

WOHLHAUPTER (Eugen): *La importancia de España en la historia de los derechos fundamentales*. (Conferencia pronunciada el día 26 de Marzo de 1930 por el Dr...).—Madrid, 1930. (Conferencias dadas en el Centro de Intercambio intelectual germano-español. XXVIII.)—36 págs.

La historia de las instituciones cobra un calor especial cuando sus problemas se enlazan con los que de modo inmediato preocupan al mundo contemporáneo; si a esta circunstancia se une la de poder colocar en un momento muy alejado de nuestros tiempos, y en nuestra nación, los orígenes de tales o cuales fórmulas modernas, el interés se aviva y hace que se consideren con especial simpatía los esfuerzos de un erudito que, como Wohlhaupter, pretende convencernos de que los por él llamados derechos fundamentales (especialmente el derecho de libertad personal y el de propiedad, a los que dedica preferente atención) tienen su formulación más antigua quizás dentro del continente europeo, en España, y su origen ocasional en las modalidades especiales de nuestra constitución jurídica, producidas por las exigencias de la Reconquista. La explicación de que desde España se difundió por otras naciones europeas (Francia, Inglaterra, Italia, Alemania...) la encuentra en el comercio que con ellas se sostiene directa o indirectamente y en la afinidad de elementos culturales jurídicos; que no en vano la Península Ibérica experimentó en la Edad Media el cruce de culturas tan variadas como la greco-latina, la germánica y las semíticas, musulmana y hebrea. El autor, para llegar a este cuadro de las fuentes españolas, se apoya en el trabajo de conjunto que sobre tema análogo tiene preparado y a punto de publicar (ignoramos si en este momento estará ya impreso) Roberto von Keller, con el título "Freiheit der Person im Mittelalter als verfassungsrechtliche Garantien".

Los resultados consisten en una sistematización, desde ese punto de vista, de los datos que pueden encontrarse en nuestras redacciones jurídicas, y en otras fuentes, sobre libertad personal y derecho de propiedad, así como con respecto a sus garantías.

Las condiciones espirituales que hacen posible la formación de esos derechos fundamentales (seguimos el tecnicismo del autor) en general, pueden reducirse a tres: la idea de que en la Edad Media no es el soberano sino el derecho quien reina (Kern); la concepción de que la evolución constitucional se basa en el dualismo de los principios de soberanía y asociación (Gierke); la influencia que ejerce el derecho eclesiástico y que en España se muestra precozmente. Ya en el terreno de la explicación histórica inmediata, muchos de esos derechos sólo es posible que aparezcan merced a los privilegios de inmu-

nidad o por la influencia de las ciudades existentes, así como de los nuevos núcleos urbanos.

Reduciendo ahora a los apartados más significativos su estudio, W. examina la protección del propio derecho de la tribu; la protección de la calidad de súbdito; el derecho a fallos legales; el de ser juzgado sólo por tribunales competentes; protección contra el encarcelamiento y el allanamiento de morada; liberación del deber de someterse a las ordalías; limitación a un plazo breve, del derecho a la persecución de ciertos delincuentes; liberación a los habitantes de un núcleo urbano de la obligación de satisfacer la composición por delitos cometidos dentro del término jurisdiccional, cuando no fuese habido el delincuente; la limitación de ciertos servicios, ya reales, ya personales (impuestos y servicio militar); libertad de disponer *mortis causa*; libertad de elegir domicilio; manumisión, al menos de hecho, por acogerse los siervos a la ciudad. No es solamente la formulación de estos derechos lo que ofrece interés, sino también las garantías para su efectividad, que pueden agruparse, siguiendo a von Keller, en primarias y secundarias; entre aquéllas, la garantía del propio otorgante cuando se trata de concesiones gratuitas, o el juramento; la conminación de penas terribles, espirituales y temporales, para los infractores de las cláusulas del documento, sean sus otorgantes o sucesores suyos o extraños. Entre las secundarias pueden considerarse estas mismas fórmulas penales, la concesión de protección judicial y un cierto derecho de resistencia. De estos medios de garantía, llama la atención de W. especialmente el Justicia Mayor de Aragón y los procedimientos para actuar ante su tribunal, en defensa de las libertades. El autor concluye con una ojeada a las modernas declaraciones de derechos, sosteniendo que si pueden considerarse enlazadas, más o menos directamente, con la francesa de 1789, no puede prescindirse, en los orígenes, de las influencias medievales; y en cuanto a éstas forzoso es reconocer que "España ha tenido muchas veces una posición conductora en la formación de importantes derechos fundamentales".

Hay un plausible esfuerzo en el trabajo reseñado para presentar enlazados con investigaciones paralelas respecto a otros derechos europeos los datos del derecho español; ofrece por esto interés el trabajo, más como esbozo de otro examen que puede esperarse del autor que como conclusiones enteramente seguras. Las que ahora presenta nos parecen algo precipitadas y desde luego los materiales que utiliza insuficientes para otra cosa que apuntar problemas y aventurar hipótesis. Por otra parte, la utilización de la bibliografía española carece de ponderación en muchos puntos; no es lícito colocar en la misma línea las páginas de Saldaña sobre historia y las de Hinojosa; o barajar, sin

precaución alguna, los estudios de Oliver con los de Valls Taberner. Tampoco se asigna a su verdadero autor la paternidad de ciertas afirmaciones: por ejemplo, se dice en la página 8 que Galo Sánchez atribuye el origen de los fueros municipales a las cartas de inmunidad, cuando observación análoga, tenida seguramente en cuenta por autor tan escrupuloso, está ya en Hinojosa ¹.

Podrían también anotarse inexactitudes que no son graves y menos en un autor que empieza a familiarizarse con fuentes y literatura del derecho español: así al citar (pág. 12) la ley 3 del título preliminar como del Fuero Juzgo, cuando antes se puede encontrar ya en la vulgata latina todo ese título, pág. 71: no es exacto que la persecución del homicidio sólo pueda hacerse dentro de los nueve días, conforme al Fuero de León, pues queda siempre a salvo la venganza de sangre, y lo único que se excluye es la demanda judicial para la composición; página 32, nota 21: no es cierto que el Código civil rija solamente como derecho supletorio en las provincias no castellanas; pág. 41, nota 32, *calda*, en el pasaje que cita, alude a la prueba del agua caliente y en modo alguno puede significar calumnia; las Cortes de León de 1188 ni son Cortes, ni esa redacción de leyes procede de tal fecha. (Vid. *Bol. Acad. Hist.*, tomo LXVII, págs. 26-33. Año 1915.)

No encontramos paridad entre el precepto 39 de la Magna Carta inglesa y la disposición del Fuero de Nájera, sobre que no se someta a prisión a quien dé fianza. La concepción de que la cárcel es sólo para garantizar la comparecencia ante el juez, nada tiene que ver con el precepto de competencia judicial consignado en el documento inglés, que alude, propiamente, a una pena de prisión. Por lo demás, la comparación entre la Magna Carta y las libertades medievales en España

1 No debe, además, olvidarse que la obra de G. Sánchez que cita constantemente Wohlhaupter son unas notas para uso de los estudiantes, sin aparato bibliográfico, procurando resumir el resultado de las investigaciones más modernas y seguras, lo cual consigue ciertamente. El trabajo de Hinojosa aludido es el comienzo del capítulo V, del "Origen del régimen municipal en León y Castilla", reimpreso con otros trabajos en 1903 bajo el título general "Estudios de Historia del Derecho español"; la cita corresponde a la pág. 29. Algo análogo podríamos hacer observar a Wohlhaupter refiriéndonos a un curioso estudio en que se ocupa de la prestación de las *osas* o *huesas* ("Nochmals Schube als Reichnis", publicado en *Die ostbairischen Grenzmarken*, 1930, cuad. 11, páginas 250-254). De las dos significaciones, de contradonación y reconocimiento de señorío, que puede tener esa prestación, atribuye a las fuentes españolas este segundo punto de vista (pág. 251). Pero esta explicación se encuentra ya en Hinojosa (Est. cit., pág. 39), relacionándose más específicamente la práctica de esa entrega de calzado o dinero equivalente con el movimiento en favor de conceder validez a los matrimonios celebrados por los siervos, con lo cual acaso vaya más lejos, englobando las dos significaciones en el acto de entrega, del reconocimiento de señorío y de pago del consentimiento.

se encuentra ya hecha en un estudio de Altamira que el autor no conoce ².

La traducción es incorrecta muchas veces, poco técnica otras, empezando ya por el título: la expresión derechos fundamentales, como equivalente a *Grundrechte*, es extraña enteramente a nuestro vocabulario jurídico público. ¿No podría haberse dicho derechos individuales?

No queremos continuar por no dar a esta nota ni el tono de una objeción fundamental, ni tampoco la acritud de una censura continuada: el autor merece trato distinto, y si nos permitimos estas ligeras advertencias es mirando más al fruto que nuestra historia jurídica puede prometerse de quien, como Wohlhaupter, se asoma a los problemas de aquella disciplina con tan excelente disposición como buenos medios de trabajo: sentiríamos verlo frustrado por el afán de inundar con publicaciones constantes y precipitadas la bibliografía alemana y española.

R. R.

TORQUATO BROCHADO DE SOUZA SOARES: *Apontamentos para o estudo da Origem das Instituções municipais portuguesas*. Lisboa, 1931; 168 págs.

El problema fundamental de la génesis de las ciudades y de las instituciones municipales de la Edad Media ha dado lugar, como se sabe, a una copiosa literatura. Alemania, principalmente, proporcionó a la bibliografía sobre el tema algunas aportaciones del mayor interés. A la primitiva tesis romanista sucedió la germanista, que se multiplicó en teorías de orientación muy diversa —Arnold, Nitzsch, Wilda, Von Maurer, Sohm, Von Below—, sin que pueda afirmarse todavía respecto del problema nada definitivo ni incontrovertible, ni siquiera después de los trabajos más recientes de Pirenne, Ritschel y Keutgen. Hoy puede asegurarse que este magno problema de la historia medieval sigue planteado sin solución satisfactoria. Incluso la tesis romanista, que parecía abandonada definitivamente, ha cobrado en los últimos tiempos cierta vitalidad por algunas ideas de Dopsch y, en lo que a España concretamente se refiere, ha sido adoptada sin titubeos por Ernesto Mayer. Pero lo que interesa subrayar ahora es el hecho de que literatura tan abundante apenas si ha repercutido entre nosotros, no obstante poder aplicarse aquí buena parte de lo investigado y discutido más allá de los Pirineos. La bibliografía peninsular acerca del origen de municipios y ciudades puede concretarse en cuatro nombres: Herculano, romanista; Hinojosa, germanista y autor del único estudio especial sobre el

² *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Tomo I (1918).