

BIBLIOGRAFÍA

VON KELLER (Robert): *Freiheitsgarantien für Person und Eigentum im Mittelalter. Eine Studie zur Vorgeschichte moderner Verfassungsgrundrechte. (Deutschrechtliche Beiträge herausgegeben von Konrad Bayerle. Band XIV. Heft 1).* —Heidelberg, Winter, 1933, 311 págs.

En este mismo ANUARIO (tomo VIII, págs. 548-551) tuvimos ocasión de dar cuenta de la publicación de un opúsculo breve, pero interesante, del doctor Eugen Wohlhaupt, acerca de la importancia de España para la historia de los derechos individuales, o fundamentales, como dice el título. Ya en ese trabajo Wohlhaupt alude a la inmediata aparición de este libro, sobre el cual vamos a intentar ofrecer unas notas de extracto que, sin exceder los límites de lo normal y permitido en recensiones, presente al lector una idea aproximada de su contenido y ponga de relieve el interés que tal estudio merece suscitar.

El tema, desde luego, excede los límites de la consideración erudita de un problema sólo interesante para historiadores y penetra en terrenos muy trabajados ya por estudiosos del derecho constitucional; sólo que mientras éstos se limitaron generalmente a presentar un aspecto de la cuestión, y a referirla a la época de la Revolución Francesa y sus antecedentes inmediatos, v. Keller pretende ir mucho más allá y abarca el problema en toda su extensión europea, llevándolo por otra parte hasta la Edad Media. Y así, mientras las interesantes polémicas que a fines del siglo pasado sostuvieron Jellinek y Boutmy versaron sobre si era la Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano obra autóctona, de la Revolución francesa, o copia de un modelo norteamericano, v. K. busca en una exposición de las formulaciones de esos derechos durante el medioevo a través de Alemania, Inglaterra, Francia, Flandes, Italia y España, la base para sus conclusiones. Nuestros eruditos y políticos no habían dejado de suscitarse la cuestión y en ciertos aspectos se habían adelantado a opiniones modernas, aunque sin

salir de los datos que les brindaba la historia española: recuérdese el Discurso preliminar de la Constitución de Cádiz y en general la obra de nuestros liberales de principios del siglo XIX, con Martínez Marina a la cabeza, recabando para nuestros cuerpos legales de la Edad Media el origen de las libertades políticas y sosteniendo, no como cuestión exclusiva de interpretación de nuestra historia, sino como tesis jurídica, que la libertad era entre nosotros nacional y antigua, mientras el despotismo era producto reciente y de importación. Y en cuanto a la literatura española contemporánea, recuérdense las ponderadas páginas que escribió como preliminar a la traducción del opúsculo aludido de Jellinek el Maestro Posada.

Como queda indicado, el libro de v. K. es una obra de historia, pero trabajada por un jurista, y como va buscando la construcción dogmática en tiempos pasados de una serie de garantías que en su opinión son asimilables sustancialmente a las modernas garantías constitucionales, de aquí que comience por delimitar el objeto a que va a aplicarse. Para él, la cuestión de estas garantías se resuelve en un episodio de la eterna lucha entre la autoridad pública y el individuo por la delimitación de sus esferas de acción, lucha que sólo puede apaciguarse mediante el reconocimiento de la existencia de una serie de proposiciones jurídicas superiores al individuo y al poder público, y realizables. Ya es menos interesante para lo que aquí se trata que esas normas se hayan elaborado consuetudinariamente o estén formuladas en forma de leyes, e incluso que no tengan otra sanción que la de orden ético o religioso. Al fin y al cabo la Edad Media europea conoce la elevación a la categoría de apotegmas religiosos de ciertos principios jurídicos: por ejemplo, la santidad de los contratos, la sujeción del señor al derecho y la responsabilidad perdurable del hombre. El fin de esta disertación se reduce precisamente a perseguir en su evolución tales proposiciones, tengan uno u otro tipo.

La forma que la Edad Media encuentra para dar colorido jurídico a estas instituciones, fué la autolimitación del señor; éste, de quien en principio procedía la facultad de crear el derecho, se obligaba a respetar un círculo de actividad libre de sus súbditos, y cualquier clase de mandatos o prohibiciones que afectasen a ese círculo debían considerarse como ineficaces. Un paso más: el titular del poder no estaba autorizado para rectificar los límites por él puestos a su actividad, en cuanto afectara a ese orden de libertad, sin el consentimiento de sus súbditos y salvo el caso de circunstancias gravísimas. He aquí ya la garantía para el derecho de libertad.

Aunque en la forma de una promesa unilateral, éste es el camino que nos muestran los documentos medievales, otras veces existen un verdadero pacto con una persona o un grupo de ellas, por parte del titular:

del poder. La concesión se hacía a los mismos interesados o a una persona interpuesta que tenía algún interés en recabar esas garantías: piénsese en el caso de la inmunidad. El presente trabajo se refiere sólo al primer grupo de garantías, las que se designan muchas veces en los privilegios medievales como *jura et libertates*.

Dos grupos de fuentes se habrán de considerar: de un lado, los privilegios de las ciudades medievales; de otro, las concesiones que obtienen las agrupaciones de hombres que sirven en los séquitos feudales. El aspecto en que se han de examinar estos problemas es el puramente jurídico-constitucional, prescindiendo de consideraciones de derecho privado o de tipo político, o social, cuando no resulten absolutamente indispensables. Por lo que hace a la limitación de tiempo y espacio, se fija la atención singularmente en los siglos XI, XII y principios del XIII, y en los países de Europa que ofrecen notas típicas en orden a la cuestión. Hasta aquí la introducción, exponiendo cómo se delimita el objeto que va a examinarse.

El segundo capítulo presenta un panorama de la aparición, en conjunto, de esos derechos de libertad en la Edad Media. Ligado íntimamente este problema con el aspecto que ofrece la potestad política, conviene recordar que la antigua tradición germánica consagraba la sumisión del rey a la ley, y que el Cristianismo determinó claramente la naturaleza moral de esta obligación, llegando con su influjo a las fuentes visigodas tardías y a las merovingias. Ciertas fórmulas de consagración y otras solemnidades (el juramento, por ejemplo), ciertos procedimientos de designación (el sistema electivo aplicado a la monarquía) refuerzan esta idea. Otras veces toma la forma de pactos o leyes; en algún caso es una promesa general (*ut omnes fideles sint de nobis securi*), dice un documento de la época de Carlos el Calvo, 869; en otros casos, se habla de que se respetará la ley personal de los súbditos, o que no se impondrán penas sino por sentencia judicial. Corresponden estas fórmulas a aquel pensamiento que late en el fondo del derecho medieval, según la interpretación de Gierke, en cuya virtud todo derecho surge de la idea de que existe un contrato de todos con todos. Lo que ocurre es que los límites que en los tiempos primitivos existían claramente fijados, se borran y disuelven en numerosas y complicadas relaciones de señorío, y en lugar del gran pacto colectivo, se instaura un gran número de contratos individuales, que se estrechan y condicionan en proporción a su número. Ejemplo de este tipo de pactos es el pacto feudal. No es que con esto desaparezca enteramente el tipo de pacto colectivo: los encontramos, por ejemplo, en aquellos casos de concesiones generales que hacen los señores a sus vasallos, ofreciéndoles garantías de la libertad y de la propiedad. Pero al lado de esto, y superándolo en importancia, va creciendo el número de los comerciantes en la Edad Media, hasta que llegan a constituir una de las clases u órdenes de la sociedad, y entonces también ellos,

colectivamente, intervienen como elemento que contrata con los señores. Este movimiento se ve favorecido por el crecimiento de la burguesía en las ciudades ya existentes y por el gran número de poblaciones nuevas que se crean.

En el fondo de este movimiento ciudadano se observan analogías con los antiguos privilegios de clase de los contratos feudales. Estos mismos van a quedar influídos por la situación económica modificada que producen esas clases mercantiles e industriales que, cuando llegan a hacerse poderosas, realizan un activo comercio cuyo mantenimiento interesa ante todo a los reyes, y así surgen los privilegios de mercado en las plazas comerciales más importantes y juntamente se elabora un derecho adecuado a las necesidades de ese mercado y de su tráfico, que en un principio no está escrito. De este germen proceden las demás libertades, que pronto se asimilan a las concesiones de inmunidad, con lo cual las concesiones de libertad se extienden a todos los habitantes y producen el nacimiento de una jurisdicción especial, que es, además, defensora de los privilegios del núcleo urbano o del territorio a que se extienden. Concesiones de éstas se encuentran ya en el siglo VIII.

Cambia luego la forma y se extiende, además, el concepto: asentados los comerciantes en los lugares donde antes se desenvolvía un mercado, aspiran ya a la conquista de los lugares lejanos, a traficar *per omnes imperii mercatus*. El *negotiator* se convierte en *civis*, pero quiere llevar consigo en su empresa las libertades ciudadanas conquistadas. Y entonces las garantías inventadas para aquel grupo de libertades locales se convertirán en un obstáculo: la pertenencia a un lugar o el privilegio de inmunidad, fueron trabas y constituyeron cargas, que las hacían chocar con los nuevos objetivos de libertad que se planteaban.

Y así en toda Europa comienzan las luchas de la burguesía con sus señores: la inmunidad les protege contra los posibles atropellos de los funcionarios imperiales, pero no contra sus propios señores eclesiásticos o laicos. Y al conjuro de la palabra libertad, comienzan las revueltas en que a veces tienen los burgueses como predecesores inmediatos a los grados inferiores de la jerarquía feudal, como ocurrió en Milán con los *valvassores* en 957. No sólo fué éste el camino que siguió la burguesía: supo también aprovecharse de las disensiones surgidas entre el emperador y los reyes, y los otros señores, para recabar y obtener nuevos apoyos y defensas para su libertad. Recuérdese el caso de Italia en las luchas de los emperadores alemanes para sostener su dominación política. Y no deja de tener importancia el aspecto financiero: en Francia podrían citarse casos (Huy, Laon) en que el rey, llamado a decidir en pleitos entre señores y poblaciones, concede a éstas libertades a cambio de prestaciones en metálico, pero el tipo más interesante es la oferta hecha de contribuciones fijas para épocas

determinadas, sobre la base de un pacto en que las contraprestaciones eran las libertades otorgadas. Aún podrían citarse los auxilios prestados para apoderarse del señorío de una ciudad: el caso se recuerda en Saint Omer (Flandes), 1127.

Pertenece este tipo de concesiones de libertad a los siglos XI y XII. Aún quedan huellas de las antiguas formas. Se ve claro el tránsito del sistema de privilegio mercantil y de mercado al nuevo estadio de la evolución. Se explica en muchos casos porque se trata sencillamente de garantizar rutas comerciales. En este tránsito empezamos a ver verdaderos catálogos de derechos de libertad.

Este movimiento recibió un impulso mayor de la colonización llevada a cabo por conquistadores y comerciantes: de aquélla pueden presentarse ejemplos en Sajonia, en España, en Inglaterra, Escocia y País de Gales; se trata de asegurar lo conquistado, repoblándolo con hombres capaces de manejar las armas, o en otros casos, como en Francia, de proteger ciertos territorios contra las depredaciones de bandoleros. En los países alemanes lleva, sin embargo, el primer puesto la colonización para fundar mercados y alcanza su punto culminante en la época de los Hohenstaufen, lo cual no significa que dejen de tomarse en consideración aquellas otras finalidades.

Las modalidades de creación varían: una veces se trata, sobre la base de un privilegio real ya existente, de crear un mercado con su derecho especial, o de proteger con una paz, también singular, la seguridad de un mercado, el derecho de asilo; otras, de atraer pobladores, vasallos o extraños, mediante concesiones de tierras, liberación de impuestos sobre el tráfico, etc. En estos casos hay un acto de concesión unilateral, hasta que se constituye una personalidad colectiva, que permite acogerse a la fórmula contractual. Aún cabe el supuesto de que el señor pacte con un empresario la colonización de sus territorios.

En este derecho colonial europeo hay concesiones de libertad cuya importancia sigue el compás de mayor o menor apremio de gentes que colonicen, experimentada por los señores. Conviene destacar que las concesiones se hacen para la persona individual, y para los bienes primero, y luego para la vida política del lugar: *verbi gratia*, la concesión de la facultad de designar juez y párroco. Eran aún mejores las condiciones cuando mediaba un empresario o una agrupación de ellos.

A la cabeza de estas colonizaciones, y ya desde el siglo VIII, se destaca la población de la reconquista española, cuyas cartas contienen concesiones de libertad y son los antecedentes inmediatos de los fueros. Brañosa, Cardona, Nájera, León, van jalando estas empresas. Jaca (1064) representa otro tipo: la agrupación que acomete la empresa de colonizar presenta los fueros a la sanción del monarca.

Aunque en menor escala, también Italia presenta tempranamente concesiones de libertades: Génova (958) puede servir de ejemplo. Más

adelante aparecen las concesiones alemanas, que pertenecen ya a los siglos XI y XII: mercado de Naumburg, por ejemplo, de 1033. En Inglaterra las concesiones de los normandos proceden también del siglo XI (segunda mitad).

No son muy claros los orígenes de las concesiones en Flandes: puede asegurarse, sin embargo, que no van más lejos de esa misma época, segunda mitad del siglo XI.

En Francia no pueden tampoco darse fechas seguras antes de 1090, y eso en cuanto a las comarcas del Sur. La difusión pertenece al siglo siguiente y toma de modelo la concesión hecha a Lorris (1120), que es el catálogo más amplio de concesiones de libertad. Esa misma fecha tiene una gran importancia para el Sur de Alemania, por las concesiones hechas a Friburgo de Brisgovia, que sirven de modelo a una serie de privilegios de la región Sudoeste. No se limita a esta zona la difusión, que alcanza a Praga y presenta la forma de una concesión a los pobladores alemanes de esa ciudad (segunda mitad del siglo XII).

Podrá quizás aventurarse la distinción en un ensayo de caracterización general, europeo, de un tipo para las antiguas ciudades y otro para las nuevamente fundadas, pero dentro del derecho constitucional; esto es, dogmáticamente, será necesario atenuarla, haciendo notar el fenómeno de adaptación de nuevos derechos en ciudades pobladas de antiguo.

Más difícil resulta contestar a esta pregunta: ¿de qué estado europeo procede la formulación más antigua de estas declaraciones de derechos? No es posible contestar con toda certeza: en unos casos porque fué destruído el modelo primitivo (y abundan los ejemplos); en otros porque faltan noticias que permitan fijar fechas con certeza. Dentro de cada país hay otros datos que permiten seguir el proceso de elaboración y algunos que, incluso por su exacta coincidencia, permiten asegurar que se trata de evoluciones paralelas, empezando por los nombres de no pocas ciudades (Freistadt, Freiburg, Villefranche, Villafranca). Con esto debe ir unida una afirmación respecto a la forma de transmitirse esas libertades, y son las relaciones de vecindad y el tráfico que ellas implican; así, los caminos comerciales que comunican Italia con Alemania, Flandes y Francia, forman el conducto de transmisión de esas libertades ciudadanas. Debe añadirse el comercio marítimo de esos países, con más Inglaterra y España. Las empresas guerreras en que participan gentes de naciones diversas, constituyen otro elemento de propaganda. Y si por parte de los pueblos existe este cambio de instituciones, no es inverosímil pensar en algo semejante, con relación a los señores feudales, puestos en contacto por empresas como las Cruzadas. Es también elemento de propaganda la uniformidad de las instituciones eclesiásticas.

Sobre estas bases, la cuestión de prioridad podría aparecer dudosa

entre Italia y España. Desde luego hay que descartar la copia de una a otra, salvo en cosas accesorias: se trata de elaboraciones autónomas sobre una base común de cultura jurídica medieval. Lo que es evidente es que los textos españoles, por su pasmosa coincidencia con otros del Mediodía y Occidente de Europa, más modernos que aquéllos, han ejercido un gran influjo. Francia fué el camino normal de esta difusión; las peregrinaciones y el comercio, sus vehículos.

El aspecto general que ofrece este cuadro europeo es el de concesión de derecho de libertad, en forma de una autolimitación de la soberanía, pero en la forma específica de las concesiones participan todos los miembros y estados de la jerarquía social y política, desde los emperadores hasta los señores de categoría inferior. Influye en la varia distribución de esta actividad concesora el mayor o menor poderío que lograron alcanzar los monarcas frente a sus vasallos nobles, o la política que siguen para atraerse las poblaciones civiles de las ciudades sometidas a un señor eclesiástico.

Los beneficiarios de esas concesiones son los burgueses. Ya se dijo que originariamente la representación jurídica de los lugares no pactaba con los señores para constituir esos derechos, sino que los recibían los individuos que se incorporaban a tales poblaciones.

Cuestión distinta, y más amplia, es la de saber a qué clases sociales se extienden los privilegios; pueden distinguirse tres grupos de libertades: en los lugares donde ya existe una comunidad de hombres libres aquellos privilegios se extienden sólo al círculo de esos ciudadanos libres. Puede servir de ejemplo el privilegio de Cremona de 996, dirigido "omnes cive cremonenses liberos, divites ac pauperes". En otros casos, donde tiene aplicación aquel adagio "el aire de la ciudad hace libre", no ya los elementos libres, sino los serviles, podían alcanzar el goce de esas ventajas. No era necesario siquiera invocar el principio a que responde tal adagio, porque en muchas ciudades el mero hecho de la permanencia concedía la libertad, mostrándose así el esfuerzo para la igualación jurídica de sus habitantes. Por último, hay un grupo de ciudades en que los privilegios se otorgan a determinados sectores de súbditos o vasallos, que continúan en esta situación, dando con esto una prueba de la permanencia del antiguo sistema de derecho señorial. Es el caso más frecuente de las concesiones hechas a lugares de la iglesia.

La forma en que se hacen las concesiones es la del *privilegio*. Significaba, desde luego, un alivio en la situación de las personas afectadas, pero representaba también muchas veces la eliminación de cargas, que podían estimarse abusos cometidos por el señor y la restauración de las buenas y antiguas costumbres. Otras veces esto se hace en forma de confirmación; gracias a esto podemos averiguar el retroceso que en no pocos casos han experimentado las libertades ciudadanas.

La manera de otorgarse éstas aparece en forma diferente para aquellas ciudades autónomas en que la propia comunidad es la legisladora. El señor resulta eliminado una vez que ha concedido las franquicias; las facultades que aquél cede quedan absorbidas por el órgano de poder de la ciudad. Y nos encontramos a veces con que, de esta manera, los derechos para los individuos sufren, no ya en su aspecto práctico, que esto es frecuente, sino incluso en la manera de estar formulados. Y así, *verbi gratia*, como ya hizo notar Pertile, la transmisión íntegra de facultades al *podestà* italiano, en muchas ciudades representa la desaparición de las libertades vecinales.

En otros casos los ataques eran directos, por parte de los príncipes. Y como el principio proclamado era el de la duración eterna de los privilegios, se acudía al expediente de anularlos, por incumplimiento u otros pretextos. Son en ocasiones los nobles coaligados los que exigen de los reyes la abrogación de ciertas libertades: recuérdese el caso de la bula de oro, en Hungría, de 1356. La Edad Moderna conoce, por el contrario, el proceso hacia la restauración de los antiguos privilegios, pero haciendo salvedades para la vigencia del derecho imperial y para la conservación de la autoridad personal del emperador.

Como garantía contra tales peligros, se acude al procedimiento de hacer que los señores confirmen las libertades cuando advienen al poder. Este procedimiento, también usado en la Edad Media, cambia, sin embargo, ahora de significación: a los regidores de las ciudades les preocupa menos esto que asegurar la autonomía de sus funciones y donde no se consagra siquiera tal autonomía la libertad ciudadana cae pronto en olvido. Por este camino fué desapareciendo.

Por otro lado también evolucionan las concesiones de libertad. Las antiguas organizaciones feudales habían ido perdiendo sentido como medio de reclutamiento del ejército, pero conservaban, en cambio, vivo el sentimiento de clase. En principio, los hombres del séquito feudal recibían ciertas promesas, como consecuencia del juramento de fidelidad que ellos prestaban al anudar ese lazo; en este sentido, y aunque con reservas, tales promesas o concesiones de libertades pueden utilizarse en la presente exposición. Las luchas por las investiduras y las Cruzadas despertaron el sentimiento de solidaridad de clase y condujo a esos hombres a convencerles de la existencia de una cierta comunidad política de intereses: coaligadas incluso con burgueses, esas clases dirigieron en ocasiones a los Príncipes requerimientos para obtener concesiones de libertades. Recuérdense, *verbi gratia*, el caso de la Magna Carta, la Bula de Oro de 1222 en Hungría y la Carta normanda de 1324. En otras ocasiones, esas concesiones fueron consecuencia de servicios militares prestados por la nobleza. Con el crecimiento de las exigencias financieras de las Cortes y del ejército, las clases nobiliarias opusieron constantemente la vigencia del principio de la voluntariedad de las aportaciones y su carácter único, es decir, su no

permanencia. Con estos reconocimientos privilegiarios de clase, se mezclaron en no pocas ocasiones declaraciones de tipo análogo a las obtenidas por las ciudades.

El espectáculo de este doble proceso (burgués y de clase) en la formación de libertades puede contemplarse en los distintos países: España (Castrojeriz y Santa Cristina, en Castilla; Alfonso II, 1172, a los infanzones de Aragón; con carácter general, es decir, para todos los súbditos León, 1188); Inglaterra (Carta de Enrique I, 1100; Magna Carta 1215); Flandes (donde pasa la Magna Carta, 1293, y llega a adoptar una forma típica el reconocimiento del derecho de resistencia: 1292, documento del duque Juan II, para Brabante); Francia (siglo XIV, Felipe Augusto y Luis X, privilegios para la nobleza o para todos los súbditos de un territorio determinado); Alemania e Italia (ley sobre condición de los valvassores, por Conrado II en 1037, que no contiene aún garantías; privilegio de 1168 para los *ministeriales* de Steiermark), y Hungría (Decreto del Rey Esteban de 1007, Bula de oro de 1222, muy influida por la Magna Carta).

El problema de las influencias de una de estas redacciones sobre las otras es difícil de resolver, porque puede haber cosas que procedan de fondo común, de derecho feudal, por ejemplo, y otras surgidas en virtud de desenvolvimientos peculiares. Lo es igualmente el de la influencia recíproca entre esos dos grupos de privilegios: el formulado para una clase social determinada y el dado para una ciudad, aunque las relaciones entre ambas no pueden negarse, ni tampoco el que los privilegios de tipo local sirven de base a los territoriales.

Cuestión importante relacionada con la adquisición de estos privilegios es la participación de la burguesía en las asambleas políticas. Gracias a ella se logra la extensión a los ciudadanos de ciertos privilegios, que en un principio estaban sólo redactados para la nobleza. Y aun la misma concesión de estos derechos a los campesinos se logra en ocasiones ensanchando las fórmulas de los privilegios, haciendo, *verbi gratia*, que hablen de *populus* u otorgándoselos de una manera expresa.

La manera de irse ampliando estos privilegios consiste muchas veces en adiciones sucesivas a un texto primitivo. Tal ocurre con la Magna Carta, que acaba por ser aplicable incluso a los *villani*. Por el contrario, en ocasiones se presentan príncipes que pretenden abolir concesiones de sus antecesores, con pretextos varios, ya alegando que se trata de juramentos injustos, ya que son enajenaciones de cosas inalienables, como el cobro de ciertos tributos.

Los capítulos siguientes (págs. 86-303) se ocupan de presentar por menorizadamente el cuadro de los derechos de libertad en particular, obedeciendo a un doble criterio, dogmático y geográfico. Imposible

resultaría el intento de resumir las noticias y datos, por otra parte conocidos, o de escaso interés salvo para una exposición especial dedicada a este tema. Nos limitaremos, pues, a ofrecer el esquema de la sistematización adoptada por el autor, sus puntos de vista interpretativos y las referencias a fuentes españolas, sin omitir cuando resulte indispensable alusiones a las de otros países, dando por último un extracto de las conclusiones que ofrece la monografía en orden a la valoración jurídica de este movimiento y a sus repercusiones en las Declaraciones de derechos de la Edad Moderna.

Desde luego, como el autor hace notar, siempre tiene que existir algo de arbitrario en la colocación de los materiales utilizados. Para él puede servir de base para la clasificación este punto de vista: o se trata en las concesiones de libertades, de disolver antiguos vínculos señoriales y de impedir ulteriores creaciones de este tipo (autorización para contraer matrimonio; servicios personales y cargas pecuniarias; libertad de herencia y de movimientos y como punto central de estas libertades la aplicación de aquel principio "el aire de la ciudad hace libre") o se buscan renunciaciones expresas a derechos de dominación ejercidos por los señores (protección de las enajenaciones; liberación del servicio militar; exención de los alojamientos; relevación de impuestos, y especialmente los aduaneros). Aún cabe formar un tercer grupo con aquellos derechos que consisten en obtener la cesación de determinadas formas en la actuación de los tribunales; a este mismo grupo podría traerse la facultad de no comparecer ante tribunales extraños; el derecho a que las sentencias se dicten conforme a ley; garantías contra la detención y registro domiciliario; facultad de no someterse al duelo judicial y otras ordalias. En exposiciones monográficas, dedicadas a nación determinada, el esquema habría de experimentar variantes; parece, sin embargo, el más comprensivo para una exposición de conjunto.

Libertades: de matrimonio.—Se alega en la conocida carta de Alfonso VII a los mozárabes de Toledo (1118), aunque von K. hace notar que ofrece dudas el contenido del pasaje si se trata de interpretarlo en tal sentido (*Et mulier ex mulieribus eorum fuerit vidua aut virgo, non sit data ad maritum invita non per se nec per aliquam potentem personam*).

De servicios y cargas.—Se trata, naturalmente, de las señoriales, aunque en ciertos casos resulte muy difícil, separarlas de aquellas que ofrecen un neto carácter de derecho público. Tal es el caso de España (Muñoz, *Fueros*, I, págs. 14: Valpuesta y 35: Santa María de Rezmondo).

Derecho hereditario.—De la liberación de algunas formas en que suele ejercitarse el poder del señor (retracción de concesiones de tierra, entrega de un mueble o semoviente elegidos), se encuentran igualmente ejemplos en fuentes españolas. Así la disposición en beneficio del alma

ope legis (sucesión *pro anima*) que se encuentra en el Fuero de Fresnillo; la libertad de testar en el de Nájera, etc.

Libertad de movimiento.—Es la nota típica para conocer el progreso de la idea de libertad. Va unida con la facultad de libre disposición sobre los bienes poseídos. Textos españoles: Fuero de Nájera, para este segundo aspecto; Fuero de León con referencia a los hombres de behetría y a los pobladores de solar ajeno, respectivamente para la facultad de disponer de los bienes y de trasladarse. El Fuero de Villavicencio, como inspirado en el de León, repite estos preceptos. El Fuero Viejo (I, 3), faculta a los vasallos (no todos, como parece indicar el autor, sino solamente ricos hombres) para elegir libremente señor, facultad que relaciona con la de los hombres de behetría.

“El aire de la ciudad hace libre.”—En dos sentidos puede entenderse el privilegio contenido en tal adagio: frente al antiguo señor, de quien el siervo queda liberado, total o parcialmente; con relación al señor o potestad dominante en la ciudad donde se refugia, que renuncian a ejercer sobre el recién llegado facultades señoriales. Esta forma del derecho de asilo aparece en fuentes españolas con gran amplitud y desde muy antiguo: Carta puebla de Cardona de 986; derecho leonés de 1020 (artículos 20 y 21; el autor no repara en la distinción posible entre juniors *ex capite* y juniors *ex hereditate*) y su adaptación en Villavicencio, más rotunda en la afirmación; Villafranca de Conflans, Caseda y Daroca ofrecen igual principio con ligeras variantes. En algún caso las fuentes francesas de territorios próximos a Cataluña aplican la prescripción de año y día a la posible acción de recobro del siervo por el señor.

Las concesiones del primer tipo, según una interpretación de Brunner, significan más bien una forma o modalidad del derecho de asilo; las otras, una variante de la idea de que el ambiente acaba por asimilar al hombre que vive dentro de él, es decir, que quien penetra en un lugar sometido a señorío, queda sujeto a éste, y al contrario, el que va a una ciudad donde el principio dominante es la libertad, se hace libre. Si por virtud de la renuncia tácita que significa el transcurso del plazo de la prescripción el siervo deja de pertenecer a su primitivo señor, parece que el dominante en la ciudad, como consecuencia de una *Gewere* justa, se hará su dueño, pero como en la ciudad el principio general es el de libertad, de aquí que el siervo puede cambiar de condición y convertirse en libre.

Esta última parte de la explicación de Brunner es rechazada por el autor y más aún el que pueda hablarse de una diferenciación entre libertad adquirida de un modo absoluto y la otra, en forma condicionada, cuando en la realidad, los documentos, y singularmente los españoles, demuestran que entre una y otra manera de ganar la libertad hubo relaciones íntimas. El propio Brunner admite la posibilidad de una influencia española en las fuentes francesas del Mediodía; y es

que en el fondo el gran historiador incide en el defecto metodológico de tomar como construcciones jurídicas simples expresiones de fuerzas políticas, que utilizan desde luego normas de derecho, pero para el servicio de sus intereses; es necesario no olvidar nunca que la Edad Media, en sus formulaciones jurídicas, buscó siempre un entronque con instituciones ya existentes y principalmente de origen consuetudinario.

Así explicado, aquel adagio representa el interés político anejo a la forma de asentamiento y colonización. En uno y otro se trata de proteger a un núcleo de pobladores, frente a los señores que quisieran dominarlos.

La primera fórmula jurídica de aplicar ese principio es, ciertamente, el derecho de asilo, que ya se encuentra concedido a lugares eclesiásticos, y que se completa con el piadoso deseo de amparar a ciertos criminales. Pero como resultaba también un expediente útil para proporcionarse elementos personales de trabajo, los señores laicos acabaron por recabarlos también. Y por el motivo de estar interesados en conservar a los acogidos, se les fueron concediendo ciertos privilegios de libertad: esto ocurre no sólo en España, sino también en Francia. Respecto a estas fórmulas, se puede advertir una coincidencia fundamental con las de los documentos españoles. Pero es difícil contestar respecto a la forma de haberse producido este influjo y sobre todo cómo experimentaron la interesante adición del año y día que se encuentra, por ejemplo, en una carta de Seaux en Gatinais (1153), y por qué caminos pasaron a Flandes y a Inglaterra.

Lo que sí resulta, a la vista de algunos documentos flamencos, es el motivo de la decadencia de derechos que se establece: esta decadencia o prescripción no mira sólo a la adquisición del señorío por parte del dominante en el territorio donde se establece el siervo, sino que defiende a éste de las posibles demandas que el primitivo señor pudiera formular. Se conjugan en esta forma los dos grandes intereses de la colonización: el del colmo y el del señor del territorio.

Otra cuestión interesante es la relativa a la extensión a los antiguos pobladores de los privilegios concedidos a los antiguos. Generalmente se hace en forma de confirmación ampliada para los últimos y de concesión para los primeros; tal es el caso en Daroca y Caseda, para España.

Qué relación en cuanto al tiempo guardan las diversas concesiones de estos derechos, agrupados en torno a la rúbrica que encabeza este capítulo, no puede señalarse en el estado actual de la investigación. El autor aventura, como puntos de vista personales e hipotéticos, dos líneas de difusión con punto de partida en España y transmisión por el Sur de Francia (Gatenaís) e Inglaterra la primera, y Flandes y el Norte de Alemania, la segunda.

Protección contra enajenaciones.—Se trata del privilegio “de non alienando vel non impignorando” que, a pesar de su aspecto real, re-

dundaba en beneficios personales, en cuanto garantizaba a los ciudadanos que no empeoraría su situación, ya que la enajenación podía suponer que el nuevo señor desconociese los privilegios hasta entonces disfrutados; ofrece, además, un aspecto de derecho individual, en cuanto tiende a evitar la impersonalización de las relaciones de súbdito, que aparecen trabadas en los lugares señoriales por determinadas personas.

Aparece tempranamente esta garantía en Italia (siglo XI); le sigue España (apud Wohlhaupter, pág. 11), en el siglo siguiente y sucesivamente Francia y el Imperio, que nos ofrece muestras diversas en redacciones locales y territoriales.

Liberación del servicio militar.—Procedió de causas varias y adoptó distintas formas: en ocasiones, se estableció solamente para asegurar la defensa de los territorios de frontera, aunque después se transformase en un privilegio ciudadano, que limitara la libertad de reclamar ese género de prestaciones; a veces, se redujo a expediciones de duración determinada o reclamables sólo una vez dentro del año (fuero de Santa Cristina, 1062, un día; Fueros aragoneses, tres días; formulaciones semejantes se encuentra en el recto de Europa). Pero en muchos casos se acompañó esta limitación de excepciones como la necesidad urgente del Rey (Jaca, Sahagún, Sepúlveda). Otras veces, la liberación se autorizó, mediante sustituciones; en ocasiones, es absoluta (privilegio a los barones de Valle, 1094: Muñoz, I, 332); alguna, se compensó el servicio por el pago de una soldada (Castrojeriz, 994; Palenzuela, 1074).

Liberación del deber de alojamiento.—Representaba esto no sólo el levantamiento de un gravamen considerable, sino una garantía de la libertad personal y de la paz de las aldeas. Y se organiza en ocasiones alrededor de otra importante institución: la paz del domicilio.

Es temprana la aparición de este privilegio en España: San Saturnino, Berbeja, Fresnillo y otros lugares, lo reciben ya en el siglo X; hay más ejemplos en el XI, como el de Nájera. Se encuentra hacia la misma época (siglo X) en Italia y va extendiéndose por el resto de Europa: Francia, Alemania.

Exención de impuestos.—Se trata en este caso de aquellas prestaciones de tipo jurídico público, que podríamos contraponer a las prestaciones señoriales; las conocidas con los nombres de tallia, tolta, exactio, precaria, quaesta, bede. Como algunos de esos nombres indican ya (bede, precaria), no son propiamente imposiciones, sino ruegos fundados en una apremiante necesidad del titular del poder público; pero la práctica acabó por hacer que de su repetición se pretendiese hacer motivo para una exacción periódica, y es entonces cuando surge como una garantía la limitación del poder público en estas materias: se encuentra ya en Francia a principios del siglo XII, incluso para el Rey (privilegio de Lorris), y aparece, con escasa diferencia de tiem-

po, en Flandes y Alemania. En algún caso el privilegio lo que hace es recordar el originario carácter voluntario de esas prestaciones; en otros, regular su exacción para impedir los abusos, por ejemplo, limitándolas a la cantidad que ha sido corriente entregar hasta aquel momento, o fijando su carácter anual.

Exención de tasas aduaneras.—Se trata de un movimiento impulsado por los señores, a quienes interesaba la mayor expansión posible en el comercio de sus súbditos; los mismos señores impetran del Monarca la desaparición de esa regalía. Claro que estrictamente no es un movimiento en favor de un derecho de libertad, puesto que no suelen ser concedidos directamente a las poblaciones, sino a los señores; pero, a ejemplo de éstos, por más que varían los matices, acaban por ser los propios comerciantes quienes gestionan y obtienen tales concesiones.

De España cabe registrar como referible a esta corriente, el Fuero de Nájera, tipo de la liberación concedida a comerciantes que viajan con sus propias mercancías; y el de Sepúlveda, para la exención de impuestos aduaneros en favor de comerciantes establecidos de fijo.

Liberación de jurisdicciones extrañas.—Resulta al principio una consecuencia de la inmunidad concedida a los señores y en provecho de éstos, pero resulta también útil para los propios súbditos, porque favorece la constitución de tribunales de mercado y en definitiva ayuda a crear la jurisprudencia en el círculo de la actividad administrativa municipal. Este privilegio "de non evocando", ejercía su acción hacia el interior y hacia fuera, es decir, llamando a todos, incluso a los súbditos que habían estado sometidos a otra jurisdicción y no permitiendo que los propios súbditos salieran a obedecer requerimientos, ante otros tribunales, con todo lo cual se robustecía una protección de la libertad ciudadana. En España encontramos manifestaciones de este privilegio: San Saturnino, Berbeja... en forma de inmunidad frente al sayón del Rey, y como clara formulación del principio general, en el Fuero de Jaca. Aún podrían añadirse, entre otros, Calatayud y Peralta.

Derecho a que las sentencias se den con arreglo a la ley.—Las ilimitadas atribuciones del juez sobre el cuerpo y la hacienda de los ciudadanos tienen, sin embargo, una exigencia en su ejercicio, que se convierte en un límite: la de que el juez se atenga a la ley. Toda actuación en forma distinta, constituye un acto reprochable.

Ya se encuentra algo de esto en los decretos del Concilio tercero toledano y en la *Lex Baiuvariorum*, tan influida por el Derecho visigodo. En otros textos medievales, aparece en forma religiosa y solemne (Eduardo de Inglaterra en el siglo x; Eitelredo, a fines de ese mismo siglo; antes, varios monarcas carolingios). Como conquistas obtenidas por las poblaciones, las primeras son las logradas por lugares italianos, sometidos a los Emperadores alemanes. También ciertas categorías de las clases encuadradas dentro de la organización feudal

logran este privilegio, tal como se encuentra, *verbi gratia*, en la Ley de Conrado II dada para Milán en 1037 y que suele incluirse en las redacciones de los *Libri feudorum*. Los anteriores privilegios, aparecen igualmente en un documento inglés con doble carácter: privilegio feudal y concesión general (comites et barones...; nullus liber homo. respectivamente), a saber, en la Magna Carta.

Otra aplicación de este mismo principio es la que nadie pueda ser condenado sin ser oído, que aparece en las llamadas Cortes de León de 1188.

Garantía contra las detenciones.—Concebida ésta como una atribución del poder público, de tipo análogo al derecho que asiste a un acreedor para apoderarse de su deudor moroso, o a un ofendido para prender a su ofensor, representaba, sin embargo, una amenaza grave contra la paz ciudadana. Y tanto mayor cuanto más se acentúa la tendencia a concentrar las facultades punitivas en manos de la autoridad pública.

Las formas en que suele aparecer la limitación de aquella libertad, son varias: garantía de no ser detenido quien presente fiadores u ofrezca prendas; o garantía de no ser llevado a la cárcel. En esta segunda forma la encontramos en Nájera; en la primera, en Jaca. Textos de contenido asimilable pueden encontrarse para Tudela, Zaragoza, y en las Cortes leonesas de 1188; garantía de no sufrir detención fuera de la ciudad: Calatayud. Con todo, la aparición de estas garantías en España e Italia en el siglo XI es más temprana que al Norte de los Alpes y de los Pirineos, donde empieza a conocerse en el siglo siguiente. Y se dirige contra las privaciones de la libertad que tienen el carácter de prisión preventiva, ya que, como es sabido, el arresto no es casi nunca pena propiamente tal.

Garantía contra registros domiciliarios.—Es una consecuencia de la garantía anterior, y al propio tiempo configura una forma especial del derecho de asilo. Con este último carácter se la puede encontrar ya en la Lex Frisionum, puede decirse que constituye una de las notas capitales del derecho germánico. La cuestión sólo se presenta cuando la autoridad judicial ha crecido, hasta el punto de dudarse si la entrada de uno de sus miembros en la casa constituye una violación de esa paz. Hay privilegios cuya redacción no permite asegurar categóricamente si la garantía se da frente a los particulares o también frente al juez. Este último aspecto parece tener en el Fuero de León de 1020, en el de Logroño (1095) y en la redacción territorial de León de 1188.

Exención de ordalias.—Encontramos la no obligatoriedad del duelo judicial en Jaca, ya en 1064; en forma semejante, es decir, dejando reducida esa prueba a la categoría de potestativa para las partes, encontramos la liberación de la prueba del hierro candente y del agua caliente en Logroño y Palenzuela. Ejemplos semejantes se hallan en Inglaterra, Flandes, Alemania e Italia.

Otras libertades procesales.—Del carácter preponderante de la autoridad judicial surge la necesidad de elevar a la categoría de garantía procesal ciertas prácticas que, en ocasiones, son resabios de sistemas procesales antiguos y en otros casos, conquistas ciudadanas, mezclándose y confundiéndose unos y otros caracteres.

Unas veces se prescribe que al demandado, al citarle, se le comunique el nombre del demandante (Cortes, León, 1188); otras, que la citación se haga con ciertas fórmulas (ebenda); en muchas ocasiones, se prohíbe citar a la mujer, ausente el marido (Fueros de León y Villavicencio); se proscriben la tortura, excepto en una ley del Liber iudiciorum, forma vulgata, que pasa al Fuero Juzgo (Vi, 1, 2, ley atribuida a Egica).

Prohibición de penas.—La cuestión de garantías individuales penetra igualmente en el campo del derecho criminal, en su aspecto material, prohibiendo la imposición de ciertas penas, claro que no siempre en interés del culpable, sino por necesidades públicas: tal, por ejemplo, en el caso de destrucción de la casa, como una de las formas de aniquilar la fortuna del culpable (Cortes de León, 1188). En los privilegios a los infanzones aragoneses de 1172 se prohíbe que puedan ser privados de los honores y otros bienes, si no es por delitos señalados. En Villavicencio (siglo XI), la garantía cubre a la familia del culpable, cuyos bienes cuando está fugitivo sólo pueden ser confiscados en cuanto a la mitad, quedando el resto para su familia; a veces la garantía se restringe a los bienes dotales (privilegio de doña Urraca de 1109). Representan limitaciones en la imposición de la pena de destierro algunos preceptos del Fuero Viejo de Castilla (I, 4, 2); los preceptos del artículo 45 del Fuero de León tienen igualmente el carácter de limitaciones a los embargos.

Otras formas del derecho de libertad.—Sería difícil encontrar derechos del tipo de los que vienen siendo estudiados que no sean reducibles, por su contenido o por su forma, a alguno de los expuestos. Pero aún cabría algún caso singular; por ejemplo, la no obligatoriedad del desempeño de cargos dentro de la ciudad. La reina doña Urraca lo concede como privilegio a los habitantes de Burgos en 1118. Aún podrían añadirse la libertad de petición y la de enseñar.

Garantías de los derechos de libertad.—Constituye la nota típica de estas concesiones, y vienen a consistir en el compromiso por parte del poder público de sujetarse a ciertas normas de las que protegen la libertad de los individuos. A veces parecerán más bien una limitación material de competencia, pero en cuanto el juez es una prolongación del señor, quien a su vez posee facultades ilimitadas, una persona tan íntimamente ligada a otra queda sujeta a la autolimitación que la segunda se ha impuesto.

Otras veces las garantías lo son frente a los posibles ataques de ter-

ceros, por ejemplo, autoridades extrañas, pero no son los casos más frecuentes.

Ahora bien: ¿qué naturaleza jurídica tienen esas obligaciones conforme a los textos? Habrá que atender a la forma de expedición del documento; generalmente se trata de cartas, que adoptan la primera persona en su estilo (*donamus, statuimus, concedimus*), y en las que el momento constitutivo propio de tales documentos aparece robustecido con confirmaciones. La concesión misma de la liberación de que se trate adopta una de estas formas: la primera y más normal, libera de una carga o prohíbe un acto determinado (*nemo datis fideiussoribus capiatur*: Daroca, 1142). Una segunda forma es la de prohibiciones, y entonces los destinatarios pueden ser muy varios, generalmente funcionarios, aunque también cabe que vaya dirigida la prohibición a agrupaciones de ciudadanos. La tercera forma revela que la limitación de poder la establece la propia autoridad, que así reduce sus facultades. La forma más típicamente obligatoria, según el sentido literal de los textos, es esta última, pero en las otras también aparece la obligatoriedad, como lo comprueba la historia de los movimientos ciudadanos para la conquista de esas libertades, que de otra manera habrían carecido de sentido. Y en último término el pensamiento del pacto domina aquí, como en toda la evolución política constitucional de la Edad Media. En innumerables documentos se hace notar que el deber de fidelidad de las ciudades está condicionado por la confirmación de las antiguas libertades. Exteriormente, sin embargo, aparecen muchas veces desarrolladas esas concesiones en la forma de privilegios, lo cual no significa disminución de eficacia, pues la ruptura unilateral de uno de esos privilegios implica una acción antijurídica y contraria a la fe jurada. Añade fuerza a unas y otras concesiones, que a veces parecen reconocimientos de derechos subjetivos, la cláusula de perpetuidad.

¿Cuáles eran, en particular, las garantías concedidas? Unas veces de tipo religioso (juramento, o maldición solemne para el otorgante y sus descendientes si faltaban a lo prometido): se encuentran en los Fueros de León, Jaca y Sepúlveda (podrían añadirse muchísimos más); otras, salvaguardia de una persona individual o colectiva, poderosa, y en especial de la autoridad judicial, sobre todo cuando ésta va concentrándose en manos del Monarca (el autor recuerda el procedimiento de contra-fuero ante el Justicia Mayor de Aragón) o estampando una cláusula penal para los funcionarios que atentasen contra esos privilegios (en León contra el *sagio* que desprecie y perturbe la paz del mercado); el tercer recurso consiste en el derecho de resistencia, contra los ataques a esos derechos de libertad, provengan de particulares o de funcionarios: pueden alegarse, como ejemplos, dentro de España, el Fuero de Logroño y un precepto de las Cortes de León de 1188. En forma colectiva nos lo ofrece el derecho aragonés: privilegio de

Alfonso II de 1191. Se encuentran aplicaciones en otros países y desde luego en la Magna Carta inglesa.

El último capítulo del trabajo se consagra a examinar, como indicamos, las relaciones que puedan guardar estos privilegios estampados en los textos medievales con las declaraciones de derechos de la época contemporánea. Y esto en dos aspectos, históricamente y desde el punto de vista de analogía de contenido, o dogmático.

Por lo que hace al primero, es indudable —dice v. K.— que existe un paralelismo innegable entre el sentido de las delimitaciones de derechos y obligaciones. Ahora bien, las relaciones de derivación ofrecen un problema diferente, a saber: si los modernos derechos individuales proceden de aquellas declaraciones medievales, ya en un sentido histórico-político o en otro de historia de las ideas. Que existen relaciones, aun así consideradas las cosas, es evidente; que éstas sean las únicas que han producido las modernas declaraciones de derechos, no puede asegurarse porque cuanto más se extiende la vista en la comparación de las formaciones jurídicas diversas, tanta mayor cautela hay que emplear, a fin de no reducir a un solo factor la variadísima trama de los que han producido una situación jurídica determinada. Podemos, pues, sentar esta afirmación: el fenómeno de haberse reconocido en el derecho público una esfera a la libertad personal y haberla dotado de un reconocimiento jurídico y de una serie de garantías, es, indudablemente, la medula de las modernas declaraciones de derechos. Pues bien; que este es el pensamiento capital de las declaraciones medievales, queda comprobado con todo lo que se ha dicho antes. Nadie ha negado este carácter a la Magna Carta inglesa de 1215, comoquiera que ha podido ser, mediante una serie de ampliaciones en las garantías para su aplicación, el núcleo del derecho inglés en este respecto. Y de este mismo espíritu aparecen impregnados los colonizadores ingleses en América durante los siglos xvii y xviii, aunque en la fijación de los textos hayan influido otras corrientes, como, por ejemplo, la idea de tolerancia religiosa y la creencia en el derecho natural, creador de los derechos del individuo anteriores al Estado, ilegísimos, imprescriptibles, etc. De este mismo tronco, con ideas en algún punto análogas, pero tomadas del movimiento enciclopedista francés, proceden las declaraciones continentales europeas, a partir de la francesa, añadiendo, si acaso, algún refuerzo al sistema de garantías.

Pero siendo muy grande, como el mundo reconoce, el influjo inglés, que llega incluso a las declaraciones de derechos de la post-guerra, su excesiva estimación ha llegado a considerar únicamente la Magna Carta como el origen medieval de estas declaraciones, existiendo otras formulaciones, ya de tipo local, ya dadas para una clase social determinada, que ejercen su influjo en modernos documentos con independen-

cia de la Magna Carta y llegan incluso hasta textos procedentes de la Monarquía absoluta, como el *Landrecht* prusiano. No hay, pues, solución de continuidad en esta tradición de garantizar los derechos del ciudadano. Y esto podría plantearse como tesis incluso en Francia: desde la *Charte aux Normands*, pasando por los *Cahiers*, incluso los del siglo XVIII, encontramos una serie de reclamaciones o reconocimientos *des lois fondamentales*. Subsiste, pues, en el fondo de toda la historia política francesa aquel pensamiento capital, dualista, de la existencia, por un lado del Estado y por otro del individuo, y éste, protegido no por el resultado del equilibrio de fuerzas contrapuestas, sino por un sistema de garantías jurídicas. El movimiento del siglo XVIII, influido por el ejemplo americano, significa no una creación sino un reconocimiento más solemne.—Y lo mismo cabría afirmar de los orígenes en otros países: Bélgica, por ejemplo.

Vuelve ahora a presentarse el problema de cuál fué el camino que siguieron las declaraciones de derechos, formuladas en los privilegios urbanos, hasta llegar a las modernas Declaraciones de derechos en el continente europeo. Que esas declaraciones de la Edad Media sirvieron de modelo en muchos casos a las peticiones de las clases privilegiadas (y aquí podría incluirse hasta la Magna Carta), es indudable. Tampoco ofrece duda que al principio del movimiento revolucionario francés el tercer Estado, y cabría generalizar la observación, se apoyó en ese sedimento social e histórico, suministrado por las declaraciones medievales. Y es, por último, ocasión de semejanza el procedimiento violento, de lucha muchas veces, con que se logra en la Edad Media y en la contemporánea el reconocimiento de esos derechos.

Si ahora se quieren apoyar estas observaciones en un examen más detenido de las fuentes, será necesario recurrir nuevamente a la historia constitucional francesa. Los *cahiers* de los siglos XVI a XVIII, con constantes referencias a los derechos ciudadanos tal como se consignan en los privilegios locales, fueron modelos tenidos en cuenta por los diputados de las ciudades en las asambleas revolucionarias. Así puede afirmarse por algunas pruebas alegables, aunque no existe una investigación agotadora, que recorra los siglos XII al XIX, trabajo que resultaría extraordinariamente interesante. Y en documentos reales se recuerdan desde luego esas libertades medievales: en las "Ordonnances des Rois de France" y en la Carta otorgada de 1814, por citar algunos ejemplos.

Debe hacerse resaltar también que en los debates sobre declaración de derechos con motivo de la Constitución de Weimar, resonó también el recuerdo de las libertades medievales por boca del Diputado profesor Bayerle, incluso citando textos anteriores a la Magna Carta. Ciertas coincidencias literales de artículos de esa constitución con documentos medievales prueban la perdurabilidad de las ideas de aquel tiempo: por ejemplo, la inviolabilidad del domicilio, o la de la

persona frente a las detenciones arbitrarias, o la garantía de no ser juzgado más que por tribunal competente. El autor va haciendo notar coincidencia de este mismo tipo, y no sólo en Alemania sino en otras naciones, a lo largo de las declaraciones del siglo XIX.

Si nos fijamos ahora en el aspecto de coincidencia interna de unos y otros textos, habremos de observar que responden a un proceso ideológico distinto: mientras los derechos individuales en su formulación medieval responden a conciertos y pactos entre fuerzas aisladas, movidas por intereses políticos y financieros, las modernas declaraciones no son otra cosa que un reflejo de la concepción de los derechos del hombre como superiores al Estado. Tal es el pensamiento de Karl Schmitt, por ejemplo. Pero contra esto ha de hacerse notar que en todo proceso histórico puede buscarse la polarización alrededor tanto de una forma jurídica como de un interés económico. En la realidad, sin embargo, las cosas no se presentan así: tras de las puras formas, actúan y obran las fuerzas políticas; por eso se han tenido más en cuenta estas últimas circunstancias, juntamente con las económicas, en esta monografía, que la mera referencia a ideales y a conceptos jurídicos. La cual no significa tampoco que en la Edad Media, al lado de esas meras realidades políticas o económicas, falte una idea de derecho natural, porque ésta existe y pretende obligar principalmente a los que ejercen el poder público. Y esto no únicamente en el puro terreno de la especulación, sino ejerciendo su influjo en las propias redacciones jurídicas (protección de viudas y huérfanos; respeto a la vida humana; no exigencia de prestaciones por encima de lo justo, etc.), aunque no se llega a la idea de que las legislaciones han de traducir en extenso estas exigencias de justicia, pues en su observancia aparece siempre interpuesto el señor.

Otra cuestión distinta es la del influjo que prácticamente haya podido ejercer la doctrina del Derecho natural, elaborada por la escolástica, en la formulación de esos derechos; desde luego lo ha habido, en cuanto a los otorgantes de esas libertades, y especialmente por parte de los magnates eclesiásticos. Más difícil resulta encontrar las huellas de ideas religiosas en los peticionarios, aunque tampoco faltan por completo.

En la literatura no deja de haber desenvolvimientos de las ideas de libertades ciudadanas; recuérdese el Espejo de Sajonia o el de Suabia y la redacción de las Costumbres de Beauvoisis, debida a Beau-manoir.

Sin embargo, en conjunto, es necesario decir con Gierke que los influjos de la realidad han sido más poderosos para lograr esas formulaciones jurídicas, que no los movimientos puramente ideológicos.

Lo contrario ocurre en las Declaraciones de derechos de la época contemporánea: son las fuerzas espirituales de la escuela jusnaturalista las que impulsan en grado importante el movimiento. No debe,

sin embargo, perderse de vista el influjo de factores reales, políticos. Y esto, que lo han hecho observar por motivos de carácter racial los escritores ingleses y americanos respecto a las Declaraciones de Norte América, aún puede aplicarse a las francesas, porque la situación del tercer Estado dentro de aquel absolutismo corrompido que precede a la Revolución, era desesperada. Las mismas clases mercantiles, por ejemplo, necesitaban garantías de seguridad que sólo podían dárseles unas declaraciones puntuales y precisas, acompañadas de procedimientos para asegurar su eficacia y no cabe duda que el recuerdo de los antiguos privilegios influyó considerablemente en el deseo de su restauración y ampliación. Algo semejante podríamos encontrar, en cuanto a impulsos políticos y económicos, en la declaración de derechos de la Constitución de Weimar, menos preocupada de justificar los nuevos derechos que de determinar los fines cuya consecución se buscaba y de perfilar su construcción jurídica.

Reducidas así unas y otras declaraciones a un común denominador, se trata, al compararlas, de no querer agotar todos sus matices y, principalmente, los que nos ofrecen sus redacciones cuando son elevadas a una construcción racionalmente ordenada, como ocurre con las modernas, a diferencia de las medievales, que nos presentan un panorama de variedad y de desorden. Por eso, si se pretende investigar qué procedencia histórica tiene tal o cual precepto en la redacción con que ahora se nos ofrece, trataríamos de llevar a tiempos pretéritos ideas que han sido moldeadas al calor de circunstancias políticas y económicas exclusivas de estos tiempos; y tal sistema de comparación no resulta admisible. Sí lo sería, a título de simplificación, emplear fórmulas modernas y más aún si las despojamos de toda referencia a un contenido concreto contemporáneo y las elevamos al tipo de una *jurisprudencia perennis*.

Otra advertencia sobre estas comparaciones: han de considerarse solamente los puros derechos individuales, es decir, aquellos que tratan de proveer a una protección jurídica del individuo contra ataques posibles de la autoridad en la esfera de su autonomía. Podría buscarse la comparación con un criterio más amplio, pues así como abundan programas de gobierno, sentencias morales, consejos al legislador, etc., en constituciones modernas, también en las declaraciones medievales se hallan mezcladas afirmaciones de ese tipo con disposiciones propiamente jurídico-públicas. Queda, pues, reducido el problema a lo ya indicado varias veces: autolimitación de la autoridad. El presupuesto de esta idea es la existencia de un concepto del Estado como persona abstracta de derecho público en los tiempos modernos, pero algo de esto cabe hallar igualmente en la Edad Media. Dentro de ésta, el titular del poder público quedaba ligado por el derecho existente, y al ejercer la fuerza coactiva debía tener en cuenta

que lo hacía dentro de la órbita de sus atribuciones, o invadiendo la zona reservada por los privilegios de libertad. En el primer caso sus actos no eran antijurídicos; lo eran en el segundo. Y lo mismo se puede decir de la autoridad de los funcionarios subalternos; en uno y otro caso el ámbito de poder queda limitado.

Acaso pudiera sostenerse que dentro del Estado moderno (Estado de derecho, el cual define la zona de su actuación) resultará innecesaria la formulación de los derechos de libertad, puesto que la limitación existe ya en la propia legislación, del Estado y para el Estado; pero esta concepción resultaría muy estrecha, porque aun con esa copiosa legislación limitativa de la actividad estatal, continúa siendo el valladar más eficaz de sus extralimitaciones la idea de los derechos del individuo. Se trata, como dice Kelsen, no de una definición de lo que *debe* hacer el Estado, sino también de lo que *puede*.

Frente a los órganos del poder ejecutivo la significación que tienen los derechos individuales es ésta: limitar la esfera del poder de aquéllos.

Con esto queda aclarado que, esencialmente, las libertades modernas y las medievales coinciden en su significación.

Por lo que hace a la cuestión de garantías, concebidas éstas como las consecuencias jurídicas que se deducen de una violación de las libertades, no todas pertenecen al mismo orden jurídico de donde proceden las libertades mismas. Es más, dentro de la Edad Media se busca el auxilio en órdenes superiores. Y así se van creando grados de apelación, hasta que al llegar al soberano, la garantía se reduce a una promesa asegurada con juramento, o a una intervención del Derecho canónico, y en algún caso consiste en la creencia de que la norma creada consuetudinariamente está por encima del mismo soberano, como lo revela aquella máxima del derecho occidental: "debes cumplir lo que has ofrecido, porque si no lo haces, nadie se entenderá obligado a guardarte la fe prometida y el propio orden jurídico que tú creaste caerá hecho añicos". Lo cual no quiere decir que faltasen garantías de otro tipo, por ejemplo, jurídicas o políticas; el Justicia Mayor de Aragón, el "Paladín" húngaro, el derecho de resistencia.

Frente a esta variedad de garantías el derecho moderno conoce las enclavadas dentro de la propia zona en que se hace la formulación de las libertades, es decir, en los textos constitucionales; pero si quedara reducido a esto se correría el peligro de que una suspensión de la vida constitucional, como la que supone el artículo 48 de la Constitución de Weimar, pondría en grave peligro esos derechos. Acaso en la comparación podríamos ver una mayor seguridad en las garantías medievales, ligadas a un orden jurídico de permanencia indefinida y con pretensiones de eterna, mientras los modernos derechos constitucionales están a merced de una mayoría cualificada de la Cámara.

No están con esto agotados los términos de las posibles comparaciones. ¿En favor de quién se crean esos derechos? La concepción del derecho subjetivo es muy varia, aun dentro de los mismos tratadistas de derecho público: sólo en Alemania, o mejor entre tratadistas germánicos, dos figuras tan relevantes como Jellinek y Kelsen llegan a conclusiones diferentes. Para el primero hay derecho subjetivo donde existe la posibilidad de que el sujeto protegido por la norma puede poner ésta en juego; para el segundo, en cambio, cuando se trata del derecho subjetivo, se trata de la norma misma, contemplada desde la persona a cuya solicitud puede actuar la voluntad del Estado declarada en dicha norma. Reduciendo a una cierta nota común estas nociones, con otras varias que podrían ofrecerse, siempre encontramos un cierto poder de disposición concedido al individuo. Pues bien, esta noción está en el fondo de las concepciones medievales y aún se acentúa esta impresión notando que tal poder de disposición resulta renunciabile. El juez, por ejemplo, no *debía* disponer registros domiciliarios; sin embargo, los burgueses *podían* consentirlos. Y esto mismo ocurre con una gran cantidad de derechos en las modernas constituciones.

Queda aún por determinar quién es el receptor de los derechos individuales: es la colectividad, o todos los que de ella forman parte, o solamente grupos de ella (lugares o clases privilegiados). El primer sentido es el de las constituciones modernas; el segundo, más propio de las declaraciones medievales, pero es necesario tener en cuenta que la Edad Media no conoce el alto grado de concentración de poderes que lleva implícito el Estado moderno; antes al contrario, en los momentos en que esos derechos surgen y se formulan, el número de personas y entidades que pueden crear un orden jurídico es elevadísimo. Y muchas de esas ordenaciones, que arrancan de un privilegio, fueron, sin embargo, la puerta abierta para que se extendieran y cobraran una amplitud considerable, facilitando el camino a las formulaciones modernas de tipo nacional. La aparente contradicción entre uno y otro punto de vista se salva mediante esta consideración; las libertades tienen, sí, su origen en un privilegio, pero son aplicables a todas las personas que se encuentren dentro de la comunidad favorecida, ciudad o clase social. La evolución peculiar del derecho constitucional en conjunto y no la de las garantías de esos derechos ha sido la que ha producido la desaparición de ese elemento colectivo y la concesión de ese realce a la persona individual.

Y como resultado de todo este trabajo —concluye el autor—, puede afirmarse que el pensamiento de los derechos individuales, potencialmente y en su forma esencial, representando la delimitación jurídica entre individuo y comunidad, es un legado de la Edad Media cristiano-germana a la evolución jurídica del mundo entero.

Alguna de las observaciones que formulábamos al estudio de Wohlhaupter podría, acaso, reproducirse aquí. Otras carecerían de aplicación, ya que en un caso se trata del estudio comparado de las declaraciones medievales de derechos y en el otro el tema queda circunscrito a España y a los orígenes.

En resumen, la impresión que el libro deja es excelente: von Keller ha realizado un esfuerzo digno de todo elogio para presentarnos en un cuadro de conjunto sobriamente trazado, sin perjuicio de una erudición copiosa y selecta, el tema de la formulación de los derechos individuales en la Edad Media. No faltan tampoco notas de cierta agudeza en la interpretación jurídica de los hechos históricos, aunque en este punto el autor se deja llevar por un pensamiento *a priori* de lo que significan los derechos individuales: la idea de autolimitación del Estado. Pero el interés mayor de la obra estriba en que, gracias a ellas, se abre la posibilidad de una serie de investigaciones minuciosas y localizadas. Sobre la base del libro de von Keller y para insistir en sus conclusiones o para rectificarlas, cabe hacer ya en los distintos Estados europeos una serie de monografías de tanto interés histórico como jurídico. Esperemos que la excitación que este libro representa no constituye una llamada en vano y la aparición de trabajos que vengan a darnos, con explicaciones de base más minuciosa, una comprensión más profunda también del tema examinado.

ROMÁN RIAZA.

REICKE, S.: *Das deutsche Spital und sein Recht in Mittelalter.*

II. Teil Das deutsche Spitalrecht. Kirchenrechtliche Abhandlungen. Stuttgart, 1932. Un vol. de 320 págs.

Contiene este segundo volumen lo referente al derecho de los hospitales alemanes en la Edad Media, más un capítulo, no tan directamente incluíble en el título general de la obra, consagrado al derecho de los leprosos.

Cuatro tipos de hospitales existieron en Alemania: el hospital monacal, sometido en todo a la autoridad del abad y articulado en la organización monástica como una de tantas dependencias. El hospital de congregaciones consagradas al cuidado de enfermos, formadas entorno a cada hospital y para su servicio, sin pertenecer a una familia religiosa más amplia; por lo común de legos, aun cuando a ellos se asocia a veces algún presbítero para las atenciones religiosas de enfermos y hermanos, distinto casi siempre del superior de cada hospital. Hospitales de las órdenes militares de hospitalarios, con la peculiaridad que se origina de la organización jerárquica y centralista de la orden: en cada casa se organiza el hospital en manera semejante al monás-