

MARÍA ROCA Y LA TOLERANCIA EN EL DERECHO: UNA AUTORA Y SU OBRA, ENTRE DOS CULTURAS

Antonio PAU

Académico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
antonio-pau@hotmail.com

El libro *La tolerancia en el Derecho*, que acaba de publicarse (Madrid, 2009), presenta una característica que es la vez un aspecto muy destacado del perfil de su autora, la profesora María Roca, en el mundo intelectual español: su inserción simultánea en dos culturas, la alemana y la española.

Dos capítulos de este libro habían sido ya publicados en Alemania: «Der Toleranzbegriff im kanonischen Recht», en *Revista de Historia del Derecho de la Fundación Savigny (Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte)*, 2004, y «Der Toleranzbegriff im internationalen Recht», en *Libro homenaje a Christian Starck*, 2007. Un tercer capítulo estaba en prensa a la vez que el libro, pero éste se ha anticipado a la publicación alemana.

Exactamente la mitad de la obra, tres capítulos y medio de los siete, la dedica María Roca a estudiar el concepto de tolerancia en el ámbito germánico. Es un recorrido que abarca desde la Paz de Westfalia de 1648, hasta la jurisprudencia constitucional alemana de nuestros días —con sentencias que llegan hasta el año 2003, es decir, hasta hoy mismo—, pasando por la Ilustración y los principales textos jurídicos alemanes del siglo XX: la Ley Fundamental de Bonn y las Constituciones de los diversos *Länder*.

Pero no se trata sólo de estudios de Derecho extranjero, sino que se trata también de estudios de Derecho comparado, en algunos pasajes incluso de sociología y filosofía comparada, y ese estudio comparado los hace particularmente útiles, porque ofrecen una perspectiva exterior de nuestros propios problemas, y esa perspectiva arroja una luz más clara sobre ellos.

El enfoque comparado está ya presente en el capítulo dedicado a la Paz de Westfalia. En él estudia María Roca la distinción que en ese texto internacional se hacía entre *religio reprobata*, *religio tolerata* y *religio recepta*. En el tratado de paz —tan nítidamente representado en la portada del libro a través del lienzo del holandés Gerard Terboch— aparece por primera vez la noción de «religión tolerada»: aquella a la que se reconocía sólo el derecho al culto doméstico y al ejercicio privado.

La profesora María Roca busca algún vestigio de *religio tolerata* en la España de los siglos XVI y XVII, y no lo encuentra. Coincidió el problema religioso de Centroeuropa con la culminación española de la Reconquista y con la colonización de América. Ni en una ni en otra hay rastro de tolerancia religiosa: a los musulmanes que permanecieron en España les obligó a la conversión la pragmática de los Reyes Católicos de 14 de febrero de 1502; en cuanto a los indios americanos, si bien se les reconocieron derechos sobre la base del derecho natural, en materia religiosa no hubo tolerancia, precisamente porque una de las metas de la colonización fue la evangelización de las nuevas tierras.

En el Siglo de las Luces, la tolerancia se amplía. Si en los más de trescientos Estados que formaban la Alemania de tiempos de la Reforma —ducados, marquesados y condados, muchos de ellos minúsculos, y con pequeños enclaves de unos en otros—, la *religio recepta* —la religión aceptada— era sólo la del príncipe —que debían seguir sus súbditos—, y *religio tolerata* era la otra confesión cristiana, ahora, en el siglo de la Ilustración, la tendencia es considerar a ambas confesiones cristianas *religiones receptae*. Tratándose de confesiones cristianas, se podría decir que, más que tolerancia, lo que se abre paso es la libertad religiosa. En aquella Corte tan afrancesada como era la prusiana de Sanssouci, Federico II dice la célebre frase «*In meinem Staat soll ein jeder nach seiner Façon selig werden*» —«en mi Estado cada cual puede salvarse a su manera»—. Esta frase pasa al *Rescripto de tolerancia* de 1740.

En el imperio austrohúngaro, como expone María Roca, la evolución es más lenta: la *Patente de tolerancia (Toleranzpatent)* del emperador José II —de 1781— recluye en redil del culto privado a todos los no católicos: sean protestantes, judíos o musulmanes. Hay que esperar casi un siglo —hasta 1861— para que el emperador Francisco José I dicte la *Patente de los protestantes (Protestantenpatent)* y garantice a los reformados los mismos derechos que a los católicos. El filósofo de las religiones Friedrich Heer ha señalado en un obra reciente, publicada en Viena en 2001, *Der Kampf um die österreichische Identität*, que esta forzada reclusión del protestantismo —al que se llamó en su tiempo *Geheimprotestantismus* y *Kryptoprotestantismus*— fue una de las raíces del nacionalsocialismo alemán: tanto como causa del levantamiento del pueblo como del anticlericalismo de los mandos.

Hay una frase de Goethe que recoge María Roca que podría servir de engarce entre los Capítulos III y V de este libro. Dice Goethe: «La actitud

de la tolerancia debería ser sólo una actitud provisional; debe conducir al reconocimiento. Tolerar significa ofender».

Esta última afirmación de que «*dulden heißt beleidigen*» puede valer para el ámbito del Derecho, pero no para el de la moral. En el plano de la relación entre los individuos, tolerar no es una ofensa: es una virtud. Ahora bien, en la relación entre el Estado y el individuo puede que Goethe tenga razón: tolerar es ofender. Creo que María Roca comparte matizadamente la opinión de Goethe, porque no duda de que la tolerancia sea una «virtud moral», y sin embargo, cuando habla de las relaciones entre poderes públicos y ciudadanos afirma: «lo que hoy se designa en muchos casos como principio de tolerancia, en Derecho público se conoce comúnmente como discrecionalidad de la Administración». Pero insisto en que la coincidencia de María Roca con el aforismo de Goethe es sólo matizada, parcial, porque la autora sí reconoce una determinada función a la tolerancia en el Derecho, como luego recordaré.

En su estudio de la tolerancia en las Constituciones de los *Länder*, la autora pone de relieve que el uso de ese término en los textos constitucionales se limita al plano horizontal, a la «tolerancia entre los individuos», sin alcanzar al plano vertical, el de las relaciones del Estado con sus ciudadanos, y que se limita exclusivamente al ámbito de la educación. Los preceptos que la autora transcribe en su estudio son de extraordinario interés. Así, entre ellos, la Constitución del Estado de Mecklenburg-Vorpommern dice: «El fin de la educación escolar es el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la vida y el espíritu de tolerancia...»; la Constitución de Baden-Württemberg dice: «En las escuelas reinará el espíritu de la tolerancia y de la ética social»; la Constitución de Renania del Norte-Westfalia dice: «La juventud debe ser educada en el espíritu humanitario democrático y libre para la tolerancia y el respeto...», y la Constitución de Renania-Palatinado dice: «La escuela debe educar a la juventud en el temor de Dios y amor al prójimo, en el respeto y la tolerancia, en la justicia y la sinceridad...».

No puede resultar más evidente el hecho de que las Constituciones de los *Länder* alemanes se refieren a la tolerancia como virtud —por tanto, como cualidad individual—, y la virtud difícilmente puede ser objeto de regulación jurídica.

El último capítulo que María Roca dedica a la tolerancia en el ámbito germánico —el Capítulo VI— estudia la jurisprudencia constitucional alemana sobre los símbolos religiosos y hace, además, unas «propuestas para el Derecho español».

La jurisprudencia constitucional alemana puede parecer, a simple vista, contradictoria, porque ha permitido la oración en la escuela, siempre que no sea obligatorio participar en ella; entendió, en cambio, que la instalación de cruces y crucifijos en las aulas viola el deber de neutralidad religiosa e ideológica del Estado, y considera en principio admisible que un profesor vaya vestido durante la clase de modo que ese vestido haga una referencia inequívoca a sus convicciones religiosas.

La cuestión, como advierte la autora, es compleja, porque intervienen en ella diversos elementos que han de aplicarse equilibradamente: la laicidad del Estado, el respeto a los derechos de los individuos, el pluralismo religioso, la paz social. En sus interesantes «propuestas para el Derecho español», la profesora Roca brinda soluciones armónicas, que son a la vez respetuosas con los principios y atentas a la realidad social. Así, considera que las medidas prohibitivas no deben adoptarse por imperativo de la laicidad —porque ello supondría una interpretación de la laicidad como contraria al pluralismo—, sino en aras de la paz social; considera que antes de la prohibición debe adoptarse una medida más moderada (por ejemplo, la prohibición del burka a las profesoras, pero no del velo), y considera, por último, que la libertad religiosa debe ser prevalente sobre la laicidad del Estado, y en esa prevalencia debe atenderse, con un criterio práctico, a los beneficios o ventajas para el interés general.

Quisiera volver un momento al «*dulden heißt beleidigen*» de Goethe. Si «tolerar es ofender» —desde el punto de vista jurídico—, ¿qué es la tolerancia en el Derecho? ¿Qué significado positivo puede suponer?

Ernesto Garzón Valdés —destacado filósofo del Derecho argentino que ha sido catedrático en Maguncia— ha sostenido en un artículo reciente publicado en *Claves de Razón Práctica* que la tolerancia es un «veneno» del sistema normativo: tanto si la tolerancia está en las normas mismas, como si está en la aplicación de las normas. «Una regla de derecho —dice Ernesto Garzón— prohíbe o permite, pero no puede tolerar lo que permite y, *a fortiori*, no puede tolerar aquello que prohíbe». Con la reiteración de actos de tolerancia —añade Ernesto Garzón— se va minando, horadando, «envenenando» el Derecho vigente.

La tolerancia es, pues —para Ernesto Garzón—, un mal, un mal que hay que ir orillando. «Tolerancia y derecho reconocido son conceptos que se excluyen recíprocamente —escribe—. La extensión del ámbito de la tolerancia es inversamente proporcional a la vigencia de los derechos. Quien pretenda ser tolerante porque respeta un derecho recubre su arrogancia jurídico-moral con el manto de una supuesta virtud benevolente».

Frente a esta visión *negativa* —la tolerancia como veneno del sistema jurídico— y *excluyente* —a más tolerancia, menos Derecho (con mayúscula) y menos derechos (con minúscula)—, María Roca propone una función positiva de la tolerancia: la tolerancia es para ella lo que denomina una «categoría flexibilizadora», que permite adoptar soluciones más adecuadas para cada caso concreto, y que, según la autora, puede coincidir con algunas nociones tradicionales, como la *equidad* y la *discrecionalidad*.

Queda en pie, quizá, la tarea de hacer una disección de microcirugía que permita acotar, dentro de esos terrenos de la equidad y la discrecionalidad, una parcela propia y exclusiva a la tolerancia en sentido estricto.

En el último libro del poeta Luis Felipe Vivanco, el libro póstumo *Prosas propicias*, hay un poema titulado «Recluta» (al que, por cierto, el gran teólogo Olegario González de Cardedal dedica un capítulo entero en su magnífico libro *El poder y la conciencia*). Ese poema de Vivanco propugna eso que es tantas veces necesario y que Nietzsche llamaba *die Umwertung der Werte*: un vuelco de los valores socialmente vigentes. Empieza el poema diciendo:

No se hizo el hombre para la bandera sino la bandera para el hombre
 No se hizo el soldado para el capitán sino el capitán para el soldado
 No se hizo la brigada para el general sino el general para la brigada
 No se hizo el hombre para la ciudad sino la ciudad para el hombre
 No se hizo el niño para el maestro sino el maestro para el niño

Y varios versos más abajo dice Vivanco:

No se hizo el libro para el autor sino el autor para el libro.

Este último verso cobra todo su sentido en relación con el libro *La tolerancia en el Derecho*:

«No se ha hecho este libro simplemente para ser propiedad de María Roca —podríamos decir—, sino que María Roca se ha volcado a sí misma para hacer este libro».

No digo que María no tenga propiedad intelectual sobre él —y que cobre derechos de autor que le liquiden—: es que eso es lo secundario. Lo principal es que María Roca pertenece a este libro. En sus 265 páginas está su autora: eso es lo importante. Creo que, de todo lo que ha publicado, este es su libro más personal.

En el prólogo al libro *El contenido del corazón* escribe el poeta Luis Rosales: «Este libro me resume como escritor y como hombre, o mejor dicho: yo me resumo en él».

Estoy tentado de trasladar esa frase al caso que nos ocupa: «Este libro resume a María Roca, o mejor dicho: María Roca se resume en él».

¿Por qué está María Roca en este libro? Creo que por tres razones:

1.^a Porque María Roca es una mujer tolerante. Y es una mujer tolerante porque es una mujer de convicciones firmes. A veces se piensa, erróneamente, que la creencia —la creencia sólida— se opone a la tolerancia, y eso es una gran equivocación. Lo que se opone a la tolerancia es el relativismo y el fanatismo. El relativismo, porque niega rotundamente —airadamente— que algo pueda ser blanco o negro, y exige que todo deba ser necesariamente gris: el relativista no acepta que alguien crea firmemente en algo. Y el fanatismo se opone a la tolerancia, porque no admite más que una sola idea o una sola creencia: el fanático no soporta al que piensa o cree en algo distinto de aquello en lo que cree él.

Sin embargo, el creyente —y no me refiero sólo al creyente religioso, también al que atiende a los dictados de su conciencia natural, a quien tiene una ética coherente— tiene en su interior un sistema de valores en cuya cúspide está el respeto que merece todo hombre. Y la tolerancia —como virtud individual— es una manifestación de respeto.

2.^a Porque María Roca es una mujer coherente, y este libro lo es. Me gustaría saber cuántos autores resisten el experimento que entraña este libro: reunir textos sobre un mismo tema escritos a lo largo de muchos años. En cuántos casos quedarían en evidencia cambios de opinión, enfoques divergentes, diversidad de estilos. Este libro, que no ha sido concebido inicialmente como libro, tiene una asombrosa unidad. Un mismo pensamiento discurre a lo largo de los siete capítulos.

3.^a Porque María Roca vive permanentemente en dos culturas, la española y la alemana, y este libro es fruto de esa doble vivencia.

A lo largo de dos semestres en los años 1997 y 2001, María ha dirigido, conjuntamente con el profesor Christian Starck, en el *Juristisches Seminar* de la Universidad de Göttingen, un curso sobre «Tolerancia y Derecho». En una reseña que ha hecho a este libro, destinada al *Anuario de Derecho Civil*, aún inédita pero que he podido leer, la profesora Margarita Fuenteseca recuerda un aforismo de Novalis: «Para conocer a fondo una verdad es necesario haber *polemizado* antes sobre ella». María Roca ha discutido las cuestiones que trata en el libro con profesores y estudian-

tes alemanes y españoles antes de decantar y expresar su opinión sobre ellas en este libro.

Desde el año 1994 hasta hoy, y sin interrupción, María Roca es la representante española en los Coloquios de Essen sobre Estado e Iglesia (*Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche*). En el año 2005 desarrolló la ponencia «Sobre las relaciones actuales entre Estado e Iglesia en España», publicada posteriormente con el mismo título (*Über die gegenwärtigen Beziehungen von Staat und Kirche in Spanien*). Los coloquios de Essen son un encuentro anual de un grupo de profesores de Derecho público alemán que en su inicio estuvo presidido por el profesor Friesenhahn, posteriormente por Hollerbach y actualmente por Starck. Forman parte de este grupo maestros del Derecho público de la talla de Isensee y Kirchhof, entre otros.

María Roca cumple —en el mundo intelectual— un papel singular de puente entre ambas culturas, la alemana y la española, y un puente por el que ella transita en los dos sentidos: no sólo ha expuesto en España el Derecho alemán (a través de artículos doctrinales y de recensiones de libros alemanes en revistas españolas), sino que también ha dado a conocer en Alemania las aportaciones españolas al mundo del Derecho y de la cultura en general. Muestra de ello son los trabajos siguientes: «Eine europäische Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie», en *Juristen Zeitung*, 1997, pp. 881-886; «Das Verhältnis zwischen Staat und Kirchen in Spanien im Vergleich zum deutschen Staatskirchenrecht», en *Europäische Zeitschrift des öffentlichen Recht*, vol. 10, núm. 2, 1998, pp. 341-371, y «La recepción de la escolástica española en los manuales de las universidades alemanas. Notas para su estudio», en *Cuadernos Salmantinos de Filosofía*, núm. 30, 2003, pp. 449-460.

Este año 2010 se cumplirán los veinte años de la publicación del primer artículo de María Roca en lengua alemana: «Der Kirchenaustritt aus Sicht von Staat, Kirche und Individuum», en *Archiv für Katholisches Kirchenrecht*. Además de la aparición de este libro deberían celebrarse también los veinte años de esa tarea singular que María Roca viene desarrollando: la de aproximación de dos culturas. Nuestro mundo intelectual es mezquino, desatento, y es necesario resaltar públicamente algunas actitudes y algunas conductas que merecen ser resaltadas. Ésta de María Roca es, desde luego, una de ellas.

