

María José ROCA, *La tolerancia en el Derecho*, prólogo de Christian Starck, col. Monografías dirigida por M.^a Isabel de la Iglesia Monje, núm. 40, Madrid, Fundación Registral-Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2009. 265 pp., ISBN: 978-84-96782-85-3.

Si alguna vez la civilización occidental —esa civilización ahora tan cuestionada y sometida a revisiones de todo signo, incluso procedentes de los incivilizados relativistas que la asedian sin descanso—, si en cierta ocasión consistió en algo, ese algo se corporeizó en una serie de valores que de inmediato vienen a la cabeza a la gente que tenga una cierta sensibilidad ética, un marcado desapego por lo político y lo ideológico y una mínima preocupación por la Historia. Democracia, libertad en abstracto y libertades en concreto, control del poder, consenso, derechos naturales, individuales o fundamentales, justicia, pluralismo político y social, igualdad. Occidente ha tenido y tiene valores, principios que diseñan una casa común donde habitar, principios que en este rincón del planeta se han creado, se han combatido, perfilado, definido, cuestionado y afirmado, para acabar por constituir una manifestación triunfante de un cierto espíritu que bebe a partes iguales del cristianismo, de Grecia y de Roma. Valores por los que se ha luchado, por los que se ha muerto, por los que se ha matado, valores que se han defendido

por la fuerza cuando la razón no era suficiente para sustentarlos y, viceversa, por medio de la razón cuando su imposición violenta a nada conducía. Valores que muestran la agónica lucha de una Europa que no se resignaba a perder sus esencias. Occidente es esa suma de valores y no debemos negarlo, ni arrepentirnos, ni pedir perdón. Puede que no sean los mejores principios del mundo, ni los únicos o exclusivos, pero son los nuestros, los que nos definen genéticamente hablando, los que hallamos en la Historia y los que hemos cultivado con fruición. Los que hemos defendido cuando era necesario hacerlo. No creo que, como propugnan algunas mentes preclaras, embarcadas en absurdos proyectos de alianzas de civilizaciones (civilización hay una), se tenga que renunciar a esta tradición. Es probable que nosotros, los europeos, no estemos legítimos para extender estos valores a otros rincones de la tierra por la fuerza, pero tampoco podemos ser compelidos a renunciar a aquéllos o a pedir perdón por profesar esa cadena de principios de elevada moralidad que han servido para crear una arquitectura perfecta donde

alojar eternamente la dignidad del ser humano. De los valores como sustrato pasamos a sus realizaciones más evidentes y explícitas. Occidente, esto es, Europa como comunidad cultural, ha tenido, desde época romana, un acentuado deseo de juridificar toda cuanta creación humana se produce y ha producido, tiende a ver en el Derecho uno de los pilares esenciales de su ser cultural: algo que solidifica valores, que los hace tangibles y que, al mismo tiempo, los recrea y los hace perdurar. Un instrumento claramente pacificador antes que sancionador. En Europa nace el Derecho, nace la jurisprudencia, nace el jurista que se ocupa de ambas cuestiones, nace la Constitución, nace el Código, nacen las piezas esenciales de todo movimiento jurídico pasado, presente y futuro. Lo ha recordado recientemente el profesor Stolleis cuando proclamaba la indisoluble unión entre el fenómeno jurídico y la realidad cultural occidental, puesta de relieve ahora con claridad en el proceso de construcción europea (que, obvia decirlo, es también un proceso jurídico). Pero el Derecho es en la mayor parte de las ocasiones un recipiente destinado a albergar en su seno los valores que encarna o dice encarnar una determinada comunidad, aquellos valores que la representan. El Derecho no es neutral, ni absolutamente aséptico, ni mero formalis-

mo, ni simple elemento decorativo. El Derecho nace porque tiene unos valores detrás, valores que se quieren realizar o proteger precisamente por medio de la coactividad que el Derecho trae aparejada. El Derecho es instrumento para construir una sociedad conforme a un sistema de valores previos. Uno de los valores esenciales de la civilización occidental a la que nos estamos refiriendo, además de la libertad individual en sus variadas versiones y lecturas, es la tolerancia, concebida como la capacidad de aceptar al otro, a los demás, de asumir sus ideas, sus puntos de vista, bajo cualquier concepto, patrón o supuesto, coincidan o no con las nuestras, con la consecuencia de que esa aceptación implica una cierta renuncia por parte del sujeto implicado que evita la llegada así de otro mal mayor. La tolerancia es la concordancia de las opiniones diversas, es la renuncia a un credo único y monolítico, es el respeto que fomenta la cohabitación, la búsqueda de lugares comunes, de tópicos, de espacios donde sea posible el diálogo sin que ninguno de los dialogantes pierda un ápice del sustrato esencial de su discurso, de sus ideas.

La tolerancia, nacida en el seno religioso (como todo buen concepto político tiene, pues, raíces teológicas) y hoy aplicable a diversos ámbitos (culturales, políticos, educativos, etc.), es el objeto temático

principal de esta compilación de artículos elaborados por la profesora María José Roca, en donde se traza un recorrido histórico y comparativo de esta virtud social desde sus primeras raíces canónicas hasta su implicación en los asuntos de más rabiosa actualidad, en donde sigue estando presente como sustancial principio inspirador. Un acierto del libro es precisamente esa interdisciplinariedad, esa asunción de diversos puntos de vista para tratar un tema tan complejo y tan poliédrico. Tolerancia en perspectiva histórica y también imbricada en la dinámica jurídica hodierna. Tolerancia que nace como mecanismo canónico equitativo para devenir en la actualidad virtud social predicable de todos los campos donde el hombre se mueve con sus ideas. La tolerancia existe allí donde hay discrepancia de pareceres. El pasado y la actualidad son abordados con idéntico rigor, con un perfecto manejo de las fuentes y con una clarificadora exposición de los más importantes argumentos que han sido vertidos sobre el particular. Son siete capítulos que se corresponden inicialmente con sendos artículos ahora puestos bajo la forma de libro, acaso uno de los mejores mecanismos para poder alcanzar una difusión que, bajo el formato particular de revista, muchas de las reflexiones de estos trabajos no hubieran podido obtener. Un prólogo

del profesor Ch. Starck, estudioso del tópico (pp. 19-21), y una introducción justificativa de la propia autora (pp. 23-31), sirven de preámbulo a los primeros trabajos. En estos dos primeros textos preliminares podemos encontrar algunas trazas o reflexiones que van a estar presentes como hilo conductor en los sucesivos trabajos recopilados: el papel de un Estado que ha de ser imperativamente neutral (pasivo, pero no indiferente a los fenómenos ideológicos, de conciencia o religiosos) y, por ello, un Estado tolerante, pero que, al mismo tiempo, no puede tener esta actitud pasiva en relación con la tolerancia misma, es decir, que ha de garantizarla, protegerla, defenderla, y, por ende, ha de actuar positivamente en tal empeño; la idea nuclear de la tolerancia como respeto a las ideas de los demás sobre la base de las propias ideas o convicciones, en un intento de armonizarlas de forma estable y duradera; el recorrido histórico de esa tolerancia en sus diferentes fases y la lectura de ese recorrido que se hace desde perspectiva católica y desde perspectiva protestante; su estrecha vinculación con la conquista de la libertad religiosa como forma específica de la libertad de conciencia, y la cierta perturbación o falta de claridad que el concepto puede implicar en nuestros días, perdida su raíz primigenia, superados esos primeros

compases teológicos y expandido aquél a todos los frentes imaginables; la abierta defensa de la dualidad que la tolerancia trae consigo, bajo un prisma negativo (tolerar implica ciertas conductas o comportamientos sociales alejados de los cánones establecidos) y un prisma positivo (pero también el acogimiento de tales conductas que efectúa el Derecho, basado en la recta intención del sujeto actuante, que rechaza el cumplimiento de deberes por mor del escaso daño social que su actitud permisiva comporta y por el consecuente bien que de allí se deriva); o la concepción, por último, del Derecho como compendio de valores, entre otros factores, son el telón de fondo sobre el que se proyecta una representación de la tolerancia en varias fases o etapas, aprovechando su distinto significado histórico.

Comienza con la definición canónica del concepto de tolerancia y con un completo análisis de las fuentes históricas y coetáneas (Cap. I, pp. 33 y ss.), basándose en los rasgos distintivos del orden jurídico de la Iglesia (su fundamentación en valores objetivos o *ius divinum*, su carácter confesional, su vinculación a la conciencia) y analizando cómo desde sus inicios el Derecho canónico se mostró contrario al *rigor iuris*, al exacerbado rigor estricto del Derecho, ideando mecanismos de moderación o de

matización del mensaje jurídico en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso particularizado. Esto pone de relieve el carácter desigualitario del orden jurídico canónico, lo cual, lejos de constituir un demérito, es explicación de su razón de ser última: ese orden jurídico busca la salvación del alma, de cada alma en particular. Implica este factor que no hay dos almas iguales, con las mismas exigencias salvíficas, por lo que es preciso articular toda una gama de instrumentos que ayuden a que la idea de justicia se materialice de modo flexible en cada caso concreto, en suma, a que la norma se adapte a cada alma. Por todo eso, es el momento idóneo de la tolerancia (atribuir legitimidad para evitar males mayores a comportamientos que son ilegítimos o están en desacuerdo con la disciplina eclesiástica general), de la disimulación (acto negativo que supone soportar un hecho o una actuación que no se puede impedir, con abstención por parte de la autoridad), de la dispensa o de la equidad, elementos todos ellos que ponen de relieve la extraordinaria flexibilidad del ordenamiento canónico, esto es, su capacidad de adaptación a todos los tiempos, lugares y circunstancias, y su gran virtualidad práctica, su gran valor pragmático, precisamente por conformar un orden jurídico pleno que es sensible a las exigencias, demandas y

necesidades de cada sujeto implicado; un orden que, sin ser llamado al subjetivismo triunfante, es capaz de armonizar un régimen objetivo con las variantes subjetivas imprescindibles, sin romper el sistema en su totalidad. Hace prevalecer, pues, a la persona por encima de la norma, lo que explica la razón de ser de todos esos mecanismos citados. Pero, al margen de esta primera acepción, la tolerancia aparece históricamente vinculada al problema de la libertad religiosa, problema que se deriva de la ruptura de la unidad confesional que experimenta Europa a partir de la Reforma, y esto nos introduce en el Cap. II, pp. 53 y ss., donde se mencionan diferentes textos jurídicos seculares en los cuales el vocablo «tolerancia» aparece para explicar y justificar la extensión de esa libertad de credos tan necesaria en la Europa de la Edad Moderna, desangrada precisamente por guerras que tenían en la religión su razón de ser. Hay un claro componente religioso en el término y en el concepto que está detrás de él (la *concordia caritatis*, frente a la *concordia fidei*, puede ser su antecedente más evidente e inmediato, siempre en términos teológicos). Desgrana la autora la aportación de pensadores católicos y protestantes (como Witzel, Cassander, Hubmaier, Frank, Schenckfeld, Castelio y Annuncio), auténticos forjadores del concepto, mostrando la dura

tensión entre autoridad y conciencia, entre fe y orden político-social, que acaba desembocando, en unos casos, en el indiferentismo y, en otros, en el respeto a la persona y a sus atributos inherentes. Razones prácticas y de pureza confesional parecen ser sus más inmediatos enemigos. Pero de ahí surge un mensaje nuevo de libertad. También hay un apartado para los textos: el Pacto de la Confederación de Varsovia (1573), el Edicto de Nantes (1598), las normas de los Países Bajos (Paz de Gante en 1576; la *Religionsfrid* de Guillermo de Orange en 1578; el Decreto de Tolerancia Mutua en 1614) y, sobre todo, la Paz de Westfalia en 1648 son los hitos en un camino que conduce a la afirmación de la pluralidad de credos y de la coexistencia pacífica de los mismos. Este último texto es acaso el más relevante porque pone fin a una guerra, la de los Treinta Años, que tuvo como causa directa el enfrentamiento confesional posterior a la Reforma, una lucha intelectual y también física que no había podido ser atajada ni en el campo secular (Paz de Ausburgo), ni en el canónico (Concilio de Trento), sino, más bien, al contrario: exacerbada por príncipes y líderes religiosos hasta extremos peligrosos, como finalmente se pudo ver. Westfalia señala los elementos esenciales sobre los cuales se vertebrará la idea de tolerancia en la moder-

nidad europea (la *itio in partes* y la *amicabilis compositio*; la triple claficacién de las religiones en prohibidas, toleradas y *recepta*, calificativo reservado a los tres grandes credos cristianos; el reconocimiento del *ius emigrandi* por razones religiosas y de conciencia como forma de neutralizar cualquier tipo de persecuci3n por tales motivos) y asf lo destaca la autora con unas referencias finales a la raz3n de Estado, desencadenante de un proceso de secularizaci3n que convierte la tolerancia de cultos en la plena libertad de conciencia, precisamente cuando el Estado hace su irrupci3n en territorios confesionales y rompe el monopolio de la fe. Prusia, Austria y sus medidas de tolerancia dan pie al Cap. III, pp. 89 y ss., examinando sucesivamente el *ALR* prusiano de 1794, monstruoso c3digo premoderno en donde habfa sitio para todo tipo de materias (incluida la conciencia), la legislaci3n religiosa subsecuente y la obra de F. J. Stahl, quien vefa en el Estado de Derecho una representaci3n del orden divino sobre la base de la confesionalidad cristiana, cuya influencia llega hasta la Constituci3n prusiana de 1848-1850, mientras que, por su parte, en el caso austriaco, se centra la autora en la obra de Jos3 II y su *Patente* de 1781. Los 3mbitos son muy reducidos en comparaci3n con los tiempos actuales, porque no se alcanza la plena tolerancia respec-

to de todos los cultos, toda vez que subsiste la confesionalidad oficial en ambos territorios, pero los avances se pueden calificar como sustanciales en cuanto a manifestaciones p3blicas y privadas de los cultos, y una cada vez mayor apertura hacia otros credos, siempre dentro del tronco com3n cristiano.

Abandonadas las cuestiones hist3ricas, los capfculos que siguen se adentran ya en los terrenos del Derecho positivo actual: el Cap. IV, pp. 111 y ss., busca el sentido y significado de la tolerancia en los textos internacionales, rebasando ya los m3rgenes religiosos iniciales y aproxim3ndose de un modo claro a la idea de democracia como uno de sus pilares esenciales (la tolerancia ha de ser el principio que inspire las relaciones, siempre complejas, entre mayorfas y minorfas, conforme a una distinción entre tolerancia horizontal o entre ciudadanos y grupos particulares, y una tolerancia vertical o exigible de y por los poderes p3blicos); el Cap. V, pp. 145 y ss., se ocupa de la formulaci3n de la tolerancia en el Derecho alem3n a partir de un examen minucioso de la obra del Tribunal Constitucional de ese pafs (un tribunal constitucional de verdad, no como otros politizados, decadentes, en declive y sin prestigio de ninguna clase), que ha convertido el concepto inicial en una virtud de dimensiones sociales con alcance general hasta casi

hacerlo limítrofe con la noción de deber fundamental con interesantes reflexiones respecto a ese recorrido; el Cap. VI, pp. 167 y ss., sobre jurisprudencia y doctrina alemana e italiana sobre simbología religiosa en las escuelas y su relación de los principios de tolerancia y laicidad (los casos más importantes son tratados con cierto detalle: oración en la escuela, bendición de la comida, crucifijos, atuendos de profesores, etc.), con especial referencia a ciertas propuestas aplicables al caso español, tema de importancia capital ahora que se está hablando de una nueva legislación sobre libertad religiosa: de ahí surgen conceptos esenciales que nuestro legislador deberá tener en cuenta, como la neutralidad, la proporcionalidad, el equilibrio, la concordancia práctica, la exigibilidad, la oportunidad, la adecuación, el intento de combinar los principios y valores de mayorías y de minorías, escrupulosamente delimitados y aplicados por los altos tribunales alemanes e italianos, y el Cap. VII, pp. 207 y ss., sobre el concepto de tolerancia en el Derecho español a partir de un análisis de la doctrina y de la jurisprudencia, y, por supuesto, de las fuentes legales (normativa sobre asilo, educación, etc.), que conduce a una clara identificación de aquella con la equidad, y es a partir de esta identificación cuando puede desplegar su papel más distinguido,

continuado y pleno, alejado ya de sus iniciales reminiscencias históricas, esto es, religiosas o cristianas, y convertido en un principio laico o secularizado, de extensión universal, transformado en una auténtica virtud de carácter social.

Libro compuesto de varias partes perfectamente ensambladas entre sí, temáticamente unitario, que de forma amena y sencilla introduce al lector, preocupado por el devenir de los acontecimientos próximos que van a tener lugar legislativamente hablando, en esta tolerancia desbordada, maximizada y exiliada de su claustro originario; una protagonista de excepción, estudiada en sus orígenes, vicisitudes, desarrollos y culminaciones, sobre la base de un concepto que ha pasado a formar parte de nuestra cultura jurídica en un lugar preferente. Sin ella, sin la tolerancia entendida en su más amplia acepción, no sería posible la libertad, ni la democracia, ni el Estado de Derecho actual que disfrutamos, puesto que sólo desde la aceptación sin restricciones de los elementos básicos de convivencia, esto es, de las relaciones entre los particulares basadas en el respeto, en la divergencia razonable, en el debate y en la pluralidad (sin que esto signifique rendiciones, claudicaciones más o menos encubiertas, falta de criterios, displicencia o superioridades morales), solamente así y con esos ele-

mentos, es posible construir una sociedad abierta, libre y, finalmente, justa, plenamente justa, pensando en el otro del mismo modo que el otro piensa en uno mismo y pensando en la propia colectividad. Ahí está la tolerancia para cumplir esa función de argamasa social, de cohesión, de freno, límite o barrera,

frente a los abusos, las imposiciones y las injusticias.

Faustino MARTÍNEZ MARTÍNEZ

Departamento de Historia
del Derecho y de las Instituciones
Facultad de Derecho. Universidad
Complutense de Madrid
e-Mail: fmartine@der.ucm.es

María José FALCÓN Y TELLA, *La jurisprudencia en los Derechos romanos, anglosajón y continental*, Madrid, Marcial Pons, 2010, 220 pp.

La nueva obra de la profesora María José Falcón y Tella plantea de una forma clara, concisa y concreta las cuestiones fundamentales que se enmarcan en el estudio de la jurisprudencia. Cuestiones problemáticas, llenas de contenido práctico e inmenso interés, que nuestra época demandaba una reflexión profunda a fin de dar respuesta a las propias exigencias de la ciencia del Derecho.

Desde un enfoque histórico, de Derecho comparado y de teoría general del Derecho, se da respuesta de una manera ordenada y coherente a los interrogantes que giran en torno al concepto de jurisprudencia, su carácter de fuente o no del Derecho y su función a desempeñar.

Con claridad expositiva, el trabajo se divide en tres apartados fundamentales: la jurisprudencia como

ciencia en el Derecho romano; el precedente judicial en los sistemas de Derecho anglosajón —distinguiendo, a su vez, dentro de ellos entre el sistema inglés y el norteamericano—, y la jurisprudencia en el Derecho continental —especialmente en el ordenamiento jurídico español—.

Entendida la «iurisprudencia» romana como *prudentia iuris*, señala la virtud del Derecho romano, la razón por la cual su aportación al orden social de Occidente perdura, en haber sido un Derecho jurisprudencial, es decir, científico, en vez de un orden impuesto por el legislador. Con respecto al carácter científico, es clásica a este respecto la definición de jurisprudencia dada por Ulpiano en el Digesto (D. 1.1.10.2) como «*divinarum atque humararum rerum notitia, iusti atque injusti sciencia*», es