

que se llama con el nombre tradicional de «Derecho natural». Un Derecho anterior y superior al Derecho positivo, fundamento y fuente de obligar de éste y al que debe conformarse, al menos negativamente, para configurar la justicia de la ley. Porque, Rinaldo Orechia acepta, como nosotros, la tradición patrístico-escolástica de la reducción del concepto del Derecho al de justicia, por lo que «è chiero che la legge positiva che si trove in contrasto col diritto naturale e ingiusta» (página 18).

Ahora bien, admitida la posibilidad de una ley injusta, ¿cuál es el comportamiento ante ella de los sometidos a la misma? Es, como vemos, el problema de la obediencia o resistencia a las leyes injustas, que el autor, tras distinguir las tres clases de resistencia: *pasiva* (no ejecución de la ley injusta), *defensiva* (libertad de responder a la violencia con la violencia) y *agresiva* (rebelión, insurrección colectiva), resuelve con la doctrina tradicional católica. También da esta misma solución al problema del comportamiento del juez frente a la ley reconocida injusta. Ante el dilema «justicia» y «certeza» del Derecho, el autor repite con tantos otros: «di fronte alla giustizia, la bandiera della «certezza» del diritto puó e dove essere in qualche caso ammainata...» (pág. 22). Y terminantes y de juvenil vigor son las palabras que el propio autor cita y comparte: «Perché di fronte alla inutilità dello sforzo preseverante di vincere il male nel bene, correggendo (con altre leggi e, dove si puó, con la stessa multiforme attività interpretativa) l'ingiustizia delle legge imperante é doverosa una soluzione piú drástica, che non e solo de *abilitá*, ma è anche di *coraggio*; el coraggio di *negare* como giurista e come giudice il valore della legge ingiusta e di *resistere* como uomo alla sua applicazione. Anche se questa negazione e questa resistenza possono portare al martirio, che è poi testimonianza, pero ché «*beati que persecutionem patiuntur propter justitiam.*»

EMILIO SERRANO VILLAFañE

SCHILLING, Werner: *Religion und Recht*, ed. Kohlhammer, 1957.

En 191 páginas de tamaño y texto semejante al de las ediciones de «bolsillo», W. Schilling nos plantea el problema de las relaciones entre Religión y Derecho de forma tal que ha podido ser recogido por la «Urban Bücher, Biblioteca científica de bolsillo». Amenidad e interés no se echan de menos en el libro que comentamos. Componen la obra: una introducción explicativa del objeto, sistema e importancia de su consideración; un primer capítulo dedicado al estudio de «la divinidad como fuente protectora y defensora del Derecho y de la justicia»; otro al «estado histórico-religioso de típicas estructuras», es decir, a la «Religión y Derecho en las comunidades vitales de las primitivas religiones» y a la «Religión y Derecho en la comunidad de elección de las antiguas religiones (religión universal)»; un tercero que se ocu-

pa del «conocimiento fenomenológico religioso» en el problema que rotula el libro; el cuarto se consagra a los «conceptos centrales metafísico-religiosos en su relevancia ético-jurídica»; el quinto, «la relación de Religión y Derecho y la irracionalidad de la idea de Dios»; el sexto reza «el proceso de emancipación y de sus fronteras»; unas notas finales; un apéndice, el «nomismo: De la influencia del Derecho en la Religión (pensamiento jurídico en dogma y culto)», y «Los derechos de hombre a la luz de la Historia de la Religión». En total, seis capítulos y un apéndice es la estructura formal en la que viene desarrollado el problema Religión y Derecho desde el punto de vista «histórico-fenomenológico-religioso».

Se trata de un tema que obedece a las circunstancias actuales del pensamiento jurídico. Tras la reconocida crisis de la doctrina positivista y formalista del Derecho, que correspondió a una época cuyo término definitivo púsose patentemente por los años 1940-1945, surgen hoy preocupaciones para dar al Derecho una fundamentación filosófica de sentido ontológico. Y es un libro típicamente de nuestros tiempos, es decir, de ensayo, de tanteo, sin que haya logrado desasirse de concepciones superadas, pero aspirando a descubrir una realidad metapositiva, metafísica. Se manifiesta dicha situación crucial, por ejemplo, en el hecho del juego, en el que W. Schilling se zambulle de pies a cabeza, del doble sentido de la palabra «fenomenológico»; tanto la aprovecha en el sentido de mera manifestación (*Erscheinung*) positiva —no esencial—; como la entiende en su significado husserliano, cuando trata de descubrir experiencias fundamentales de la consciencia.

La conciencia de la crisis del Derecho y el hecho de que «la Religión ha tenido en todo tiempo y por doquier una especial significación para las relaciones jurídicas de los hombres», sirven de justificación del problema, si bien y a pesar de su importancia es escasa la bibliografía y, en general, son insuficientes las investigaciones que sobre él se han llevado a cabo. «Nos interesa aquí el aspecto científicorreligioso-fenomenológicorreligioso» de la relación Religión y Derecho, por lo que no es bastante ni adecuado el mero estudio de las fronteras de ambas disciplinas ni la relación entre Derecho canónico y la teoría jusnaturalista. Se trata de esclarecer con medios de la comparación de las religiones y de la fenomenología de las religiones y con auxilio de «fuentes materiales» la complicada intermixción de la fundamental experiencia religiosa con la idea del Derecho. En definitiva, se pretende llenar una laguna de la ciencia religiosa, siendo muy conveniente tener en cuenta que cuando se habla de ciencia religiosa no se hace referencia a la Teología, sino al modo «científico» de tratar las cuestiones de la religión, iniciado con la Aufklärung y el romanticismo.

Se comprende que una tal ciencia de la religión, que entiende su objeto únicamente desde el punto de vista racionalista e individualista y no se la considera como fenómeno social y se desatienden sus más internas intenciones, neutralice indiferentemente las relaciones entre Religión y Derecho. Tampoco una ciencia jurídica que entienda al De-

recho como mera ordenación de fines de la sociedad humana y no como una determinación del ser de la existencia humana, dedicará especial atención a las relaciones entre Religión y Derecho. Donde la mera utilidad sea lo determinante para el Derecho y la jurisprudencia, difícilmente se reconocerán las relaciones entre Derecho y Religión. Así es que se presenta la necesidad propedéutica de señalar qué se entiende en este análisis por Religión y por Derecho. No existe «Religión» para nosotros en generales ideas abstractas, sino en concretas manifestaciones; es decir, no hay que partir de una idea especulativa construída deductivamente, sino de empíricas religiones, pues Religión vive solamente en históricas religiones de determinado modo, como nos lo muestra la general historia de las religiones. El método que se utiliza es, pues, el «induktiv-religionsgeschichtlich-religionsvergleichende» (método inductivo de comparación de las religiones históricas), que registra la variedad de las históricas manifestaciones. Pero nosotros advertimos a la Religión sólo en las magnitudes históricas vividas, pudiéndose decir que la Religión es ciertamente *vivida*, entendiéndose como algo irracional que rehuye siempre en definitiva la llamada «exasta» investigación empírica, histórica. En cuanto el fenómeno religioso es algo viviente resulta un irracional respecto al cual el mero método histórico es insuficiente e inadecuado. Hay que «anudar las comprensibles relaciones» (Van der Leeuw), es decir, no hay que registrar sólo históricamente las manifestaciones religiosas, sino comprenderlas, lo que significa «captar la intención viviente de las formas objetivas y estáticas» (G. Mensching). Con lo que se traspasan las fronteras del método histórico tomando derroteros que conducen al conocimiento de la experiencia religiosa tal cual la ponemos en nosotros, es decir, al método fenomenológico religioso. Consiste este método fundamentalmente en una re-vivencia de los hechos histórico-religiosos y en comprenderlos a su través. Y es que hay solamente una única clase de comprensión del fenómeno religioso y ciertamente también de la comprensión histórica, a saber: la comprensión de alguna experiencia del espíritu. De aquí que el único método empleable para conocer la relación Religión y Derecho, tal cual la plantea el autor, sea el de comprensión fenomenológico-religiosa, que si es verdad que precisa de la Historia para su orientación y corrección, no se agota en el mero punto de vista histórico.

Conviene precisar también el sentido del concepto «Derecho» que emplea el autor. El mismo nos dice en la introducción que no se trata del Derecho en el que descansa la doctrina filosófico-jusnaturalista, ni tampoco del sentido que le dan las escuelas histórico-románticas, sino del Derecho encontrado como valedero «positivo» o «practicado» en preceptos jurídicos que constan determinadamente —escritos o no escritos—, las normas jurídicas objetivas que valen para todos dentro de determinada comunidad jurídica y el precepto jurídico en forma de no escrito derecho consuetudinario en cuanto también es derecho vigente. Se pretende con ello captar la vivencia del Derecho, es decir, entender al Derecho, como objeto de nuestras investigaciones, en cuan-

to es un algo vivido en un espacio y un tiempo, «sumergido en un medio cultural totalmente determinado». El concepto de Derecho como «norma jurídica objetiva vigente» no excluye el supuesto de que tome su punto de partida de una «idea del Derecho» y que esté continuamente en conexión con ella. Se trata de rehuir la posible objeción de que este concepto del Derecho como Derecho positivo está en manifiesta contradicción con lo que antes había apuntado. «El Derecho no viene pensado en función de unos fines. Todo positivo, efectivo derecho arranca en el fundamento de una idea del Derecho que, «como la idea de lo verdadero, del bien y de la belleza, sólo es comparable consigo misma» y «lleva su valor en sí misma». Así, pues, también concebimos nosotros el concepto de Derecho: dogma positivo en cuanto emanación de la idea del Derecho. Por ella se determinan todas las cuestiones sobre «la fuente del Derecho» y «la personalidad de los principios jurídicos». Cómo se conduce hacia la idea de Dios será la postura central de nuestras reflexiones».

Si, a nuestra modesta manera de ver, en lo que respecta al desarrollo estrictamente filosófico del problema, la obra que comentamos se queda corta, tiene, sin embargo, un gran interés por lo que respecta a la labor ordenadora y sistemática de las fuentes mitológicas y religiosas respecto a los diversos temas jurídicos y problemas generales del Derecho. Esta labor está particularmente presente en el primer capítulo. Las ideas que Dios es el creador del Derecho, su conservador y su protector, no son solamente pertinentes a religiones mitológicas, sino que se encuentran también en los escritos de las religiones que tienen un propósito de universalidad. La explicación de la «prueba y encuentro de la sentencia» con base religiosa se hace a través del análisis del origen religioso y la función jurídica del Oráculo, Ordal o juicio de Dios, del juramento y de la imprecación. Las determinaciones penales son puestas por la deidad: «Si un creyente matare por equivocación a otro creyente, tiene que pagar a la familia de éste un dinero expiatorio...» «Esta es una sanción de Alá, y Alá es el que lo conoce y el sabio». Una idea casi universal era la «Friedloslegung» o pérdida de la paz, que significa principalmente la eliminación de la comunidad del culto y con ello de la jurídica, común a celtas, germanos y hebreos—en forma especial se daba también en Grecia y Roma—, aunque con la diferencia de que entre los germanos había el deber *activo* de todos en perseguir al que perdió el «estado de la paz», mientras que entre los hebreos y árabes se trataba más bien de un deber *pasivo* de apartarlo de sí. La creencia en que los dioses determinan la pena es muy frecuente, así como también la de que los mismos dioses vigilan la aplicación de la pena. Muy conocido es el culto a los límites de los fundos que tenían los romanos, pero por su medio nos presenta la intervención de la divinidad en el derecho patrimonial, así como en el de contratos, que se hace patente por su personificación en determinadas deidades como Mithra, Varuna y Vishnú. Mayormente, si cabe, se da esta determinación de los dioses en el Derecho de familia y personas, creándose con aquélla una espe-

cie de *sacra privata* y el *pater familias*, por ejemplo en Roma, está revestido incluso de un carácter cuasi sacerdotal, dándoseles un auténtico culto a los antepasados, etc. En relación con el derecho de personas habría que destacar las castas y su carácter jurídico-religioso, pero sobre todo hay que tener en cuenta que —donde no existe xenofobia— el derecho hospitalario se funda sobre la divinidad, así como en diversas culturas el derecho del esclavo se refiere a determinadas relaciones divinas. No menor es la intervención de los dioses en el Derecho internacional y en el político, si tenemos en cuenta que los primeros pactos entre los pueblos son pactos entre los dioses, el carácter sagrado de la guerra entre los pueblos primitivos, la idea de que la constitución política es dada por los dioses, la inteligencia de que el culto es culto del Estado, el carácter sagrado de los reyes y jefes cuando ya no son mandatarios del cielo (China) o hijos del sol (Perú)... En fin, el propio Ulpiano al definir el Derecho público indicaba que abarca al culto, al sacerdocio, al magistrado.

Las relaciones entre Derecho y Religión van adquiriendo un carácter más profundo, significativo e íntimo a través del proceso histórico religioso que va desde las meras religiones naturales, pasando por las religiones comunitarias, a las religiones universales. Ello es objeto del segundo capítulo. En la medida en que «Religión» se hace cosa del particular, los ideales colectivos se renuevan y profundizan en la piedad personas —nos dice en un resumen final de este capítulo, que tenemos especialmente en cuenta—. En los estadios de las religiones primitivas aceptaba particularmente la Sippe el detrimento, mientras que en el terreno de la religión universal, que ya se vuelve al particular, el individuo acepta en su «santo» detrimento las violaciones jurídicas. Si en el terreno de la religión popular la Sippe respondía por sus miembros en las falsas declaraciones de testigos y aceptaba el daño en el estado de su mundo interior, en la religión universal el testigo perjuro aventura su religioso (trascendente e inmanente) bien de salvación. En el curso de su evolución tratará de hacer desaparecer la comprensión de los «dioses» como divinidades propias de una determinada comarca, tierra o pueblo, viniendo a una tendencia misional para reemplazarlos por la nueva relación y por la pretensión de lo absoluto, poniéndose así la religión en una dimensión profunda supranacional. Mas la esencia de la divinidad como protectora, defensora y dadora del Derecho pasa al universal mensaje de la religión universal. Con el cambio del centro desde la externa comarca sagrada al íntimo corazón del creyente se da un muy significativo ahondamiento e intimidad de las relaciones jurídicas de la religión. Se piensa ciertamente en la protección de Jesús hacia la «mejor» justicia. Un ejemplo de este proceso nos lo ofrece el propio autor: «el asesinato que en el terreno de la religión natural viene prohibido a causa del demonio de la sangre derramada; en la religión popular se prohíbe para la consideración religiosa a causa de daño que con él se hace a la Sippe; en el terreno de la antigua religión (de la religión universal) se convierte

en una falta especialmente grave que cierra la puerta al logro de la salvación».

Para ello nos lleva a un examen de estas más profundas e íntimas estructuras para averiguar la interna relación entre Religión y Derecho y se nos sitúa sobre el análisis de la íntima y fundamental experiencia o vivencia (*Urerlebnis*) religiosa, que se hace a través de Rudolf Otto principalmente. Resultando que se puede señalar un doble acoplamiento: uno que llama *extensivo* y otro *intensivo*. El primero resulta de que en la fundamental experiencia religiosa —en cuanto producto de un análisis fenomenológico— viene como dada la asociación a aquélla de la «moralidad» en su más lato sentido, por lo que el carácter obligatorio de determinadas acciones y omisiones es motivado religiosamente; se hace, así, el orden sagrado moral obligatoria y orden jurídico, resultando los inicios de un orden legal de la vida y con ello también una conciencia jurídica. El acoplamiento intensivo, más íntimo y profundo que aquél, consiste en que la conciencia jurídica, la Idea del Derecho, tomada en su propio origen, está orientada hacia la vida religiosa y en ella se arraiga. Por este segundo procedimiento se llega a la constatación de una precisa certeza a la responsabilidad resultante de la experiencia religiosa, que se hace requisito previo *sine qua non* puede existir una «Idea del Derecho». Siguiendo el desarrollo de este segundo acoplamiento se llega a explicar cómo esta certeza a la responsabilidad (*Gestimmtheit zur Verantwortung*) (1) desemboca en una fundamental vivencia de la norma que experimentaba su estampamiento en la especial conciencia jurídica. De aquí la trascendencia que presentan los propios hechos religiosos que, de alguna manera, vienen a significar una concretización de esta conciencia de responsabilidad en el primario momento objetivo del derecho positivo. Por lo que, dejando aparte el problema del Derecho natural, indica que, al menos, hay unas constantes del derecho a través del espacio y tiempo, que, siguiendo a E. Huber, trata de explicar por: 1) las fuerzas de la Naturaleza, y 2) el hombre en la propiedad de su típica estructura. Lo que le lleva a advertir que por doquier el hombre está en relación con un superior mundo de valores, como fundamentalmente significa incluso la frase de que «Dios hizo al hombre a su imagen y semejanza». Determinadas fuerzas mágicas, pues, ponen a la religión como derecho, fundamentándolas como fuerzas mágicas que actúan en la vida. Se da una relación con conceptos metafísicos, por medio de los cuales las mismas realidades vienen a ser objeto de divinación.

(1) Creo haber visto utilizada esta palabra (*Gestimmtheit*) en JASPERS o en HEIDEGGER, mas por no tener el material a la mano no he podido comprobarlo para encontrar su más exacta traducción. Es una sustantivación del participio de «*stimmen*», que ya de por sí tiene difícil traducción al castellano: ser cierto, ser así, etc. A lo largo del capítulo se habla de «Conciencia a la responsabilidad», por lo que tal vez lo más exacto sería «Conciencia cierta» o «certeza en la conciencia». La otra traducción de «*stimmen*» responde también a la idea de certeza, «afinar», «templar» (un instrumento), «prevenir».

Los indicados conceptos metafísicos vienen a ser «mitos vitales», que en cada religión indican su estado de cultura e incluso sus peculiaridades culturales, repercutiendo en la especial ética y, por lo tanto, en lo jurídico. De esta forma pasa revista al «Tabú» característico de la primitiva religión de la magia: al «Rta», custodiado por los dioses Mitra y Varuna; al «Dharma», que viene a completar y diferenciar al Rta; al «Asha», que para Ahora Mazda quiere significar casi lo mismo que el Rta; al «Fridr» (paz) de los germanos del Norte; al «Beriet» (alianza) de los judíos, y al «Agape» (dilectio, charitas) de la primitiva religión cristiana.

Con esto se encuentra para el autor prácticamente trazado el círculo de la relación Religión y Derecho, aunque convenga mostrar cómo la idea de la divinidad no puede reducirse simplistamente al hecho de su juridicidad, sino que la excede por su irracionalidad, según se muestra por la contestación negativa y desarrollo de las preguntas: 1) ¿Son los dioses siempre «justicieros»? (téngase en cuenta que, a pesar de ello, la justicia tiene origen divino); y 2) ¿Se experimenta como un «jurídico» la relación divina del hombre? También la propia historia de la evolución religiosa muestra cómo en una religión universal, y con el paso del colectivismo al individualismo, el Derecho va dejando de ser objeto de la religión para convertirse en objeto filosófico, en un proceso de emancipación de la religión, que, no obstante, tiene sus limitaciones, como se muestra en ideas comunes de sentir la santidad de la función de los jueces, en el sentimiento jurídico que tiene un carácter sacerdotal, etc.: «la unión entre Derecho, Moral y Religión indica los comienzos de la cultura, la separación de su fin». Dos pequeños apéndices terminan la obra, que pueden, sin embargo, pasarse por alto en una recensión que ya va siendo larga: el primero se refiere a la intervención jurídica y política en la religión, y el segundo, al nacimiento de la idea de los derechos del hombre y de las «garantías».

En suma, la obra es un prodigio de aprovechamiento y clasificación de las fuentes jurídicas en las diversas religiones (deja aparte al Catolicismo romano y al Evangelismo reformado), en una exposición amena y sugestiva, pero que no entra en un verdadero terreno ontológico y metafísico necesario para concretar y profundizar los resultados que esperábamos del análisis de la «fundamental experiencia religiosa y de la conciencia jurídica».

A. DE ASÍS.

SCHISCHKIN, A.: *Die Grundlagen der kommunistischen Moral*. Dietz Verlag. Berlín, 1959. 367 páginas.

Estos «Fundamentos de moral comunista» están escritos con inspiración inequívocamente comunista, con el contenido y el estilo inconfundibles y sectarios que caracteriza a los hombres del partido; se