

DIVERSIDAD, DERECHOS FUNDAMENTALES Y FEDERALISMO

UN DIÁLOGO ENTRE CANADÁ Y ESPAÑA

CONSEJO EDITORIAL

MARÍA TERESA DE GISPERT PASTOR

JOAN EGEA FERNÁNDEZ

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

SIXTO SÁNCHEZ LORENZO

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

JOAN MANEL TRAYTER JIMÉNEZ

BELÉN NOGUERA DE LA MUELA

RICARDO ROBLES PLANAS

JUAN JOSÉ TRIGÁS RODRÍGUEZ
Director de Publicaciones

**DIVERSIDAD, DERECHOS
FUNDAMENTALES
Y FEDERALISMO**
UN DIÁLOGO ENTRE CANADÁ Y ESPAÑA

Josep M^a Castellà Andreu
Sébastien Grammond (Coords.)



Canadá

Colección: Atelier Canadiana

La publicación de este libro ha sido posible gracias a la ayuda concedida por el Ministerio de Asuntos Exteriores y Comercio Internacional de Canadá al proyecto «Derechos y libertades en sociedades interculturales y en Estados compuestos. Los casos de Canadá y España» (*Canadá-Europe Award* 2006). Asimismo se ha cofinanciado con fondos del proyecto de investigación «Estado autonómico y democracia: los derechos de participación en los Estatutos de autonomía» (DER 2009-12921 aubprograma JURI) Concedido por el Ministerio español de Ciencia e Innovación.

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reproducere, plagiar, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

© 2010 Josep M^a Castellà Andreu, Sébastien Grammond, Anna M. Pla Boix, David Robitaille, Immaculada Barral, Laura Huici, Helena Torroja Mateu, Nathalie Des Rosiers, Neus Oliveras Jané, Esther Martín Núñez, Anne-Françoise Debruche, Benoît Moore, M^a Elena Lauroba, Enriqueta Expósito, Pascale Fournier.

© 2010 Atelier
Via Laietana 12, 08003 Barcelona
e-mail: editorial@atelierlibros.es
www.atelierlibros.es
Tel.: 93 295 45 60

I.S.B.N.: 978-84-92788-27-9

Depósito legal:

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona
www.addenda.es

Impresión:

ÍNDICE

ENTRE LA UNIVERSALIDAD Y LA ESPECIFICIDAD: DIVERSIDAD, DERECHOS FUNDAMENTALES Y FEDERALISMO. ESTUDIO INTRODUCTORIO	15
<i>Sébastien Grammond y Josep M^a Castellà Andreu</i>	

PARTE I DERECHOS FUNDAMENTALES Y FEDERALISMO

CAPÍTULO I	
CANADIAN FEDERALISM, CULTURAL DIVERSITY AND CONCEPTIONS OF FUNDAMENTAL RIGHTS	29
<i>Sébastien Grammond</i>	
1. Definitions and basic hypotheses	30
2. The coexistence of several conceptions of human rights in canada	31
2.1. The National Canadian Conception	32
2.2. A Quebec Conception of Human Rights	35
2.3. An Aboriginal Conception of Human Rights	35
3. Conceptions of human rights in interaction	39
3.1. Reinforcement of Minority Conceptions	39
3.1.1. The Quebec Conception	39
3.1.2. The Aboriginal Conception	41
3.2. The Marginalization of Minority Conceptions	41
3.2.1. The Quebec Conception	42
3.2.2. The Aboriginal Conception	46
4. Conclusion	46

CAPÍTULO II

VALORES, PRINCIPIOS Y DERECHOS ESTATUARIOS COMO EXPRESIÓN DE LA IDENTIDAD DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS	49
---	----

Josep M^a Castellà Andreu

1. Introducción	49
2. Valores y principios en el preámbulo y en el título preliminar de los estatutos	53
3. Derechos, deberes y principios rectores y sus garantías en los estatutos ..	58
4. Laicidad e interculturalidad	60
5. La protección de la familia y la no discriminación por razón de sexo y de orientación sexual	65
6. Conclusión: valores y derechos comunes, derechos singulares	70

CAPÍTULO III

LINGUISTIC IDENTITY AND THE LAW: ACCESS TO ENGLISH-LANGUAGE SCHOOLS IN QUEBEC	73
--	----

Sébastien Grammond

1. Introduction	73
2. Historical context: language and the law in Canada	75
3. Quebec's language laws	78
4. Language of Education in the Canadian Constitution	83
5. The court's interpretation of section 23 and Quebec autonomy	86

CAPÍTULO IV

EL RÉGIMEN LINGÜÍSTICO DE LOS NUEVOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA	91
--	----

Anna M. Pla Boix

1. La protección del plurilingüismo en España	91
2. El modelo constitucional: del monolingüismo oficial del estado a los regímenes de cooficialidad lingüística autonómicos	95
3. Evolución de la regulación lingüística en los últimos procesos de reforma estatutaria	100
3.1. Antecedentes	100
3.2. Análisis comparado del régimen lingüístico en los Estatutos de Autonomía reformados durante la VIII Legislatura	102
3.2.1. La regulación lingüística en los nuevos Estatutos de la Comunidad Valenciana, Cataluña e Islas Baleares	103
3.2.2. La regulación lingüística en los nuevos Estatutos de Andalucía, Aragón y Castilla y León	110
4. Epílogo	111

CAPÍTULO V

SOCIOECONOMIC RIGHTS IN THE QUEBEC CHARTER: LEGAL RIGHTS OR MERE POLITICAL STATEMENTS?	113
---	-----

David Robitaille

1. Introduction	113
2. 1975- Entrenchment of economic and social rights in Quebec in the context of emerging international human rights and freedoms ..	115

2.1. The international distinction between «negative» and «positive» rights	116
2.2. The influence of that distinction in the <i>Charter</i> : economic and social rights have no autonomous normative nature and are not subject to judicial review	119
3. 2002- The interpretation of economic and social rights in <i>Gosselin</i> : legal norms or symbolic legal statements?	121
3.1. The normative and legal nature of economic and social rights in the opinion of the Supreme Court	121
3.2. The legal normativity of economic and social rights having regard to the concept of «legal norm» in positive law theory	124
4. Conclusion	127

CAPÍTULO VI

LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES Y LOS LÍMITES DEL MARCO COMPETENCIAL EN EL ESTATUTO DE CATALUÑA DE 2006	131
--	-----

Immaculada Barral

1. Los derechos de los consumidores como derechos personales	131
1.1. Protección de los consumidores: política finalista o derechos fundamentales	132
2. Los derechos de los consumidores en el Estatuto de Cataluña	134
2.1. Contexto del art. 28 Estatuto de Cataluña	134
2.2. Los tipos de derechos reconocidos en el art. 28	135
2.2.1. Derecho a la salud y a la seguridad	136
2.2.2. Derecho a la protección de los intereses económicos	137
3. Cuestiones sobre la distribución competencial	137
3.1. El marco competencial de la protección al consumidor: el concepto de competencia finalista	138
3.2. Los límites a la competencia en materia civil	142
3.2.1. Las «bases de las obligaciones contractuales»	142
3.2.2. El límite de las condiciones básicas que garanticen la igualdad entre los españoles	146
4. Conclusión y apuntes de comparación con el sistema canadiense	148

PARTE II

SOCIEDADES PLURALES Y LIBERTAD RELIGIOSA

CAPÍTULO VII

EL DERECHO A LA LIBERTAD DE RELIGIÓN: ESPECIAL REFERENCIA A SU INTERPRETACIÓN POR EL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS	153
---	-----

Laura Huici

1. Introducción	153
2. El contenido del derecho a la libertad de religión internacionalmente reconocido	153
2.1. El Derecho a tener una religión o creencias	156
2.2. El Derecho a manifestar la religión o creencias	158

2.3. El derecho de los padres o tutores legales para garantizar que los hijos reciban una determinada educación religiosa y moral ...	160
3. Alcance del derecho de libertad de religión o creencias: interpretación de sus límites en un contexto multicultural	162
3.1. El derecho a no sufrir coacción	162
3.2. Los límites al derecho a manifestar la propia religión o las propias creencias	164
3.3. Especial referencia al derecho u obligación de portar símbolos religiosos	166
4. Consideraciones finales	168

CAPÍTULO VIII

EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL MARCO DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: ALGUNAS PAUTAS PARA SU ANÁLISIS	171
<i>Helena Torroja Mateu</i>	

1. Introducción	171
2. Fundamento histórico y jurídico del derecho	172
3. ¿Qué libertad? ¿Qué religión? Objeto de protección del artículo 9 del CEDH	174
3.1. ¿Qué significa «libertad de religión»?	175
3.2. El sistema de relaciones Iglesia-Estado como marco estructural que conforma el derecho	176
3.3. El principio jurisprudencial de las dimensiones interna y externa del derecho	177
4. La dimensión interna (fuero interno) y su protección absoluta	177
4.1. Fuero interno y obligaciones positivas del Estado. La protección de los sentimientos religiosos	178
4.2. Las obligaciones negativas del Estado. La prohibición de interferir en el derecho de los padres a la educación moral y religiosa de los hijos	179
5. La dimensión externa (manifestación de la religión) y sus límites	180
5.1. ¿Qué se puede limitar?	180
5.2. ¿Cuándo se puede limitar? El debate en torno a las prendas y signos religiosos	180
6. Reflexión final	182

CAPÍTULO IX

FREE RELIGIONS OR FREEDOM FROM RELIGION? CANADA, FEDERALISM AND RELIGION	185
<i>Nathalie Des Rosiers</i>	

1. Introduction	187
2. Federalism and human rights	191
3. Religion and the constitution	197
3.1. Freedom of Religion as Equality	198
3.2. Freedom of Religion as Freedom of Expression	200
3.3. Freedom of Religion as a Cultural Right	203
4. Conclusion	206

CAPÍTULO X**LA TRANSFORMACIÓN DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS EN SOCIEDADES PLURALES:****LA LIBERTAD RELIGIOSA EN ESPAÑA Y CANADÁ 207***Neus Oliveras Jané*

1. Introducción 207
2. España: la visión tradicional de la religión 210
3. Canadá: la influencia del pluralismo social en la definición
de la libertad religiosa 215
4. Reflexiones finales 222

PARTE III**DERECHO PRIVADO, FAMILIA****Y DERECHOS FUNDAMENTALES****CAPÍTULO XI****LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES****PRIVADAS 227***Esther Martín Núñez*

1. Introducción 227
2. El problema teórico 228
 - 2.1. La concepción tradicional de los derechos como *derechos
públicos subjetivos*. La superación de esta doctrina 228
 - 2.2. La influencia de la Constitución en el Derecho privado: eficacia
y vigencia social de los derechos fundamentales 230
 - 2.3. Propuestas doctrinales 231
 - 2.3.1. La eficacia mediata 232
 - 2.3.2. La eficacia inmediata 235
 - 2.4. La *Drittwirkung* en la Constitución española 236
3. La problemática procesal 238
4. La *Drittwirkung* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
Algunos ejemplos en el ámbito de la libertad ideológica
y religiosa 239
5. A modo de conclusión 248

CAPÍTULO XII**PROPERTY IN THE ARCHIPELAGOS OF HUMAN RIGHTS. COMPARATIVE THOUGHTS
ON JUDICIAL EXPLORATION IN EUROPE AND CANADA 251***Anne-Françoise Debruche*

1. Introduction 251
2. The art of sustainable development at the european court of human rights . 252
 - 2.1. Framing an ambitious theoretical outline 252
 - 2.1.1. A hostile statutory environment 253
 - 2.1.2. The triumph of judicial exploration 254
 - 2.2. The growth of an autonomous jurisprudence 255
 - 2.2.1. Property as an instrument of protection 255
 - 2.2.2. Property as an instrument of control 258

3.	The passivity of Canadian courts	261
3.1.	Treacherous sands for Quebec judges	262
3.1.1.	A neutral statutory environment	262
3.1.2.	A timid and perfunctory exploration	263
a)	Property as an instrument of protection	263
b)	Property as an instrument of control	267
3.2.	A forbidden beach for the Supreme Court of Canada	272
3.2.1.	The bold exploration of the <i>Canadian Charter</i>	272
3.2.2.	Property as a terra <i>nullius</i> – «this is not my beach»	275

CAPÍTULO XIII

LA UNIÓN MARITAL EN EL DERECHO DE QUEBEC Y EN EL DE CANADÁ	283
--	-----

Benoît Moore

1.	Introducción	283
2.	El matrimonio	285
2.1.	Condiciones de formación	285
2.1.1.	Condiciones de fondo	285
A)	Condiciones sobre las cuales el legislador federal intervino de manera uniforme	286
B)	Condiciones sobre las cuales el legislador federal no ha intervenido de manera uniforme	287
2.1.2.	Celebración del matrimonio	289
2.2.	Efectos	291
2.3.	Disolución	294
3.	Las uniones registradas	295
4.	La unión de hecho	296
5.	Conclusión	299

CAPÍTULO XIV

LAS UNIONES DE HECHO EN ESPAÑA: UNA INSTITUCIÓN AUTÓNOMA (Y AUTONÓMICA)	300
--	-----

M^a Elena Lauroba

1.	Punto de partida: las impresiones de un jurista canadiense	301
2.	La consolidación de un concepto de uniones de hecho	302
2.1.	Primeras menciones legislativas y doctrina constitucional	302
2.2.	Las fallidas iniciativas parlamentarias a nivel estatal	303
2.2.1.	El bienio 1997-1998: Las proposiciones de ley sobre uniones estables de pareja v. la ley orgánica de contrato de unión civil	303
2.2.2.	Las discusiones del 2004: Un desplazamiento de conceptos ..	307
2.3.	Las leyes autonómicas sobre uniones estables de pareja	309
2.3.1.	La multiplicación de normativas: los diferentes títulos competenciales	309
2.3.2.	La Ley de uniones estables de pareja de Cataluña	310
2.3.3.	La Ley foral navarra y el recurso de inconstitucionalidad interpuesto	312
2.3.4.	Algunas consideraciones —estrictamente jurídicas—	313
2.4.	Las construcciones judiciales	316

3. Parámetros de acotación en abstracto de las uniones de hecho en España	317
4. Una —breve— reflexión final	321

CAPÍTULO XV

EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO:

ANÁLISIS CONSTITUCIONAL	325
<i>Enriqueta Expósito</i>	

1. Introducción	325
2. El debate jurídico en torno a la reforma del matrimonio introducida por la ley 13/2005	327
2.1. La tramitación parlamentaria del proyecto de ley del Gobierno ...	327
2.2. Los Informes Técnicos al proyecto de ley	328
2.3. El «inevitable» recurso a la jurisdicción constitucional	329
3. El matrimonio homosexual: perspectiva constitucional	330
3.1. ¿Existe un concepto constitucional de matrimonio?	330
3.2. La constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo	331
4. Valoración de la reforma desde la perspectiva constitucional	337

CAPÍTULO XVI

ADJUDICATING ISLAMIC MARRIAGE TRANSNATIONALLY: SUBSTANTIVE EQUALITY, GENDER, AND THE INDETERMINACY OF LEGAL DOCTRINE

Pascale Fournier

1. Introduction	339
2. A substantive equality approach to adjudication	341
3. Comparing background legal regimes in canada, the us, france and germany	342
4. A substantive equality approach to islamic family law: gender and the indeterminacy of legal doctrine	344
4.1. The Enforcement of Mahr according to gender equity standards ..	345
4.1.1. The enforcement and readjustment of Mahr as alimony: the case of Germany	346
4.1.2. The enforcement of Mahr even though the wife initiated divorce: the case of Québec	347
4.2. The Unenforceability of Mahr according to fairness principles	350
4.2.1. The unenforceability of Mahr on the basis of equity: the case of Québec	350
4.2.2. The unenforceability of Mahr on the basis of substantial justice: the case of Canada	352
4.2.3. The unenforceability of Mahr on grounds of public policy: the case of France and the U.S.	354
5. Conclusion	358