

Derecho del derecho eclesiástico

Lección 2. – Síntesis histórica de las relaciones iglesia–comunidad política

4. – El liberalismo: libertad religiosa y separatismo

Se desarrolló a lo largo del siglo XIX

En su seno, la fórmula idónea para la relación entre iglesia y estado fue la fórmula de separación entre ambas

Quedaron rechazados los estados confesionales porque sólo así se podría lograr una verdadera libertad religiosa del individuo y evitar discriminaciones por motivos religiosos por parte del estado

EEUU consagró esta separación en la primera enmienda de su constitución federal (entró en vigor en 1771)

Se establece la prohibición de reconocer religión alguna como oficial del estado a la vez que se proclamaba que tampoco se podía impedir el ejercicio de ninguna religión (la libertad religiosa puede ser profesada por cualquier ciudadano)

EL estado se declaraba incompetente en materia religiosa

En Europa también se establece este modelo de separación

Pero no era una simple separación entre iglesia y estado, sino que era un sentimiento un tanto anticlerical ya que se consideraba al clero cómplice del antiguo régimen

El tratamiento jurídico que se dará a las confesiones religiosas será someterlas a la regulación del estado (derecho común y de las asociaciones)

Hay algunos casos extremos en los que el estado llega a inmiscuirse en materias de la iglesia (regalismo o jurisdiccionalismo liberal)

Para conseguir estos objetivos quedaron sometidas a las normas del estado dictadas para las asociaciones privadas

Por eso el estado dictó alguna norma de carácter especial (ley francesa de separación entre iglesia y estado de 1905)

Ante esta situación, la iglesia respondió, defendiéndose, que los estados tenían que ser confesionales y la proclamación de la superioridad de la iglesia frente al estado

En cuanto a las razones que llevaron a la separación entre iglesia y estado, en EEUU se llegó a esa conclusión porque garantizaba la convivencia pacífica entre todos los ciudadanos

Lección 3. – La libertad religiosa en la actualidad

1. – Protección internacional de la libertad religiosa

Debe situarse dentro del marco de la protección de los derechos humanos

A diferencia de otras épocas, en las que la religión se contemplaba desde una perspectiva institucional, hoy es, sobre todo, heredera de la concepción liberal de los derechos y libertades; según la cual los derechos pertenecen primariamente a la persona individual y solo derivadamente a los entes colectivos que surgen de ese ejercicio individual de la libertad religiosa

No supone esta afirmación el desconocimiento del carácter específico de la libertad religiosa; supone simplemente encuadrar el factor religioso dentro del marco de una concepción jurídico política más global del hombre, y de ahí se deriva una de las dificultades, que es la llamada universalización de conceptos o nociones políticas que son típicamente occidentales

Históricamente han sido aportadas por las democracias liberales y denotan una raíz: griega en lo filosófico, romana en lo político, judeo cristiana en lo moral.

Por ello no puede sorprender que esta teoría de colonización cultural intentada por las instituciones internacionales haya encontrado obstáculos en regímenes políticos de raíces ideológicas contrastantes con la idea occidental del hombre

Si la idea de fondo es consolidar establemente la paz y la cooperación internacional, sobre la base de una común concepción de las libertades personales, el problema está en cómo puede lograrse esa finalidad cuando no se comparte la misma concepción del hombre y menos aún el mismo plano jurídico y político

Otro problema que se plantea en el ámbito de la tutela internacional de la libertad religiosa es el hecho de que la libertad religiosa aparece ya desde la Declaración de Derechos Humanos de 1948, unida a la libertad de pensamiento y conciencia, constituyendo una tríada que se ha reiterado en documentos internacionales posteriores sobre este tema

Esta unión conceptual tiene la ventaja de poner de relieve la indiscutible conexión que existe entre las tres libertades, pero lo que no se muestra del todo claro es el preciso concepto jurídico que se encuentra latente detrás de cada una de ellas, lo que dificulta su operatividad jurídica

La situación hoy es la de una verdadera protección internacional que reviste dos modalidades distintas a tenor de los medios empleados y de la eficacia práctica:

.– Protección política: documento o declaración de carácter programático

.– Protección jurídica: cuanta con mecanismos para obligar a los estados al cumplimiento de sus compromisos, es decir, vis compulsiva

Esta protección jurídica sólo se ha llevado a cabo en el marco de los instrumentos regionales de garantía en el marco Europeo

La convención americana de derechos humanos también dispone de un órgano jurisdiccional para su aplicación, pero son los tribunales europeos los que se han mostrado más eficaces en esta tarea y los únicos que han actuado en temas relativos a la libertad religiosa

Iniciativas en el ámbito de la ONU

Declaración de Derechos Humanos

Los instrumentos de protección de derechos humanos, que pueden considerarse la raíz de posteriores iniciativas de derechos de la personalidad es la declaración de 1948 (Declaración universal de derechos humanos, en adelante DUDH)

Se recoge el derecho de libertad religiosa en el art. 18 (derecho de toda persona a la libertad de pensamiento, conciencia, y religión; lo que incluye la libertad de cambiar de religión o creencia, así como manifestarla individual o colectivamente, tanto en público como en privado, en la enseñanza, culto, práctica o en la observancia)

EL art. 2 DUDH reitera que no puede constituir un factor de discriminación en cuanto al disfrute individual de derechos y libertades el hecho de pertenecer a una determinada religión o ideología. Este principio se aplica expresamente al matrimonio en el art. 16.1

También en el art. 26 se aplica este principio de no discriminación al ámbito de la enseñanza

El art. 26.2 habla de favorecer la comprensión entre grupos étnicos y religiosos

El art. 26.3 dice que los padres tendrán derecho a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos con una orientación implícita al tipo de enseñanza

Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales

La religión aparece tangencialmente conectada con el derecho a la educación

El art. 13.1 repite la mención del fomento de la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todos los grupos raciales, étnicos y religiosos que ya se contenía en la DUDH

Además, los estados parte se comprometen a respetar la libertad de los padres y tutores de hacer que sus hijos o pupilos reciban la formación que está de acuerdo con sus convicciones

Pacto de derechos civiles y políticos

El art. 18.4 del Pacto de Derechos civiles y políticos, también hay una disposición parecida y también se refuerza el compromiso al hacerlo con la palabra garantizar

Este PDCP menciona en el art. 2 la afirmación del principio de no discriminación por motivos religiosos

El art. 18.1 reproduce el texto de la DUDH, aunque con motivos distintos, ya que no habla de libertad de cambiar, sino de libertad de adoptar o elegir

La libertad de cambio puede entenderse implícitamente contenida en el párrafo 2 de este art., que prohíbe la coacción sobre la libre elección (Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan...)

Además de esta diferencia entre la declaración y el pacto, otra diferencia sería que el término prácticas es empleado en plural.

La doctrina entiende que con ello se trata de subrayar las connotaciones rituales

De ahí deducen algunos autores que pese a estar unidas y al mismo nivel las tres libertades, es la libertad religiosa la que constituye el núcleo de inspiración de las otras dos libertades

EL art. 18.3 supone una mayor modificación respecto al texto de la declaración universal, ya que en este no se hacía referencia a las restricciones que pueden imponer las autoridades nacionales al ejercicio de libertades (art. 29)

El pacto, por ser jurídicamente vinculante para los estados, enumera los límites a los que pueden estar sujetos

estos derechos, en concreto, viene a transcribir el art. 9.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950

La libertad de las propias creencias y religiones estará sujeto únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger el orden, la seguridad, la moral pública o los derechos fundamentales de los demás

EL art. 26 del pacto hace referencia a la misma protección

El art. 27 contempla la situación de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas e insiste en el derecho que corresponde a esas personas a profesar y practicar su propia religión

El art. 4 cita el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión entre aquellos que ni siquiera pueden ser suspendidos temporalmente en caso de situaciones excepcionales de peligro para la nación

La novedad es el que contengan un refuerzo de las garantías jurídicas que implica un carácter de compromiso para los estados que firman el pacto, es decir, estos pactos permiten un control de las naciones respecto al grado de cumplimiento

Desde el punto de vista procedimental, en ambos casos (Pacto de derechos civiles y políticos y Pacto de derechos económicos, sociales y culturales) el control se canaliza a través del envío de informes periódicos realizados por los estados al secretario general de la ONU sobre las medidas adoptadas para dar cumplimiento a los derechos reconocidos

El pacto sobre derechos civiles tiene la peculiaridad de disponer de dos mecanismos de protección de mayor fuerza que operan a través del comité de derechos humanos que pueden recibir comunicaciones de los estados

Este órgano puede recibir comunicaciones de los estados parte en el pacto en los que se denuncie el incumplimiento de las obligaciones de otros estados que también forman parte (art. 16 y siguientes)

Su función consiste en examinar las comunicaciones de ambos estados y actuar como mediador para una solución amistosa bien directamente en el seno del propio comité o designando una comisión de investigación ad hoc

Si no se llegase a una solución amistosa el procedimiento concluirá con un informe que se enviará a las dos partes e incluido en la información anual que el comité publica en la Asamblea General

El segundo mecanismo prevé la posibilidad de comunicaciones individuales (un estado denuncia a otro estado).

Se da cuando un estado que ha ratificado el protocolo de PDCP recibe de los particulares que están bajo su jurisdicción la queja correspondiente

Los particulares están legitimados para alegar al comité que se han vulnerado los derechos que el pacto reconoce siempre que se hayan agotado todos los recursos internos

EL comité, sin embargo, no desarrolla una actividad propiamente judicial, se limita a examinar los datos y a remitir sus observaciones (viexis) a la persona denunciante y al estado denunciado. También incluye esas actuaciones en su informe anual de la asamblea general.

El comité formula opiniones que carecen de fuerza vinculante para los estados, aunque si estima la existencia de una vulneración de derechos, son las autoridades nacionales las que determinan las medidas que deben

adoptar para corregir la situación

Esto no significa que la actuación del comité carezca de eficacia, sino que no estamos ante un mecanismo de protección de derechos humanos estrictamente calificable como judicial

El grado de tutela real depende del espíritu de colaboración de los distintos gobiernos y de su sensibilidad frente a la presión de la opinión pública internacional

Para algunos estados democráticos occidentales la diversidad de procedencias nacionales de los miembros del comité de alturas jurídicas distintas plantea ciertos problemas respecto a la fiabilidad de los dictámenes de este órgano

El comité de derechos humanos está compuesto por 18 miembros elegidos y renovables por elección de los estados partes (art. 31) y para la selección se tendrá en cuenta una distribución geográfica de los miembros y de la representación de distintas formas de civilización y de los principales sistemas jurídicos

España lo aceptó en el año 1977

Es significativo que no haya aceptado el protocolo EEUU, Reino Unido y Bélgica, porque algunos de estos estados sí han admitido las decisiones del tribunal europeo de derechos humanos, que sí son vinculantes. El motivo es que estos países están dispuestos a acatar las decisiones de un órgano judicial cuyos miembros comportan una similar tradición en cuanto al modo de concebir las libertades personales, pero no las de un comité en el que cuyos componentes tienen una notable heterogeneidad y resulta demasiado imprevisible el contenido jurídico concreto de los derechos fundamentales

Otros

También en el ámbito universal se han ido estipulando otros mecanismos internacionales para proteger esos ámbitos específicos

Con frecuencia es más eficaz acometer objetivos parciales que son más operativos; en estos instrumentos se recoge también la libertad religiosa

Personas que se hallan en circunstancias de garantía de libertad religiosa afirmada en varios documentos resultado de la actividad de la ONU:

- .– Convenio del estatuto de los refugiados
- .– Convenio del estatuto de los apátridas
- .– Declaración sobre los derechos humanos de las personas que no son ciudadanos de los países donde viven
- .– Reglas sobre personas que son detenidas
- .– La convención internacional de la ONU sobre la protección de los derechos de los trabajadores emigrantes y sus familias de 1990

EL art. 12 aplica a los emigrantes lo que de manera general establece el pacto de Derechos Civiles y Políticos respecto a las tres libertades

- .– La convención internacional sobre los derechos del niño de 1990 reproduce una versión abreviada del contenido del derecho a la libertad de religiosa – art. 14 –.

Esta convención reitera en el art. 29 la idea de que la educación del niño ha de estar encaminada para adquirir un espíritu de comprensión, paz, tolerancia y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, religiosos,...

Esta idea ya tenía un precedente en la declaración sobre el fomento entre la juventud de los ideales de paz, respecto mutuo y comprensión entre todos los pueblos (1965)

La convención sobre los derechos del niño incluye una referencia a la protección del niño perteneciente a grupos minoritarios (art. 30) que está en consonancia con las preocupaciones de la ONU

.- La declaración sobre toda forma de intolerancia religiosa (1981)

Se compone de 8 artículos. Su contenido está inspirado en el principio de igualdad

En el preámbulo existen declaraciones exclusivas: se alude a la religión como un elemento fundamental en la vida de las personas y por ello se insiste en las guerras y grandes sufrimientos causados directa o indirectamente por la violación del respecto de la libertad de conciencia, pensamiento y religión

El art. 6 recoge por primera vez en un documento internacional una descripción pormenorizada del contenido de la libertad religiosa mediante una enumeración ejemplificativa.

Forman parte del contenido:

- Libertad de practicar el culto y celebrar reuniones en relación con la religión
- Fundar o mantener instituciones de beneficencia o humanitarias
- Confección, adquisición o utilización de los artículos suficientes y materiales para los ritos de una confesión o religión
- Escribir, publicar y difundir
- Enseñar la religión en lugares aptos para esos fines
- Solicitar y recibir contribuciones financieras o de otro tipo de particulares o instituciones
- Nombrar o designar los dirigentes que correspondan según las normas de la religión
- Observar días de descanso de acuerdo con una convicción o religión
- Establecer comunicaciones con individuos en el ámbito nacional o internacional

Esta declaración tiene un inciso que ha sido necesario para que fuera aprobado y es el que sigue: nada de los dispuesto en la presente declaración se entenderá en el sentido de que restrinja o derogue nada de lo que contempla la declaración de derechos humanos

Este documento presta una especial atención a la lucha contra la discriminación en el ámbito de la educación de menores, lo que implica la defensa del interés superior del niño como principio rector de la política estatal en esta materia

La práctica de la religión en la que se eduque a un niño no deberá perjudicar su salud física o mental, ni su desarrollo integral

Ámbito regional europeo

Uno de los interrogantes principales que se plantea a los que estudian este concepto de libertad religiosa es si hay un concepto unívoco en el plano internacional. Con matices, la respuesta es afirmativa

La noción de libertad religiosa que está presente en los documentos internacionales se identifica sustancialmente con la que se ha consolidado en la tradición jurídica occidental en un largo periodo histórico de evolución

La noción de libertad religiosa de los documentos internacionales responde a un conjunto más o menos coherente de creencias relativas a un ser supremo al cual se le rinde culto, creencias que comportan una particular concepción del hombre y del mundo y que correlativamente implican ciertas exigencias éticas para el individuo

Los textos internacionales, ciertamente, no pretenden inspirar la protección de cualquier comportamiento que tenga su origen en alguna clase de convicción, sino sólo el inspirado en aquellas convicciones que tienen una especial relevancia dentro de la escala de valores del individuo

EL concepto internacional de libertad religiosa no es solamente de tolerancia (es decir, permitir o soportar algo para evitar un mal mayor). Lo que se exige es reconocer la libertad de las personas y de los grupos, aunque ciertamente no se trate de una libertad absoluta.

Este reconocimiento solo puede tener lugar cuando el poder político se acepta a sí mismo como incompetente para tomar partido en asuntos religiosos

La estructura política del estado debe fundamentarse en consecuencia sobre la distinción de los ámbitos civil y religioso

La libertad religiosa, en consecuencia, no es sólo un instrumento para garantizar la independencia de los individuos, sino también para garantizar la independencia del poder político

Además, la noción de libertad religiosa en el contexto internacional tiene otras connotaciones, en concreto el que no basta que el estado adopte una posición pasiva de no injerencia, sino que se requiere además que el estado cree las condiciones objetivas para que ese derecho sea realmente ejercitable

Ciertamente, hay un amplio acuerdo en que el estado está obligado a garantizar la independencia en el ámbito religioso

A partir de ahí empieza a haber desacuerdos en: cuales son los límites de las libertades, en que se entiende por injerencia indirecta, en el caso de los países de cultura heterogénea tampoco hay acuerdo en cuales de los intereses en conflicto debe prevalecer en caso de colisión

Se subraya que debe darse siempre el sometimiento al principio de legalidad, pero la solución se remite a la ponderación de los intereses en conflicto en cada caso concreto, es decir, se admite un amplio margen de discrecionalidad

Interpretación y aplicación del concepto de libertad religiosa por la jurisprudencia europea

Hablar de jurisprudencia sobre libertad religiosa en el marco internacional europeo significa sobre todo referirse a las decisiones de los órganos del consejo de Europa a quienes compete la aplicación del Convenio de Roma y de sus protocolos originales

Por una parte están los órganos del consejo europeo y por otra el tribunal de justicia de las comunidades europeas, que se ha pronunciado también en conflictos relativos a la libertad religiosa. Su intervención ha sido esporádica y tangencial, se ha pronunciado en la medida en que la religión estaba implicada en otras cuestiones sometidas a su competencia directa

La primera sentencia fue la relativa al caso Van Dugan (1974)

El tribunal estimó que la concepción interna del orden público debe prevalecer sobre el derecho comunitario a la libre circulación de trabajadores cuando se prohíbe la entrada en el país a un extranjero contratado por una

entidad religiosa considerada como nociva para el orden público por las autoridades nacionales

Posteriormente, dos años después, en 1976, en el caso Prais, la corte afirmaba que en las pruebas de selección para un puesto de trabajo en las comunidades, el organismo convocante está obligado a fijar las fechas del concurso teniendo en cuenta las posibles objeciones de conciencia para la realización de los trabajos en determinados días festivos de la propia religión cuando el interesado lo notifica a tiempo

Posteriormente, en el caso Steyman (1988) el tribunal ha precisado que a los efectos del tratado de la CEE, son de carácter económico aquellas actividades comerciales que llevan a cabo los miembros de una comunidad religiosa en la medida en que los miembros reciben de la comunidad prestaciones que puedan considerarse como contrapartida indirecta de actividades reales y efectivas

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

En la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos, hay que decir que la jurisprudencia es mucho más abundante porque su misión es aplicar el convenio de derechos humanos, donde la libertad de religión se encuentra expresamente reconocida

Los pronunciamientos de este tribunal no se han producido tanto con ocasión de fragrantes violaciones de la libertad religiosa sino más bien a propósito de ocasiones en las que su ejercicio entraba en colisión con otros intereses jurídicos amparados por los ordenamientos nacionales

Sujetos activo y pasivo de la libertad religiosa

ACTIVO

Resulta claro que los sujetos activos de la libertad religiosa son principalmente las personas físicas puesto que el convenio europeo pretende sobre todo garantizar derechos y libertades individuales

Sin embargo, también parece apreciarse que el ejercicio del derecho puede llevarse a cabo por una persona física en representación de otra persona física que es su verdadero titular y que aún no alcanzó la mayoría de edad. Este es el supuesto del artículo 2 del primer protocolo, que reconoce a los padres el derecho a exigir del estado que al organizar el sistema educativo asegure para sus hijos una enseñanza acorde con sus convicciones

Aunque es un aspecto peculiar de la libertad religiosa, el convenio lo recoge como un derecho independiente por los problemas concretos que se derivan por su conexión con otro derecho internacional, que es el derecho a la educación

La jurisprudencia es abundantísima

La titularidad activa del derecho de libertad religiosa fue negada en un principio a las personas jurídicas entendiendo que se trataba de un derecho estrictamente individual, de manera que solamente podría considerarse una demanda cuando fuese introducida por una o varias personas individuales, las cuales actuaría, en cierto modo, representando a la iglesia correspondiente, quedando así tutelado el derecho del art. 9

Sin embargo en 1979 la comisión revocó expresamente esa posibilidad señalando que era artificial distinguir entre la libertad religiosa de la confesión y de sus miembros. Cuando una confesión interpone una demanda en realidad actúa en nombre de sus miembros y tiene como tal capacidad propia para reclamar. Este caso del 79 se dio por una demanda presentada por la iglesia de la Cienciología contra Suecia

Esta doctrina ha sido reafirmada subrayando al mismo tiempo que esta titularidad colectiva del derecho

mencionado en el art. 9 ha de reservarse a personas jurídicas que sean o no confesiones o iglesias en sentido estricto posean fines religiosos o filosóficos; es decir, no se permite alegar infracción del art. 9 a entidades de finalidad económica (sentencia de 1985)

Además, están legitimados para acudir a la comisión alegando el art. 9 las entidades interconfesionales, si de acuerdo con la ley nacional tienen personalidad jurídica diferenciable de la iglesia o comunidad de la que dependen

SUJETO PASIVO

Por lo que se refiere al sujeto pasivo de la libertad religiosa, es indudable le deber general de no injerencia por parte de terceros es patente

Sin embargo, el principal sujeto pasivo es el estado, es el estado el que está primeramente obligado como sujeto pasivo a respetar la libertad religiosa. Corresponde al estado la garantía de los derechos fundamentales, cualquiera que sea el ámbito en que se ejerza, con la consiguiente responsabilidad en caso de incumplimiento de sus funciones

Así, no sólo es posible demandar al estado por una actuación directa del gobierno, sino también por los actos de cualquiera de los órganos que dependen de él. Más aún, ni siquiera es necesaria la existencia de una actividad directa de órganos públicos, basta con que el derecho interno permita una quiebra de los derechos de la persona, aunque esta se haya producido concretamente por una instancia privada como consecuencia del compromiso adquirido por el estado al reconocer a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades defendidos en el convenio

Este compromiso del estado no debe entenderse exclusivamente en sentido negativo (asegurar que no se producen coacciones o interferencias en esta materia), aunque este sea el aspecto más radical de las obligaciones del estado. Su deber de garantía puede determinar en ciertos casos la necesidad de emprender acciones positivas, de manera que la mera pasividad del estado también podría ser calificada como infracción del convenio

Esta afirmación general se encuentra matizada porque el tribunal se ha mostrado reacio a aceptar el reconocimiento en virtud de la no injerencia del estado en los casos concretos en los que se trataba de una responsabilidad del estado derivada de sus obligaciones de actuación positiva

Hasta ahora la única excepción clara se refiere a la insuficiencia de los mecanismos de protección jurisdiccional en el derecho interno del país en cuestión. En concreto, la ausencia de recursos efectivos ante una instancia nacional que pueden ser utilizados por los ciudadanos ante una aparente violación de los derechos que el convenio les reconoce

Así, el tribunal ha hecho notar que le deber estatal de tutela judicial no implica un correlativo derecho de individuos y grupos a ser amparados ante todo ataque a la propia religión, es decir, este derecho surge cuando la agresión alcanza tales proporciones que llega a impedir las manifestaciones de las creencias, sin que en ningún caso pueda esgrimirse incluido en la libertad religiosa un pretendido derecho a estar libre de toda crítica

EL art. 9 del convenio ha sido interpretado de modo subsidiario respecto a otros artículos

Uno de los puntos firmes de la jurisprudencia europea es que al analizar la aplicación del art. 9 suele entenderse como subsidiario de la aplicación de otros artículos del convenio

Cuando en una demanda aparecen involucrados otros derechos además de la libertad religiosa, esta es dejada

normalmente al margen y son esos otros derechos los que determinan normalmente la óptica desde la que se enfoque el problema.

La razón es la enorme e imprevisible variedad de reclamaciones a las que puede dar lugar la libertad de pensamiento conciencia y religión, lo que conduce a dar un tratamiento preferencial a otras libertades que contemplan situaciones más específicas y que son más homogéneas

Así ha ocurrido cuando la cuestión planteada afectaba a la libertad de asociación y reunión además de a la libertad de religión o de conciencia; o afectaba al derecho a contraer matrimonio (art. 12), o al respecto de la vida privada o familiar (art. 8), o a la libertad de conciencia militar (art. 4). El enfoque de la cuestión se realiza bajo este prisma y subsidiariamente el art. 9

EL art. 10 (libertad de expresión) es una excepción ya que el enfoque vendrá dado por el art. 9 cuando en la demanda iba unido a la libertad de creencias; entendiéndose que el art. 9 (libertad de creencias) actuaba como *lex specialis* de la libertad de expresión y por tanto la cuestión debe enfocarse en tales supuestos por el art. 9

Aspectos internos y externos de la libertad religiosa

El ámbito material del art. 9 corrobora en la inexistencia de un preciso concepto jurisprudencial de libertad de pensamiento, conciencia y religión, aunque tenga sus raíces en el concepto de corte occidental

EL tribunal trata los derechos enunciados en el art. 9 como derechos integrantes de una sola libertad, con excepción de algunos casos relativos a la libertad religiosa

La comisión afirmó en la década de los 80 y principios de los 90 que el art. 9.1 puede dividirse en dos partes, cada una de ellas relativas a un ámbito material de protección distinto:

En primer lugar, los aspectos internos de la libertad de creencias, que presentan la peculiaridad de que no son susceptibles de restricción alguna

En segundo término, la manifestación externa de las creencias, que sí puede ser restringida en virtud de los conceptos enumerados en el art. 9

Pero no se han definido exactamente los aspectos internos protegibles de la libertad de creencia, aunque puede deducirse que se trata sobre todo de la libertad de elección respecto a las creencias religiosas u otras condiciones personales

Pero los hechos externos sí tienen relevancia social, y de ahí que sea justamente la prohibición de invadir ese espacio intangible de la libertad individual con el intento de que la protección del individuo frente al indotrinamiento por parte del estado

La inviolabilidad de esa libertad de elección se ha reconocido sólo en su vertiente interna, es decir, la comisión se ha negado reiteradamente a admitir que existe un derecho a dejar constancia pública de las opciones religiosas o personales o de su modificación

ASPECTOS EXTERNOS

Por lo que se refiere a la tutela de los aspectos externos, la jurisprudencia europea ha procedido de un modo más casuístico que conceptual

La clave para definir el ámbito de protección otorgado por el art. 9 ha sido la interpretación jurisprudencial de los dos términos empleados en este artículo: religión, convicción y manifestación de los mismos

Convicción, según el tribunal no es sinónimo de opinión o ideas, que son los términos que emplea el art. 10, sino que únicamente se aplica a la opinión que alcanza cierto nivel de obligatoriedad, seriedad, coherencia o importancia de los niveles de la vida para un individuo

Manifestación: la interpretación de la jurisprudencia mantiene una interpretación jurídica más restrictiva que la de la palabra práctica. En concreto, la comisión llegó a afirmar en los años 70 que las modalidades en las que puede manifestarse legítimamente la religión no son invariables, sin embargo, han de tenerse en cuenta las situaciones concretas de las personas (status jurídico)

Pero quizá la cuestión más relevante es la diferenciación que la jurisprudencia hace entre manifestación y motivación

En concreto, se ha interpretado que el art. 9 no siempre garantiza el derecho a comportarse externamente en la forma dictada por las creencias personales, porque el término práctica no abarca todo acto que esté influenciado o motivado por una religión o creencia, al contrario, cuando las acciones de los individuos no manifiestan la creencia y en concreto no pueden considerarse protegidos por el art. 9, aunque estén motivadas por la religión o creencias

Esta diferencia se ha aplicado de modo reiterado a las acciones comerciales de las entidades religiosas y también a los actos que son contra la ley civil y que no son exigidos, sino sólo permitidos por la religión que se profesa (por ejemplo, estando prohibido el divorcio en España, los protestantes según su religión podrían divorciarse).

2. – Actuales líneas de evolución de los regímenes de libertad religiosa en el mundo occidental

En el siglo XX se suavizan los roces y las posturas de la iglesia y los estados se hacen más moderadas

.– Por parte de la iglesia católica encontramos en la declaración Dignitatis Humana una defensa de la libertad religiosa. Si bien establece el deber de todo ser humano de buscar la verdad y que los estados no deben ser confesionales

El Convenio Vaticano II parte de estos principios

.– El estado abandona la idea de someter a la iglesia y establece la independencia de la misma

En la actualidad las vías por las que discurren las relaciones entre iglesia y estado son las que siguen:

1. – Sistema coordinacionista o de cooperación

Elaborar acuerdos o convenios entre estado y las distintas confesiones religiosas para conseguir una regulación de aquellas materias que tienen un interés común tanto para el estado como para las confesiones religiosas

Se evita con este sistema que haya ordenamientos contradictorios sobre una misma materia

Los pactos entre iglesia y estado son los concordatos que tienen rango de tratado internacional debido a la personalidad jurídica internacional que tiene la Santa Sede

En España hay el acuerdo de 1976 entre el estado y la iglesia católica, tres acuerdos de 1979; y tres de 1992

2. – Sistema de separación

Supone la absoluta separación del estado y la confesión religiosa

Manifiesta una absoluta ignorancia del estado al factor religioso de las confesiones religiosas

Conlleva el sometimiento de las confesiones religiosas al derecho estatal

Se trata de garantizar la absoluta igualdad de todas las confesiones religiosas y evitar discriminaciones entre ciudadanos por motivos religiosos

Este sistema tiene un defecto: al no haber regulación pactada de materias comunes al estado y la iglesia se puede llegar a producir una discrepancia de ordenamientos jurídicos

Este sistema está vigente en Francia y EEUU

3. – Sistemas de jurisdiccionalismo ateo o ateísmo beligerante

Se encuentra en algunas repúblicas populares como China

Este sistema consistía en tratar de liberar al hombre del sentimiento religioso

Esto se traduce en una postura hostil hacia la religión que puede desembocar incluso en persecución

3. – Totalitarismos y fundamentalismos del siglo XX

Totalitarismos: marxista, fascista, nacional socialista

Rasgos comunes:

- Carácter antidemocrático y voluntad de crear un estado fuerte motor de la vida social. El ciudadano, lejos de reclamar derechos al estado, tiene que ordenar su voluntad al estado

Totalitarismo marxista:

Es el sistema propio de la Unión soviética

Parte de un concepto materialista de la existencia

Para ellos la religión era un invento del hombre que servía para encontrar consuelos por traumas como consecuencia de la explotación del hombre por el hombre

El hombre tiene que volver sobre sí mismo (reconquista del hombre), reconquistar la parte de su soberanía que había perdido y tenía que fijarse únicamente en lo material

Esa evasión a ese mundo sobrenatural hacía que el hombre no pudiese integrarse en el funcionamiento del estado

La regulación jurídica es contraria a la religión

La libertad religiosa se concibe como una libertad a recibir ideas acrísticas, la libertad religiosa no es un derecho

Se produjo una paradoja: se produjo un totalitarismo marxista cuando lo que se pretendía era acabar con el

estado porque era el mecanismo por el que las clases poderosas oprimían a los inferiores. Sin embargo el efecto práctico fue la afirmación absoluta del estado

Hay que partir de la concepción hegeliana del mundo por el contraste de ideas

Ante esto Marx acepta el sistema dialéctico

Totalitarismos fascistas y nazis

El primero se refiere al régimen fascista instaurado por Mussolini en Italia, el segundo al régimen nazi que se instaura en Alemania por Hitler. Tenían en común el carácter anticomunista

En el caso italiano, a pesar de que Mussolini era agnóstico, procuró atraer a las clases católicas a través del catolicismo y por la aplicación de la doctrina social de la iglesia

El punto culminante de la política religiosa fascista son los pactos de Letrán

En cuanto a las minorías religiosas, tienen un trato más desfavorable

Las relaciones del estado fascista con la iglesia católica fueron malas

Pío XI condenó el sistema político de Mussolini

En Alemania Hitler no tuvo un trato desfavorable ante católicos y protestantes llegando a firmar un acuerdo en 1933

Totalitarismo islámico

El integrismo surge como reacción al integrismo occidental. Han intentado acabar con todo lo que no sean ellos

Muchos de los países islámicos hasta hace poco eran colonias de estados occidentales

Estos estados se dedicaron a seguir las tradiciones islámicas y explotación económica, cuando se independizaron se encuentran en una situación precaria. Lo achacan a la mala gestión de los occidentales y eso ha generado una respuesta integrista

Como consecuencia de la mala situación económica se crearon situaciones de desempleo, sobre todo juvenil.

Ante esta situación se repliegan sobre situaciones pasadas

Una segunda respuesta es la diferencia moral de occidente

El integrismo israelí se basa en principios arcaicos conectados con cuestiones tribales

Lección XIV.- Sistema matrimonial español (I)

1. – El régimen matrimonial canónico

a) Concepto, fines y propiedades

Concepto

Descripciones de lo que es el matrimonio han sido formuladas muchas

La más clásica es la que Pedro Lombardo formuló más o menos en el 1160: las nupcias o el matrimonio son la unión marital de varón y mujer entre personas legítimas que mantienen una comunidad indivisible de vida

Desde el siglo XII hasta la actualidad, tanto el magisterio pontificio como la doctrina ofrecieron distintas formulaciones

La formulación recogida en el CIC c 1055.1 ofrece la actual definición codicial de matrimonio. Según este precepto, la alianza matrimonial por la que el varón y la mujer constituyen en sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su propia índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevado por Cristo Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados

La novedad del código radica en haber introducido la noción comunitaria y personalista del matrimonio, a la vez que conserva su carácter contractual

Pero al establecerse que el matrimonio es un consorcio totus vitae queda enriquecida a través del objeto esencial la noción contractualista

Fines del matrimonio canónico

Son fines esenciales: el bien de los cónyuges y la generación y educación de la prole

Son fines objetivos del matrimonio aquellos a los que el matrimonio tiende por su propia naturaleza (finis operis)

Junto a ellos están los fines subjetivos (finis operantis), que son aquellos que inducen a los contrayentes a realizar el matrimonio entre ellos

Los fines subjetivos pueden ser distintos de los objetivos, pero nunca contradictorios con ellos.

La ordenación a los fines es un elemento informador de la esencia de la realidad conyugal, es decir, los fines están en el matrimonio a modo de actitud, tendencia o exigencia; aunque el orden de los fines sea posterior en el tiempo a la constitución del matrimonio

Los fines objetivos son fines esenciales (esencia es aquello por lo que una cosa es lo que es). Si estos no están presentes no hay verdadero matrimonio

¿Supone esto que todo matrimonio en que no se consigan los fines son matrimonios nulos? ¿Son nulos los matrimonios sin hijos o los matrimonios donde no se logra el bien de los cónyuges?

No, hay que distinguir entre fin como meta y fin como tendencia u ordenación

En cuanto a metas a las que tiende el matrimonio, los fines están fuera de su esencia de la misma manera que a una meta es hacia donde corre el atleta, pero no es el atleta mismo; así el hijo es un fin meta del matrimonio, pero no puede constituirse en el matrimonio mismo

En cuanto a tendencia u ordenación los fines ya no son metas. Como tendencia los fines están dentro de la esencia del matrimonio. De igual manera que el correr es el atleta mismo

Los fines meta están fuera del matrimonio (son los resultados obtenidos)

En el sentido de fines ordenación los fines objetivos están dentro del matrimonio mismo, pues no son otra cosa que la misma unión conyugal ordenada en su estructura interna para alcanzar la meta

La consecuencia de esta distinción es importante porque el fin en cuanto a meta puede no obtenerse efectivamente y faltar en un matrimonio. Pero los fines en cuanto a ordenación interna no pueden faltar nunca en un matrimonio para que sea válido

La ordenación del matrimonio a la prole

Que el matrimonio ha sido instituido para la transmisión de vida a nuevos seres y para la tarea educativa que se entiende como complemento vinculado a la procreación, es una realidad constantemente afirmada por la doctrina y tiene su traducción en el canon 1055.1

En el ordenamiento canónico la ordenación del matrimonio al fin procreador es una exigencia tanto desde el punto de vista de los progenitores como desde el punto de vista del ser engendrado, se entiende en el ordenamiento que la estructura del matrimonio es el medio más ajustado a la dignidad humana para que el hombre cumpla la tarea generadora y educativa y también la estructura del matrimonio es el medio más digno para que el hijo sea recibido y educado.

Esto se recoge en la Instrucción 22/2/87: *domum vitae*

Cuando se habla de educación e instrucción de la prole como fin del matrimonio no se hace referencia a la existencia de una prole efectiva, sino que se refiere a la ordenación, no a la meta

La ordenación del matrimonio al bien de los cónyuges

El CIC (Corpus Iuris Canonici) no define que ha de entenderse por bien de los cónyuges

La doctrina expresa que el bien de los cónyuges comprende todo aquello que pueda redundar a favor del enriquecimiento, desarrollo o perfección personal de los cónyuges en los diversos sectores de la vida humana

El bien de los cónyuges no se distingue claramente del consorcio o unión conyugal, es más bien el logro o resultado de su operatividad

Mientras que la prole es un fin extrínseco, el bien de los cónyuges es un fin intrínseco, sin dejar por ello de ser fin

El grado de realización que se puede alcanzar en cada caso de este fin es muy variable, pero desde el punto de vista jurídico, lo que debe quedar a salvo en todo momento es la ordenación de la comunidad al bien de los esposos.

Esta ordenación presupone objetivamente el que los contrayentes sean aptos para la vida conyugal. Si toda persona tiene el *ius conubi* (o derecho a contraer matrimonio) es porque en principio es apta, salvo en los casos en los que conste la ineptitud de la persona (CIC c 1095)

Subjetivamente, el que los contrayentes se muestren dispuestos a la normal convivencia matrimonial sin excluir radicalmente esa ordenación al bien del otro

Cabe plantearse si es posible que en un concreto matrimonio esté presente uno de los fines pero no el otro y si estas exigencias deben cumplirse en todos los matrimonios para que sean válidos

En cuanto a la ordenación, es necesario que los dos fines estén presentes en los matrimonios canónicos para

que sean válidos.

Por ser esenciales ambos deben verificarse en cada uno de los matrimonios canónicos, de lo contrario el matrimonio carecería de un elemento esencial

Relación entre fines objetivos y subjetivos

¿Puede aceptarse jurídicamente cualquier tipo de fines subjetivos?

Si los subjetivos excluyen los objetivos no es posible, pero si los excluye pueden integrarse en la estructura jurídica matrimonial ya que los fines objetivos son esenciales y los subjetivos no pueden ser contradictorios con estos

Propiedades esenciales del matrimonio canónico

Son la indisolubilidad y la unidad (solo una con uno. Se opone a la poligamia y poliandria)

EL cano 1056 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

Unidad e indisolubilidad están tan estrechamente relacionados que cabe afirmar que la indisolubilidad no es más que la plenitud de la unidad; la indisolubilidad es la unidad vista desde el prisma temporal

Unidad

La propiedad de unidad se fundamenta en la orientación personalista del Concilio Vaticano II, que entiende que la poligamia y la poliandria contradicen la misma dignidad personal del hombre y la mujer (Juan Pablo II)

Las consecuencias de la unidad del matrimonio en el régimen jurídico de este son:

- Se previene la poligamia y poliandria mediante un impedimento de vínculo o ligamen (canon 1085)
- El error o la ignorancia acerca de esta propiedad esencial pueden ser causas de nulidad del matrimonio. El error se regula en el canon 1099 y la ignorancia en el 1096
- Es un elemento esencial del objeto del matrimonio que no puede excluirse. La exclusión causa la nulidad
- Se exige a los contrayentes la capacidad psíquica suficiente para entender y asumir dicha propiedad (canon 1095)

Indisolubilidad

Perpetuidad del vínculo matrimonial una vez constituido validamente.

Esta propiedad admite excepciones, un matrimonio sí puede disolverse, pero esta disolución sí dificulta notablemente la educación de la prole y se opone al fin de la mutua ayuda

EL principio de indisolubilidad en el matrimonio canónico se da de modo absoluto si se trata de indisolubilidad intrínseca, nunca los propios cónyuges pueden disolver el vínculo, los creadores del vínculo no pueden disolverlo

En cuanto a la indisolubilidad extrínseca (con intervención de una autoridad externa) no es absoluta, tiene en el ordenamiento canónico tres excepciones:

- La dispensa del matrimonio rato (sacramental) no consumado. Puede disolverlo el romano pontífice

- EL privilegio Paulino
- EL privilegio Petrino

¿Es lo mismo la dispensa del matrimonio rato no consumado que la nulidad?

No. Se distinguen en:

.- La autoridad competente, la disolución corresponde al romano pontífice, la nulidad a los tribunales eclesiásticos

.- La nulidad produce efectos hacia atrás en el tiempo (en la nulidad el matrimonio nunca existió)

.- Si el presupuesto de la nulidad es un matrimonio inválido el de la dispensa es un matrimonio válido

La indisolubilidad con carácter intrínseco es absoluta, la indisolubilidad con carácter extrínseco es relativa

La indisolubilidad como alianza irrevocable y como vínculo perpetuo es elemento esencial del objeto del matrimonio que no puede excluirse (canon 1101.2)

La indisolubilidad exige de los contrayentes capacidad psíquica suficiente para entender dicha propiedad y para asumirla (canon 1095)

También el error sobre la indisolubilidad es causa de nulidad si determina la voluntad (canon 1099)

No es así la ignorancia, puesto que el canon 1096 solamente requiere el conocimiento de que el matrimonio es un consorcio permanente o estable

b) Capacidad matrimonial

Sólo entre un varón y una mujer puede constituirse el matrimonio (canon 1055.1 y 1057.2)

Según el canon 1057.2, el consentimiento matrimonial es el acto de la voluntad por el cual el hombre y la mujer se aceptan y entregan mutuamente en alianza irrevocable para constituir el matrimonio

La ordenación del matrimonio a la procreación de modo natural exige la heterosexualidad de los sujetos

Esta exigencia también se funda en el objeto del matrimonio, que es la relación interpersonal de mutua y total entrega

Los sujetos del matrimonio deben ser capaces para consentir

El canon 124 exige que para que un acto jurídico sea válido se requiere que haya sido realizado por una persona capaz, y que en el mismo concurren los elementos que constituyen esencialmente ese acto, así como las formalidades y requisitos impuestos por el derecho para la validez del acto

Los contrayentes deben gozar además de discreción de juicio proporcionada al objeto del matrimonio. Deben tener un desarrollo psíquico para querer y entender los elementos esenciales del matrimonio, así como capacidad suficiente para asumir su cumplimiento

Además se requiere la libertad del sujeto

La capacidad abarca:

- Heterosexualidad. canon 1055.1 y 1057.2
- Capacidad para la realización de actos jurídicos. canon 124
- capacidad proporcionada al matrimonio
- libertad

Estas son las condiciones de capacidad natural. A ello hay que añadir los impedimentos matrimoniales (por ejemplo el parentesco, un vínculo anterior,...)

Impedimentos

En el ordenamiento canónico el ius conubi es un elemento fundamental de la persona

Este principio se expresa en el canon 1058 Pueden contraer matrimonio todos aquellos a quienes el derecho no se lo prohíbe

Este derecho es universal irrenunciable y perpetuo

Para entender la ordenación del ordenamiento canónico en esta materia hay que entender que el ordenamiento canónico trata de tender al orden objetivo, por eso entiende que estas reglas que constituyen el ordenamiento canónico no son tiranía, sino que tratan de arbitrar un orden de justicia que hace razonable el ejercicio de la libertad; por eso también el ius conubi está sometido a la inevitable ley

Por ello hay que ver que las reglas tienen su origen en el modo esencial de ser del matrimonio y de la persona

Pretender una libertad individual tal que no permitiese limitación por el ordenamiento sería un planteamiento reduccionista de la persona, que además de la esfera individual, también tiene una vertiente social que debe ser también contemplado en la regulación del ordenamiento.

Eso significa que la intersubjetividad no es una limitación de la esencia sino que es parte de la esencia misma de la persona

Impedimentos materiales

Son causas que se oponen a la validez del matrimonio que tienen su origen en la falta de capacidad de la persona

Clasificación:

1. – Por razón de su origen:

* impedimentos de derecho divino o natural

* impedimentos de derecho humano o eclesiástico

Según que la norma constitutiva del impedimento se funde en una norma eclesiástica o por el contrario tenga su razón de ser en el derecho natural o en la revelación.

Un ejemplo de impedimentos de derecho humano sería el parentesco y de derecho divino la edad o el vínculo anterior

Desde el punto de vista de la obligatoriedad de la ley que lo establece, los de derecho eclesiástico sólo afectan a los bautizados en la iglesia católica; los de derecho divino afectan a todos los hombres

Desde el punto de vista de la posibilidad de su dispensa, los de derecho divino no son susceptibles de dispensa, los de derecho eclesiástico pueden dispensarse

2. – Por razón de la prueba pueden ser públicos u ocultos, según puedan probarse o no externamente

3. – Por razón de su conocimiento pueden ser ciertos o dudosos, según el grado de certeza moral acerca de su existencia. La duda puede recaer sobre la existencia del hecho mismo que la ley considera impedimento (duda de hecho) o sobre si el hecho se incluye o no en el supuesto contemplado en la ley (duda de derecho)

4. – Por razón de su extensión pueden ser absolutos (si impiden el matrimonio con cualquier persona) o relativos (afectan al matrimonio con personas determinadas)

Efectos y cesaciones de los impedimentos

El derecho canónico determina que sólo la autoridad suprema de la iglesia puede declarar o establecer impedimentos (canon 1075)

Se reprueba cualquier costumbre – canon 1076 – que introduzca nuevos impedimentos (aunque en derecho canónico sea importante la costumbre)

Esta fue una cuestión muy discutida ya que se pretendía que las conferencias episcopales pudieran introducir impedimentos, pero finalmente se estableció que no por ser una norma restrictiva

Surgirían dificultades en la disciplina si hubiese una pluralidad en el régimen jurídico según las distintas regiones

La cesación de los impedimentos puede deberse a:

- Cese de la causa natural (por ejemplo, el menor alcanza la mayor edad, etc.)
- Cesación por derogación: que se derogue la ley que las estableció (el Código del 17 era mucho más estricto que el del 83), es un acto jurídico general
- Dispensa: acto jurídico singular que afecta a una persona concreta

El canon 1078.1 indica Exceptuados aquellos impedimentos cuya dispensa se reserve a la sede apostólica, el ordinario del lugar (obispo) puede dispensar de todos los impedimentos de derecho eclesiástico a sus propios súbditos, cualquiera que sea el lugar en el que residen, y a todos los que de hecho moran en su territorio

El canon 1078.2 especifica cuales son los impedimentos que se reservan a la sede apostólica, que son:

- el impedimento que proviene de haber recibido las sagradas órdenes o del voto público perpetuo de castidad en un instituto religioso de derecho pontificio
- el impedimento de crimen (matar al propio cónyuge o al cónyuge de aquel con quien se pretende contraer matrimonio)
- nunca se concede dispensa del impedimento de consanguinidad en línea recta o en segundo grado de línea colateral

Los demás impedimentos los dispensa el ordinario del lugar

Hay supuestos, como el peligro de muerte o casos reflejados en los que el derecho suple y los impedimentos pueden ser dispensados por otras personas distintas del romano pontífice o el ordinario del lugar

(=> Navarro Valls, Manuel López Alarcón)

Impedimentos

EDAD

El canon 1083.1 establece como edad mínima la de 16 años para el varón y 14 para la mujer

Este mismo canon advierte que las conferencias episcopales pueden establecer una edad superior para la lícita celebración del matrimonio (un matrimonio lícito puede ser válido, pero un matrimonio inválido es siempre nulo)

Amparándose en el canon 1083.2, la conferencia episcopal española dice que para la licitud del matrimonio la edad ha de ser de 18 años para ambos. Sin embargo, si lo contraen de 17 y 16 es ilícito, pero no inválido

La conferencia episcopal ha fijado la edad de 18 años para la licitud en el acuerdo general de 26 de noviembre de 1983, que entró en vigor en 1984

IMPOTENCIA

El canon 1084 establece que la impotencia antecedente y perpetua para realizar el acto conyugal tanto por parte del hombre como de la mujer, ya absoluta ya relativa, hace nulo el matrimonio por su misma naturaleza

Si el impedimento es dudoso, con duda de hecho o de derecho, no se debe impedir el matrimonio ni mientras persiste la duda declararlo nulo

La esterilidad no dirime ni prohíbe el matrimonio, sin perjuicio del canon 1088 (voto de castidad)

No cabe dispensa en el impedimento de impotencia (ocultamiento doloso). La impotencia ha de ser antecedente, perpetua y cierta, pero da igual que sea absoluta o relativa. Debe darse antes o en la celebración, pero no después

Requisitos de la impotencia son: antecendencia, perpetuidad, certeza

VÍNCULO O LIGAMEN

Canon 1085: Atenta inválidamente el matrimonio quien está ligado por el vínculo de un matrimonio anterior aunque no haya sido consumado (es una causa natural)

Es un impedimento indispensable

Cesa el impedimento por la muerte de uno de los cónyuges o por la disolución del matrimonio no consumado

El canon 1085.2 establece que aun cuando el matrimonio anterior sea nulo o haya sido disuelto, no es lícito establecer otro hasta que conste con certeza la nulidad o disolución del precedente, ha de estar establecida legítimamente esa nulidad

IMPEDIMENTO DE DISPARIDAD DE CULTOS

Cultos distintos de los cónyuges. Es un matrimonio celebrado entre un bautizado y un no bautizado

Según el canon 1086, es inválido el matrimonio celebrado entre dos personas, una de las cuales es católica bautizada o recibida en su seno y no apartada de ella por acto formal y otra no bautizada

Este impedimento es dispensado por el ordinario del lugar

El derecho canónico, con este impedimento, trata de proteger el bien jurídico de la fe

EL canon 1086.2 apunta que este impedimento no debe dispensarse si no se cumplen los requisitos de los cánones 1123 y 1126:

Canon 1125:

- que la parte católica declare que está dispuesta a evitar cualquier peligro de apartarse de la fe y prometa que hará cuanto le sea posible para que la prole se eduque en la iglesia católica y sean bautizados en la iglesia católica
- se informará en su momento al otro contrayente sobre las promesas que debe hacer la parte católica, de manera que conste que verdaderamente consiente de la promesa de la parte católica
- que ambas partes sean instruidas sobre los fines (bien de los cónyuges y generación y educación de la prole) y las propiedades esenciales (unidad e indisolubilidad) del matrimonio, que no pueden ser excluidos por ninguno de los dos

El 1086.2 se remite al 1125

El canon 1126 se refiere a la forma

ORDEN SAGRADO

Canon 1087

Se funda en el celibato eclesiástico que sin pertenecer a la estructura constitucional del sacerdocio se apoya en datos de la sagrada escritura

El ámbito de aplicación abarca a las órdenes del episcopado, prebiterado y diaconado

EL elemento configurador del impedimento es la válida ordenación

Este impedimento puede dispensarlo el romano pontífice

No se suele dispensar este impedimento, lo que se suele hacer es salirse de la orden. Lo que hace el romano pontífice es cesar la causa del impedimento

Los católicos orientales (no son ortodoxos) y no tienen el deber del celibato en el sacerdocio

RAPTO

Configura el siguiente régimen jurídico

Según el canon 1089 no puede haber matrimonio entre un hombre y una mujer raptada o retenida con miras a contraer matrimonio, a no ser que la mujer en lugar libre elija voluntariamente el matrimonio

El matrimonio requiere: capacidad, consentimiento y forma.

Todos los impedimentos entran dentro de la capacidad

Las incapacidades son situaciones objetivas que llevan a la nulidad del matrimonio, por tanto al afectar el

rapto a la capacidad, mientras haya rapto la consecuencia es la nulidad

Elementos configuradores del rapto:

- .– Varón raptor y mujer raptada, no al revés
- .– La acción puede consistir tanto en el traslado de la mujer a otro lugar como en la retención violenta
- .– EL intuitu matrimonii, es decir, el elemento intencional, se configura en el sentido de que el propósito matrimonial puede sobrevenir en el rapto una vez creada la situación o puede precederla

En cuanto a los elementos configuradores de la cesación:

- .– Separación de la mujer del raptor
- .– Ubicación de la mujer en un lugar libre y seguro

La dispensa no está reservada a la santa sede. La cesación del impedimento depende de la voluntad del raptor

CRIMEN.

El canon 1090 establece que quien con el fin de contraer matrimonio con una determinada persona causa la muerte del cónyuge de esta o de su propio cónyuge atenta inválidamente el matrimonio; también lo atentan entre sí quienes con cooperación física o moral causan la muerte del cónyuge

La finalidad de este impedimento está en tutelar la vida del cónyuge y en salvaguardar la indisolubilidad del matrimonio

El código abarca los siguientes supuestos:

- Conyugicidio: dar muerte al propio cónyuge
- Conyugicidio impropio: dar muerte al cónyuge de aquel con quien se pretenda contraer matrimonio
- Conyugicidio con cooperación mutua

Se exige siempre que la acción se realice con la intención de contraer matrimonio (elemento subjetivo)

Esta figura y la anterior tienen efectos penales. Es una figura que sólo el Romano pontífice puede dispensar

PARENTESCO.

Los cánones 1091 a 1094 regulan este impedimento

Son instrumentos técnicos que el derecho aporta para tutelar la familia. Su objeto es proteger la dignidad de la familia de modo que las relaciones íntimas que se desarrollan en el seno de la convivencia familiar no se desnaturalicen o no traspasen a las relaciones sexuales con la esperanza de un futuro matrimonio

Estos impedimentos de parentesco son en algunos casos de derecho divino o natural (por ejemplo entre hermanos o entre padres e hijos), mientras que en otros casos depende de la labor del legislador en cada momento que tiene en cuenta factores históricos y culturales que rodean a la familia y que influyen en su configuración

El código vigente ha acortado el sistema de cómputo de parentesco más usual en las legislaciones civiles

(romano)

Los cánones 108 y 109 establecen las siguientes reglas:

Canon 108:

1. La consanguinidad se computa por líneas y grados
2. En línea recta existen tantos grados como tantas generaciones descontando el tronco
3. En línea colateral existen tantos grados como personas entre ambas líneas descontando el tronco

Línea es el conjunto de personas que proceden unas de otras de forma sucesiva

Línea recta es la relación existente entre personas situadas en la misma línea

Línea colateral es la relación existente entre personas situadas en líneas distintas, pero que descienden del mismo tronco

Tronco: persona o personas de las que proceden los consanguíneos

Tronco común: confluyen en él los precedentes generacionales de los parientes

Medida de parentesco existente entre las personas, e indica la mayor o menor proximidad

Canon 109, cómputo del parentesco de afinidad: se realiza de manera que los consanguíneos del varón son en la misma línea y grado afines de la mujer y viceversa

Impedimento de consanguinidad

Canon 1095

En virtud del mismo el matrimonio es nulo siempre en línea recta, es decir, padres, hijos, nietos,...

En línea colateral es nulo hasta el cuarto grado incluido (primos)

La dispensa corresponde al ordinario del lugar, pero no se dispensa nunca en casos de línea recta o segundo grado colateral

El canon 1091.3 contiene una prescripción novedosa: el impedimento de consanguinidad no se multiplica

Impedimento de afinidad

Surge del matrimonio válido, incluso no consumado y se da entre los consanguíneos de la mujer o del varón

Alcanza su operatividad práctica cuando se extingue el matrimonio (porque sino el primer impedimento es el del vínculo o ligamen), que se extinga por la muerte del cónyuge o por una de las causas de disolución del matrimonio

Este impedimento sólo afecta al cónyuge con los consanguíneos del otro, pero no a los consanguíneos entre sí

EL canon 1092 establece que sólo hay impedimento en línea recta (suegra y yerno/suegro y nuera), no en

línea colateral, de modo que los cuñados no tienen este impedimento

Puede dispensar el ordinario del lugar

IMPEDIMENTO DE PÚBLICA HONESTIDAD

Canon 1093

Relación que surge del matrimonio inválido después de instaurada la vida en común o vida en común sin matrimonio

Se da entre el varón y los consanguíneos de la mujer y viceversa

Elementos principales:

- Sólo alcanza al primer grado en línea recta entre el varón y los consanguíneos de la mujer y viceversa
- En cuanto al problema del matrimonio civil, si hay cohabitación surge el impedimento, de lo contrario no

El matrimonio civil de dos bautizados para la iglesia católica no es matrimonio, sino vida en común y se considera dentro del impedimento de cuasi afinidad

PARENTESCO LEGAL

Canon 1094

No pueden contraer matrimonio válidamente entre sí quienes están unidos por parentesco de adopción en línea recta o segundo grado en línea colateral (entre el adoptado e hijo del adoptante).

El impedimento surge siempre y es dispensable por el ordinario del lugar

C) Consentimiento matrimonial

En virtud de los cánones 1055 y 1057, el consentimiento matrimonial es el que, según el canon 1057.2 el acto de la voluntad, por el cual el varón y la mujer se aceptan y entregan mutuamente en alianza irrevocable para constituir el matrimonio

El vínculo matrimonial nace del consentimiento. El núcleo esencial del matrimonio nace del consentimiento

Se estudian con especial detenimiento los distintos vicios

Debe haber capacidad consensual, que no se identifica con la capacidad

Capacidad consensual: canon 1095

Vicios

- La simulación (total o parcial)
- Error sustancial
- Error de derecho
- Error en la cualidad del otro contrayente que sea directa y principalmente intentada
- Las personas que prestan el consentimiento sufren un error doloso

- Ignorancia a cerca del matrimonio
- Vicios de violencia o miedo

Condición: no es propiamente un vicio, sino una modulación del consentimiento

Estos son los estados subjetivos que condicionan la validez del matrimonio consentido de forma válida y por sujetos capaces

Capacidad matrimonial

El canon 1095 menciona tres supuestos de incapacidad matrimonial. Dice:

Son incapaces de contraer matrimonio:

1º. Quienes carecen de suficiente uso de razón

2º. Quienes tienen un grave defecto de discreción de juicio acerca de los derechos y deberes esenciales del matrimonio que mutuamente se han de dar y aceptar

3º. Quienes no pueden asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causas de naturaleza psíquica

Las tres incapacidades producen el mismo efecto jurídico: la nulidad del matrimonio por incapacidad consensual

En cuanto al contenido, hay una gradación, van de mayor a menor

El objeto del consentimiento matrimonial requiere un grado de madurez del contrayente superior no sólo al uso de razón, sino al necesario a muchos negocios de la vida

Esta exigencia se recoge por el código al establecer una incapacidad consensual de quienes adolecen de un defecto grave de discreción de juicio acerca de los derechos y deberes esenciales

GRAVE DEFECTO EN LA DISCRECIÓN DE JUICIO

No se refiere a la riqueza cognoscitiva, es decir, la expresión del código no se refiere a la información que el sujeto tiene del matrimonio, se refiere a aquel grado de madurez personal que permite la contrayente discernir para comprometerse con respecto a los derechos y deberes matrimoniales

La expresión defecto grave hace referencia a la discreción de juicio, que significa gravedad del defecto de discreción de juicio. En ocasiones esta causa de nulidad tiene su origen en enfermedad psíquica. Lo que causa la nulidad del matrimonio es la falta de uso de razón, defecto grave o que no tiene capacidad para asumir las obligaciones matrimoniales. No causa la enfermedad la incapacidad psíquica.

La enfermedad psíquica no es causa de nulidad

La enfermedad psíquica no es causa de incapacidad sino vicio consensual, tiene importancia para la prueba, pero no es causa de incapacidad

La gravedad del defecto de discreción de juicio se estima a la luz de una crítica objetiva que el propio canon suministra y que son los derechos y deberes esenciales que mutuamente se han de dar y aceptar

Para la validez del matrimonio se requiere que se de la capacidad en el momento de prestar el consentimiento

INCAPACIDAD PARA ASUMIR OBLIGACIONES

Esta causa de nulidad contempla la posibilidad de disponer a título de deuda y obligación del propio consentimiento por el contrayente compatible con su uso de razón o su discreción de juicio

Con la expresión por causas de naturaleza psíquica el legislador establece que el sujeto que carece del dominio necesario para hacerse cargo de las obligaciones matrimoniales esenciales sufre incapacidad para contraer matrimonio

Para que esa causa sea estimada no se requiere tanto la gravedad de la anomalía psíquica cuanto la imposibilidad de asumir obligaciones conyugales que ha de ser absoluta y antecedente

La prueba pericial obligatoria en estos supuestos es la apreciación directa de la causa de nulidad matrimonial, la apreciación es de competencia judicial en cada caso concreto

FALTA DE SUFICIENTE USO DE RAZÓN

La jurisprudencia y la doctrina han establecido las siguientes presunciones:

.– Si se prueba que la enfermedad mental existe antes de celebrado el matrimonio se presupone que permanece en el acto de su celebración

.– Si se comprueba la enfermedad mental en momento antecedente al de celebración del matrimonio se presume que existe en el momento de la celebración

Vicios del consentimiento

Simulación

El canon 1101 establece que el consentimiento interno de la voluntad se presume que está conforme con las palabras o signos empleados a celebrar el matrimonio

El matrimonio será nulo si no hay correlación entre la voluntad interna y externa

Tiene primacía el consentimiento aunque no sea externamente manifestado

Esta presunción del canon 1101 admite prueba en contrario

Hay simulación cuando la declaración de voluntad de contraer matrimonio en los términos configurados esencialmente por el derecho canónico está en desacuerdo con la real voluntad de los contrayentes o alguno de ellos excluye con un acto positivo de la voluntad el matrimonio mismo, o un elemento esencial del matrimonio o una propiedad esencial

Se distinguen dos clases de simulación en el derecho canónico:

.– Simulación total: se excluye del negocio jurídico que se celebra el matrimonio mismo vaciándolo de su total contenido

.– Simulación parcial: Se excluye algún elemento o propiedad esencial

¿Cuál causa más gravemente la nulidad del matrimonio, la simulación total o la parcial?

Ninguna de las dos, no hay nulidad o no la causa

Es indiferente para sus efectos jurídicos que haya pacto simulatorio aunque si hay pacto simulatorio es más fácil la prueba

La diferencia entre simulación total y parcial radica en que en la primera hay ánimo de no contraer matrimonio mientras que en la parcial hay ánimo de no obligarse a determinados efectos del matrimonio

Ignorancia

EL código establece el contenido mínimo de conocimiento que los contrayentes deben tener sobre el matrimonio para que su consentimiento sea válido

Según el canon 1096.1 y 1096.2, es necesario que los contrayentes no ignoren al menos que el matrimonio es un consorcio permanente entre un varón y una mujer, ordenado a la procreación de la prole mediante una cierta cooperación sexual

Esta ignorancia no se presume después de la pubertad

Hay una presunción iuris tantum de que ese conocimiento cierto de lo que es el matrimonio se produce a partir de la pubertad

El desconocimiento de los elementos configuradores del matrimonio se considera por el legislador como falta de consentimiento

La ignorancia que puede anular el matrimonio es la que recae sobre los elementos identificados en el canon 1096, pero no los que se configuran en otros cánones

Basta que el consorcio se constituya para formar una comunidad de vida, sobre la heterosexualidad, es necesario que conozcan la estabilidad o continuidad del consorcio y que conozcan que este consorcio está ordenado a la procreación

La prueba sobre la ignorancia es más difícil que otras porque requiere la prueba de un hecho negativo

Es más fácil probar que se conocía otra cosa distinta de lo que el matrimonio es. Estamos en este caso en un supuesto de error y no de ignorancia

Error de derecho

Según el canon 1099: el error acerca de la unidad, de la indisolubilidad o de la dignidad sacramental del matrimonio, con tal que no determine a la voluntad no vicia el consentimiento matrimonial

Error en la identidad de la persona

El matrimonio es un negocio intuitu persona, es decir, se celebra en consideración a la persona del otro contrayente

El canon 1097. dice que el error acerca de la persona hace inválido el matrimonio

EL error puede ser directo o indirecto

Error acerca de las cualidades de la persona

No determina la nulidad del matrimonio

Hay algún supuesto en el que el error en la cualidad determina la nulidad del matrimonio como excepción a esa regla general. En este caso el error qualitatis no sería irrelevante

Si el consentimiento se dirige directa y principalmente a la cualidad y no a la persona, el error en cualidad redunda en error en la sustancia

El principio general es que el error in qualitatis es irrelevante, salvo en determinados casos en los que sí determina la nulidad del matrimonio

La cualidad directa y principalmente está recogida en el código con una fórmula que permite afirmar que la cualidad deseada pasa a formar parte del consentimiento

Canon 1907.2: EL error acerca de una cualidad de la persona, aunque sea causa del contrato, no dirime el matrimonio, a no ser que se pretenda esta cualidad directa y principalmente

Dolo

El canon 1098 dice: Quien contrae matrimonio engañado por dolo provocado para obtener su consentimiento acerca de una cualidad del otro contrayente, que por su naturaleza puede perturbar gravemente el consorcio de vida conyugal, contrae inválidamente

Se está refiriendo a un error invalidante por dolo

Hay dolo cuando en la actitud de alguien se aparenta una realidad favorable o se oculta una desfavorable, de modo que se suscita error en otro para impulsarle a un determinado objeto

El dolo puede ser por obrepción o por subrepción

Requisitos del dolo:

- Que el dolo sea antecedente
- Ha de ser grave, por cuanto la cualidad o situación sobre la que se produce el engaño debe ser por su naturaleza capaz de perturbar el consorcio de vida conyugal
- Ha de ser extrínseco, es decir, producido por manipulación del otro cónyuge o de terceros
- Debe ser directo, es decir, ha de ejercitarse para conseguir la celebración del matrimonio

Si concurren estos cuatro requisitos el dolo causa la nulidad del matrimonio

Error Iuris

En el canon 1099 se recoge el error iuris.

Es el error acerca de la unidad, indisolubilidad o sacramentalidad del matrimonio; como tal no determina la voluntad, no vicia el consentimiento

El supuesto que se plantea es el de los contrayentes que por circunstancias diversas estiman que el matrimonio no da lugar a un vínculo indisoluble y exclusivo

Según la redacción literal del precepto la doctrina ha establecido una regla general: irrelevancia del error iuris; pero hay también situaciones excepcionales, que se dan cuando el error determinan la voluntad, entonces sí

causa la nulidad del matrimonio

Canon 1.100. – Conocimiento cierto acerca de la nulidad del matrimonio contraído

La certeza u opinión acerca de la nulidad del matrimonio no excluye necesariamente el consentimiento matrimonial

Puede existir matrimonio válido aunque el contrayente tenga la certeza o la opinión de que el matrimonio que celebra es nulo por cualquier causa. Esto es así porque los estados subjetivos no constituyen por sí solos causas objetivas de nulidad

EL matrimonio será nulo si el contrayente fundamentalmente un impedimento

Los impedimentos operan con independencia de los estados de opinión del sujeto

Violencia o miedo (canon 1103)

La prestación del consentimiento matrimonial puede estar determinada por una fuerza externa que obligue al sujeto a aceptar externamente el matrimonio o condición del matrimonio

Esa fuerza puede ser de distinta naturaleza o de distinto alcance:

1. – Fuerza física, violencia, vis compulsiva, vis absoluta o vis corpora illata: consiste en una presión material ejercida sobre los órganos de expresión del sujeto para obtener de él un signo positivo
2. – La coacción o fuerza moral, vis animi illata: consiste en la presión psicológica ejercida sobre el ánimo del contrayente para crear en él una situación que le obligue a elegir el matrimonio o la ejecución de los males con que se le amenaza

Las diferencias entre violencia física y moral son:

- La violencia física opera sobre la expresión externa del consentimiento; la violencia moral opera sobre la formación del consentimiento, es decir, sobre su génesis
- La fuerza física no deja al sujeto la posibilidad de elegir; en la coacción moral el sujeto elige, pero con falta de libertad interna
- A la fuerza física se le aplica el canon 125 sobre los actos jurídicos. En este canon se establece que se tiene por no realizado el acto que una persona ejecuta por una violencia exterior a la que de ningún modo se puede resistir

Los requisitos para que el miedo produzca como efecto la nulidad del matrimonio están enmarcadas en el canon 1109 y la doctrina enumera que:

- Ha de ser un miedo antecedente, es decir, el matrimonio ha de encontrar en el miedo su causa principal (las presiones familiares son los casos más frecuentes), y motiva de tal forma que de no haber intervenido el miedo el matrimonio no se hubiese celebrado. Es necesaria la persistencia de la coacción hasta el momento de la celebración del matrimonio
- Ha de ser grave.

En este punto destacar dos cuestiones: gravedad subjetiva y objetiva

El miedo ha de crear en el individuo un estado de ánimo que le impulse al matrimonio

La gravedad del miedo será la resultante de la gravedad de los males con que se amenaza y de la influencia que tales amenazas tienen en el ánimo del paciente

De ahí que para la gravedad del miedo hay que tener en cuenta el ámbito objetivo y también el subjetivo

La jurisprudencia (sólo la del tribunal de la Rota) valora tanto las cualidades personales tanto de la persona que infiere el miedo como de la que lo padece

- El miedo ha de ser provocado externamente y se da cuando existe un fundamento objetivo para temer determinados males para él o para sus allegados, de tal manera que su ejecución depende de la voluntad del amenazador

EL miedo intrínseco no impide el consentimiento, no vacía el consentimiento

- El miedo ha de ser indeclinable, para librarse del cual alguien se ve obligado a celebrar el matrimonio. Es decir, el efecto típico es situar al contrayente en el dilema de soportar los males que constituyen el contenido de las amenazas o contraer el matrimonio

En la ponderación, la jurisprudencia no exige que le paciente intente otros medios para librarse de ese mal

EL matrimonio contraído bajo condición o consentimiento condicionado

Hay tres tipos de condiciones:

1. – Condiciones propias

.– Me caso contigo si eres el heredero (futuro y cierto)

.– Me caso contigo si llegas a ser juez (futuro e incierto)

Quien opone la condición, las circunstancias son desconocidas para él

2. – Condiciones impropias

Efectos jurídicos que pueden darse

El consentimiento no puede suplirlo ninguna voluntad humana

El matrimonio contraído bajo condición es aquel en que una o varias partes supedita el nacimiento del vínculo al cumplimiento de un acontecimiento o circunstancia que es la condición

Esta condición puede ser:

.– Propia: elemento futuro y cierto

.– Impropia, el elemento, pese a ser pasado o presente resulta desconocido por el contrayente

El código no admite las condiciones de futuro (por lo que el matrimonio es nulo) por lo siguiente:

.– La subordinación del vínculo

.– La retroactividad de los efectos

El código admite la validez de las condiciones impropias, es decir, aquellas que hacen depender la eficacia del matrimonio de un hecho o evento que ya existe en la realidad

El matrimonio será válido o nulo según se verifique el hecho o evento de la condición. Y será valido o nulo desde el instante de la celebración

Las condiciones impropias no provocan la suspensión objetiva de la eficacia del consentimiento ni difieren el real nacimiento del vínculo matrimonial

Al legislador sólo le cabe:

1. – Considerar la condición como no puesta

Esta es la solución más frecuente en los sistemas matrimoniales civiles ya que el legislador civil construye la institución matrimonial in fieri sobre la base de la prestación del consentimiento y no sobre la base de la investigación de la voluntad interna de los contrayentes.

Si es la manifestación de la voluntad la que da nacimiento al contrato matrimonial, aunque no se corresponda con el querer interno, no hay dificultad en que le legislador declare que se tenga por no puesta

2. – La segunda posibilidad es prohibir absolutamente la condición declarando nulo todo matrimonio así celebrado. Es decir, considerar que el consentimiento condicionado es un consentimiento que no es matrimonial, independientemente de que la condición se verifique o no. En este tipo de teoría, el consentimiento condicionado hace nulo al matrimonio (Es la seguida por el CCEO, iglesias orientales)

3. – Aceptar los efectos suspensivos de la condición (Corpus iuris canonici), es decir, tener en cuenta la condición y hacer depender la validez del matrimonio de que esta se cumpla o no

La primera solución es inaceptable para el sistema matrimonial canónico porque supondría conculcar el principio básico de la consensualidad

Descartada esta posibilidad, solo queda prohibir la condición a aceptar los efectos suspensivos de la condición

El legislador canónico, combinando la seguridad jurídica y el principio de consensualidad ha descalificado el consentimiento con condición de futuro; en cambio, admite la posibilidad de la condición impropia

Manifestación del consentimiento

El consentimiento matrimonial se puede manifestar mediante procurador. Según el canon 1104, a través de un representante tanto por uno como por los dos contrayentes

Este modo de manifestar el consentimiento puede resumirse así:

.– Mandante:

El poder sólo puede ser otorgado por el contrayente que apodere y no por un tercero

El mandante debe reunir los requisitos de capacidad para contraer matrimonio válido, aunque no reúna la edad legal para otorgar el contrato de mandato general que es la mayor edad si contrae matrimonio antes de alcanzarla

.– Mandatario:

Es la persona que recibe el mandato

Según el canon 1105 no se determina aquí ningún tipo de cualidades especiales, por lo que puede ser cualquiera que tenga capacidad para ser representante según la legislación civil

El mandatario ha de desempeñar el cargo personalmente, no por medio de delegado o sustituto, aun cuando el mandante le haya facilitado hacerlo

Si los dos cónyuges se valen de procurador no pueden apoderar a la misma persona y tampoco un cónyuge puede designar como mandatario al otro cónyuge porque en el derecho canónico matrimonial no se admite el autocontrato

.– El poder

Según el canon 1105 ha de ser especial, que se otorgue expresamente para contraer matrimonio con persona determinada, que habrá de designarse de modo inequívoco. No basta el poder general ni es admisible el poder que contenga exclusiones de elementos esenciales del matrimonio o someta al matrimonio a condiciones de futuro

Hay tres modalidades de poder:

- Documento público eclesiástico firmado por el mandante y el párroco del lugar
- Documento auténtico civil, basta la firma del mandante y del notario
- Documento privado y dos testigos que firman con el poderdante

d) Forma jurídica de celebración

Hay que resaltar la importancia del consentimiento en el matrimonio canónico

El matrimonio es válido desde el intercambio del consentimiento, es decir, desde la celebración. El matrimonio es un contrato consensual

La causa eficiente del matrimonio es el consentimiento

De esta premisa se extrajo una conclusión inexacta de que solo el consentimiento tiene que producir los efectos jurídicos del matrimonio, pero el consentimiento es causa necesaria, no suficiente, porque es necesaria una forma jurídica ad validitatem que sólo existe desde el siglo XVI, desde el siglo I al XVI no hubo la exigencia de esta forma jurídica

La forma hoy es esencial al matrimonio

Función y ámbito de obligatoriedad de la forma

Para que el matrimonio surja no basta el puro y simple intercambio de voluntades, sino que se requiere que se intercambie entre personas jurídicamente hábiles y de una forma determinada

Si no se guarda la forma, esto lleva a la invalidez del matrimonio

Forma jurídica sustancial (formalidades del matrimonio) y su función:

- Dar publicidad al matrimonio

Si no existe una cierta publicidad formal existiría incertidumbre acerca de la relación creada y sólo se podría acudir al testimonio de los propios contrayentes para saber de su existencia

Cabe la dispensa de forma en la celebración del matrimonio

- Constatar la existencia cierta del consentimiento manifestado

También llamada función de certeza. Necesidad de mantener como principio la integridad y la libertad del consentimiento manifestado

La presunción de certeza del consentimiento no significa que no quepa prueba en contrario de su existencia

Posee distinta intensidad la forma en los ordenamientos civiles y en los canónicos

.– En los canónicos hay la presunción iuris et de iure, la forma queda erigida como suprema razón de la existencia del matrimonio en el caso de discordancia entre manifestación interna y externa

En consecuencia, la acción de nulidad en el ámbito civil tiene menos incidencia que en la canónica

.– En el ordenamiento canónico la presunción de que la voluntad interna es concorde con la manifestada cede siempre ante la existencia de un vicio del consentimiento

- Proteger el específico contenido del matrimonio canónico

La forma jurídica desempeña en el matrimonio canónico la misión de conservar y enseñar el contenido propio que la concepción cristiana encierra de generación en generación

Ámbito de obligatoriedad de la forma canónica

Sólo los bautizados en la iglesia católica. Canon 1117

La forma canónica se ha de observar si al menos uno de los contrayentes fue bautizado en la iglesia católica y no se ha apartado de ella por acto formal. Es una condición objetiva, sólo se tiene en cuenta el acto formal y no el grado de fe

Forma jurídica de celebración. Canon 1108 y siguientes

El matrimonio como sacramento es un símbolo que se tiene que realizar en los signos externos

Serán válidos los matrimonios que se celebren:

- Ante el ordinario del lugar, párroco sacerdote o el diácono delegado; que son testigos de la iglesia

.– El ordinario del lugar –obispo diocesano– que tiene potestad de jurisdicción

.– El ordinario y el párroco sólo asisten válidamente al matrimonio en el que uno al menos es súbdito suyo (de su parroquia o de su jurisdicción) pero esto se subsana por delegación del párroco (canon 519 y siguientes)

- También tiene que haber dos testigos

La falta de alguno de los requisitos da lugar a la nulidad del matrimonio

Testigos

- .– El nombre de los testigos ha de inscribirse en el registro parroquial (pero esto no afecta a la validez, solamente a la licitud)
- .– La capacidad para ser testigo será la suficiente para querer y para entender; han de ser mayores de edad y gozar de buena reputación
- .– Están incapacitados para ser testigos quienes carezcan de capacidad de razón y de capacidad sensitiva
- .– Los testigos han de estar en presencia física o corporal en el acto

En cuanto a la delegación del ordinario del lugar, se puede hacer una delegación general – canon 1111 – a sacerdotes y diáconos

Eso sí, la delegación tiene que ser expresa (este es un requisito de validez)

En casos excepcionales se puede delegar en una persona laica, pero ha de ser idónea, es decir, capaz de instruir a los contrayentes y que sea persona apta para celebrar la liturgia matrimonial (es distinta a la eucaristía, según el canon 834.2 liturgia es culto público, actos realizados por una persona que tienen sentido religioso, actos que se hacen en un centro del pueblo de Dios con la comunidad reunida).

Un laico puede asistir al válido matrimonio porque los que realizan el matrimonio son los contrayentes y no el sacerdote en sí, ya que este sólo asiste (esta es una innovación que parte del Concilio Vaticano II)

En cuanto al lugar de celebración, tiene que ser la parroquia donde uno de los contrayentes tiene su domicilio, ha residido durante al menos un mes y, en casos excepcionales, en la parroquia donde se encuentren; pero el párroco también puede conceder licencia para casarse en otro lugar

Excepcionalmente, en el caso de que no haya un asistente en el matrimonio, o el acudir a él le supone una grave dificultad, se celebrará válidamente el matrimonio estando únicamente presentes los dos testigos

Casos: peligro de muerte, pero aunque no haya peligro de muerte, es válido contraerlo así si esta situación de difícil acceso al asistente se va a prorrogar un mes

2. – Eficacia civil del matrimonio canónico

Acuerdos con la santa sede y LEC 1/2000 y ley de 7-7-1981

A) Momento constitutivo

Se refiere a las normas que regulan la celebración del matrimonio

EL acuerdo firmado en 1979 dice en el art. 6.1 que el estado reconoce los efectos civiles al matrimonio según las normas del derecho canónico

Posteriormente se dictó la ley de 7-7-1981, que modificó los arts. 42-107 CC

En el art. 59 del CC se admite que el consentimiento matrimonial se preste en la forma prevista en la confesión religiosa que esté inscrita

EL art. 60 repite los términos del art. 6.1 del acuerdo del 79

En relación con el matrimonio canónico se produce una remisión al derecho canónico

Esta remisión es de tipo formal, tanto a las normas que regulan la forma y fondo del matrimonio canónico

Se refiere también a las normas reguladoras del matrimonio canónico, porque si viola alguna de las normas canónicas el matrimonio puede quedar anulado en sede canónica y en este caso puede producir también el cese de los efectos civiles que le corresponden

Por lo demás, para que un matrimonio canónico produzca efectos civiles se tiene que producir en forma canónica e inscribirse en el registro civil. No es necesario otra formalidad de tipo civil

En relación con los matrimonios no canónicos, no se hace esta remisión formal.

Esto ha llevado a algunos autores a decir que cuando se trate del matrimonio canónico el ordenamiento español reconoce que es matrimonio religioso

Sin embargo, en el caso del matrimonio no canónico sólo hay de religioso lo que se refiere a la forma externa

EL profesor Naranjo dice que son matrimonios civiles que se permite que se celebren en forma religiosa

b) La inscripción en el registro civil

Tanto el art. 6.1 del acuerdo jurídico del 79 como el art. 63 del CC, establecen que la inscripción en el registro civil del matrimonio canónico se realizará con la presentación de la certificación eclesiástica de existencia del matrimonio

El art. 63.2 CC dice que la inscripción del matrimonio se podrá denegar cuando el matrimonio religioso no reúna los requisitos que el estado exige para que el matrimonio sea válido

Hay ciertas contradicciones entre ambos textos porque el acuerdo del 79 dice que se da efectos civiles con la inscripción

Sin embargo, el CC en el art. 63.2 dice que además se tendrá que comprobar que el matrimonio canónico cumple los requisitos de validez que el CC exige para que sea válido

El objeto de esta cláusula es que el matrimonio canónico cumpla, además de con los requisitos que exige el CC, con los demás que establece la normativa estatal para que no haya choque entre los requisitos de la iglesia y los del estado

No se trata de suplantar un ordenamiento por otro, sino de cumplir además de unos requisitos religiosos unos requisitos de carácter civil

La cuestión es saber en qué supuestos se puede producir la denegación de la inscripción del matrimonio en el registro civil:

- El matrimonio canónico se celebra por un menor de edad

En España la mayoría de edad es a los 18

En el derecho canónico (canon 1083) se puede contraer matrimonio válido cuando el varón tenga 16 años cumplidos y la mujer 14

Es raro que exista este choque porque el canon 1083.2 dice que las conferencias episcopales podrán establecer edades distintas para contraer matrimonio

En España, por decreto de 7-7-1984 se establece que el matrimonio canónico se celebre únicamente con 18 años

Será raro que haya conflicto porque el canon 1071 establece que cuando se vaya a celebrar matrimonio que no vaya a ser reconocido será necesario la licencia del ordinario del lugar

- Uno de los contrayentes está ya unido por matrimonio civil no disuelto
- Existe un impedimento civil para el matrimonio que no hubiese sido dispensado

Una vez celebrado el matrimonio el sacerdote deberá entregar a los cónyuges la certificación eclesiástica con los datos necesarios para la inscripción en el registro civil

Serán los cónyuges o el párroco en el plazo de 5 días los que presenten la certificación en el registro civil

EL encargado del registro civil realizará una comprobación en cuanto si ese matrimonio canónico que se pretende inscribir reúne los requisitos de validez exigidos por el estado

¿Hasta donde llegan los poderes del encargado del registro civil?

AL respecto hay dos posturas:

.– Cuando el encargado del registro civil recibe certificaciones que no tienen los requisitos automáticamente no lo inscribe

.– El encargado del registro civil no puede llegar a esos extremos (sólo puede hacerlo el ministerio fiscal). La inscripción sólo acredita que el matrimonio se celebró, pero no quiere decir que sea válido

Esto es obligatorio para los contrayentes, tienen que presentar la certificación para que su matrimonio pueda tener efectos civiles

Habría un caso en que se podría obviar esta obligación: matrimonio celebrado en secreto (canon 1130 y siguientes), se podría inscribir en el registro civil central

En caso de que un matrimonio canónico se inscriba tarde producirá efectos civiles desde el momento en que se celebró, a excepción de los efectos económicos que pudieran haber perjudicado a terceros de buena fe

En el caso de que no se pueda inscribir en el registro civil el matrimonio canónico porque existe algún obstáculo, incompatibilidad con el ordenamiento civil; no producirá efectos civiles excepto los efectos civiles ya producidos respecto de los hijos y del contrayente de buena fe

C) Separación, nulidad y disolución

El acuerdo firmado en le 79 en el art. 6.2, lo mismo que en el art. 80 CC (introducido por la ley del 81) expone la posibilidad que tienen los que han contraído matrimonio canónico de acudir a tribunales eclesiásticos y solicitar la nulidad del matrimonio o iniciar un procedimiento para conseguir la dispensa del matrimonio rato y no consumado

La sentencia eclesiástica que declara la nulidad o el decreto del papa que declara la disolución del matrimonio rato y no consumado tendrán eficacia civil si se declaran ajustados al derecho estatal

Una vez que tenemos estas decisiones canónicas se tiene que iniciar un procedimiento de homologación que se sustancia ante el juez civil

Fases:

Art. 80 CC: Las resoluciones dictadas por los tribunales eclesiásticos sobre la nulidad del matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado, tendrán eficacia en el orden civil a solicitud de cualquiera de las partes, si se declaran ajustados al derecho del estado en resolución dictada por el juez civil competente conforme a las condiciones a las que se refiere el art. 954 de la ley de enjuiciamiento civil

El juez lo primero que tiene que hacer es acudir al art. 954 LEC de 1881 (provisionalmente vigente, la disposición derogatoria primera de la LEC del 2000 dice que este art. está provisionalmente vigente)

Una vez que se ha comprobado por el juez que se han cumplido estos requisitos se pasa a la segunda fase

Art. 778 LEC 2000

Deroga la disposición adicional 2 de la ley del 81, que establecía el procedimiento para que se pudiese reconocer efectos civiles a estas sentencias y resoluciones canónicas. Se refiere a la eficacia civil de las resoluciones eclesiásticas (art. 778 LEC 2000)

En este art. se distinguen los supuestos:

.– que en la demanda se solicite únicamente el reconocimiento de efectos civiles de la sentencia o decreto canónico. El juez dará audiencia al otro cónyuge y al ministerio fiscal por plazo de 10 días, después resolverá por auto si se otorga o no eficacia civil (art. 772.1)

.– que en la demanda se solicite junto al reconocimiento de efectos civiles de la sentencia o decreto canónico, la adopción o modificación de las medidas. Se tramitarán conjuntamente las dos peticiones sustituyendo el procedimiento del art. 775 LEC que se remite al art. 771 y que consiste en una vista a la que habrán de comparecer los cónyuges y los hijos menores, si pueden, y en este último caso también el ministerio fiscal. EL juez dictará un auto en el que se pronunciará sobre las dos cosas

La LEC no dice nada sobre los efectos civiles de la separación canónica ni de la disolución del matrimonio en virtud del privilegio Paulino, Petrino ni tampoco sobre sentencias de nulidad y divorcio dictadas por miembros eclesiásticos no canónicos (a estos en el concordato de 1989 se les reconocían efectos civiles automáticos)

La separación canónica es algo clásico que no se le reconozcan efectos civiles (art. 1151 y siguientes)

Lección 15. – Sistema matrimonial español (II)

3. – El régimen matrimonial de las confesiones no católicas

El uno de diciembre de 1994 un anciano israelí fallecía en una cárcel de Jerusalén por negarse a conceder el repudio a su esposa. La esposa le había solicitado formalmente la concesión del libelo de repudio (Guet)

Los tres acuerdos entre el estado español y las comunidades islámica y judía reconocen efectos civiles al matrimonio (art. 7 de los acuerdos de 1992)

Nuestro ordenamiento acoge el matrimonio islámico e israelita para darle efectos civiles

• El matrimonio en las confesiones protestantes

La multiplicidad de las confesiones protestantes y la existencia de falta de reglamentación unitaria del matrimonio hacen difícil un análisis riguroso que traduzca en normas específicas la concepción teológica del matrimonio protestante distintas del derecho civil

Síntesis a grandes rasgos de la concepción del matrimonio de los reformadores protestantes que explica la inexistencia de una reglamentación jurídica del matrimonio:

.– Ni Lutero ni Calvino hicieron un tratamiento sistemático del matrimonio, sino sólo acepciones (afirmaciones) aisladas de las que se deriva su concepción

.– Para la reforma protestante el matrimonio no está incluido entre los sacramentos, sino que es visto como una institución natural y como una cuestión profana

.– Tanto en Lutero como en Calvino, el matrimonio tiene su origen en el propio creador de la naturaleza humana; no es un uso social, sino una institución natural y la cuestión para legislarlo no es eclesiástica, sino civil

.– La celebración ante la iglesia no tiene un valor esencial, se trata sólo de la presentación de los contrayentes ante la comunidad

.– Los ritos religiosos que rodean el intercambio de consentimiento entre los esposos no tienen ni intencionalidad ni carácter jurídico. La competencia jurídica en la celebración es exclusivamente civil

Impedimentos: el parentesco

Disolución del vínculo

La posibilidad de disolver el vínculo del matrimonio es concebido como un mal menor, y no es lícito a los contrayentes acudir a la disolución en supuestos más que en uno, la impotencia

Posteriormente ha ido admitiéndose el divorcio en más supuestos.

Primero se concebía como una sanción, hasta que luego se admite el divorcio por mutuo consentimiento

Intervención jurisdiccional eclesiástica

Lutero la abandonó totalmente a favor del poder civil

Calvino reclamó la intervención jurisdiccional de la iglesia al comienzo de su predicación, pero al final, en coherencia con sus propios postulados protestantes sobre el matrimonio, entendió que las causas matrimoniales debían resolverse por la jurisdicción civil

• El matrimonio en el Islam

El matrimonio en el Islam es una institución de derecho privado (según las fuentes del derecho islámico)

Aparece como un contrato que crea entre hombre y mujer un estatuto influenciado por intereses sociales de naturaleza social y jurídica

Esos intereses son distintos a los que tiene el matrimonio según la concepción occidental, de ahí que resulte

difícil caracterizar al derecho islámico

Para algunos, el matrimonio musulmán tiene los caracteres propios de un contrato de venta en el que la mujer constituye el objeto y parte del contrato, es decir, es al mismo tiempo vendedora y cosa vendida. La mujer se vende a sí misma a cambio de una dote, que es el equivalente del precio de venta

Otros autores entienden que el matrimonio y la venta no tienen la misma causa

En el derecho musulmán el matrimonio confiere al marido un poder similar a la manus romana sobre la mujer, pero esa potestad no se debe confundir con un derecho de propiedad

El acto privado que da lugar a la sociedad conyugal requiere como condición esencial de validez la ausencia de impedimentos; el intercambio de consentimiento entre personas determina la constitución de la dote y la observancia de ciertas modalidades previstas por la ley

EL consentimiento debe prestarse con arreglo a las siguientes reglas:

- Debe ser verdad, sin que sea necesaria una fórmula determinada, basta con que las palabras pronunciadas no dejen lugar a dudas acerca de la intención
- Cabe que sea emitido por procurador con poderes especiales para cada matrimonio
- Debe ser puro y simple, sin que sea válido el sujeto a término o condición
- El consentimiento viciado por error o violencia física hace nulo ese acto

Todo matrimonio supone la existencia de una dote, que es elevada por el derecho islámico a la categoría de condición sine qua non. Sin dote no hay matrimonio

Si en el momento del intercambio del matrimonio nada se ha fijado sobre la dote, o si una cláusula de las capitulaciones matrimoniales nada dijese sobre la dote o excluyese la dote, el matrimonio será nulo

La dote debe ser fijada en el quantum (cuantía)

Forma de celebración

No requiere necesariamente la intervención de un oficial público o civil, ni la presencia de una autoridad religiosa.

Sin embargo no se puede decir que sea un contrato puramente consensual, ya que el consentimiento tiene que ser prestado ante dos testigos cuya presencia constituye una solemnidad del propio acto

Requisitos de capacidad para ser testigos

- Deben haber alcanzado la pubertad
- Deben ser musulmanes
- Deben ser varones

El matrimonio que carece de alguno de los requisitos esenciales es nulo.

Sin embargo, hay que distinguir dos tipos de nulidad:

.– Nulidad perfecta o batil

.– Nulidad imperfecta o fasid

En el matrimonio con nulidad imperfecta la sanción de invalidez no es pronunciada por la autoridad judicial, sino que se produce un repudio formulado por el marido por mandato del juez

Según el Corán, la disolución del matrimonio islámico puede producirse, entre otros, en los siguientes supuestos:

- Muerte de uno de los esposos
- Ausencia injustificada del marido
- Atribución a uno de los esposos de la propiedad del otro
- Abjuración de la fe islámica (supuesto de una sentencia)
- Repudio o talak

Tradicionalmente el marido podía repudiar a la mujer con el más pequeño pretexto, por lo que la mujer tenía una situación matrimonial muy inestable

El marido también tenía la posibilidad de retractarse del repudio libremente

La doctrina de Mahoma vino a ser una restricción en la práctica habitual en la tradición árabe. Calificó el repudio como la peor de las causas lícitas, sometiendo su uso a una regulación jurídica

Después de una evolución el repudio está bastante extendido en todos los sistemas.

Sigue siendo la posibilidad del marido de disolver la comunidad conyugal a través de un acto unilateral

Las escuelas Sunitas son las más estrictas en la regulación del repudio. No comporta la inmediata disolución de la comunidad conyugal, es obligatorio el plazo de dos a tres meses en los que el marido puede dejar sin efectos el repudio y restablecer la vida matrimonial; pasado el plazo sin restablecerla, el repudio deviene irrevocable. Esto sigue dejando a la mujer en una posición de inseguridad

EL Corán establece que el tercer repudio es ya irrevocable

En algunos países se admite el triple repudio con una sola fórmula: sucesivamente tres repudios en un solo acto, y adquiere ipso facto la disolución del matrimonio, con efecto inmediato y sin la garantía de los meses que prevé la regulación más ortodoxa

La disolución del matrimonio puede producirse también por resolución judicial a instancia de parte o de oficio

En contraste con las amplias facultades disolutivas del marido, la mujer dispone de un único medio: divorcio decretado por la autoridad judicial a causa del incumplimiento del esposo de las obligaciones conyugales

Puede darse la disolución oficio iudicis, a instancia del juez, por abuso de la autoridad marital, por la existencia de obstáculos para la plena continuidad conyugal, indocilidad manifiesta de la mujer

La jurisdicción manifiesta es la religiosa para conocer de litigios matrimoniales

De Jorge García reyes: matrimonio de las minorías religiosas en el derecho histórico español

• El matrimonio judío

La sociedad judía tiene fundamentos teocráticos, en ella lo civil y lo religioso no están diferenciados sino profundamente entrelazados

El derecho hebreo moderno solamente puede ser entendido si se tienen en cuenta las tradiciones judías:

- Antiguo testamento
- Mishna (ley oral tradicional)
- Talmut: código universal del pueblo hebreo que contiene la enseñanza de los maestros rabinos judíos
- Midrash: literatura jurídica hebrea, no es fuente propiamente dicha

El derecho hebreo vigente sobre el matrimonio establece la capacidad para contraerlo y diferencia entre impedimentos impidientes (hacen ilícito el matrimonio pero puede ser válido) e impedimentos dirimentes (hacen nulo el matrimonio)

Los impedimentos del derecho canónico actual son todos dirimentes

Los principales impedimentos dirimentes son:

- Enfermedad mental
- Vínculo matrimonial anterior no disuelto
- Consanguinidad y afinidad en los grados previstos en la ley
- Edad hasta los 17 años
- Impotencia
- Prohibición de contraer matrimonio con persona distinta de la comunidad judía

Forma de celebración del matrimonio

En la práctica actual no se mantiene un largo intervalo de tiempo entre los esponsales y el matrimonio. Ambas ceremonias se celebran de modo inmediatamente sucesivo. No obstante la cercanía, el matrimonio se entiende inválido si no ha sido precedido de los esponsales

Entre los esponsales y el matrimonio se da lectura al contrato matrimonial, estipulado perfectamente ante el rabino y que contiene prescripciones detalladas sobre la dote, el régimen económico matrimonial y el régimen sucesorio

Para la validez del rito nupcial se exige la presencia del rabino y dos testigos, inscribiéndose el matrimonio en los registros religiosos

EL matrimonio celebrado a pesar de los impedimentos dirimentes y vicios del consentimiento o defecto de forma se considerará nulo

Pero en este supuesto el derecho hebreo desconoce la sentencia de nulidad: constatada la nulidad ante el tribunal religioso este obliga al marido a repudiar a la mujer en interés de la moral pública

La disolución del matrimonio judío puede acaecer por:

- Mutuo acuerdo
- Decisión de alguno de los esposos, aun oponiéndose el otro
- Por acuerdo, el tribunal rabínico no emite propiamente una sentencia de divorcio, sino que se limita a controlar que la disolución convencional acordada se realice de acuerdo con las prescripciones legales, entre las que destaca la obligación del marido de dar a la mujer el libelo de repudio, previa aceptación de dicho repudio por la mujer

En el segundo caso, en los supuestos en los que la disolución es pedida por uno de los contrayentes oponiéndose el otro, el tribunal rabínico puede imponer el repudio cuando concurren circunstancias tales

como:

- Negativa a prestar el débito conyugal
- Abandono doloso o prolongado del hogar
- Adulterio comprobado
- Impotencia
- Enfermedad infecciosa existente antes de celebrado el matrimonio
- Aversión invencible al otro cónyuge
- Ofensas continuadas entre cónyuges
- Conversión de uno de los cónyuges a religión distinta de la judía

La ortodoxia judía entiende que la jurisdicción rabínica es la competente para conocer las causas relativas al matrimonio, no obstante, esta doctrina sólo se practica en el Estado de Israel

En el derecho judío el marido tiene obligación de otorgar el libelo de repudio (Guet) y sólo cuando la mujer lo ha recibido puede volver a casarse

Situación del matrimonio Protestante, judío y musulmán en el derecho español (FEREDE, FCI, CIE)

A tenor de los acuerdos con las distintas confesiones:

Las disposiciones que regulan el matrimonio de estas confesiones tienen su ámbito de aplicación a los matrimonios celebrados de forma religiosa que se contraigan en España a partir de los acuerdos. Es decir, no tienen carácter retroactivo

Se aplican exclusivamente a los matrimonios celebrados en forma religiosa que se contraigan en España, celebrados en esas confesiones. Sin embargo, no se aplican a los matrimonios que aún siendo islámicos no estén integrados en esos acuerdos

Según la instrucción de la DGRN de 1993, los matrimonios que se celebran fuera de España, si afectan a algún ciudadano español, a tenor del art. 15 de la ley del registro civil y el art. 66 del reglamento, podrán inscribirse en el registro competente si esas formas religiosas están admitidas por la ley del lugar de celebración y si se comprueba que han concurrido los requisitos legales exigidos (art. 65 CC por alguno de los procedimientos de los arts. 256 y 257 del reglamento del registro civil)

Esta misma instrucción de 10 de febrero de 1993 señala que los cónyuges extranjeros pueden como hasta ahora celebrar su matrimonio en España en la forma religiosa admitida por la religión de alguno de ellos. La inscripción en el registro civil requerirá la comprobación de los requisitos sustantivos exigidos en el art. 65 CC o bien, aunque esa forma no esté prevista por la ley nacional de alguno de los contrayentes, podrá acogerse a lo dispuestos en los acuerdos del 92, argumentando la DGRN lo siguientes:

La opción contenida en el art. 50 CC – los extranjeros pueden celebrar el matrimonio en España con la forma prescrita para los españoles o cumpliendo lo establecido por la ley personal de cada uno de ellos, ha de estimarse que no solamente comprende a la forma civil o canónica, sino también a la forma prevista en el art. 7 de los acuerdos

4. – Eficacia civil del matrimonio no canónico

• El momento constitutivo

Los acuerdos del año 92 en el art. 7 indican que antes de la celebración del matrimonio tiene que haber un expediente civil previo de la declaración de capacidad de los contrayentes que tramitará el juez civil

La DGRN en la instrucción de 10 de febrero de 1993 exige que los contrayentes reúnan los requisitos exigidos por el CC

La excepción se encuentra en el ACEI (Acuerdo con la comisión islámica española), que no establece imperativamente la necesidad del expediente previo a la celebración del matrimonio, sino solamente una certificación expedida por el registro civil antes de la celebración del matrimonio

El matrimonio como tal se celebrará ante los ministros de culto propios de cada una de las confesiones

Los acuerdos del 92 exigen que se realice en presencia de al menos dos testigos mayores de edad

En cuanto al ministro, no se exige que tenga nacionalidad española, pero sí se exige que el ministro pertenezca a la confesión de que se trate

• La inscripción en el registro civil

Procedimiento de inscripción:

.– La que realizan los propios contrayentes

.– La que realizan los ministros de culto

Pueden ir tanto los contrayentes como el ministro de culto al registro civil con el certificado de matrimonio

Según el art. 7 apartado último, la inscripción se puede promover en cualquier momento

En el acuerdo con judíos y evangélicos, se dice que tiene que ser acto seguido

• Momento extintivo

Los matrimonios que se realizan se pueden resolver a través de las normas propias de cada confesión.

La cuestión es saber si esas resoluciones religiosas tienen efectos civiles, la respuesta es que no, porque los acuerdos del 92 únicamente hablan del momento de constitución, inscripción y efectos civiles del matrimonio, pero no de la disolución, la nulidad ni la separación

La LEC en el art. 778 establece el procedimiento para que tengan eficacia civil las resoluciones de los tribunales eclesiásticos, decisiones pontificias, pero nada dice de otras decisiones no católicas

Teoría del derecho eclesiástico del estado

Lección 2. – Cuestiones en torno a la tutela del derecho de libertad religiosa por parte de la administración y de los tribunales

1. – Libertad religiosa y servicio público

La libertad religiosa puede quedar salvaguardada por medios que constituyen el sector público, a través de un servicio público de televisión, a la par que difundir también programas de contenido religioso

El estado es titular del servicio público de televisión y lo que hace respecto a otras televisiones (antena tres, telecinco) es realizar concesiones

El art. 1.2 del estatuto de RTVE (ley 4/1980) dice que la radiodifusión y la televisión son servicios públicos del estado:

.– El titular de la actividad es solamente el estado, los particulares sólo pueden acceder a la gestión indirecta mediante una concesión, eso implica que el estado conserva siempre los poderes de dirección o control sobre esta actividad.

Pero la concesión se muestra insuficiente para salvaguardar la plena libertad religiosa por parte del estado y esto ocurre porque:

.– El acto de confesionalidad del estado, aunque el contenido de los programas religiosos los establece la confesión, la concesión para poder emitir el programa la da el estado, que es titular del servicio público. El estado mantiene la discrecionalidad y el control último del programa

.– Las confesiones religiosas no entran en la decisión del horario del programa, esto lo establece el consejo de administración de RTVE controlados por una comisión parlamentaria. Existe una comisión asesora por parte de las confesiones religiosas en cuanto al contenido del programa

La constitución en el art. 20 reconoce el derecho fundamental a transmitir y difundir información, esto se completa con el derecho a impartir información religiosa, y propagar y divulgar su propio credo Art. 2.1 y 2.1 de la ley de libertad religiosa)

Estos derechos se ven obstaculizados por el hecho de que si queremos transmitir esa información a través de la televisión tenemos que acudir al régimen de concesiones que implica la intervención del estado, por lo que no vamos a tener una libertad plena

Este sistema de la televisión como servicio público no satisface a la libertad religiosa, por lo que hay que articular otras soluciones:

- En relación a la iglesia católica, parte de la doctrina ha dicho que se puede cambiar el sistema de concesiones por acuerdos (tal como se prevé en el acuerdo de la enseñanza del año 79) pero este sistema tampoco garantizaría la libertad plena porque la televisión seguiría siendo un servicio público de titularidad estatal
- Otra solución, para todas las confesiones religiosas, es que dada la similitud entre información y enseñanza se debería considerar al servicio público de televisión como un servicio público asistencial, de tal manera que se le aplicaría el régimen jurídico de la enseñanza. Esta similitud se puede ver en el acuerdo de enseñanza

También el art. 2.1.c establecía el derecho a la enseñanza como similar al derecho a la información

Esto es así porque en los servicios públicos asistenciales no hay concesiones, sino autorizaciones, el titular de ese servicio tiene que cumplir una serie de requisitos y con ello ya se le confiere la autorización

EL espectro es la capacidad que tiene la línea de difusión (programas que caben en una determinada línea)

¿Qué confesiones religiosas tienen derecho a acceder a un canal de televisión?

El art. 20.3 CE faculta a los grupos sociales significativos a acceder a los medios de comunicación social dependientes del estado, respetando siempre el pluralismo de la sociedad

EL art. 24 del estatuto de RTVE prevé que le consejo de administración de RTVE asigne un tiempo a los grupos sociales significativos y establece que los medios de comunicación deberán respetar el pluralismo

religioso (art. 4.c)

.– Derecho al acceso: Según LLamazares, dice que es esta facultad que tienen determinados grupos de utilizar los medios de comunicación para difundir sus creencias, ideas o doctrinas

.– Grupos sociales: derecho colectivo que tienen los titulares. Estos grupos sociales – confesiones – han de ser significativos. ¿Cuándo un grupo es significativo? Parece que se les exige un mínimo de repercusión social, y no sólo el notorio arraigo, por tanto se amplía el campo de grupo social

En los servicios publicitarios no se permite contenido religioso (art. 8.1 Estatuto RTVE)

2. – Teoría de los conceptos jurídicos indeterminados

Son conceptos jurídicos indeterminados el: notorio arraigo y fines religiosos

Concepto jurídico indeterminado es un concepto en torno al cual siempre va a haber incertidumbre

Es necesario darle una interpretación que se considere correcta. Así podremos controlar judicialmente las aplicaciones que se tomen de este concepto

Estos conceptos no son creaciones del derecho. Sus límites no los define el derecho, para definirlos dependen de realidades extrajurídicas, por lo que surge la dificultad de definir los conceptos

Para definir un concepto indeterminado es necesario acudir al uso común del lenguaje y a una específica función jurídica de ese concepto.

Conectado con esto está la libertad del intérprete, que es en este caso más bien reducida

La discrecionalidad de la administración es distinto de la interpretación que hace la administración de un concepto jurídico indeterminado

La discrecionalidad siempre es un poder más amplio para la administración porque la administración va a poder elegir siempre entre varias opciones que son todas ellas igualmente admisibles (puede haber un control judicial en la discrecionalidad de la administración, pero va a ser un control más limitado que en la interpretación de un concepto jurídico indeterminado)

Con los conceptos jurídicos indeterminados sólo puede haber una interpretación válida, es decir, no va a haber varias opciones posibles y la interpretación que la administración haga va a poder ser enjuiciada por los órganos judiciales

En la práctica puede resultar difícil distinguir discrecionalidad y posible interpretación de un concepto jurídico indeterminado y va a depender de la ley:

.– Si la ley otorga a la administración discrecionalidad respecto a una consecuencia jurídica, otorgará una u otra consecuencia jurídica

.– En el concepto jurídico indeterminado el supuesto de hecho es al que se refiere la norma y no a la consecuencia jurídica. Hace falta precisión jurídica en relación con ese término

La discreción afecta al ámbito volitivo de la administración

El concepto jurídico indeterminado afecta al ámbito cognoscitivo de la administración

B) Concepto jurídico indeterminado de especial relevancia: notorio arraigo y fines religiosos

Fines religiosos

Será la entidad la que establece los fines religiosos – Art. 6.1 LOLR y art. 3.2 del reglamento

La importancia jurídica es doble:

.– Como se puede definir el concepto fines religiosos:

La dirección general de asuntos jurídicos en ciertos pronunciamientos relativos a la inscripción de confesiones religiosas, considera que fin religioso es el culto. En relación con la inscripción hace falta que sus fines sean todos religiosos

Tienen que aparecer definidos de una forma concreta (no pueden ser genéricos) y no pueden confundirse con fines de carácter filosófico, cultural, etc. Tampoco son fines religiosos las actividades comerciales

.– En cuanto a las entidades que pertenecen a una confesión (asociaciones, fundaciones, etc.)

No basta para acreditar que persiguen fines religiosos la certificación que tiene que extender la confesión que la crea (art. 3.2 del reglamento)

Además la dirección general de asuntos religiosos tiene que entrar en el examen de los fines para verificar si esos fines son religiosos o no

La dirección general de asuntos religiosos no considera que son fines religiosos:

.– Los simplemente benéficos

.– Los relacionados con la enseñanza

.– La producción de bienes y servicios para el mercado

EL criterio para permitir la inscripción es por tanto muy restrictivo y demuestra una escasa valoración a la certificación expedida por la confesión religiosa; lo que perjudica a la confesión porque dificulta a los fines que la confesión se marca, y no permite que su entidad se beneficie del tratamiento especial para ella de lo que dispone la LOLR

La mayor parte de la doctrina dice que basta con que los fines que persigue esa entidad sean idóneos para ayudar a la confesión a conseguir sus fines, por tanto, se tendrían que adoptar unos criterios más flexibles a la hora de permitir la inscripción en el registro de entidades religiosas

Hay que partir del art. 3.2 LOLR

La LOLR no hace una definición de lo que son fines religiosos, por lo que hay que acudir a la dirección general de asuntos religiosos

Los fines religiosos también han sido interpretados por los tribunales y la mayoría de los tribunales se han limitado a confirmar las restrictivas decisiones de la dirección general de asuntos religiosos

Una excepción es la STS de 2 de noviembre de 1987, según la cual el estado tiene que hacer un mero reconocimiento de los requisitos formales del art. 3.2 del real decreto, es decir, que indique los requisitos, si se

cumplen o no. Si se cumplen ya son suficientes (domicilio, nombre,...)

Desde que el tribunal constitucional en sentencia de 15 de febrero del 2001 (en recurso de amparo el TS le denegó la inscripción a la iglesia de la unificación sacra moon porque podía poner en peligro el orden público español). El TC dijo que no quedaba probado que pusiese en peligro el orden público y en el fundamento jurídico octavo recoge que no queda habilitado el estado para controlar los fines de una entidad religiosa, sino sólo para comprobar por un acto de mera constatación (no calificación) que no es alguna de las excluidas del art. 3.1 LOLR (Fundamento jurídico octavo)

Posiciones doctrinales

EL control de los fines religiosos puede ser más riguroso, pero en relación con las entidades religiosas hay dos posturas:

.– Examinar que esos fines son religiosos y los que no son fines religiosos quedan fuera

.– El control – doctrina mayoritaria – que ha de ser mucho más relajado – ver que no encaja dentro de las excluidas y que reúne los requisitos formales del RD 142/1981. Basta con que los fines de que se trata sean adecuados a la entidad de que se trate

Notorio arraigo

La Constitución en el art. 16 reconoce el derecho a la libertad religiosa, tanto en un plano individual como colectivo

Pero además el art. 16.3 insta la obligación de mantener relaciones de cooperación con las comunidades religiosas (cooperación con la iglesia católica y demás confesiones)

Este art. 16.3 se completa con el art. 7 de la LOLR, donde este principio constitucional de cooperación se concreta con acuerdos o convenios con las confesiones que están inscritas en el registro de entidades religiosas y que por su número de creyentes y su ámbito hayan alcanzado notorio arraigo en España

El notorio arraigo implica al ámbito y al número de creyentes que tenga la confesión religiosa

.– En cuanto al ámbito:

Se determina por la extensión territorial y la temporal de la confesión en España

Problemas que se plantean:

- Extensión territorial: que la confesión religiosa esté poco extendida en España pero que esté muy extendida por todo el mundo, es un dato que hay que tener en cuenta; también puede pasar que dentro del territorio nacional esté muy extendida en algunas zonas y en otras no (esto lleva a que la doctrina diga que se pueden celebrar acuerdos de ámbito autonómico)
- En cuanto al ámbito temporal tampoco hay criterios objetivos, sino que haya que tener en cuenta el pasado que hayan tenido en España y que proyección puede tener de cara al futuro

.– En cuanto al número de creyentes

En su determinación entran varios factores (grupos disidentes, etc.)

En el caso de los católicos es fácil porque se atenderá al número de bautizados.

Pero en otras confesiones es difícil, dificultad que viene aumentada por le art. 16.2 CE: nadie podrá ser obligado a declarar sobre su religión o creencias

Por lo tanto, los datos que tenemos que acatar son los datos que proporcionan las propias confesiones religiosas (datos que pueden resultar poco fiables)

Además existen bastantes contrastes en cuanto al número de creyentes de cada confesión, por lo que la administración ha actuado un poco arbitrariamente en cuanto al número de creyentes de cada confesión

El estado consideró a la hora de elaborar acuerdos con las confesiones religiosas, que el resto de confesiones (excepto la católica) no tenían arraigo suficiente y tuvieron que agruparse en federaciones, y tenían notorio arraigo, pero no tenían personalidad jurídica, por lo que han tenido que inscribirse como tal federación en el registro de entidades religiosas

Así, la FEREDE (federación de evangelistas) han incluido a protestantes y ortodoxos (griegos y españoles) que son confesiones completamente diferentes y lo único que les une es que ambos son cristianos

Además este sistema de notorio arraigo ha sido criticado por la doctrina porque choca con el art. 5 LOLR (con la inscripción la confesión adquiere personalidad jurídica y capacidad de obrar, por tanto podría realizar un acuerdo con el estado; sin embargo en el art. 7 se pone como requisito para poder realizar un acuerdo con el estado, que tenga notorio arraigo; por tanto:

.– Si una confesión religiosa tiene capacidad jurídica y capacidad de obrar, es absurdo que en le art. 7 se le exija notorio arraigo

.– Si no se considera así, el requisito del notorio arraigo habría que ponerlo en el art. 5 como requisito para que la confesión se pueda inscribir para adquirir personalidad jurídica y de obrar

De ahí que todas las confesiones que están inscritas y adquirieron sus derechos tenían que poder establecer acuerdos con el estado, cosa distinta sería el contenido de los acuerdos; pero en principio podrían, como confesión inscrita, celebrar acuerdos

Estudio comparado entre Alemania e Italia

Alemania

Hay una separación absoluta entre iglesia y estado.

La constitución fundamental de Weimar (Bonn) a las confesiones religiosas les da un estatuto de corporación de derecho público por derecho nato (iglesia evangélica y católica)

A las demás confesiones se les permite obtener ese estatuto si tuviesen los requisitos:

.– Fines religiosos

.– Número de adeptos mínimo (2% de la población)

.– Garantías de estabilidad (término de una generación, 30 años, pudieran seguir existiendo)

Acceder a este estatus le garantizaba a la confesión una serie de derechos entre los que estaba poder celebrar acuerdos con el estado

Italia

La relación iglesia estado se regula en el art. 7 de la constitución italiana de 1947. Se distingue entre las relaciones de la iglesia católica con el estado y las relaciones de las confesiones no católicas con el estado en el art. 8

Las relaciones de la iglesia católica con el estado se regulan por los pactos de Letrán de 1929

En cuanto al resto de las confesiones, todas son igualmente libres ante la ley, tienen derecho de organizarse por sus propios estatutos siempre que no atenten contra el régimen jurídico del estado; y en cuanto a sus relaciones con el estado se regirán por la ley

Las Intesas son las leyes que regulan las relaciones entre la confesión y el estado.

Dice una postura doctrinal que hay que fijar unos límites objetivos para el notorio arraigo (número de adeptos y garantías de estabilidad)

La primera Intesa se celebró con la iglesia luterana y metodista italiana en 1984, por tanto, desde la constitución italiana de 1947 hubo que esperar bastante tiempo para celebrar acuerdos

3.- EL defensor del pueblo

Es una de las garantías de la libertad religiosa regulada en el art. 54 de la constitución, no solamente reconocido a título teórico (art. 9.2)

Origen histórico

Se han encontrado antecedentes remotos en instituciones romanas.

En Aragón en el siglo XIII tenemos el justicia mayor de Aragón

Su antecedente inmediato es el Ombudsman sueco, que apareció en 1713, durante las guerras de Suecia contra Rusia. El rey fue al frente dejando un canciller de justicia para que vigilara que la administración no vulnerara los derechos fundamentales

Definición dada en la Constitución española

Alto comisionado de las cortes generales para la defensa de los derechos del título I de la Constitución

Se reguló por la ley orgánica del defensor del pueblo 3/1981 de 6 de abril, desarrollado por el reglamento de 6 de abril del 83

El valedor do pobo, previsto en el art. 14 del estatuto de autonomía es regulado por ley parlamentaria de garantía de 1984

Ambos estatutos jurídicos son muy parecidos.

Es un alto comisionado del parlamento, alto comisionado elegido por las cortes para que de forma independiente les auxilie en el funcionamiento parlamentario del control de la administración en los casos en los que ella no puede realizar esta función de forma satisfactoria

Una de las diferencias es en el ámbito territorial de sus facultades

.– El art. 54 no establece límites (supervisión de la administración), tampoco especifica lo que va a supervisar, lo que genera conflictos. La ley 36/85 de 6 de noviembre aparece para coordinar la actividad de derecho público estatal y autonómico

.– El valedor del pueblo supervisa la actividad de la administración autonómica, pero esto también puede hacerlo el estatal

.– El defensor del pueblo controla la actividad de la administración del estado, autonómica y local, en la que actúa a través del ejercicio de delegados derivado de la administración autonómica

Un nuevo aspecto es su estatus personal.

Un nombramiento por las cortes generales por mayoría cualificada de 3/5

La ley establece requisitos personales: ser mayor de edad, estar en pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos, en Galicia que sea gallego y que conozca las dos lenguas oficiales

Prerrogativas e incompatibilidades:

Gozan de estatus independiente que garantiza que estén libres de todo mandato imperativo y gozan de inviolabilidad e inmunidad (sólo será detenido por flagrante delito)

Régimen de incompatibilidades con todo mandato representativo

Lo nombran las cortes y le otorgan dotación presupuestaria. Debe presentar un informe anual a las cortes, por lo que hay quien opina que es dependiente de las cortes

La duración del cargo es de 6 años

Según el artículo 11 de la ley orgánica del defensor del pueblo, aunque las cortes no estén reunidas el defensor del pueblo continúa con sus funciones (continuidad que garantiza la independencia). En declaraciones de estado de excepción y sitio también continuarán con sus funciones

En cuanto a los medios personales y materiales, tiene un adjunto 1º y 2º (vicedefensor 1º y 2º) con función de auxilio y podrá delegar en ellos alguna función. Puede nombrar asesores para asistencia jurídica

Competencias:

.– Defensa de los derechos del título I de la constitución. Se pretende que detecte y resuelva favorablemente las anomalías de la administración en sus relaciones con las personas. Para realizar esta actividad de investigación de la administración tiene que interpretarla según el art. 103.1 CE

La doctrina ha visto que el artículo 54 CE pone como función principal la defensa de los derechos del título I, y cualquier tipo de supervisión (actividad fiscalizadora) que no tenga función de controlar la vulneración de derechos fundamentales sería inconstitucional (es exagerado)

Una segunda tesis afirma que la función principal es el control de la administración y la defensa de los derechos fundamentales es otra función autónoma y que el límite al control de la administración sea en función a los derechos fundamentales, lo que es muy genérico porque prácticamente todos los actos de la administración están relacionados o afectan a los ciudadanos

El procedimiento de queja

Las actuaciones de investigación se inician de oficio o a instancia de personas físicas o jurídicas con interés legítimo, sin limitación alguna por edad, nacionalidad, sexo,... (art. 10 LODP)

Sus actuaciones son gratuitas, sin necesidad de abogado ni procurador, ni formalidades para facilitar el acceso. Pero no se pueden aceptar quejas anónimas, que carezcan de fundamento, mala fe o perjudiquen a terceros, y puede rechazarlas

No podrá entrar en el examen de cuestiones sobre las que está presente un procedimiento judicial

El defensor del pueblo no tiene competencia para supervisar el campo de la administración de justicia en el marco de la defensa nacional

EL art. 10.2 LODP indica que se permite que los diputados, senadores, comisión mixta del congreso y senado puedan solicitar que se inicie una actuación cuando afecten a un ciudadano o grupo de ciudadanos

Presentada la queja, si el defensor del pueblo considera que se puede llevar a cabo una investigación, la iniciará. Debe comunicar a las personas si la queja es admisible o no y los motivos

Para la investigación cuenta con amplias facultades.

Es una tarea de carácter informal y sumarial (más o menos tres meses)

Según el art. 18 LODP no hay un procedimiento estrictamente establecido de su actuación, investiga según le parece más oportuno

Podrá personarse en cualquier centro de las administraciones públicas para recabar actos

El art. 16 Ce garantiza el secreto de las comunicaciones y la ley establece un régimen de colaboración con el defensor del pueblo. Podrá pedir cualquier documento a la administración pública, aunque esté calificado como secreto (lo enviará, si así lo acuerda, el consejo de ministros)

La negativa del funcionario a colaborar puede constituir delito (art. 24.2 LOPJ, obstaculizar la investigación)

EL defensor del pueblo puede hacer recomendaciones en caso de mala administración, ya que los comisionados parlamentarios carecen de potestades ejecutivas. No podrá modificar o anular un acto de la administración, sin embargo sí puede sugerir la modificación para la adopción de nuevas medidas (no es un órgano judicial)

Según el art. 28.2, establece que si el destinatario de la recomendación es el legislativo, le puede sugerir el cambio de una norma jurídica, lo que implica que para futuras leyes tengan en cuenta el defensor del pueblo

Cuando notifica la recomendación a la administración, esta debe responder en el plazo de un mes. Si actúa conforme a la recomendación, finaliza el proceso. Si no responde o no adecua su comportamiento, va a pedirlo al vértice de la organización. Si de nuevo fracasa, expone el caso ante las cortes o el parlamento para que se enteren de lo que está sucediendo

Medios de persuasión

Si un funcionario mantiene una actitud obstaculizadora, la manifiesta en el informe a las cámaras; para que si la acción pudiera ser constitutiva de delito la ponga en conocimiento del fiscal general del estado

El defensor del pueblo está capacitado para interponer recurso de amparo o inconstitucionalidad ante el TC

Según el art. 162.1 CE y 46 LODP se le permite defender los derechos del art. 14 a 29 y 30 de la constitución, entre los que se encuentra la libertad religiosa

También puede solicitar que se recurra una ley. Ya que las personas no estamos facultadas para acudir a esta vía, esta facultad sólo la tiene el defensor del pueblo estatal

Informes anuales

Casos conocidos por el defensor del pueblo sobre libertad religiosa y objeción de conciencia:

.– Resumen de lo sucedido en su sede a lo largo del año. Doble carácter:

1.– Es un informe que tiene que presentar anualmente, puede tener el valor de una rendición de cuentas

2.– Es un informe con carácter de denuncia de acciones injustas provocadas por la administración

El defensor del pueblo expone un informe oral ante las cortes y un informe escrito que se publica y cualquier ciudadano puede consultarlo

Los casos presentados ante comisiones parlamentarias en relación al art. 16 son pocas y algunas en relación a la objeción de conciencia para un reconocimiento pleno y efectivo por retrasos para no ir a filas, mal servicio en prestación sustitutoria (no hay días libres ni instrumentos para el desarrollo de la actividad)

En el año 85 interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra dos leyes que regulaban la objeción de conciencia, equipara el tiempo de la prestación militar para insumisos

Sentencia 160/87. Un informe del 97 del defensor del pueblo pide a las cortes generales un marco jurídico adecuado para evitar discriminaciones de inmigrantes (sugiere la reforma de la ley de extranjería)

En el año 85 y 86 hay 4 quejas sobre la situación religiosa secularizada, pensión de jubilación (una señora musulmana que fue a renovar el DNI y no la aceptaron por no enseñar la cara)

En cuanto al valedor do pobo, hay un caso relacionado con el derecho eclesiástico sobre la queja de un padre por ser obligada la hija a ir a clase de religión. El colegio aceptó la recomendación

En cuanto al defensor del pueblo europeo (art. 21 y 195 del tratado constitutivo de la unión europea, después el parlamento dictó una decisión sobre el estatuto del defensor del pueblo y dictó las medidas de aplicación en el año 97, que es un desarrollo del estatuto

Empezó a funcionar en el año 95

Lo nombra el parlamento europeo, pero goza de independencia

Tiene su sede en Estrasburgo

Sujeto a régimen de incompatibilidades, inmunidad o inviolabilidad

Su competencia es llevar a cabo investigaciones sobre la mala administración. TJCE. Tribunal de primera instancia

Lección 3.– Cuestiones derivadas del derecho de libertad religiosa

3.- Libertad religiosa, derecho de familia y bioética

a) El derecho canónico ante la regulación civil de las uniones de hecho

En España, hasta el siglo XV existe un pluralismo religioso y por tanto también matrimonial

En el siglo XV se produce la unidad nacional en torno a los reyes católicos y con ella la unidad religiosa; aparece también el monismo matrimonial canónico

Esta situación se refuerza cuando en 1564 con Fernando II se produce la promulgación de los decretos del concilio de Trento que perduró hasta 1870

Aquí, tomando como base la constitución de 1869, al único matrimonio al que se concedían derechos civiles era al matrimonio civil

En 1875 se instaura el modelo de matrimonio civil supletorio del canónico, es decir, el matrimonio civil existe pero queda relegado para aquellos ciudadanos que no profesan la religión católica

Esta situación se confirma en 1889 con la aparición del código civil y perdura hasta 1978

La nueva situación es que existen el matrimonio civil, el matrimonio canónico y otros matrimonios religiosos con sus correspondientes derechos civiles

Hubo un paréntesis en la segunda república.

Hubo dos leyes: la del divorcio y matrimonio civil con derechos civiles

En general, en España el matrimonio civil vino como consecuencia de la secularización de la sociedad

.- En cuanto a la forma de contraer, el matrimonio civil comienza a existir cuando los cónyuges prestan su consentimiento ante un funcionario o autoridad pública (juez o alcalde)

.- En cuanto a los derechos y deberes de los contrayentes, el matrimonio civil trae consigo el vaciar de ideología al matrimonio, nace para que quien lo desee pueda contraer matrimonio libre de ideología religiosa. Sin embargo van a seguir existiendo derechos y deberes y unas determinadas pautas de conducta (Art. 67 y siguientes del CC, sobre respecto mutuo, convivencia, fidelidad,...)

El hecho de que siga existiendo una forma concreta y una serie de requisitos para que el matrimonio sea válido, manifiesta que el origen del matrimonio civil y del matrimonio canónico tienen una determinada constitución formalista, por lo tanto, se le nota al matrimonio civil una determinada tradición canónica: unión monógama, heterosexual y prestar un consentimiento

La sociedad sigue evolucionando y uno de los rasgos que definen esta sociedad es el individualismo y como muestra de ello la convivencia doméstica se entiende como una opción personal y libre para desarrollar una vida en común, sin que el estado le diga que derechos tiene

La convivencia está basada puramente en un pacto privado que realizan las personas según los intereses individuales de sus miembros

Se entiende a una dejudificación del matrimonio, de tal manera que el derecho aparece única y exclusivamente para proteger los derechos individuales de las personas que conviven, eliminando la existencia de cualquier elemento objetivo del matrimonio tradicional

El derecho entrará únicamente para regular las consecuencias económicas que se pueden producir de una disolución de convivencia (divorcio, separación) y regular también todo lo relativo al bienestar de los hijos

Hoy en día los niños son portadores de una serie de derechos que pueden ejercer, se tiende cada vez más a la protección de los niños

También se potencia cada vez más el derecho de los hijos a conocer su origen biológico (antes se permitía ocultar la identidad)

También existen normas para evitar riesgos a los menores (drogas, conflictos psicológicos)

Se critica que para acceder a un determinado régimen jurídico se tenga que pasar por un requisito formal como es el matrimonio; a lo que se tiende es a que se desformalice todo al mismo tiempo que se puede gozar de un determinado estatus jurídico (parejas de hecho). Esta es una reclamación de las uniones

Se produce también una desinstitucionalización de la familia. Se pretende que cambie, se pretende una equiparación de cualquier tipo de convivencia doméstica distintas a las tradicionales (por ejemplo las familias reconstituidas, también la convivencia de uniones familiares homosexuales, lo que implica que se le concedan los mismos derechos que a las uniones familiares heterosexuales)

Se pretende también definir esta equiparación de uniones de hecho como parejas matrimoniales (celebración del matrimonio) para que estén bien vistas socialmente y también por el concepto de homosexualidad, que lejos de concebir la sexualidad como procreación la homosexualidad se concibe como una manifestación humana

En España está teniendo poco éxito, solamente se conceden derechos por vía jurisprudencial para las parejas de hecho heterosexuales

b) Del bonus proles al hijo como daño

Las sentencias de los tribunales españoles, en casos de esterilización, estiman que el profesional médico está obligado a resarcir al cliente en algunos casos, pero en otros no.

Las razones son:

- Falta de información suficiente. La sentencia del 25 de abril de 1994 consideró que el médico había actuado negligentemente por no haber informado suficientemente al cliente, lo que implicó una indemnización por daños en la aplicación de los arts. 1101 y 1104 CC. La STS de 1 de julio de 1997 por ausencia de comportamiento informado del cliente
- Carga alimenticia que el niño produce a sus padres (sentencia de la audiencia provincial de Valladolid de febrero de 1994)

Entre los argumentos de las sentencias desestimatorias tenemos:

- La obligación del médico en operaciones quirúrgicas no necesarias es una obligación de medios y no de resultado; como consecuencia el profesional está obligado a realizar la operación según la *lex artis ad hoc*, quedando excluida la responsabilidad objetiva (sentencia de 23 de octubre de 1986 según la cual no se puede aceptar que el médico cree el riesgo y tenga que responder por él)
- El embarazo posterior a una esterilización es un caso fortuito o de fuerza mayor y por tanto el médico que practicó la esterilización queda exonerado de la responsabilidad civil
- Otro argumento que utiliza el Tribunal Superior de Cataluña es que no se puede apreciar como un daño a los padres el nacimiento de un hijo

El tribunal supremo ha fundamentado toda esta argumentación en la aproximación de las operaciones quirúrgicas no necesarias al contrato de obra, más que al arrendamiento de servicios. La sentencia de 25 de abril de 1994 dice que el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios se aproxima al contrato de obra. Lo mismo dice la sentencia de 11 de febrero de 1997

Es preciso hacer una diferenciación entre: cirugía asistencial y al cirugía satisfactiva (operaciones de estética y vasectomía)

La responsabilidad del médico debe de comprender también la obtención de un resultado pretendido por el cliente

El médico responde por el resultado siempre dentro de las reglas de la medicina. Pero no responde cuando la causa sea imprevisible

Nuestro tribunal no se ha pronunciado todavía si resulta compatible con la dignidad humana del niño el que sus padres sean indemnizados por causa de su nacimiento

El tribunal supremo holandés y el tribunal federal alemán sí lo han hecho

El tribunal supremo holandés en sentencia de 21 de febrero de 1997 (la demandante y su marido pedían el sostenimiento del niño hasta los 18 años, indemnización para la madre y otra por daños morales). El tribunal concedió las peticiones de la madre. El ministerio fiscal indicó que el resarcimiento de daños implica considerar al niño como un daño y eso lesionaría la dignidad del niño como persona, por lo que es incompatible el resarcimiento de daños con la obligación legal que tienen los padres de alimentar a los hijos.

La cuantía del resarcimiento es difícil de determinar, lo que conllevaría consecuencias muy negativas para los seguros de la profesión médica y además la alegría que los hijos producen a los padres es superior a los gastos que ocasionan, por lo que se compensa con creces

Además el niño que sabe que sus padres no han querido asumir su manutención y educación y que lo han exigido a un tercero a quien consideran responsable de su nacimiento es confrontarlo de modo hiriente con la impresión de que no es deseado y por ello pueden derivarse para él daños psíquicos

La sentencia holandesa parte de la base de que el contrato por el cual el médico se compromete para evitar un embarazo es un contrato válido y si el médico incumple lleva a una responsabilidad dentro de los límites de la causalidad

Crítica a la doctrina holandesa: La dignidad humana es un valor supremo del orden público holandés y la coherencia con el sistema habría exigido una decisión en otro sentido.

19 estados federados en Estados Unidos han prohibido el resarcimiento por daños por hijos

Lo curioso de la sentencia holandesa es que se concede la indemnización sólo si la esterilización se llevó a cabo por motivos económicos; esta decisión indica a los médicos holandeses de la razón por que los padres quieren evitar embarazos y asegurarse que no lo hacen por motivos económicos

La postura del tribunal federal alemán (15 de diciembre de 1997) confirmó la decisión del deber de declarar la obligación de indemnizar de un médico que había realizado una esterilización fallida

La condena no se reduce a una indemnización a los padres por la impericia de los médicos, sino también al deber de sostener a los hijos mediante una cantidad anual hasta los 18 años; esta decisión fue muy discutida

El tribunal Constitucional federal (sala segunda) sobre el aborto (sistema de plazos), en la sentencia 196/93, de decía que le deber del poder público de respetar a cada hombre por el simple hecho de serlo, impide considerar la obligación del sostenimiento de un niño como un daño

La sala primera, que conocía de una indemnización por daños alegó que lo dicho en la sala segunda era un *orbiter dictum* (dicho al margen) y por tanto no iba a quedar vinculado por el fundamento de la sala

El valor social y el respeto al hombre están en estrecha relación con la dignidad humana y una violación de ese respecto no sólo se da en el caso de persecución de las personas, sino también en casos de comercialización de la existencia humana

EL tribunal constitucional entendió que en reconocimiento de la dignidad personal del niño no depende de que los padres asuman o no su sostenimiento y la ayuda del médico a una esterilización no debe conducir a que quede liberado de toda responsabilidad por un incumplimiento defectuoso o negligente de su prestación

Los ordenamientos occidentales han ido eliminando las diferencias jurídicas que existen entre los hijos matrimoniales y los extramatrimoniales por considerar que establecer tales diferencias entre unos y otros atenta contra la dignidad del niño sea cual sea su origen

Ahora se empieza a establecer otra clasificación entre hijos deseados por sus padres e hijos no deseados por sus padres (*unwanted children*)

En la jurisprudencia norteamericana abundan estos hechos, aunque la jurisprudencia europea reitera que considerar el sostenimiento de un niño como un daño que debe ser resarcido no equivale a considerar al niño como daño; pero no parece del todo claro distinguir ambos extremos como si no tuvieran que ver entre sí.

Si los padres de estas generaciones reclaman estas indemnizaciones, quizás lo próximo sea reclamar indemnización por la propia vida, así lo conforma la casuística norteamericana, donde no sólo se plantean acciones por nacimientos no deseados, sino acciones por una vida no deseada (el hijo pide responsabilidad a sus padres por haber nacido)

En los supuestos de *wrongfull life* es el propio adulto quien reclama la indemnización por haber nacido y por las enfermedades que sufre

No cabe duda de que la jurisprudencia que trata de resolver por la vía patrimonial de resarcimientos de daños cualquier vida surgida al margen de la planificación de los progenitores incurre en contradicción. No parece fácil una fundamentación coherente de que los padres tienen derecho a ser resarcidos por el sostenimiento del hijo porque se opone a su planificación familiar; y en cambio, que el propio hijo no pueda reclamar para sí lo que sus padres pudieron reclamar a costa suya

EL derecho a resarcimiento de los padres por esterilización se fundamenta en la validez del contrato de esterilización (en caso de aborto no hay indemnización ni tampoco la hay en caso de madre de alquiler)

Supuestos en que la esterilización puede tener incidencias:

- Impotencia
- Simulación
- Error doloso (art. 1098)
- Error iuris (art. 1100) o ignorancia (art. 1096)

Y además cuando surge resarcimiento de daños (eventual)

Valores subyacentes en los ordenamientos civiles occidentales

Prima ante todo la individualidad de los progenitores, entendido en el sentido ilustrado de libertad de la autonomía

Esto lleva a que cualquier otro interés aparezca subordinado al de los cónyuges

Según la concepción filosófica del derecho canónico el derecho en general forma parte de la objetividad, en cambio el asunto filosófico de las sentencias civiles es que el derecho se adscribe al mundo de la subjetividad, libre de todo límite externo y en particular de todo límite que no sea puesto por el propio hombre;

La realidad humana, incluida la jurídica resulta ser construcción del espíritu humano y desenvolvimiento de la conciencia del hombre

Para designar este fenómeno de desarrollo de la conciencia del hombre se habla de la secularización material o sustancial del matrimonio

Una manifestación típica es la excisión entre matrimonio y generación

La jurisprudencia, al imponer la obligación de resarcimiento de daños no niega con ello necesariamente el carácter esencial de la sexualidad en el matrimonio, pero produce, no obstante, la ruptura entre procreación y matrimonio

En la consideración canónica los valores subyacentes son:

Los que recoge la constitución canónica

– Requiere la apertura a la vida al definirse la generación de la prole como uno de los fines esenciales del matrimonio

Por tanto de la conexión objetiva de los dos significados, acto conyugal y procreador de la prole se deriva que sin una apertura a la vida no existe una verdadera relación conyugal, que en términos jurídicos lleva consigo el que el consentimiento prestado sea nulo

Tanto en los ordenamientos civiles como en el canónico se da un reconocimiento de la dignidad humana como fundamento del orden jurídico, peor en el ordenamiento canónico se trata de una dignidad que no está a la plena disposición del sujeto que la posee, de modo que la esterilización directa es considerada una ofensa grave a la dignidad humana, esto es, el consentimiento del sujeto esterilizado no modifica la consideración de ofensa a la dignidad humana que la esterilización directa conlleva

Conforme la secularización material del matrimonio va siendo más fuerte, cada vez son menos aplicables las presunciones iuris tantum del ordenamiento canónico

Respecto del canon 1084, la esterilidad no impide ni dirime el matrimonio, sin hacerse diferencia alguna entre las distintas causas de esterilidad, según sea voluntaria o no

Las esterilizaciones provocadas para evitar la prole no presentan especificidad alguna respecto al art. 1084, es decir, la esterilidad voluntaria sólo pasaría a ser relevante si el sujeto la ocultó dolosamente, o si el otro contrayente pretendiere esa capacidad de modo directo o principal

Respecto a la consumación del matrimonio, el acto de la consumación es el acto conyugal y a esto no afecta la esterilización, por tanto el matrimonio no podría ser disuelto

Simulación

En caso de que la esterilización fuese anterior al matrimonio

Cuando se prueba que el contrayente rechaza positivamente el derecho de la naturaleza, la jurisprudencia considera que por esa misma intervención la esencia del matrimonio puede quedar dañada; considera que aunque el varón hubiera conservado su esperma en un banco ello no es suficiente para contrarrestar el acto positivo de exclusión que supone la esterilización voluntaria. Lo decisivo es la intervención (ya que la procreación no se perdió) de rechazar el derecho de la naturaleza que es incompatible con el concepto mismo de bonum prolis

Si el propósito de recurrir al divorcio funda una presunción contra vinculación, por analogía se puede decir que el que se sometió a una esterilización no tiene intención de procrear prole, ahora bien, como en el ordenamiento canónico el ius conubi es un derecho fundamental, irrenunciable y la esterilización voluntaria no siempre es una situación reversible, en los supuestos en los que no sea posible la reversión, como la esterilización no excluye ni prohíbe el matrimonio a las personas esterilizadas, su matrimonio puede ser válido (canon 1101.2)

En los supuestos de resarcimiento de daños

En una sentencia, dos personas, una estéril tiene un hijo, el resarcimiento de daños sería una prueba que puede incidir en el orden canónico, si hubo o no intención de excluir la prole

En el caso improbable que se siga la generación después de la esterilización, si los padres no piden la indemnización, es una manifestación de que querían a ese hijo y no considera responsable a un tercero

En el plano jurídico, ni siquiera en el supuesto de que unos padres reclamen una indemnización económica por ese hijo, debería considerarse de modo automático como una exclusión de la prole, en realidad lo que hacen es acogerse en condiciones de igualdad con los demás ciudadanos a una ventaja económica, si bien está claro que la renuncia a la indemnización se presenta como la más aconsejable y acorde con una conducta cristiana

En el ámbito jurídico la renuncia a dicha indemnización constituye una prueba clara de que no hubo acto positivo de exclusión de la prole

La eventual posición de obtener indemnización después de la prueba fallida coloca al juez canónico en la necesidad de ponderar el resarcimiento en el conjunto de la prueba que se aporta a favor o en contra del acto positivo de voluntad

Teoría del derecho eclesiástico 33

=====