

LA TOLERANCIA ENTRE LOS INDIVIDUOS COMO DEBER FUNDAMENTAL EN EL DERECHO ALEMÁN: CONSIDERACIONES APLICABLES AL DERECHO ESPAÑOL

MARÍA J. ROCA

1. LA VIRTUD MORAL DE LA TOLERANCIA Y LAS BASES DEL DERECHO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL ACTUAL: 1.1. *Tolerancia, razón y equidad*. 2.2. *Tolerancia, ¿deber jurídico en un Estado democrático?* — 2. EL DEBER DE TOLERANCIA EN LAS CONSTITUCIONES DE LOS LÄNDER. — 3. LOS DEBERES FUNDAMENTALES EN EL DERECHO ALEMÁN: 3.1. *Aspectos en los que hay acuerdo en la doctrina*. 3.2. *Aspectos sometidos a discusión*. 3.2.1. *Deberes genéricos y deberes fundamentales*. a) Deberes fundamentales genéricos. b) Deberes fundamentales de omisión. 3.2.2. *Límites de los derechos fundamentales y deberes fundamentales*. — 4. LA TOLERANCIA, ¿DEBER FUNDAMENTAL? — 5. CONSIDERACIONES FINALES.

1. LA VIRTUD MORAL DE LA TOLERANCIA Y LAS BASES DEL DERECHO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL ACTUAL

El estudio de la tolerancia como deber fundamental no puede soslayar una referencia a su entendimiento como virtud (1), ya que esta concepción sigue estando presente hoy en un buen número de los autores (2), aunque algunos de

(1) W. BRUGGER, «Toleranz», en ídem (ed.), *Philosophisches Wörterbuch*, 14.^a ed., Freiburg-Basel-Wien, Herder, 1976, pág. 408, habla de una actitud del hombre para definir el concepto de tolerancia. Este aspecto no ha pasado del todo inadvertido a los juristas, que aun sin pretender en su mayoría remontarse a cuestiones filosóficas, no dejan de poner de relieve el carácter costoso que, como todas las virtudes, entraña la tolerancia: F. E. SCHNAPP, «Toleranzidee und Grundgesetz», en *Juristen Zeitung*, 1985, pág. 857: «la idea de la tolerancia no es algo simplemente natural, es el resultado de un esfuerzo intelectual y moral».

(2) I. FETSCHER, *Toleranz. Von der Unentbehrlichkeit einer kleinen Tugend für die Demokratie*, Stuttgart, 1990. C. STARCK, «Toleranz als Freiheitsgewährleistung und Bürgertugend», en ídem (ed.), *Wo hört die Tolernaz auf?*, Göttingen, 2006, págs. 11 y sigs.

ellos traten de esta temática más desde el punto de vista de la Filosofía política que desde el punto de vista jurídico.

1.1. Tolerancia, razón y equidad

La concepción de la tolerancia como virtud se sitúa en el plano moral o en el plano político y no en el plano jurídico. Sin embargo, como la tolerancia no es un concepto jurídico en sentido estricto, ya que no aparece definido por la ley, ni ha sido puesto en la realidad por el Derecho, se trata de un concepto jurídico indeterminado. Su indeterminación aparece en la medida en que es empleado por la ley, pero no es creación del Derecho. Puesto que del concepto contenido en el término «tolerancia» dependen consecuencias jurídicas, este término debe ser pleno de sentido y utilizable. En la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados se atiende a la hora de la precisión de un concepto a dos aspectos: al uso común del lenguaje, por una parte, y a su específica función jurídica (3), por otra. Pues bien, en el lenguaje común, uno de los usos más significativos del término tolerancia es el que sirve para designar una virtud moral por la que se permite o no se reprime una conducta que se considera equivocada, ya que atendiendo al bien común o a la paz, es preferible permitirla que reprimirla. Así entendida, la tolerancia viene a ser un modo de ejercitar la prudencia. Con otras palabras: el ejercicio de la prudencia requiere en determinados casos la práctica de la tolerancia. Aristóteles no habla de tolerancia en su tratado de la justicia (4). Al estudiar la justicia, el filósofo griego habla de equidad (5) cuando trata los supuestos que hoy se consideran incluidos dentro de la tolerancia. Es decir, comportamientos que hoy consideramos tolerantes se incluyen entre las virtudes de la justicia, más concretamente dentro de la prudencia (6), como

(3) K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. de Rodríguez Molinero, Barcelona-Caracas-México, 1980, págs. 190-191: «los términos que expresan lo normativo reciben en el lenguaje de la Jurisprudencia un significado mucho más preciso del que tienen en el lenguaje usual general. Pero este significado tampoco resulta en primer lugar de una definición sino de su papel; de su función en la conexión de sentido de la esfera normativa del Derecho».

(4) ARISTÓTELES, *Nikomachische Etik*, libro V, traducción a cargo de F. Dirlmeier, en E. GRUMACH (ed.), *Aristoteles Werke in deutscher Übersetzung*, vol. 6, Darmstadt, 1956, págs. 95 y sigs.

(5) ARISTÓTELES, *Nikomachische Etik*, libro V, número 14, págs. 118-119.

(6) G. BEIN, «Gerechtigkeit bei Aristoteles» (V), en O. HÖFFE (ed.), *Die Nikomachische Ethik*, Tübingen, 1995, pág. 162: «In der *Nikomachische Ethik* werden solche Verhaltensweisen den dianoetischen Tugenden zugeordnet; näherhin der Klugheit (*phronêsis*) als ihrer Spezielformen; die Billigkeit ist demnach (beinahe) gleichbedeutend mit der Klugheit, einem Verständnis

una de sus especiales manifestaciones. Con ello la tolerancia inhiere, como la prudencia, en la racionalidad práctica y no en la voluntad (7).

Situar la tolerancia en el ámbito de la razón práctica contribuye a eliminar del correcto entendimiento de esta virtud las concepciones que consideraban a la tolerancia dentro del ámbito de la pura arbitrariedad (8) del sujeto. Ahora bien, si la tolerancia no es una decisión arbitraria sino racional, ¿supone esto que la práctica de la tolerancia implica la imposibilidad de cualquier intolerancia dogmática? ¿Es compatible la inherencia de la tolerancia en la razón con la apertura de la razón a una verdad objetiva? Este planteamiento, que contrapone la adhesión de la razón a una verdad objetiva y el ejercicio de la tolerancia como realidades excluyentes, nos parece desacertado (9). Ya la formulación «intolerancia dogmática» (10) es de suyo cuestionable, pues parece ligar la validez de

vollen Wesen und der Verständigkeit; diese Haltungen haben es alle mit Entscheidungen bezüglich des Praktischen, Einzelnen und Letzten zu tun» (En la *Ética a Nicómaco* tales conductas son clasificadas dentro de las virtudes dianoéticas, cercanas a la prudencia —*phronêsis*— como su forma específica; la equidad es en consecuencia próxima o equivalente a la prudencia, a un entendimiento pleno de la sustancia y de la comprensibilidad; estas actitudes tienen todas que ver en último término y en cada caso con las decisiones prácticas).

(7) A. KAUFMANN, *Die Idee der Toleranz...*, págs. 108-109: «Vernunft und nicht Duldsamkeit ist die eigentliche Triebfeder der Toleranz» (La razón, y no la permisón, es el verdadero resorte de la tolerancia). F. E. SCHNAPP, *Toleranzidee...*, pág. 859: «Toleranz ist aber nicht nur ethischer Herkunft, sie wurzelt ebenso in der Ratio. Das Toleranzprinzip läßt sich als moralisch fundierte Attitüde begreifen und als Gebot der Vernunft» (La tolerancia no sólo tiene un origen ético, sino que enraíza asimismo en la razón. El principio de tolerancia debe ser comprendido como una actitud moral y como un mandato de la razón).

(8) En este sentido la expresión francesa «porque tal es nuestro placer», M. KRIELE, *Die demokratische Weltrevolution. Warum sich die Freiheit durchsetzen wird*, München-Zürich, 1988, págs. 29-33.

(9) A. OLLERO, *Democracia y convicciones en una sociedad plural*, Pamplona, 2001.

(10) En la doctrina se encuentran frecuentemente adjetivos junto al término tolerancia que modifican el concepto. Entre los más relevantes cabe citar: tolerancia formal y material (O. BUNNER, W. CONZE y R. KOSELLECK, *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, vol. 6, *Toleranz*, XI, Stuttgart, 1990, pág. 505. Tolerancia formal se reduce a la mera inhibición frente a las convicciones religiosas ajenas; tolerancia material se refiere al reconocimiento positivo de las religiones ajenas, como verdadera y justa posibilidad de encontrarse con lo sagrado. H. J. BECKER, «Toleranz», en *Staatslexikon der Görres-Gesellschaft*, 7.^a ed., Freiburg y otras, 1989, vol. 5, col. 488), tolerancia formal y tolerancia sustancial (N. BOBBIO, «Le ragioni della tolleranza», en ídem, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, págs. 235 y sig. Tolerancia formal, que consiste en reemplazar la coerción por la persuasión y tolerancia sustancial, que designa el respeto de la persona del otro), tolerancia práctica e intolerancia dogmática, tolerancia política y tolerancia eclesiástica (la tolerancia eclesiástica consiste en que la Iglesia tolere en su seno distintas tendencias en la doctrina, la tolerancia política consiste en que el Estado reconozca a los ciudadanos la posibilidad de pertenecer a diversas iglesias, H. WELZEL, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs. Ein Beitrag zur Ideengeschichte des 17. und 18. Jahrhunderts*, Berlín, 1958, pág. 108).

la verdad en cuanto tal al concepto de intolerancia; sin embargo, la vinculación de la verdad en cuanto verdad no puede en el fondo ser intolerante (11).

En opinión de Böckenförde (12), es correcto mantener la intolerancia dogmática, siempre que ésta no se traspase del ámbito moral al jurídico. En cambio, Kaufmann (13) afirma que la distinción entre intolerancia dogmática y tolerancia práctica no sólo es incapaz de solucionar el problema de la tolerancia, sino que además constituye un impedimento para resolverlo. A su juicio, no es posible mantener ambos tipos de tolerancia, porque la tolerancia es una e indivisible (14). En mi opinión, la afirmación de Böckenförde no supone una «divi-

El primero que empleó el término tolerancia en lengua alemana fue Lutero [«Eine soche tollerantz könne nichts taugen, weil sie die Duldung eines wissentlichen Irrtum bedeute: Ich kan auch nit bedenken, daß einiche ursach sey, die gegen got die tollerantz möchte entschuldigen. Die Kinder mögen schmutzig sein, aber das Bad muß zumindest rein und nicht verunreiniget sein»; cfr. W. SCHULZE, «“Ex dictamine rationis sapere”. Zum Problem der Toleranz im Heiligen Römischen Reich nach dem Augsburger Religionsfrieden», en M. ERBE, H. FÜGLISTER, K. FURRER, A. STAEHELIN, R. WECKER y C. WINDELER (eds.), *Dissens und Toleranz im Wandel der Geschichte. Festschrift zum 65. Geburtstag v. Hans R. Guggisberg*, Mannheim, 1996, págs. 225-226] en una carta de 12 de junio de 1541, dirigiéndose en contra del intento de la Dieta de Ratisbona, que pretendía bajo la presidencia de Carlos V una concordia teológica entre protestantes y católicos, en la que rechazaba la tolerancia por considerar que ello significaría un error esencial [H. LUTZ, «Einleitung», en ídem (ed.), *Zur Geschichte der Toleranz und Religionsfreiheit*, Darmstadt, 1977, págs. IX-X].

Cuando hablamos de tolerancia o intolerancia dogmática hacemos primordialmente referencia al origen del término la tolerancia, pues poco después de este rechazo a la tolerancia tanto en la Reforma, como se ha visto en palabras del propio Lutero, como de la Contrarreforma, ésta surge 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 (intolerancia dogmática), respecto a los individuos de otras creencias que considera erróneas [H. R. GUGGISBERG, «Wandel der Argumente für religiöse Toleranz und Glaubensfreiheit im 16. und 17. Jahrhundert», en H. LUTZ (ed.), *Zur Geschichte de Toleranz und Religionsfreiheit*, Darmstadt, 1977, pág. 458. B. RÜTHERS, *Das ungerechte an der Gerechtigkeit. Defizite eines Begriffs*, 2.^a ed., Zürich, 1993, pág. 56: «Toleranz setzt den Wortsinn nach einen eigenen, festen Standpunkt dessen voraus, der die Meinung anderer toleriert, also erträgt». Por el contrario, intenta fundamentar la tolerancia libre de cualquier valoración T. GEIGER, *Die Gesellschaft zwischen Pathos und Nüchternheit*, Copenhagen, 1960, pág. 145]. Sobre la tolerancia en la época de la Reforma puede verse M. J. ROCA, «Sobre el concepto de tolerancia en las fuentes jurídicas seculares de los territorios centroeuropeos durante la época de la Reforma: consecuencias para la interpretación actual del término», en *Foro. Revista de Ciencias Sociales y Jurídicas*, núm. 4, 2006, págs. 49-83.

(11) H. R. SCHLETTE, «Toleranz», en H. LUTZ (ed.), *Zur Geschichte der Toleranz und Religionsfreiheit*, Darmstadt, 1977, pág. 200.

(12) E.-W. BÖCKENFÖRDE, «Einleitung zur Textausgabe der “Erklärung über die Religionsfreiheit”», en H. LUTZ (ed.), *Zur Geschichte der Toleranz und Religionsfreiheit*, 1977, pág. 411.

(13) A. KAUFMANN, *Die Idee...*, pág. 102.

(14) A. KAUFMANN, *Die Idee...*, pág. 103.

sión» de la tolerancia, sino una correcta distinción de los dos planos, que aunque no estén absolutamente separados, no pueden identificarse. La afirmación de Kaufmann debe ser matizada, ya que aun siendo «una» la tolerancia, el acto tolerante es fruto de un proceso racional que termina con el acto de la voluntad o más exactamente con una decisión (15) y en ese proceso sí que cabe distinguir dos momentos distintos: el conocimiento racional de una conducta como menos adecuada a la escalada de valores que otra, que sin embargo no es sancionada o es tolerada, atendiendo a determinados criterios o circunstancias.

Que el relativismo absoluto hace imposible cualquier tipo de tolerancia es algo mayoritariamente admitido (16). Una tolerancia sin aspiración a la verdad y sin una apertura a una posible verdad objetiva carece de sentido; sólo ante la presencia de diversas afirmaciones que aspiran seriamente a la verdad es necesaria la tolerancia (17). Cuando la tolerancia excluye por principio la posibilidad de una plenitud de la verdad en una determinada posición, entonces al menos en ese punto se convierte a sí misma en intolerancia y se sirve de un criterio que sólo puede ser afirmado de modo apodíctico, pero no puede ser demostrado (18). Cuando una afirmación se relativiza tanto que nada se tiene por cierto, se suprimen las condiciones que hacen posible la tolerancia (19).

La diversidad de opiniones se encuentra más bien al justificar el fundamento del respeto a la opinión del otro (entendiendo por tal respeto tolerancia). Para

(15) C. RAP, «Freiwilligkeit, Entscheidung und Verantwortlichkeit», en G. BEIN, «Gerechtigkeit bei Aristoteles» (V), en HÖFFE y OTFRIED (eds.), *Die Nikomachische Ethik*, Tübingen, 1995, pág. 110: «Die Entscheidung gehört zwar zum Freiwilligen, ist aber etwas Spezifischeres: Sie erfordert, daß man aufgrund einer Abwägung einer von mindestens zwei Handlungsoptionen den Vorzug einräumt. Auf diese Weise soll der Begriff der Entscheidung darlegen, was es heißt jemanden als Ursprung einer Handlung anzusehen» (La decisión pertenece ciertamente al ámbito de lo libre, pero es algo específico: exige que basándose en una ponderación de al menos dos opciones de actuación se le conceda precedencia a una. De este modo debe presentarse el concepto de decisión, lo cual significa ver siempre a alguien como origen de una conducta).

(16) A. KAUFMANN, *Die Idee...*, pág. 104. F. E. SCHNAPP, *Toleranzidee...*, pág. 859, sostiene que la tolerancia como principio racional viene a ser una «reserva de error». Pero esta reserva de error no puede confundirse con el agnosticismo o relativismo. Ello supondría renunciar a la búsqueda de la verdad. En cambio, para KELSEN (O. BUNNER, W. CONZE y R. KOSELLECK, *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, vol. 6, *Tolerancia*, XV, 4, *Tolerancia política*, Stuttgart, 1990, pág. 590), tolerancia sería en una forma de Estado democrática la actitud intelectual adecuada y como equivalencia intelectual de la Democracia se presentaría el relativismo en el conocimiento y en los valores.

(17) C. STARCK, *Der demokratische...*, pág. 373.

(18) En este punto nos apartamos de la opinión de H. RYFFEL, *Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie*, Neuwied-Berlín, 1969, págs. 334-335, pues sostiene que cualquier aspiración a una metafísica es ya intolerante.

(19) G. PÜTTNER, *Toleranz als Verfassungsprinzip. Prolegomena zu einer rechtlichen Theorie des pluralistischen Staates*, Berlín, 1977, pág. 15.

Püttner (20) la justificación radica en el convencimiento de que la verdad o falsedad de esa opinión no es demostrable, o que su demostración no es convincente. Otros autores como Schnapp (21), adhiriéndose al racionalismo crítico, consideran que es posible una verdad objetiva, pero a la vez es imposible la certeza subjetiva. Kaufmann sostiene, por una parte, que la tolerancia presupone que existe una verdad objetiva y que ésta es al menos en parte cognoscible (22) y admitir simultáneamente que su conocimiento es limitado (23), o si se prefiere, que la verdad tiene una dimensión reflexiva. Indudablemente en el ámbito filosófico la diferencia entre cada una de estas posturas resulta relevante por sus implicaciones gnoseológicas, pero estas diferencias no son tan decisivas en el ámbito jurídico, porque todas ellas permiten un concepto de tolerancia coincidente en sus características fundamentales, con excepción del concepto de tolerancia que se fundamenta en el relativismo absoluto.

1.2. *Tolerancia, ¿deber jurídico en un Estado democrático?*

Esta aproximación a la tolerancia como virtud nos ha llevado a conocer que inhiere en la razón y que tiene una estrecha conexión con la equidad. Ahora bien, su significado en el ámbito moral no puede trasladarse sin más al ámbito jurídico. A la hora de intentar resolver cuáles pueden ser las reglas de uso del término tolerancia en el lenguaje jurídico dentro de un Derecho emanado en el seno de un Estado constitucional, democrático, parece que más bien amplía el campo de su problematización. No obstante, ofrece también unas pautas para cualquier determinación ulterior de las reglas de uso de este término. De una parte, habrá de distinguirse entre la tolerancia en el ámbito del Derecho público, más concretamente en las relaciones poderes públicos-ciudadanos, y de otra, la tolerancia en las relaciones de los ciudadanos entre sí (24). En las relaciones poderes públi-

(20) G. PÜTTNER, *Toleranz als...*, pág. 14.

(21) F. E. SCHNAPP, *Toleranzidee...*, pág. 859; en este punto el autor se aparta de la opinión de SCHLETTE, quien parte no sólo de la posibilidad de un conocimiento objetivo de la verdad, sino que también afirma de modo implícito que hay criterios objetivos con ayuda de los cuales uno puede asegurarse de ese conocimiento.

(22) A. KAUFMANN, *Die Idee...*, pág. 104.

(23) A. KAUFMANN, *Die Idee...*, pág. 105; ello no implica, como aclara el autor con acierto apartándose de la opinión de Ulrich KLUG, admitir que el conocimiento humano tiene sólo un valor hipotético.

(24) Sobre la tolerancia como deber fundamental no conocemos jurisprudencia constitucional, en cambio sobre el principio de tolerancia sí hay abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán; entre las últimas decisiones que hacen referencia a este princi-

cos-ciudadanos, lo que hoy se designa en muchos casos como principio de tolerancia (25), en Derecho público se conoce comúnmente como discrecionalidad de la Administración o, en general, como la capacidad de maniobra que debe ser garantizada a cada uno de los órganos estatales (26), incluido el legislador (27). De otra parte, en el ámbito de las relaciones entre particulares, las reglas de uso del término tolerancia habrán de buscarse dentro de las categorías de los deberes jurídicos entre los ciudadanos (28), y quizá más concretamente dentro de la categoría de los deberes fundamentales (29). Igualmente, habrán de tenerse

pio, cabe citar, por ejemplo, el Auto de 31 de mayo de 2006 relativo a la pretensión de unos padres de ser exceptuados del deber de escolarización obligatoria de sus hijas por motivos de conciencia (2 BvR 1693/04) y el Auto de 19 de abril de 2007 relativo a la obligatoriedad de la asignatura de ética en el Estado de Berlín (1 BvR 2780/06). Un estudio de esta sentencia puede verse en M. J. ROCA, «Deberes de los poderes públicos para garantizar el respeto al pluralismo cultural, ideológico y religioso en el ámbito escolar», en iustel.com *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 17, 2008, págs. 19-20. En la doctrina alemana, P. UNRUH, «Zur Verfassungsmässigkeit des obligatorischen Ethikunterrichts. Anmerkungen zum Religions- und Ethikunterricht in Berlin», en *Die Öffentliche Verwaltung*, 2007, págs. 625 y sigs. Sobre el principio de tolerancia, como un elemento en la ponderación del juicio de proporcionalidad cuando se trata de un conflicto de derechos en el que está presente la libertad religiosa, puede verse M. J. ROCA, «La jurisprudencia y doctrina alemana e italiana sobre simbología religiosa y los principios de tolerancia y laicidad. Crítica y propuestas para el Derecho español», en *Anuario Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. 23, 2007, págs. 225-259.

(25) M. J. ROCA, «¿Qué se entiende por tolerancia en el Derecho español? Análisis de la doctrina y la jurisprudencia», en *Revista de Administración Pública*, núm. 152, 2000, págs. 203 y sigs.

(26) F. WERNER, «Recht und Toleranz», en *Verhandlungen des 44. Deutschen Juristentag*, vol. 2, München, 1969, pág. 12, ve la tolerancia dentro de la doctrina de la discrecionalidad administrativa y de la aplicación penal. A juicio de O. BUSCH, *Toleranz und Grundgesetz...*, pág. 76, en cambio, se trataría en ese ámbito de justicia o de equidad, pero no de tolerancia. En nuestra opinión, como se vio más atrás, precisamente por tratarse de equidad se trata de tolerancia, pues la equidad es una vía de aplicación del principio de tolerancia.

(27) Sobre la compatibilidad entre ese ámbito de acción de los órganos estatales y la necesidad de que la Constitución contenga con claridad las decisiones fundamentales, cfr. C. STARCK, «Die Verfassungsauslegung», en J. ISENSEE y P. KIRCHHOF (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. VII, *Normativität und Schutz der Verfassung - Internationale Beziehungen*, C. F. Müller, 1992, § 164, núm. 2, pág. 191.

(28) Así lo entiende U. SCHEUNER, en FRIESENHAHN y U. SCHEUNER (eds.), *Handbuch des Staatskirchenrechts*, vol. 1, 1.ª ed., Berlín, 1974, pág. 64. La tolerancia es sólo la base de un deber ciudadano para U. STEINER, «Toleranz. Rechtlich», en *Evangelisches StL*, vol. 2, col. 3632, y H.-J. BECKER, «Toleranz», en *StL*, vol. 5, col. 488. Colocan al Estado en la posición de garante o protector de la tolerancia entre los ciudadanos, sin afirmar claramente que ésta sea un deber, K. SCHLAICH, *Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip*, Tübingen, 1972, pág. 254, y F. E. SCHNAPP, *Toleranzidee...*, pág. 861.

(29) En la sentencia del juzgado laboral de Öhringen de 13-6-1991 se apunta hacia una concepción de la tolerancia como un deber del trabajador, anclado en el propio derecho de libertad

en cuenta la dogmática de los límites de los derechos fundamentales (30), de la eficacia directa hacia terceros de los derechos fundamentales o de la incidencia de los derechos fundamentales en el Derecho privado (31).

2. EL DEBER DE TOLERANCIA EN LAS CONSTITUCIONES DE LOS *LÄNDER*

Las referencias expresas a la tolerancia a nivel normativo en el Derecho internacional (32) y también en el Derecho alemán aluden a la tolerancia entre los individuos. Así, si se busca una referencia legislativa a la tolerancia en el Derecho alemán vigente, el primer ejemplo —y quizá también el más significativo— viene dado en las Constituciones de los Estados federados (*Länder*). En ellas, la tolerancia es uno de los fines de la educación. No obstante, junto a esta fuente legislativa, la jurisprudencia alemana ofrece referencias a la tolerancia como un principio que viene a ser aplicado en los casos de conflicto entre el aspecto positivo y negativo de alguna de las libertades (con frecuencia la libertad religiosa e ideológica) garantizadas como derecho fundamental en la Ley Fundamental de Bonn.

Doce de los dieciséis Estados (*Länder*) de la República Federal de Alemania han hecho uso de la posibilidad de determinar los fines de la educación

religiosa: «Dies bedeutet, daß der Btr. in stärkerem Maße unter dem Gesichtspunkt des verfassungsrechtlichen Toleranzgebotes (BVerfGE 52, pág. 233) ein mit Nachteilen für sein Grundrecht aus Art. 4 I GG notwendigerweise verbundener Ausgleich mit anderen Verfassungsrechtsgütern zuzumuten ist» (*Neue Verwaltungszeitschrift*, 1992, pág. 103). V. GÖTZ, «Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension», en *Veröffentlichungen der VDSrRL*, núm. 41, 1983, págs. 12-13; no se puede identificar el concepto de deber fundamental con el de límites de los derechos fundamentales. H. HOFMANN, «Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension», en *VVDSrRL*, núm. 41, 1983, pág. 76: desde el punto de vista abstracto de sus efectos negativos, no es posible distinguir entre deberes fundamentales y límites de los derechos fundamentales, por tanto se pueden incluir los deberes fundamentales en la categoría de los límites de los derechos fundamentales o viceversa. A su juicio, la historia de la teoría constitucional ha conducido a que los deberes fundamentales de omisión o de tolerancia con respecto a otros ciudadanos se hayan transformado en la fórmula de límites de los derechos fundamentales. En el mismo sentido A. HENKE, «Die Grundpflichten in den Landesverfassungsgesetzen unter dem Grundgesetz», *Jur. Diss.*, Würzburg, 1989, págs. 24 y sigs. G. PÜTTNER, *Toleranz als...*, pág. 22, sostiene que no hay un deber estatal de tolerancia entre los ciudadanos entre sí, porque apenas hay deberes fundamentales y porque un pretendido deber de tolerancia no se deriva de la pretendida eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros.

(30) J. BRAGE CAMAZANO, *Los límites a los derechos fundamentales*, Madrid, 2004.

(31) Sobre este tema puede verse M. J. ROCA, *Derechos fundamentales y autonomía de las Iglesias*, Madrid, 2005.

(32) M. J. ROCA, «Significado del término tolerancia en las fuentes de Derecho internacional de carácter universal», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 22, 2006, págs. 60-64.

en sus Constituciones. Estas doce Constituciones diferencian entre fines de la educación, que sólo tienen vigencia en el ámbito escolar; fines que se dirigen a los padres llamados a educar a los niños, y normas que según su tenor literal se dirigen a ambos ámbitos (familiar y escolar). Entre estos fines de la educación que aparecen recogidos en las Constituciones de los *Länder* cabe distinguir entre aquellos que se dirigen a formar la personalidad del niño, los que tienen por objeto la regulación de las relaciones personales y aquellos otros que hacen referencia a la relación con Dios. Finalmente se han introducido también entre los fines de la educación la responsabilidad hacia futuras generaciones y la protección de las condiciones fundamentales de la vida.

Entre los fines de la educación que tienden a formar al niño para las relaciones humanas hay Constituciones que hacen referencia expresa al deber de la tolerancia (33), otras que promueven la *Duldsamkeit* (tolerancia, en expresión alemana) (34) o el respeto hacia las convicciones y la dignidad de los demás (35).

(33) Artículo 15.4 de Estado de Meckelenburg-Vorpommern: «El fin de la educación escolar es el libre desarrollo de la personalidad, que por respeto ante la vida y en el espíritu de la tolerancia está dispuesta a asumir la responsabilidad para la convivencia con otros hombres y pueblos así como para las futuras generaciones».

Artículo 27.1 de Sajonia-Anhalt: «El fin de la educación estatal o sometida a control estatal y la formación de la juventud es el libre desarrollo de la personalidad, que esté dispuesta a asumir en espíritu de tolerancia la responsabilidad para la convivencia con otros hombres y pueblos así como para las futuras generaciones».

Artículo 22.1 de Turingia: «La educación y la formación tienen la tarea de promocionar el pensamiento y la conducta autónoma, respeto ante la dignidad del hombre y tolerancia frente a las convicciones de otros, reconocimiento de la democracia y la libertad, voluntad para la justicia social, disposición para la paz en la convivencia entre culturas y pueblos y responsabilidad hacia las condiciones fundamentales de la vida natural del hombre y del medio ambiente».

(34) Artículo 17.1 de Baden-Württemberg: «En las escuelas reinará el espíritu de la tolerancia y de la ética social».

Artículo 26.1 de Bremen: «En todas las escuelas domina el principio de la tolerancia».

Artículo 56.3.1.º de Essen: «Principio de cada clase debe ser la tolerancia».

Artículo 7.2 de Renania del Norte-Westfalia: «La juventud debe ser educada en el espíritu humanitario democrático y libre para la tolerancia y el respeto ante las convicciones de otros, para la responsabilidad sobre la conservación de las condiciones fundamentales de la vida y en el amor al pueblo y a la patria, a la comunidad de los pueblos y a la paz».

Artículo 33 de Renania-Palatinado: «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, en el amor al pueblo y a la patria, en la conciencia de responsabilidad hacia la naturaleza y el medio ambiente, en la conducta moral y en la eficacia profesional y en el sentido democrático y libre dentro de la fraternidad entre los pueblos».

(35) Artículo 131.2 de la Constitución de Baviera: «Los fines superiores de la educación son el temor de Dios, el respeto ante las convicciones religiosas de los demás y ante la dignidad del hombre, el autodominio, el sentido de responsabilidad, la alegría responsable, la disposición de ayudar, la apertura hacia todo lo verdadero, lo bueno y lo bello y la conciencia de responsabilidad

El uso del término tolerancia en la jurisprudencia constitucional alemana (principio de la concordancia práctica) no se identifica con el uso que de él se hace en las Constituciones de los *Länder* (como un fin de la educación). No obstante, en la sentencia del Tribunal Constitucional Federal relativa a la oración en la escuela se declaró que el personal docente está obligado tanto en Hessen como en Renania del Norte-Westfalia a inculcar en los alumnos el respeto mutuo a las convicciones y la tolerancia, ya que a tenor de las respectivas Constituciones (art. 56.3 y 4 de la Constitución de Hessen y art. 7.2 de la Constitución de Renania del Norte-Westfalia) de estos *Länder* y de las leyes escolares, los alumnos deben ser educados en el espíritu de la tolerancia (36). Se plantea, pues, la cuestión de si los fines educativos proclamados en las Constituciones son deberes de los ciudadanos entre sí, o sólo deberes de los funcionarios y de cuál sea la naturaleza de tal deber.

La determinación de los fines educativos, ¿comporta un deber jurídico? En opinión de Starck (37), la mención de los fines educativos en las Constituciones de los *Länder* supone que éstos dejan de ser un deber moral y se convierten en un deber jurídico. Esta transformación, además, es susceptible de ser contemplada en el marco de las relaciones de sujeción especial, en las que también se produce la conversión de otros deberes morales en deberes jurídicos (p. ej., el deber de fidelidad a la Constitución de los funcionarios, o el deber de trabajar de quienes están en prisión). Si por el hecho de aparecer recogidos en un texto legal los deberes morales quedan convertidos en deberes jurídicos, al tener el texto rango constitucional, tales deberes vendrían a ser constitucionales o fundamentales.

para la naturaleza y el medio ambiente». El artículo 136.1 de Baviera, igualmente: «En todas las escuelas debe respetarse en la clase la sensibilidad religiosa de todos».

Artículo 28 de Brandeburgo: «La educación y la formación tienen la tarea de promocionar el desarrollo de la personalidad, el pensamiento y la conducta autónoma, el respeto ante la dignidad, la fe y las convicciones de los demás, el reconocimiento de la democracia y de la libertad, la voluntad hacia la justicia social y la paz y solidaridad en la convivencia entre culturas y pueblos y la responsabilidad hacia la naturaleza y el medio ambiente».

Artículo 26.1 de Bremen: «La educación y la formación de la juventud tiene fundamentalmente las siguientes tareas: 1, la educación en la conciencia social, que se refiere al respeto ante la dignidad humana de cada hombre y a la voluntad de la justicia social y de la responsabilidad política que conduce al conocimiento y tolerancia frente a las opiniones de los demás y que proclama la cooperación pacífica con los demás hombres y pueblos».

(36) BVefGE 52, 223, pág. 250.

(37) C. STARCK, «Discussionsbeitrag», *VVDStRL*, núm. 41, 1983, pág. 112.

3. LOS DEBERES FUNDAMENTALES EN EL DERECHO ALEMÁN

En la visión del Derecho propia del constitucionalismo, los deberes aparecen como elementos para la seguridad y la protección de los derechos fundamentales (38). Esto ha llevado a Götz (39) a afirmar que en las Constituciones democráticas occidentales los deberes fundamentales representan elementos del orden público constitucional. Para Stober (40) y para Luchterhand (41) los deberes fundamentales son parte del Estado de Derecho constituido, porque sin ellos no podrían cumplirse exigencias necesarias para el bien común. De aquí que se pretenda incluirlos en los principios estructurales de la Constitución (42).

Según la concepción de la Ley Fundamental de Bonn —frente al abuso de los deberes fundamentales que se había experimentado en la época del nacionalsocialismo (43)—, los deberes fundamentales son concebidos como límites de los derechos fundamentales (44). Los redactores de la Ley Fundamental de Bonn querían apartarse tanto de la exageración de los deberes fundamentales propia del nacionalsocialismo como de la unidad de los derechos y deberes fundamentales propia de las constituciones comunistas (45).

Una legitimación constitucional de los deberes fundamentales es necesaria cuando se pretende ver en ellos algo más que un mero presupuesto constitucional o que el instituto complementario del poder imperativo del Estado (46). El fundamento de los deberes fundamentales son los propios derechos fundamen-

(38) K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III / 2, München, 1994, § 88, pág. 991. Con más detalle sobre el origen de los deberes fundamentales, cfr. K. STERN, «Idee und Herkunft des Grundpflichtendenkens», en K. HEILBRONNER, G. RESS y T. STEIN (eds.), *Staat und Völkerrechtsordnung*, Berlín y otras, 1989, págs. 969-984.

(39) V. GÖTZ, «Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension», en *VVDStRL*, núm. 41, 1983, pág. 21.

(40) R. STÖBER, «Grundpflichten als Verfassungsrechtliche Dimension», en *NVwZ*, 1982, pág. 479.

(41) Citado por K. STERN, *Das Staatsrecht...*, pág. 1057.

(42) Ésta es la opinión de R. STÖBER, *Grundpflichten als Verfassungsrechtliche Dimension...*, pág. 479.

(43) T. I. SCHMIDT, *Grundpflichten*, Baden-Baden, 1999, pág. 54.

(44) K. STERN, *Das Staatsrecht...*, § 88, II, 4, pág. 1015.

(45) K. STERN, *Das Staatsrecht...*, § 88, II, 5, pág. 1016. Sobre la recíproca relación entre derechos fundamentales y deberes fundamentales, cfr. T. I. SCHMIDT, *Grundpflichten...*, págs. 292-294.

(46) K. STERN, *Das Staatsrecht...*, § 88, III, 3, pág. 1022.

tales (47). En opinión de Starck (48), no puede reconocerse a nadie un derecho que al mismo tiempo no lleve aparejado un deber y que deje intacta la dignidad humana de los demás. Es decir, el fundamento de los deberes fundamentales sería la dignidad humana.

3.1. Aspectos en los que hay acuerdo en la doctrina

Acerca de la dogmática de los deberes fundamentales en el Derecho alemán, las opiniones doctrinales son coincidentes en algunos extremos y no ha llegado a alcanzarse acuerdo en otros. Entre los aspectos sobre los que hay unanimidad en la doctrina puede decirse que hay un ámbito de certeza positivo: no cabe duda de que son deberes fundamentales, a tenor de la Ley Fundamental de Bonn, el deber pagar impuestos, los deberes electorales, el deber de prestar servicio militar y el deber de desempeñar el cargo de juez honorífico (49). Las Constituciones de los Estados se refieren ante todo al deber de fidelidad en general, al deber de desempeñar cargos honoríficos, al deber de pagar impuestos, al deber de ir a la escuela, al deber de resistencia, al deber de votar, al deber de prestar ayuda y al deber de socorro en los casos de necesidad. La Ley Fundamental subraya el deber de fidelidad de los funcionarios y el deber de prestar servicio militar (50). Así pues, en los supuestos de prestaciones obligatorias del ciudadano frente al Estado se habla, en general, de deberes fundamentales (51). Hay también unanimidad en la doctrina alemana en la consideración de que los deberes fundamentales son como la contrapartida de los derechos fundamentales (52), aunque se advierta como objeción a esta concepción el que excluye la

(47) K. STERN, *Das Staatsrecht...*, § 88, III, 3, pág. 1023.

(48) C. STARCK, «Art. 1, I», en H. V. MANGOLDT, F. KLEIN y C. STARCK, *Das Bonner Grundgesetz*, 4.^a ed., München, 1999, núm. marg. 29 y sigs.

(49) V. GÖTZ, *Grundpflichten...*, pág. 27: el deber de desempeñar actividades propias de cargos honoríficos (jueces honoríficos, tareas de ayuda en las elecciones o en el censo) —previsto como deber fundamental en algunas Constituciones de los Estados— existe en realidad sólo cuando una ley lo actualiza.

(50) R. STÖBER, «Entwicklung und Wandel der Grundpflichten», en N. ACHTERBERG, W. KRAWIETZ y D. WYDUCKEL (eds.), *Recht und Staat, in social Wandel. Festschrift für Hans Ulrich Scupin zum 80. Geburtstag*, Berlín, 1983, pág. 643.

(51) H. HOFMANN, «Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension», en *VVDStRL*, núm. 41, 1983, pág. 76.

(52) K. STERN, *Das Staatsrecht...*, § 88, I, 5, págs. 997-998, y § 88, III, 3, pág. 1023, señala que en un Estado constitucional sólo tiene sentido hablar de los deberes fundamentales como un instituto jurídico-dogmático en la medida en que se trate de modo paralelo a los derechos fundamentales. Para P. BADURA, «Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension», en *DVBj*,

posibilidad de contemplar deberes fundamentales del Estado y de sus órganos frente a los ciudadanos (53).

La unanimidad doctrinal respecto a esta categoría dogmática se extiende también a algunos aspectos que podríamos llamar ámbito de certeza negativo: no son deberes jurídicos, y por tanto tampoco deberes fundamentales, los deberes morales. Igualmente los autores concuerdan en que la estructura jurídica de los deberes fundamentales no puede ser similar a la de los derechos fundamentales (54), sino que poseen prioridad los derechos fundamentales (55).

3.2. Aspectos sometidos a discusión

En una zona de duda se sitúan los siguientes extremos: ¿En qué medida los deberes genéricos establecidos en la Ley Fundamental de Bonn pueden considerarse deberes fundamentales? Supuesta la mutua relación entre derechos y deberes fundamentales, ¿en qué medida se diferencian los deberes fundamentales de los límites de los derechos? Son éstas las dos cuestiones que tienen mayor interés en relación con la tolerancia; si los deberes genéricos establecidos en la Ley Fundamental de Bonn se consideran deberes fundamentales, la tolerancia puede ser un deber fundamental.

3.2.1. Deberes genéricos y deberes fundamentales

Pues bien, la doctrina alemana parte de la idea de que no se puede decir sin más que no hay deberes fundamentales por el hecho de que en la Ley Fundamental de Bonn no haya un catálogo expreso de los mismos, se considera que los deberes fundamentales pertenecen a los principios estructurales de toda Constitución (56). Tanto los límites inmanentes de los derechos fundamentales como los concretos deberes que aparecen en la Ley Fundamental de Bonn (57) podrían considerarse como deberes fundamentales. No obstante, parece pre-

1982, pág. 862, los deberes fundamentales deben desarrollarse como un capítulo de los derechos fundamentales. Para V. GÖTZ, *Grundpflichten...*, pág. 13, la relación entre derechos y deberes se determina a partir de los derechos del individuo, pues los deberes nacen de la fuente de los derechos y libertades, poseen prioridad los derechos y libertades

(53) R. STÖBER, *Entwicklung und Wandel...*, pág. 643.

(54) H. H. KLEIN, «Über Grundpflichten», en *Der Staat*, núm. 14, 1975, pág. 166.

(55) K. STERN, *Das Staatsrecht...*, § 88, IV, 3, pág. 1063 y las citas allí recogidas.

(56) R. STÖBER, *Entwicklung und Wandel...*, pág. 643.

(57) K. STERN, *Das Staatsrecht...*, § 88, III, 2, pág. 1019.

valecer la opinión de que de esas formulaciones genéricas no puede extraerse un deber fundamental dentro del orden jurídico de la Ley Fundamental. Los deberes fundamentales en el orden jurídico en ella garantizado sólo pueden ser puntuales (58).

Ello, debido a que los deberes constitucionales sólo son susceptibles de establecerse de modo limitado y mediante ley (59). Una cierta relación entre los deberes fundamentales, las tareas encomendadas al legislador y las tareas del Estado ha sido puesta de relieve por Götz (60). Pero este mismo autor ha advertido que la responsabilidad personal no puede convertirse en un extenso complejo normativo de deberes fundamentales (61). Tampoco del principio del Estado social puede extraerse esa consecuencia. Ciertamente, el principio del Estado social trata de igualar la libertad de todos los individuos, pero no imponiéndoles deberes fundamentales, sino atribuyendo al legislador la tarea de organizar una comunidad solidaria sobre la base de la responsabilidad personal (62).

En suma, los deberes fundamentales, como categoría autónoma junto a la reserva de ley, son producto de la evolución de la historia constitucional y un caso típico de las limitaciones a los derechos fundamentales (63).

3.2.2. Límites de los derechos fundamentales y deberes fundamentales

Hofmann (64) ha puesto de relieve que la historia de la teoría constitucional (65) ha conducido paulatinamente a la transformación de los deberes fundamentales (de omisión o de tolerancia con respecto a otros ciudadanos) en límites de los derechos fundamentales. En cambio, en los supuestos de prestaciones obligatorias del ciudadano (personales o reales) frente al Estado se sigue hablando de deberes fundamentales.

(58) K. STERN, *Das Staatsrecht...*, § 88, III, 3, págs. 1032-1033.

(59) K. STERN, *Das Staatsrecht...*, § 88, IV, 2, pág. 1058, citando literalmente a H. H. KLEIN, *Über Grundpflichten*, pág. 166.

(60) V. GÖTZ, *Grundpflichten...*, págs. 36-37.

(61) V. GÖTZ, *Grundpflichten...*, pág. 17.

(62) V. GÖTZ, *Grundpflichten...*, pág. 17, en nota 47, expone que de ningún modo se deriva de la declaración del Estado social un deber fundamental.

(63) K. STERN, *Das Staatsrecht...*, § 88, IV, 2, pág. 1057.

(64) H. HOFMANN, *Grundpflichten...*, pág. 76.

(65) Sobre la historia de los deberes fundamentales puede verse STOBER, *Entwicklung und Wandel der Grundpflichten...*, especialmente págs. 645-657; H. HOFMANN, *Grundpflichten...*, págs. 58-65.

Si en las formulaciones genéricas de la Ley Fundamental de Bonn no hay deberes fundamentales, sino que éstos han pasado a ser límites de los derechos fundamentales (66), la tolerancia habrá de ser estudiada dentro de esta categoría (67). Que la tolerancia es un límite más que un deber se pone de manifiesto nuevamente si se considera que los deberes fundamentales representan elementos del orden público constitucional (68), y de modo expreso, como es sabido, el límite de la libertad religiosa es el orden público (69).

Por una parte, se sostiene que los deberes fundamentales son actividades o comportamientos exigidos con carácter obligatorio por la Constitución a los titulares de derechos y libertades fundamentales para el bien común (70). Ahora bien, ello no significa que de cada derecho fundamental se derive directamente un deber fundamental (71) para el titular de tal derecho ni que se dé una eficacia directa de los deberes fundamentales entre los particulares como se deriva de los derechos fundamentales (72).

4. La tolerancia, ¿deber fundamental?

Si los deberes fundamentales son deberes jurídicos del hombre y del ciudadano, referidos a las relaciones de los hombres entre sí (73), y establecidos o

(66) En opinión de V. GÖTZ, *Grundpflichten...*, págs. 12-13, no se debe identificar el concepto de deber fundamental con el de límites de los derechos fundamentales; H. HOFMANN, *Grundpflichten...*, pág. 76, desde el punto de vista abstracto de sus efectos negativos, no es posible distinguir entre deberes fundamentales y límites de los derechos fundamentales, se pueden por tanto incluir los deberes fundamentales en la categoría de los límites de los derechos fundamentales, o viceversa, los límites de los derechos fundamentales se pueden considerar deberes fundamentales en sentido amplio, sigue en este punto a BENDA; A. HENCKE, «Die Grundpflichten in der Landesverfassungen unter dem Grundgesetz», *Jur. Diss. Würzburg*, 1989, págs. 24-29.

(67) Cfr. Parte III, capítulo 6 (II).

(68) V. GÖTZ, *Grundpflichten...*, pág. 21.

(69) J. LISTL, «Glaubens-, Bekenntnis- und Kirchenfreiheit», en J. LISTL y D. PIRSON (eds.), *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. 1, 2.^a ed., Berlín, 1995, págs. 465-468.

(70) V. GÖTZ, *Grundpflichten...*, pág. 12.

(71) V. GÖTZ, *Grundpflichten...*, pág. 14: la pluralidad de los aspectos de los deberes fundamentales requiere —al contrario de lo que ocurre con los derechos fundamentales— una intervención específica del legislador, que tiene que tomar decisiones políticas, sometidas a la precisión de la ley y del deber de proporcionalidad. El modelo de división entre derechos y deberes los sitúa en un distinto orden y hace que siempre se requiera la intervención del legislador, como motor de la ordenación de los deberes fundamentales.

(72) K. STERN, *Das Staatsrecht...*, § 88, I, 5, pág. 1000.

(73) K. STERN, *Das Staatsrecht...*, § 88, I, 5, pág. 999.

derivados de la Constitución, que determinan la posición fundamental del individuo y que poseen un destacado significado para la comunidad y pueden ser exigidos por ésta (74), ¿constituye la tolerancia un deber fundamental?

Para responder a esta pregunta conviene referirse nuevamente a la existencia de los deberes fundamentales genéricos (a) y a los deberes fundamentales de omisión (b).

a) Los deberes fundamentales genéricos

Los deberes fundamentales se clasifican en generales y especiales. Generales son aquellos que se dirigen a la generalidad o que se suscitan como un límite general del ejercicio del Derecho, es decir, afectan al ámbito de más de una libertad fundamental (75). Por el contrario, estamos ante un deber fundamental especial cuando la prescripción está en estrecha vinculación con un derecho fundamental o se trata del reflejo de la referencia recíproca entre derechos y deberes (76).

La libertad constitucional significa garantía de la autonomía de la persona. Se trata de un concepto que presupone a una persona relacionada con los otros hacia los otros y frente a los otros, y esos otros son libres en la misma medida. Esto presupone ciertos elementales deberes de prestación, de omisión y de respeto que son la lógica consecuencia de una aspiración a la libertad que sea compatible con la organización y el cumplimiento de todas las demás tareas necesarias para asegurar el bien común (77). Los deberes fundamentales vendrían a expresar como una «referencia a la comunidad en el ejercicio de los derechos fundamentales» (78). Pero esa tolerancia exigible a los ciudadanos es un deber moral (79), no jurídico. Así hay que entender, a mi juicio, las reiteradas alusiones al deber de la tolerancia que se encuentran en la doctrina (80). Cabe, pues,

(74) K. STERN, *Das Sataatsrecht...*, § 88, I, 5, pág. 999.

(75) K. STERN, *Das Sataatsrecht...*, § 88, III, 1, pág. 1018, citando a H. HOFMANN, «Grundpflichten und Grundrechten», en *HdbStR*, vol. V, 1992, § 114, núm. marginal 48; ídem, *Grundpflichten...*, pág. 76.

(76) K. STERN, *Das Sataatsrecht...*, § 88, III, 1, págs. 1018-1019, citando a P. BADURA, *Grundpflichten...*, pág. 870.

(77) K. STERN, *Das Sataatsrecht...*, § 88, III, 2, pág. 1020, citando literalmente a H. HOFMANN, *Grundpflichten...*, pág. 74.

(78) K. STERN, *Das Sataatsrecht...*, § 88, III, 2, págs. 1021-1022, nota 208.

(79) Sobre los deberes fundamentales a nivel moral, C. STARCK, *Discussionsbeitrag...*, cit. en la nota (37), pág. 102.

(80) H. R. SCHLETTE, *Zum Thema Toleranz*, Hannover, 1979, pág. 16: «Das Gesetz der Toleranz beruht auf dem Gesetz der Gegenseitigkeit».

concluir con Püttner (81) que no hay un deber estatal de tolerancia entre los ciudadanos entre sí, además de por la razón apuntada de que apenas hay deberes fundamentales. En nuestra opinión sólo se puede hablar de la tolerancia, en sentido horizontal, con carácter jurídico a través de la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales.

b) Los deberes fundamentales de omisión

Según la doctrina alemana es propio de los deberes fundamentales exigir de los obligados una determinada aportación y que ésta no puede consistir meramente en la tolerancia o la omisión de algo que debe consistir en una prestación dirigida al bien común, como por ejemplo el deber de prestar el servicio militar. Los deberes fundamentales obligan a algo (82); por el contrario, los límites de los derechos fundamentales son una prohibición de ejercitar un derecho.

Desde el punto de vista abstracto de su eficacia negativa los deberes fundamentales y los derechos fundamentales no se distinguen en sus consecuencias, es decir, los deberes fundamentales vienen a ser una categoría de los límites de los derechos fundamentales (83). Esta opinión es compartida por Grimm y Starck, quienes sostienen que los deberes fundamentales no suponen una prestación adicional. Al contrario, toda prestación adicional supondría un peligro (84).

En suma, los deberes fundamentales y los límites de los derechos fundamentales coinciden cuando ambos actúan en el ámbito de los deberes de omisión y de permisión (85).

De lo expuesto cabe concluir:

1. Que la tolerancia de los ciudadanos entre sí no es un deber fundamental, en la medida en que no se puede afirmar con claridad que haya deberes fundamentales genéricos, ni que la fijación de los fines educativos lleve aparejado el surgimiento de deberes fundamentales (86).

(81) G. PÜTTNER, *Toleranz als Verfassungsprinzip. Prolegomena zu einer rechtlichen Theorie des pluralistischen Staates*, Berlín, 1977, pág. 22.

(82) Ésta es la opinión de V. GÖTZ, *Grundpflichten...*, págs. 12-13.

(83) H. HOFMANN, *Grundpflichten...*, pág. 76

(84) D. GRIMM, «Discussionsbeitrag», *VVDStRL*, núm. 41, 1983, pág. 193. C. STARCK, *Discussionsbeitrag...*, pág. 112.

(85) K. STERN, *Das Staatsrecht...*, § 88, IV, 2, pág. 1058; en el mismo sentido, O. LUCHTERHAND, *Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland*, 1988, págs. 529 y sigs.

(86) P. HÄBERLE, *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*, Freiburg-München, 1981, *passim*.

2. Que la tolerancia de los ciudadanos entre sí se encuadra dentro de los límites de los derechos fundamentales. Pudiendo concretarse incluso que la tolerancia es un elemento del orden público constitucional, límite tradicional del ejercicio de algunos derechos fundamentales.

3. Que la tolerancia de los ciudadanos entre sí alcanza virtualidad jurídica a través de la llamada eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales.

5. Consideraciones finales

Cabe relacionar la tolerancia de los ciudadanos entre sí con la virtud de la tolerancia en sentido ilustrado, como una virtud moral del ciudadano, pero dentro del Estado democrático de Derecho actual sólo puede tener las vías de eficacia jurídica señaladas en los apartados anteriores. Otro tipo de invocaciones a la tolerancia entre los ciudadanos (la llamada tolerancia privada) tienen un indudable valor social, pero no revisten naturaleza y eficacia jurídica.

El hecho de que una norma recoja los fines de la educación no supone —a mi juicio— que los fines educativos se conviertan en deberes jurídicos. Del mismo modo que la determinación de los fines del Estado (la garantía de la paz, la promoción de la igualdad y el bienestar de sus ciudadanos, etc.) no tiene la estructura y naturaleza de un deber jurídico, sino que son metas que orientan la actividad de los poderes públicos, la política legislativa, el sentido en que deben ejercerse las competencias atribuidas en la Constitución a los distintos órganos, etc., la determinación de los fines educativos no supone la conversión de éstos en deberes jurídicos de los funcionarios de la enseñanza, ni de los alumnos entre sí, aunque se encuentren en el marco de una relación de sujeción especial. Las sanciones por el incumplimiento de los deberes de los funcionarios están recogidas en las respectivas normas de régimen disciplinario y aunque contengan algunas cláusulas genéricas que permiten suponer la sanción de un funcionario docente por su comportamiento intolerante en el ámbito escolar, dicho comportamiento sería igualmente sancionable aunque en la Constitución del *Land* respectivo no figurase la tolerancia como uno de los fines de la educación. Este argumento cabe aplicarlo igualmente al comportamiento de los alumnos entre sí y respecto del personal docente.

Lo digan o no expresamente, los autores alemanes a los que nos hemos referido en este capítulo parten, prácticamente en su mayoría, de que la aparición de un concepto en la norma lo transforma en un concepto normativo. Para poder aceptar que la mención de la tolerancia entre los fines educativos en las Constituciones de los *Länder* convierte a ésta de deber moral en deber jurídico hay que comprobar si, cuando un concepto aparece recogido en la ley, se transforma

por ello en concepto jurídico. Siguiendo con el ejemplo de la educación, parece fácil reconocer que cuando los reglamentos educativos establecen los contenidos mínimos que deben transmitirse a los alumnos en cada curso escolar, no por ello tales contenidos (ecuaciones de segundo grado, oraciones subordinadas, ley de la gravedad) quedan convertidos en conceptos jurídicos. Siguiendo a Englisch, habría que recordar aquí que los conceptos que no son de valor tienen una función de delimitación, pero que no son conceptos jurídicos. Ahora bien, la tolerancia sí es un concepto de valor, ¿es, por ello, siempre que aparece empleado en la ley un concepto jurídico?

En mi opinión, distinguir entre conceptos de valor (buena fe, diligencia, responsabilidad, negligencia) y conceptos que designan realidades meramente materiales (cinco días, calzada, asentamiento urbanizado, etc.) resulta fácil, en principio. No parece, en cambio, tan simple la afirmación de que los conceptos no jurídicos o materiales tienen exclusivamente una función de delimitación y los conceptos de valor una función jurídica. En el supuesto del término que nos ocupa (tolerancia), siendo un concepto de valor, no deja de tener —a mi juicio— una función de delimitación. Del mismo modo que entre todos los contenidos posibles que pueden transmitirse en cada curso, el legislador determina que, en un determinado nivel, los alumnos deben aprender ecuaciones y en otro derivadas o integrales, en igual sentido, puede afirmarse que de entre todos los fines a los que puede orientarse la educación (solidaridad, responsabilidad, espíritu democrático, espíritu crítico, etc.) el legislador ha decidido incluir a la tolerancia entre ellos. Pues bien, en mi opinión, la función del concepto tolerancia no es distinta de la que tienen las ecuaciones o las derivadas al fijarse los contenidos de la educación: ambos tienen una función de delimitación, y no una función jurídica. Es decir, el concepto tolerancia puede ser empleado como concepto de valor o como concepto de delimitación. En la determinación de los fines educativos aparece en su uso de concepto de delimitación.

Otra cosa ocurría cuando quien ejercía el poder público reconocía, toleraba o prohibía determinadas confesiones (87). Ahí, reconocimiento, tolerancia y prohibición son conceptos jurídicos, porque son conceptos de valor que llevan aparejadas diferencias de régimen jurídico. Para que la tolerancia en los textos jurídicos analizados fuese un concepto jurídico y no un concepto de delimitación, el funcionario docente y el alumno tendrían que ver modificada su posición jurídica respecto al Estado, o respecto a los demás alumnos porque la tolerancia sea proclamada a nivel constitucional entre los fines educativos.

(87) M. J. ROCA, «Sobre el concepto de tolerancia en las fuentes jurídicas seculares de los territorios centroeuropeos durante la época de la Reforma», cit. en la nota 10 *in fine*.

Ciertamente, la enumeración de los fines educativos en un precepto constitucional tienen una forma exterior o estilística del discurso (verbo en imperativo, o indicativo pero con expresiones de deseo o voluntad, adjetivos de valor...) que las asemeja más a la función directiva del lenguaje que a las formas aseverativa o descriptiva; más propias estas últimas de la delimitación. Dicho de otro modo, las enumeraciones de los fines educativos en los que aparece la tolerancia tienen una fuerte connotación laudatoria, que al aparecer en una norma hacen que se trate de un discurso directivo. Ahora bien, no todo lenguaje jurídico directivo adscribe derechos y deberes.

En el Derecho español, los deberes fundamentales han sido objeto de estudio desde la Filosofía del Derecho (88) y el Derecho constitucional (89), sin que se haya planteado la consideración de la tolerancia entre los ciudadanos o tolerancia en sentido horizontal como un deber fundamental ni como un deber constitucional. Por ello, con mayor motivo resulta aplicable a nuestro ordenamiento la consideración de que la tolerancia, aunque aparezca en las leyes educativas, no es un deber jurídico en sentido estricto.

RESUMEN

La tolerancia aparece como uno de los fines de la educación en las Constituciones de bastantes *Länder* alemanes. De ahí, se ha deducido por la doctrina la existencia de un deber fundamental de tolerancia entre los ciudadanos. Este trabajo estudia la teoría de los deberes fundamentales en la República Federal de Alemania: su diferencia respecto de los límites de los derechos fundamentales, y respecto de la eficacia hacia terceros de los derechos fundamentales, para llegar a la conclusión de que la aparición del término tolerancia entre los fines educativos no convierte a ésta en un deber fundamental.

PALABRAS CLAVE: Deberes fundamentales. Tolerancia. Eficacia hacia terceros de los derechos fundamentales. Límites de los derechos fundamentales.

ABSTRACT

Tolerance appears like one of the aims of the educational system in many German *Länder* Constitutions. Hence, doctrine has deduced that a fundamental duty of tolerance

(88) R. DE ASÍS ROIG, *Deberes y obligaciones en la Constitución*, Madrid, 1991. G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, «Los deberes fundamentales», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 4, 1987, págs. 329 y sigs.

(89) F. RUBIO LLORENTE, «Los deberes constitucionales (1)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 62, 2001, págs. 11 y sigs.

among citizens exists. This work studies fundamental duties theory in German Federal Republic: its difference in relation to fundamental rights limits, and in relation to fundamental rights effectiveness in front of other subjects. We conclude that term «tolerance» establishment among educational aims doesn't imply that tolerance becomes a fundamental right.

KEY WORDS: Fundamental duties. Tolerance. Fundamental rights effectiveness in front of other subjects. Fundamental rights limits.