

principio de la cuota de libre disposición; señala cómo la cuota libre no es ninguna parte del muerto en el sentido que le atribuía Brunner. Acaso sea uno de los mejores capítulos de la obra el que Schultze consagra a la cuantía de la cuota libremente disponible en los distintos derechos germánicos: la *tertia*, por ejemplo, del derecho franco, la explica Schultze por la razón de no colocar a Cristo en situación inferior a la viuda; la quinta visigoda, al inspirarse en la división *pro capite* del viejo derecho, por la circunstancia de que la comunidad doméstica visigoda se computaba en seis cabezas. Los últimos capítulos de su monografía los consagra Schultze al estudio de las advertencias y sermones de San Agustín y a su influjo sobre el derecho del período siguiente.

Para la Historia del Derecho español tiene este libro un interés muy grande, que es preciso subrayar, en cuanto que dedica páginas numerosas al derecho visigodo y a la quinta parte como medida de división de la cuota disponible en aquel derecho, quinta que se mantiene en nuestro derecho medieval. Ya hemos aludido a determinadas discrepancias con Schultze en este aspecto, desarrolladas en otro lugar de este mismo volumen. Allí las encontrará quien se interese por el problema.

L. G. DE V.

GEORG DAHM: *Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter*.—Berlin und Leipzig, Walter de Gruyter, 1931; XXIV + 555 págs.

En los *Beiträge zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, que dirigen los profesores Grünhut y Schmidt, ha aparecido recientemente el admirable volumen de Jorge Dahm, *privatdozent* en la Universidad de Heidelberg, que va a ser objeto de nuestro comentario. Las publicaciones antes aparecidas en estos *Beiträge* hacen ver bien que no se trata de trabajos para la elaboración de la historia del derecho penal alemán, sino de contribuciones para mejorar el estudio de algunos puntos. Ello viene a reconocer que la historia del derecho penal alemán puede considerarse sintetizada en los manuales de historia. Casi puede decirse lo mismo con referencia a Italia. Construídas las síntesis es posible ir atendiendo con un mayor conocimiento del conjunto de la materia —conocimiento que como antecedente nos parece esencial— a la rectificación o ampliación de determinados puntos. En ningún otro país podría realizarse de modo más favorable una investigación de este tipo. Alemania e Italia llevan una ventaja de bastantes años en este hecho de la organización de los problemas preliminares. No podía, por tanto, Jorge Dahm, haber encontrado en otras tierras condiciones tan halagüeñas para iniciar esa empresa: verdad es que esas mismas circunstancias obligaban a exigir un resultado muy meritorio; apresurémonos a decir que Dahm ha salido felizmente de su pri-

mera aventura histórica (porque parece que Dahm ha inaugurado con este trabajo su colaboración en tales materias), y ese es un dato que conviene tener presente al estudiar el método con que ha emprendido la construcción de este nutrido volumen. Se trata de un jurista que hace historia del derecho.

El tema escogido ha sido consecuencia del reconocimiento de la importancia que en el desarrollo del moderno derecho penal corresponde a la ciencia jurídica italiana de la baja Edad Media. Ya un ilustre maestro alemán, el profesor Kantorowicz, dedicó una investigación feliz y profunda a la figura de Alberto Gandino y al movimiento que en la ciencia penal significa esa gran figura. El libro de Dahm es paralelo al de Kantorowicz. Su autor no se recata en ocultarlo: es una labor semejantemente orientada, con un contenido intelectual análogo, sobre el mismo territorio; solo el problema aparece diverso con relación a la época, que es, como se ve, algo anterior al siglo en que vive Alberto Gandino.

Antes de abordar detallada y concretamente el tema, Dahm dedica unas ochenta páginas introductorias a cuestiones generales. En estas páginas hay juicios certeros de valor típico para cualquier investigación de Historia jurídica. Nos será permitido, por tanto, una pequeña alusión.

En la Italia de la Edad Media nota Dahm recio fluir y refluir entre práctica y doctrina. Las teorías penales italianas —y aun las demás teorías jurídicas de la época— no son, como pudiera suponerse, resultado de elaboración especulativa, con relación más o menos intensa pero siempre destacada a la doctrina anterior. Más que en esa forma, la doctrina jurídica italiana se presenta dependiente de la vida procesal y judicial —incluso notarial—. Los mayores escritores del siglo XIV habían ejercido prácticamente. Gandino, Cino y, probablemente, Reinerio de Forlívio, eran jueces; Alberico de Rosate y Baldo, abogados. Otros ocupaban cargos en consejos o sencillamente en la administración. No se trataba, por tanto, de estudiosos alejados de la realidad de la vida, al modo de los tratadistas encerrados en los cenobios. El hábito de los dictámenes se advierte impregnando no sólo las conocidas colecciones de “consilia”, sino también en los comentarios, tratados y diccionarios jurídicos, donde se acumulan observaciones prácticas. Y he ahí que cuando no es el juzgador que legisla, como en las “fazañas” españolas, es el jurisconsulto que juzga, que ha juzgado o que por lo menos aconseja.

En relación con tales cuestiones se encuentra propiamente la del desarrollo de las ideas jurídicas dominantes a través de la Universidad. Esto resulta singularmente digno de atención. El derecho común que se separa de las glosas se considera como derecho practicado. Así la Universidad medieval es mucho más técnica que la Universidad moderna. Hablo de técnica en un sentido de norma de procedimiento, como es claro, dentro de la idea sombartiana y de su referencia a Casanova.

Intimamente conexa a todos estos puntos, domina la realidad de una

creciente intervención de los juristas en la elaboración de las leyes. Sus opiniones, nacidas de la práctica, pasan de ser *responsa prudentium* para devenir propiamente texto legal.

Si se piensa que en aquellos momentos del bajo medioevo los más fundamentales influjos aparecían cruzándose y compenetrándose, se tendrá que reconocer el gran valor de investigaciones de esta índole, no ya para la historia de determinados institutos, sino para lo que es más importante y está por hacer: la historia de la repercusión de los elementos típicos, y —como consecuencia— la teoría de esa repercusión. Recordemos que hay que atender a los libros de prácticas, a la orientación política que vivifica los problemas, al derecho romano y los estatutos municipales, al derecho canónico y a la literatura penitencial. Esa diversidad de tendencias jurídicas coincide con un concepto un poco fascista de la ley, que lleva a la modificación de ésta por móviles políticos. El arraigo consuetudinario del régimen relativo a derecho privado hace que esas modificaciones repercutan casi exclusivamente en derecho administrativo, pero sin que falten transformaciones en materia penal y procesal. Por ese concepto —un poco antiliberal— se explica, como oportunamente recoge Dahm, que en Florencia, de 1213 a 1307, se den más de veinte revisiones del estatuto ciudadano: era la razón del adagio “legge fiorentina dura da sera a mattina...” Si dejamos aparte las disposiciones relativas al derecho privado, a cuya persistencia hubo de ayudar esa virtud conservadora propia de las constituciones ruralistas, el resto de la legislación quedó sometido a las veleidades de la política. Digamos de una vez que entonces aparece ya ese concepto que entiende a la ley no como regla de la convivencia social —que es concepto teológico-liberal—, sino como medio técnico al servicio de los gobernantes —para utilizar casi una definición soviética, que es también fascista—. Dahm declara que la legislación urbana se convierte, después de la victoria popular, en un medio de lucha puesto en manos del pueblo. El dominio de tal idea se nota sobre todo en la elaboración de la ley y en las disposiciones de derecho penal. Así se dan medidas contra los magnates, que convierten a éstos en “ciudadanos de segunda clase”, por ejemplo, en materia de formas para iniciar el proceso. Tal idea no era un producto especulativo. Por un lado la victoria de las clases populares impuso el apartamiento de los nobles de la vida política: gobernaban los gremios: quien estaba fuera de ellos aparecía fuera de la sociedad y sujeto a un derecho menos favorable, en cuya construcción nada importaban los intereses políticos. De otra parte, el partido victorioso no concebía una comunidad de gentes de intereses distintos, cuya colaboración debía reglar; él no concebía la idea de que fuese el protector del poder del estado, y no pasaba de considerarse como colector de los intereses de sus asociados.

Conviene bien a esa idea del poder como botín de la lucha la vibrante aspiración a la tranquilidad, a la quietud y el silencio, como punto fun-

damental de la vida pública y arranque de no pocas instituciones penales. Recuérdese de qué forma el sentido que escándalo tiene en la *lex Alamanorum* —“cum clamore”— pasa a la legislación municipal. El ideal de la ciudadanía italiana era la paz y el reposo: háblase del “buono e pacífico e tranquillo stato del comune e del popolo”. No estaría de más, en las interesantes alusiones que Dahm hace allí, una referencia a la tranquilidad que implicaba la misma arquitectura con los patios interiores —“cortilia”— y las fachadas apenas sin huecos. Enlázese todo con las abundantes medidas tomadas por los estatutos italianos contra fiestas clamorosas, circulación y ruido callejero. No falta en España algo semejante, sobre todo en Levante, donde las disposiciones que obligan al silencio una vez sonado el *Angelus*, tan parecidas son a las de Italia.

Dahm encuentra el modo de relacionar esto, recordando la doctrina de la ley antes aludida, con los problemas de capacidad. Quizá la construcción no sea muy rigurosa; porque si efectivamente de la victoria del “popolo” puede deducirse esta elaboración de un derecho en el que los magnates están fuera, no es tan lógico pensar en la falta de capacidad del proletariado, y mucho menos tratar con ello de la condición de la mujer y de los judíos. Hubiera convenido que quedase bien acentuado el carácter burgués e industrialista de la victoria popular; en ese sentido incluso iría muy bien una referencia de la condición del rústico, cuya “capitisdiminutio” procede directamente del dominio industrial: baste que pensemos en la regulación que los estatutos ciudadanos hacen del régimen de la agricultura, exigiendo, por ejemplo, que se cultive cierta cantidad de lino y se haya de vender a un precio establecido por los elementos industriales dueños del gobierno municipal.

Un pequeño capítulo se dedica al estudio de los influjos económicos, y en seguida se trata de los elementos religiosos, así como de la unión de éstos con aquellos en la lucha contra la magia. Y se cierra la introducción con lo que a teoría de la legislación se refiere. Inicia la consideración de su estructura la tesis de los conflictos y la prelación de las fuentes legales. Los glosadores hablan del derecho común frente al estatutario; los teólogos, del derecho natural y el divino sobre el estatutario y el común. Esos problemas son abordados por los escritores de la Glosa. Baldo establece que los estatutos no pueden ir contra lo espiritual reglado por derecho divino, pero admite cierta prevalencia estatutaria en lo temporal. En lo canónico, ya Cino mantuvo una posición favorable: para Cino no podían valer las leyes hechas “contra libertates ecclesiae”. Con relación al derecho penal, importa más fijarse en la aceptación de las sentencias judiciales como leyes; el ejemplo del estatuto de Verona, que concede a los jueces, en aquello que no está reglado por la ley, “liberum habeat arbitrium puniendi”, es muy expresivo.

A partir de este punto el libro de Dahm se circunscribe a los particulares problemas penales. Su examen exigiría que diésemos a esta nota

una extensión desacostumbrada. Vamos a limitarnos, por tanto, a una referencia al índice de materias y al método de exposición.

Dahm distingue dos grandes secciones: una parte general y otra especial. En la primera, después de unas indicaciones preliminares, estudia el concepto del delincuente y la clasificación de los hechos punibles; la graduación de la culpabilidad en casos determinados; la legítima defensa; el estado de necesidad y el auxilio culpable; la delincuencia de los grupos corporativos; la acción penal; la tentativa; la coparticipación en el delito, cooperación y complicidad, concurrencia, responsabilidad penal y penalidad. En la parte especial se examinan los diversos hechos punibles: homicidio, lesiones, ofensas al honor, sacrilegio, delitos contra las costumbres, atentados a la libertad, distintos delitos contra la propiedad y la inviolabilidad del domicilio, hurto, rapiña, fraude, simulación, concusión, ciertos delitos de daños e incendio, el "falsum", el engaño y la violación de contrato.

La simple enunciación de este contenido hace recordar la indicación hecha al principio de nuestra nota sobre el hecho de que Dahm no sea un historiador sino un jurista. Este plan o índice exterioriza claramente que el autor sigue un método dogmático, pretendiendo explicar los antecedentes del derecho penal moderno mediante una elaboración que permita acercar a las categorías actuales los conceptos de la Edad Media. Dahm sujeta rígidamente a aquel plan la exposición de su investigación y argumenta la aceptación del método. "Un trabajo —declara poco antes de iniciar su desarrollo—, un trabajo hecho hoy sobre asunto medieval según se muestra en la forma de exposición derivada de las fuentes históricas sería incomprensible para el lector moderno" (página 84). Se trata de aprovechar los métodos de abstracción y clasificación como medio para que sea posible presentar al lector moderno el derecho pasado. Compréndese que una adecuación de los conceptos medievales a las ideas modernas no sea lícita: está prohibido —añade Dahm— medir los conceptos históricos con las ediciones modernas; se permite la exposición del derecho pasado con ayuda de las categorías actuales.

Utilizar el método dogmático en la organización expositiva del derecho histórico va poniéndose de moda entre los trabajadores de la juventud intelectual. Por la valoración que ello implica de cada instituto considerado como antecedente, si bien es verdad que algunas instituciones quedarán fuera, no es menos exacto que se conquistará para la historia del derecho un puesto próximo entre las ciencias útiles para la vida.

La aceptación de ese método hace más aprovechable no sólo para el jurista actual sino también para su utilización en las contribuciones de derecho histórico comparado, el libro de Jorge Dahm. No es posible dar ni siquiera un elenco sumarisimo de los puntos que importa considerar con relación a instituciones penales de nuestra historia del de-

recho. Son tantos éstos, que su simple reseña haría doblar la extensión de esta nota. Afirmar lo que advertimos equivale a exaltar el valor que para el estudioso de nuestro derecho pasado encontramos en el libro de Dahm. No sólo porque la escuela del derecho penal italiano también influye en España, sino especialmente por las similitudes de producción que se encuentran entre el régimen estatutario italiano y el sistema —en el fondo diverso— de nuestros fueros municipales, he creído que de este libro convenía dar noticia en estas páginas, aunque la pretensión del epígrafe inicial y su referencia estricta a Italia y Alemania, podrían hacer juzgar inadecuado su comentario.

JUAN BENEYTO PÉREZ.

*Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Bilbao. Las Ordenanzas del Consulado de Bilbao.* Tres conferencias con motivo del centenario de su derogamiento, leídas por DON TEÓFILO GUIARD LARRAURI, DON MANUEL TORRES LÓPEZ y DON ANTONIO ELÍAS y SUÁREZ.—Bilbao, Escuelas gráficas de la Santa Casa de Misericordia, 1931. Un vol. en 4.º de 104 páginas.

Aunque con algún retraso, para enaltecer y recordar las Ordenanzas del Consulado de Bilbao, derogadas por la publicación del Código de Comercio promulgado en 30 de mayo de 1829, la Academia de Derecho y Ciencias sociales de Bilbao organizó, en las noches de los días 3, 6 y 13 de diciembre de 1930, tres conferencias en torno a las Ordenanzas y al Consulado.

Se dió en la primera una *Noticia de la fundación, desenvolvimiento y extinción del Consulado de Bilbao* (págs. 9-44), a cargo de don Teófilo Guiard; trató la segunda de *El proceso de formación de las Ordenanzas de Bilbao de 1737* (págs. 47-72), por don Manuel Torres; y fué la tercera, de don Antonio Elías, *Una excursión a través de las instituciones jurídicas contenidas en las Ordenanzas del Consulado de Bilbao* (págs. 75-104). Se quiso con ello dar una idea completa de la historia del Consulado y de lo que representó en la Historia del Derecho mercantil.

Don Teófilo Guiard, en la primera conferencia, ha procurado resumir con toda brevedad el contenido de un tema tan amplio. Con un entusiasmo, no disimulado, por Bilbao, alude brevisísimamente al origen de la villa y al desarrollo de su comercio durante la Baja Edad Media y de la rivalidad con Burgos, y con más detalle examina la creación del Consulado, *Juzgado de los hombres de negocios de mar y tierra* y *Universidad de Bilbao* y el nacimiento de la jurisdicción mercantil; la rivalidad con el de Burgos y la transformación de aquél y