filiación es el vínculo jurídico que une a una persona con sus progenitores. Se puede distinguir entre filiación natural –la que responde a la relación biológica entre padres e hijos– y filiación adoptiva, que se determina a través de un expediente de adopción.

La filiación de origen natural es la única existente para el islam, para el que los padres biológicos y el linaje familiar son de gran importancia. Se prohíbe, así, la adopción como acto constitutivo de una filiación distinta a la estrictamente biológica,

La filiación en el Derecho islámico se ha regulado tradicionalmente sobre la base de cuatro principios básicos: el principio de la línea paterna, que establece que el niño accede al parentesco de su padre, siendo esto el fundamento de los derechos sucesorios; el principio, vinculado con el anterior, que dispone la asunción por el hijo de la religión de su padre; el no reconocimiento de efectos de parentesco respecto del padre de los niños nacidos fuera del matrimonio; y, por último, la prohibición de la adopción.

En Derecho islámico se distingue, pues, entre filiación legítima e ilegítima, en función de que el hijo haya nacido dentro o fuera del matrimonio, respectivamente; y, como en el resto de ordenamientos jurídicos, entre filiación paterna y materna, aunque en el caso de la Sharia sean distintos los efectos de una y otra.

La filiación paterna, de facto, solo puede ser legítima, esto es, producida dentro de la institución matrimonial. La filiación paterna legítima hace nacer el derecho de alimentos recíprocos entre parientes, el derecho a la herencia y a llevar el apellido del padre. La filiación ilegítima es tratada como si no existiera, ya que no produce efecto alguno.

La filiación materna se determina por el parto. Y podrá ser tanto legítima como natural o ilegítima, en cuyo caso producirá los mismos efectos que si fuera legítima respecto a la madre, mientras que no desplegará ningún efecto frente al padre.

Obviamente, los principios de la filiación islámica vulneran el orden público español, tanto por la inexistencia de igualdad de derechos entre los hijos legítimos y los ilegítimos, como por la discriminación que producen respecto de la mujer.

La contravención del orden público nos lleva, por aplicación del artículo 12.3 del Código Civil, a la aplicación del Derecho español. La madre tendría derecho al ejercicio de una acción de reclamación de la filiación frente al presunto padre, pudiendo solicitar en su caso el recurso a la prueba biológica para facilitar la acreditación de la paternidad.

Entre las consecuencias que se derivan de la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, se encuentra la imposibilidad de la mujer de transmitir la nacionalidad a sus hijos, lo que lleva consigo la apatridia (carencia de nacionalidad) del menor en caso de madre no casada, ya que los hijos nacidos fuera del matrimonio carecen de filiación paterna y, por tanto, no adquieren la nacionalidad de origen por medio del padre.

Debe atenderse en estos casos al principio del interés superior del menor. Así, ante la posibilidad de que el niño quede apátrida, o ante las azarosas vicisitudes por las que se ha de atravesar para que adquiriera definitivamente una nacionalidad, lo que parece más acertado en aras de la protección del menor, es responder positivamente a las solicitudes de concesión de la nacionalidad española elevadas en estas circunstancias.

Existen leyes de la nacionalidad de algunos países que posibilitan que, al igual que el padre, la madre transmita a sus hijos su nacionalidad como nacionalidad de origen, eliminándose así la desigualdad legal existente entre hombres y mujeres con respecto a sus descendientes en este ámbito (ej. Marruecos, Túnez o Argelia).



La *kafala* es la institución islámica mediante la cual se protege al menor abandonado, adjudicándole unas personas que se van a ocupar de su atención y educación como si fueran sus padres.

Es el compromiso -adquirido ante notario o en virtud de pronunciamiento judicial- de hacerse cargo del mantenimiento, educación y protección de un menor de la misma forma que lo haría un padre con su hijo, pero sin que se genere ningún vínculo de filiación entre el menor (*makfoul*) y la persona o personas que lo acogen (*kafil* o *kafils*).

El *kafil* o *kafils* deben ser musulmanes, pues asumen, junto con el deber de cuidar y mantener al *makfoul*, el de instruirle en la fe islámica.

Hay dos tipos de *kafala*, la judicial y la notarial. La notarial no tiene efectos en España, ya que no hay intervención de ninguna autoridad pública del país islámico de origen del menor. El motivo fundamental es evitar el riesgo de sustracción de menores, así como impedir la inmigración ilegal por esta vía. El *kafil* en virtud de resolución judicial sí se convierte en tutor legal del menor, por lo que le corresponde administrar el posible patrimonio del menor, así como ser el responsable civil de los daños que el menor pueda causar a terceros.

El *makfoul* disfruta de los mismos beneficios familiares, sociales y educativos que los hijos legítimos del *kafil*, pero siempre con un límite indisponible: ni puede usar los apellidos del *kafil* ni tiene derecho a sucederle legalmente, como consecuencia de que la *kafala* no instituye vínculo de filiación alguno entre el *kafil* y el menor.

Los *kafils* pueden reagrupar “familiarmente” al *makfoul* en tanto son sus tutores, de tal forma que el menor puede obtener el visado de residencia permanente en España.

Al ser la *kafala* una institución que no crea un vínculo de filiación entre el “*kafil*” o persona que asume la *kafala* del menor y este último, se entiende que la situación creada debe ser considerada de forma similar a la situación de acogimiento o prohijamiento del Derecho español.

La *kafala* no puede derivar en la apertura de un procedimiento de adopción del *makfoul* por parte del *kafil* o *kafils*. Si el *kafil* quisiera adoptar al *makfoul*, deberá esperar siempre y en todo caso a que este llegue a la mayoría de edad.

La *kafala* es una situación protegida a los efectos de concederse prestaciones de paternidad o maternidad. En cuanto a la pensión de orfandad, si los hijos adoptivos son beneficiarios de esta pensión, y la *kafala* cumple la función con la misma extensión asistencial que la adopción –tener bajo su exclusivo cuidado y dependencia a los menores-, el interés del menor justifica que se le proporcione un tratamiento de “hijo” a los efectos de tener derecho a recibir dicha pensión.



La *hadana*, término que suele traducirse como custodia, se configura como una institución jurídica dirigida a proporcionar cuidado y protección a un menor de edad durante un determinado periodo de tiempo de su vida, en el que precisa de la ayuda de otra persona, normalmente su madre. Dicha institución se limita a aquellos aspectos más prácticos de la crianza de un hijo, tales como su alimentación, su cuidado o su educación diaria

La madre tiene atribuida, exclusivamente, la *hadana* durante un determinado periodo de tiempo de la vida del menor. La *hadana* no posee ningún poder a la hora de tomar decisiones más trascendentales en relación con la vida de este. Estas potestades, relativas tanto a su desarrollo como persona como las concernientes a su patrimonio, vienen conferidas exclusivamente al padre, que es el titular de la *wilaya*.

La premisa de la que parte el Derecho islámico es que las mujeres se encuentran, por su propia naturaleza y su rol dentro de la sociedad, mejor capacitadas para atender las necesidades de un niño recién nacido o de corta edad.

La mayoría de ordenamientos islámicos establecen que la mujer que vuelve a contraer matrimonio no podrá seguir ejerciendo la *hadana*, especialmente si se casa con un extraño o con un pariente con el que el custodiado no tenga prohibido contraer matrimonio (por ejemplo, un primo).

La cuestión de la religión suele presentar una notable importancia a la hora de determinar si una persona es apta o no para ocupar la posición de custodio. Si bien algunas legislaciones lo permiten, la mujer no musulmana (cristiana o judía) suele considerarse como menos idónea para ejercer la *hadana*.

La residencia de la *hadina* adquiere cierta relevancia en la medida en que el hijo menor de edad debe vivir con ella. De esta forma, el Derecho islámico veta la posibilidad de que la *hadina* se mude al extranjero o a una ciudad lo suficientemente lejana de la que viva el padre, sancionándola con la pérdida de la custodia en el caso de que lo haga.



La *wilaya* constituye el reverso de la *hadana*. El término suele traducirse como tutela y consiste en una institución jurídica que otorga al tutor (*waley*) la facultad de tomar decisiones –tanto sobre aspectos personales como patrimoniales– sobre un tercero, quiera este o no. Se trata, fundamentalmente, de la posición de poder y control que asume una persona con respecto a un menor de edad, o a aquellas personas mayores de edad con discapacidad.

La *wilaya* se atribuye, normalmente, de forma exclusiva al padre del menor, lo que supone arrebatarse a la madre la capacidad jurídica de decisión sobre la vida de su hijo. En algunos países la madre puede ocupar este rol de forma subsidiaria.

En el caso de los varones, la *wilaya* se extiende hasta que estos alcanzan la pubertad, salvo que se trate de personas con discapacidad, en cuyo caso se prolonga la tutela el tiempo que se estime necesario. En el supuesto de que se trate de mujeres, la tutela se extingue en el momento en que esta contrae matrimonio –puesto que el marido pasa a hacerse cargo de ella– o en el momento en que la hija ha alcanzado la edad en la que puede hacer valer sus intereses por sí sola.

El Derecho islámico establece una clara diferenciación entre padres y madres, atribuyéndoles a estas un mero rol secundario, en el que se limitan al cuidado de la prole, pero sin contar con ninguna potestad para decidir sobre la vida de su hijo. Dichas normas son claramente discriminatorias y no procedería su aplicación en España, recurriéndose en su lugar a la regulación establecida en nuestra propia legislación.



¿Cómo se regulan los derechos sucesorios?

27

El Derecho sucesorio aplicable en cada Estado islámico concreto es propio y particular; la fuerza de la costumbre, además, puede determinar incluso la existencia de reglas sucesorias específicas y dispares para distintos territorios de un mismo Estado o hasta para algunos de los grupos étnicos o tribales con los que su población puede identificarse.

Desde la perspectiva de los ordenamientos europeos, hay consenso entre los juristas en señalar que en el islam no existe igualdad sucesoria entre hombre y mujer, por el mero hecho de serlo, respectivamente.

Determinadas reglas del Corán en materia de herencia distinguen claramente entre hombres y mujeres. 1ª.- La cualidad hereditaria es distinta según el género de la persona que hereda y ello puede incluso desembocar en que algunas parientes mujeres (la hija) no reciban nada en ciertos casos. 2ª.- El llamado principio del *tafadul* establece que a igualdad de grado y de vínculo, los varones reciben mayor porción o cuota que las mujeres. La cuota hereditaria de los varones debe siempre ser el doble, también cuando se hereda al cónyuge premuerto. 3ª.- Incluso cuando se trata de la sucesión entre hermanos varones de vínculo sencillo, se privilegia a los consanguíneos (hermanos solo de padre) sobre los uterinos (hermanos solo de madre), lo que pone de relieve la mejor condición del parentesco familiar patrilineal lo que, una vez más, constituye una discriminación por razón de género, al hacer de peor condición a los parientes maternos del causante.

Si se compara entre personas que tienen el mismo tipo y grado de parentesco respecto al causante, se aprecia que el género es determinante de que no sucedan en igual proporción, sino el varón en doble porción que la mujer y que la misma regla se aplicará incluso entre los esposos cuando enviudan.

Corán 4:11, «Alá os ordena lo siguiente en lo que toca a vuestros hijos: que la porción del varón equivalga a la de dos hembras. Si estas son más de dos, les corresponden dos tercios de la herencia. Si es hija única, la mitad. A cada uno de los padres le corresponderá un sexto de la herencia, si deja hijos; pero, si no tiene hijos y le heredan solo sus padres, un tercio es para la madre. Si tiene hermanos, un sexto es para la madre. Esto, luego de satisfacer sus legados o deudas. De vuestros ascendientes o descendientes no sabéis quiénes os son más útiles. Esta es obligación de Alá. Alá es omnisciente, sabio».

Corán 4:12, «A vosotros os corresponde la mitad de lo que dejen vuestras esposas si no tienen hijos. Si tienen, os corresponde un cuarto. Esto, luego de satisfacer sus legados o deudas. Si no tenéis hijos, a ellas les corresponde un cuarto de lo que dejéis. Si tenéis, un octavo de lo que dejéis. Esto, luego de satisfacer vuestros legados o deudas. Si los herederos de un hombre o de una mujer son parientes colaterales y le sobrevive un hermano o una hermana, entonces, les corresponde, a cada uno de los dos, un

sexto. Si son más, participarán del tercio de la herencia, luego de satisfacer los legados o deudas, sin dañar a nadie. Esta es disposición de Alá. Alá es omnisciente, benigno».

Corán 4:176, «Te piden tu parecer. Di: “Alá os da el Suyo a propósito de los parientes colaterales. Si un hombre muere sin dejar hijos, pero sí una hermana, esta heredará la mitad de lo que deja, y si ella muere sin dejar hijos, él heredará todo de ella. Si el difunto deja dos, estas heredarán los dos tercios de lo que deje. Si tiene hermanos, varones y hembras, a cada varón le corresponderá tanto como a dos hembras juntas. Alá os aclara esto para que no os extraviéis. Alá es omnisciente”».

Dada la vigencia en nuestro ordenamiento del principio de igualdad y no discriminación, cualquier mujer que pudiera verse discriminada respecto a un varón, debido a la posible aplicación de alguna de estas reglas en el seno de una sucesión abierta en nuestro país y sujeta a una ley personal que pretendiera hacerlas efectivas (por ejemplo, una hija frente a un hijo del causante), podría impugnar la sucesión invocando la excepción de orden público para enervar su eficacia.

En el conflicto que se pueda plantear entre derechos fundamentales, la igualdad ante la ley primará sobre el derecho a la libertad religiosa, que se garantiza para el libre desarrollo de la personalidad del individuo (art. 10 CE) y con base en el respeto a su libertad de pensamiento y creencias, pero sin que las propias de cada persona alcancen para determinar que la ley se aplique de modo distinto a los ciudadanos en función de la concreta religión que profesen o de que no profesen ninguna.

En las sucesiones que eventualmente pudieran regirse en España por un Derecho extranjero islámico, la excepción de orden público hará inaplicable cualquier regla que excluya de la herencia a un sucesor sola y exclusivamente por profesar religión distinta del islam o por haber apostatado de esta. Igualmente, se impedirá la aplicación de cualquier precepto que determine la apertura de la sucesión de una persona viva, por haber renunciado al islam.

Tampoco podrá tener efectos sucesorios distintos la filiación matrimonial o extramatrimonial de un hijo, circunstancia que en España no puede determinar desigualdad de trato ni exclusión de una persona de la herencia a que tenga derecho en aplicación de las reglas sucesorias de nuestro país.

¿Se limita en España la libertad religiosa del trabajador?

28

Con carácter general, el empresario no pueda efectuar cuestión alguna dirigida a indagar sobre cuál sea el credo religioso del trabajador.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que el Estatuto de los Trabajadores reconoce el derecho del trabajador a no ser discriminado directa o indirectamente para el empleo, por razón de su religión.

Es infracción muy grave del empresario en materia de empleo solicitar datos de carácter personal en los procesos de selección o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por motivos de religión o convicciones.

Las agencias de colocación vienen obligadas a garantizar en su ámbito de actuación el principio de igualdad en el acceso al empleo, no pudiendo establecer discriminación alguna, directa o indirecta, basada en la religión o convicciones siempre que los trabajadores se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate.

Se entiende que existe discriminación por razón de religión cuando no se concede al trabajador descanso semanal compatible con su credo religioso. Debe priorizarse que las empresas adopten medidas que permitan a los trabajadores el posible cumplimiento de sus deberes religiosos, así como no imponerles conductas o funciones incompatibles con sus íntimas y respetables creencias. Pero ello exige también de la parte trabajadora el respeto al principio de buena fe que ha de inspirar a ambas partes en la relación laboral. Por ello, no es posible que el trabajador se ausente de su puesto sin la conformidad empresarial requerida.

Las ofensas verbales de carácter racista o xenófobo que un trabajador pueda dirigir a otro y que traigan causa en las creencias y prácticas religiosas del destinatario de tales ofensas, no siempre han de suponer el despido disciplinario del que realiza la ofensa. Solo cuando la falta cometida (ofensa verbal) revista el carácter de grave y culpable exigido a una falta disciplinaria de cualquier índole, justificará el despido disciplinario. Ello, sin perjuicio de que, de conformidad con la tipificación de faltas y sanciones aplicable, pueda proceder la imposición de otra sanción disciplinaria.



¿Qué es el convenio hispanomarroquí sobre seguridad social?

29

Es un Convenio internacional bilateral suscrito entre España y el Reino de Marruecos, cuyo objetivo fundamental es que los nacionales de ambos Estados puedan conservar o adquirir sus derechos en materia de protección social, en curso en el otro país, por el hecho de tener periodos cotizados al haber desarrollado una actividad profesional en alguno de ellos.

El ámbito de aplicación personal del Convenio Hispano-Marroquí se extiende a los trabajadores marroquíes o españoles que estén o hayan estado sujetos a las legislaciones de Seguridad Social de una o ambas partes, así como a sus familiares y supervivientes.

El Tribunal Supremo determina que la viuda casada en situación de bigamia tiene derecho a pensión de viudedad y que su cuantía tiene que repartirse a partes iguales entre las dos beneficiarias de la pensión. Ello se aplica también a los funcionarios públicos, aun cuando estén fuera del ámbito de aplicación del Convenio.



¿Se podría crear instituciones de mediación islámica?

Una de las causas que pueden ser origen de conflictos deriva del choque que se produce cuando las creencias religiosas de las personas difieren de las pautas sociales establecidas con carácter general. Es lo que sucede en nuestra sociedad cuando quienes profesan la religión islámica ven limitada la forma de ejercer determinados comportamientos basados en su religión. La mediación parece ir afianzándose como un medio eficaz para resolver tales conflictos.

La mediación es una forma de solucionar los conflictos diferente y alternativa a la que ofrecen los procesos judiciales. Estos intervienen aplicando las leyes que rigen en el Estado, aquella busca solucionar los conflictos poniendo de acuerdo a las partes con la ayuda de una tercera persona independiente que actúa favoreciendo ese acuerdo.

Dos ámbitos en los que se generan conflictos entre las prácticas religiosas musulmanas y las normas y prácticas sociales españolas son el de las relaciones civiles y las que se producen en las relaciones laborales.

Cualquier materia que de acuerdo con la ley coránica deba observar cualquier tipo de requisitos, siempre que se trate de materia que queda al arbitrio de las partes su concreción y delimitación y, al mismo tiempo, pueda ser entendida como materia disponible por las partes de acuerdo con las leyes civiles españolas, puede ser materia de mediación en caso de conflicto.

En los conflictos derivados de las relaciones laborales es de aplicación el criterio general para la mediación civil: las partes pueden someter a mediación toda materia que sea disponible para las partes.

¿Cabe la posibilidad de crear instituciones de mediación islámica? Todo lo que entra dentro del poder de decisión de

las partes puede ser objeto de un proceso de mediación. La posibilidad de crear estas instituciones es viable, ya que en la ley no se hace distinción alguna por razones de creencias religiosas. Los contenidos de los acuerdos logrados solo serán aceptables si no conculcan los derechos de las personas establecidos por la legislación del Estado.



