

María J. ROCA, *La tolerancia en el Derecho*, Centro de Estudios (Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España), Madrid, 2009, 265 pp.

Señala el Profesor Starck en el prólogo del libro de Maria Roca que la autora *presenta de modo claro que la tolerancia no significa concesión, acomodación ni indiferencia, sino respeto a las convicciones de los demás sobre la base de las propias convicciones* (p. 20).

Esta aproximación, que la propia autora define como jurídica y no filosófica, bien podría ser considerada como la falsilla de toda la monografía. El libro recoge artículos publicados por la autora entre 2000 y 2008, aunque el origen del mismo remite al seminario realizado y dirigido junto al Prof. Starck, Presidente de la Academia de Ciencias de Gotinga y Catedrático Emérito de Derecho Público en la Universidad de la misma ciudad alemana, que se celebró en 1997 y fue repetido en 2001.

Desde el punto de vista formal, el libro está estructurado sobre un primer capítulo monográfico acerca del concepto de tolerancia en el Derecho Canónico, que sirve de referencia para analizar en el capítulo II el concepto de tolerancia en la época de la Reforma, dando lugar a dos lecturas un tanto diferentes –católica y protestante– que se analizan en el capítulo III.

Posteriormente, el capítulo IV está centrado en el Derecho Internacional, para hacer un recorrido en los capítulos V, VI y VII, sobre los casos alemán, italiano y español respectivamente.

La insistencia en la lectura jurídica de la tolerancia (reconociendo su origen histórico-filosófico, cfr. p. 28) justifica –junto a otras razones– el rigor en el tratamiento del tema, que lleva a cabo la Profesora Roca, y que articula sobre los dos elementos que atribuye a la tolerancia: *la valoración negativa o en todo caso “menos positiva” de una conducta personal o un comportamiento social (elemento negativo) que, sin embargo, es aceptada en atención a algún aspecto que merece ser acogido por el Derecho (elemento positivo); en atención a la recta motivación del sujeto que rechaza el cumplimiento de un deber, al escaso daño social que su permisión comporta o a la situación especialmente gravosa en que se encuentra el sujeto que practica la conducta tolerada* (p. 26).

Pero esta aproximación al concepto, reclama también dos condiciones: que el Estado haya tomado una postura respecto a un valor concreto, y que precisamente por ello la persona se vea en la obligación de cumplir un deber o ver limitada alguna de sus libertades de modo gravosa para su dignidad, de tal manera que precisamente por la dignidad y la paz social sea preferible una decisión de tolerancia (p. 28).

En el caso del Derecho Canónico, del que arranca la autora, el perfil de la tolerancia está condicionado por el de un ordenamiento jurídico, cuyas fuentes y presupuestos se presentan diferentes del ordenamiento jurídico secular. Así, al Derecho Canónico, le atribuye Roca tres elementos esenciales: se funda en unos

valores objetivos (*ius divinum*); tiene un carácter confesional, que justifica el fin espiritual que pretende; y supone también una vinculación en conciencia, tanto para quienes elaboran y aplican el Derecho, como para las personas que son destinatarias del mismo (p. 35).

Las fuentes clásicas del Derecho Canónico presentan la tolerancia como un comportamiento obligado de modo especial para quien tiene autoridad en la Iglesia, que se entiende inicialmente como un hábito moral, no identificable con la *aprobación* sino en todo caso con la *permisión*. Posteriormente, la tolerancia, entendida como vía de flexibilización del Derecho, se diferencia de la disimulación y de la dispensa, atribuyendo a la tolerancia un perfil propio del Derecho Público, en la medida en que afecta a la relación entre la autoridad y las personas que son destinatarias del Derecho. Tras un detallado análisis de las fuentes y la doctrina, la autora concluye con una lectura de la tolerancia en el ordenamiento canónico que requiere un presupuesto: se trata de un ordenamiento jurídico no neutral, sino específico: la salvación de las almas. Y ello explica su determinación, que la sitúa en la proposición normativa que atiende a la consecuencia jurídica aplicable al supuesto de hecho. La tolerancia es así una consecuencia jurídica con dos elementos: la calificación negativa de la conducta tolerada y la decisión de permitir esa conducta como situación de hecho, teniendo como límite el *ius divinum*, que es a la vez la garantía de que determinados comportamientos deben ser tolerados (p. 52).

En el marco de las fuentes jurídicas seculares, la lectura es distinta. Si se tiene en cuenta el dato histórico, tanto *en el Derecho Canónico como en las fuentes centroeuropeas de carácter secular que adoptan medidas de tolerancia, el concepto de tolerancia está estrechamente vinculado a una convicción acerca de la verdad y del bien, así como al respeto de las personas que se considera que han incurrido en el error* (p.53)

La tolerancia se plantea como una necesidad para poder convivir en un mismo territorio personas que formaban parte de diferentes confesiones religiosas, aunque el abanico se haya ampliado posteriormente a ámbitos que no afectan exclusivamente al ejercicio de la libertad religiosa. Sin embargo, desde el punto de vista histórico, la interpretación inicial remite necesariamente a la Reforma. La autora recuerda el dato de que fue Lucero el primero que empleó el término tolerancia, en una carta de 12 de junio de 1541, en contra del intento de la Dieta de Ratisbona, *que bajo presidencia de Carlos V pretendía una concordia teológica entre protestantes y católicos, en la que rechazaba la tolerancia por considerar que ello significaría un error esencial* (p. 59)

La tolerancia no recibió en aquel momento respuestas favorables, pero lo que sí se confirmó fue una división en el concepto de concordia, que llevó a diferenciar la denominada *concordia fidei* de la *concordia caritatis*, y sobre todo a sembrar el terreno propicio para el desarrollo de un pensamiento y de una concepción de la sociedad a favor del desarrollo de la tolerancia como principio.

Así se explica que la tolerancia surgiera *en el ámbito del respeto a las creencias religiosas, como una concesión de aquella parte que, además de poseer la autoridad, se cree o se sabe en posesión de la verdad, respecto a los individuos de otras creencias que considera erróneas* (p.61)

Esta afirmación está explicada con el recorrido histórico sobre las medidas políticas y jurídicas asumidas en la época. El Pacto de Confederación de Varsovia (1573), el Edicto de Nantes (1598), y la Paz de Wesfalia (1648), son muestras analizadas en detalle por la autora, que confirman en unos casos la provisionalidad de las medidas —que dependían de la voluntad del príncipe— y en otros, de las contradicciones de plantearse garantizar derechos y a la vez no otorgar la naturaleza de tales (p. 79). Seguramente por ello, se afirma que la polémica sobre la tolerancia es en el siglo XVI una cuestión teológica, asumida en la vida política con el lenguaje de aquel momento en el que en ocasiones ambas áreas se identifican. Es el motivo por el que se plantea la cuestión respecto a la misión que corresponde al Estado en materia de tolerancia, o en términos más rigurosos, hasta donde se extiende la misión religiosa atribuida al Estado.

De las teorías del momento histórico —el sistema episcopal, el episcopalismo y el territorialismo— asume el liderazgo la última, en función de la cual la competencia no vendría atribuida por un título de Derecho imperial, ni tampoco bajo la forma de una sociedad, sino más bien el único título jurídico susceptible de ser reconocido es la soberanía territorial. La consecuencia inmediata es que si las competencias eclesiásticas son consecuencia de la jurisdicción estatal, aquellas quedarían disueltas o integradas en ésta, desde una aproximación que Thomasius sentencia en los siguientes términos: *el derecho más privilegiado que tienen los príncipes dentro de los "iura circa sacra" es el derecho a tolerar a los disidentes y de protegerlos contra los anticristos* (p. 86).

Este proceso explica el tránsito de las medidas de tolerancia para los disidentes al reconocimiento de la libertad de conciencia de los individuos.

De modo que a partir de este momento se confirma la diferencia entre la referencia católica, que asume como límite de la tolerancia el *ius divinum* y la referencia protestante, que desvincula a los príncipes de ese *ius divinum*, facilitando la diversificación de la tolerancia, según la idea de Derecho y de Estado. De acuerdo con ello, concluye la autora que *en el contexto de un Estado social y democrático de Derecho, el principio de tolerancia vendría a ser un retroceso en el reconocimiento de los derechos fundamentales* (p. 88).

El movimiento ilustrado, que la autora analiza en el capítulo III, añade un paso más en el proceso, sustituyendo la tolerancia de la época de la Reforma —que asumía siempre la pertenencia a un credo religioso— por la tolerancia del siglo XVIII, apoyada en el indiferentismo religioso, consagrado de algún modo con la separación que Kant propone entre *Derecho y ética material como sistema de valoración objetiva con base en fines y valores* (p. 109).

Sobre el presupuesto y claves históricas, la Prof. Roca pasa al análisis del Derecho Internacional, que le sirve de pauta para analizar después los casos concretos y claramente diferentes de Alemania, Italia y España.

El capítulo sobre el Derecho Internacional, centrado en algunos de los documentos aprobados en el seno de la Organización de Naciones Unidas, toma como referencia de análisis la Declaración sobre eliminación de toda forma de intolerancia y discriminación por razón de religión, teniendo en cuenta el trabajo realizado por el relator especial sobre libertad religiosa, que siendo rico en información y análisis de situación de países, no agota el trabajo onusiano. La autora no menciona la Declaración sobre los principios de tolerancia y el Plan de Acción adjunto, que la Asamblea General aprobó a través de la resolución 51/95, de diciembre de 1995, haciendo propios los dos textos elaborados y negociados en el seno de la UNESCO.

A pesar de ello, las conclusiones aportadas por la prof. Roca no distan de algunos de los contenidos aportados: *la intolerancia no se reduce a la intolerancia religiosa; se identifica con las posturas de violencia extrema y con el deseo de eliminar la diversidad, así como con la manipulación de la religión como arma política* (p. 142).

Desde el punto de vista jurídico, la función atribuida a la tolerancia, en las fuentes analizadas por la autora permiten afirmar que se trata de garantizar una adecuada protección a las minorías de modo que puedan integrarse en la sociedad, sin perder su identidad. Para ello, se hace necesario un nuevo esfuerzo de equilibrio entre los derechos de las minorías y los legítimos derechos de la mayoría, de modo que prima la garantía de los valores sobre la pureza analítica formal.

La tolerancia como deber, propuesta en el caso alemán; así como la simbología religiosa en la escuela y el laicismo en los casos alemán e italiano, son interpretados a la luz de su posible aplicación al caso español, al que la autora decida el último de los capítulos.

En el caso español, la tolerancia no es un deber jurídico (p. 165) y no han sido pocas las actuaciones para reclamar la retirada de cualquier símbolo religioso de las instituciones públicas, que ha llevado a la presentación del denominado Manifiesto por la laicidad, con ocasión de la conmemoración del Día de la Constitución en Málaga, en diciembre de 2006 (p. 167).

En la comunidad internacional, no es difícil asumir *que la tolerancia es promovida y la intolerancia denostada* (p. 207), pero el problema deviene en la falta de una definición unívoca del término tolerancia. Aún cuando la autora reitera la necesidad de una lectura jurídica, afirma que la tolerancia *no es ni primaria ni exclusivamente un concepto jurídico. Por ello, estamos ante un concepto, que, cuando es empleado por el legislador parece compartir las características de los conceptos jurídicos indeterminados* (p. 208), y ello explica que haya sido la jurisprudencia española la que lo haya calificado como mandato o como principio.

Desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho, la autora analiza tanto a los autores defensores de la tolerancia como principio jurídico que debería institucionalizarse; como a aquellos que entienden que la tolerancia no resuelve el conflicto de las minorías en el binomio clásico entre democracia y pluralismo. El argumento utilizado es que las minorías están reclamando el reconocimiento de su identidad y por tanto no se trataría de un elemento negociable. La solución reconduce el debate a la institucionalización de la ciudadanía.

La lectura desde la Filosofía del Derecho confirma la consideración de la tolerancia como virtud política en unos casos; como principio jurídico en otros; y como deber de los ciudadanos. Esta amplia aproximación al término reitera el argumento de la autora de la ausencia de una interpretación unitaria.

Desde el punto de vista del Derecho eclesiástico también han sido variadas las lecturas, según se asuma un análisis histórico o la utilización de los principios del Derecho eclesiástico español.

Las fuentes legales analizadas contrastan con la doctrina, en el sentido de que ésta ha prestado mucha mayor atención al análisis de la tolerancia respecto a aquélla, que no ha considerado la cuestión prioritaria. La tolerancia ha sido entendida legalmente como *un valor dentro de los principios democráticos de convivencia —que presupone la conciencia firme de la propia identidad y la aceptación respetuosa y cooperativa de la de los otros—* (p. 226). Tiene una función jurídica interpretativa, en la medida en que se incluye e le preámbulo de las normas.

En términos similares de atención se sitúa la jurisprudencia, que ha analizado la cuestión tratando de calificar la tolerancia como principio o como límite de los derechos; como equidad; o en otros casos, como posición oficial respecto a un comportamiento ilícito o delictivo, en cuyo caso el uso de la tolerancia remite a la frontera entre la discrecionalidad y la potestad reglada (p. 237).

De acuerdo con ello, se entiende la afirmación de la autora al señalar que *el discurso jurídico de la doctrina está en gran medida apartado del discurso legal y jurisprudencial* (p. 239), lo que confirmaría la idea de que la tolerancia no tenga un significado estrictamente jurídico.

A pesar de todo, la autora concluye señalando que *el reiterado uso del término tolerancia, a pesar de su falta de rigor jurídico, pone de manifiesto la necesidad de recurrir a categorías flexibilizadoras del Derecho. En un momento del desarrollo de la técnica jurídica en que ésta aparece dominada por la tendencia a asegurar al máximo el control, las conductas regladas, etc., se manifiesta al mismo tiempo la necesidad de mantener alguna vía que permita ofrecer soluciones al caso concreto. Vías que ya existían, pero cuyos tradicionales términos jurídicos (como la equidad o la dispensa) aparecen cargados de connotaciones negativas, debido a los excesos a los que han conducido en otros momentos y que ahora vienen a expresarse con el término tolerancia* (p. 239).

Se trata de una obra rigurosa, en la que se pone de manifiesto el profundo conocimiento que la autora tiene del Derecho alemán y europeo; y que aporta una

luz significativa para entender las claves de un concepto, como la tolerancia, cuya interpretación jurídica en España ha sido muchas veces reconducida al área política o ética. En este sentido, los intentos de la Prof. Roca por descifrar y desentrañar la significación jurídica del término son sin duda una valiosa contribución.

Paloma Durán

María José ROCA (ed.), *Opciones de conciencia. Propuestas para una ley*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2008, 383 pp.

En España, el debate sobre el instituto de la objeción de conciencia atraviesa uno de sus episodios más vivos. En los últimos años se ha producido una multiplicación de objeciones y diversificación de ámbitos en los que se invoca el conflicto de conciencia frente al deber legal. Seguimos así —con unos años de retraso— la trayectoria típica del instituto en los modelos occidentales comparados. En efecto, de la objeción de conciencia al servicio militar se ha pasado a la profusión de las objeciones de conciencia: desde las objeciones laicales a las que reflejan el pluralismo social o las que responden a un intervencionismo del poder en cuestiones de calado ético.

Precisamente, cuando en nuestro país se discute sobre la conveniencia y el modo de regular el instituto de la objeción de conciencia, este trabajo colectivo *Opciones de conciencia. Propuestas para una ley* es una contribución al debate oportuna, de calidad y sugerente. En un plano general, se formulan interesantes reflexiones acerca de cómo debería abordarse una ley de objeción, con qué límites y garantías, o las ventajas y riesgos de las distintas alternativas.

La obra dedica una primera parte al estudio general del instituto, arrancando desde las grandes cuestiones que subyacen en el problema y que —como recuerda María José Roca— remiten a la difícil relación entre Derecho, Moral y Política. La segunda parte de la obra se detiene en el análisis de las manifestaciones más significativas del fenómeno objetor en la reciente experiencia española. Destaca así del trabajo la virtud del equilibrio entre la dimensión abstracta y teórica y la aproximación realista y práctica al problema.

En el libro coordinado por María José Roca participan nueve autores procedentes de distintas disciplinas. Con este planteamiento interdisciplinar sirve bien a la finalidad global de análisis de las objeciones, opciones y propuestas para una ley. Precisamente uno de los rasgos del instituto de la objeción de conciencia es su carácter multiforme, de modo que los problemas son muy distintos según los ámbitos en que se invoca el conflicto: en efecto, no es lo mismo la objeción en el ámbito sanitario, que en el judicial o en el educativo. Por eso, el enfoque desde el Derecho Administrativo, Procesal, Eclesiástico o desde la *praxis* de la función jurisdiccional, no sólo procede sino que enriquece extraordinariamente el resultado final.

Copyright of Persona y Derecho is the property of Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, S.A. and its content may not be copied or emailed to multiple sites or posted to a listserv without the copyright holder's express written permission. However, users may print, download, or email articles for individual use.