

estos mudéjares fueran los bereberes y los conversos, pero de ascendencia española, cuya vida está garantizada en los fueros como la de los judíos y b) el grupo que integran los judíos, cuyas comunidades aparecen inmediatamente en el reino de Toledo. Gran parte de la organización administrativa estaba en sus manos, y dada su pericia fueron utilizados para la recaudación de impuestos y tributos, tareas de administración pública, secretarías de la correspondencia árabe, así como el de financiar todos los gastos de las expediciones bélicas, lo que les lleva a gozar gran influencia en la corte. Pero el año 1108, en que se sufre la derrota de Uclés, cuya pérdida se atribuye a la huida del ala izquierda del Ejército castellano, y la muerte de Alfonso VI en 1109 «producen un ambiente de exaltación tal, que hace prender la llama de la persecución contra los judíos a quienes se hacían responsables de todas las desgracias».

Esta judería toledana constituía un barrio aparte, que se conserva hoy perfectamente, situado en la zona SW. de la ciudad, en torno a la sinagoga, con su estatuto particular.

En resumen, nos encontramos ante un trabajo que cumple la finalidad que, sin duda, se propuso su autor, no sólo incorporar al conocimiento de los especialistas datos de la historiografía toledana, dentro de una exposición clara y amena, con rigor científico y documental, sino que tendrá, además, una favorable acogida en el ámbito local.

Ruperto Bas.

SCHMIEDEL: *Consuetudo im klassischen und nachklassischen römischen Recht*. Graz-Köln, 1966. Böhlau-Verlag (131 págs.).

Realiza el autor un estudio interesante y muy bien orientado. Formado al lado de maestros de la talla de Pringsheim y Wolff, como el propio Schmiedel explica en su prólogo, acomete su trabajo de investigación con documentada precisión.

El tema es amplio y general. Uno de esos estudios que escapan, incluso, de las fuentes legales y las desbordan, ya que la costumbre es, precisamente, un Derecho vivo, y cuando los textos la recogen o hablan de ella no hacen otra cosa que reconocer casi siempre una situación de hecho y un reflejo de la realidad.

Trata en el capítulo primero (págs. 4 a 19) de examinar la costumbre en los textos clásicos, pero como muy bien dice Schmiedel, la Jurisprudencia romana se orientó siempre a problemas prácticos y nunca a cuestiones especulativas. Los comentarios al Edicto del Pretor o a los medios procesales de defensa de los derechos llenan las obras clásicas, mientras que la costumbre, por su escasa concreción, parece ser ignorada, al menos en su categoría de fuente de normatividad. Ni siquiera cuando Ulpiano (D.1.1.6) trata del Derecho no escrito con aquella erudita alusión a lo que ocurre entre los griegos, podemos entender que se refiere al Derecho consuetudinario.

Tal vez para los filósofos griegos fue la norma no escrita algo complejo, en donde en algún momento pudo refugiarse la Moral, la costumbre de hecho e incluso la costumbre-norma. Ahora bien, o este texto no es de Ulpiano, sino una elaboración postclásica (opinión de Schulz, Gioffredi y Arangio Ruiz), o bien lo que entendía el jurista romano por Derecho no escrito nada tiene que ver con la costumbre tal como se entendió después de Diocleciano.

Termina el capítulo con un examen de las fuentes literarias de la época clásica. Precisamente por tratarse de obras de filósofos, políticos y retóricos, puede comprenderse que, a diferencia de los textos jurídicos, siempre prácticos y casuísticos, estos otros textos (*Retórica «ad Herennium»*), diversos pasajes ciceronianos y las *Instit. orat.* de Quintiliano) profundicen científicamente en esta normatividad nacida *voluntate omnium*, como *conventa hominum* y que sin necesidad de ningún otro requisito *legitimum sit*.

Un segundo tipo de pasajes más indirectos sí los encontramos en los textos clásicos y con mucha más abundancia que aquellos otros dedicados al estudio de las fuentes. Estos textos los estudia el autor en el capítulo segundo (págs. 20 a 41) y son aquellos en los que se nos habla de una *consuetudo regionis*, *consuetudo loci* o *consuetudo civitatis*.

Los problemas del Imperio romano desde el punto de vista político comienzan a ser muy grandes ya en los siglos II y III. Toda la intervención romana en sus vastos territorios se desliza entre dos puntos capitales: por un lado un principio antiguo e incontrovertido de no reconocer más legitimidad normativa que la de Roma, pero también, por otro lado, un intento delicado de respetar en lo posible unos usos o maneras —no hay inconveniente en llamarlas costumbres— de aplicar la norma de acuerdo con la idiosincracia del país. Por ello, las recomendaciones que hace Ulpiano en su libro *de officio proconsulis* y que el Digesto recoge en varias ocasiones [D. (1.16) 4.5; 7.pr.; (1.3) 33; 34; 47.11.9]. Se trata tan sólo de normas prácticas, para que el magistrado romano tenga en cuenta unos usos locales, prerrogativas, ferias, lugares o ciudades por donde debe entrar en la provincia al tomar posesión de su cargo, etc.

Estas advertencias al procónsul no pretenden más. Ni por un momento se puede pensar que estas costumbres de la ciudad, del lugar, de la provincia puedan tener el valor de leyes en este siglo III. Son costumbres de hecho y que por política gubernamental deben ser observadas. Esta misma idea concuerda, perfectamente, con aquel consejo de Trajano a Plinio en su correspondencia epistolar, de tener en cuenta, mientras no haya conflicto legal, los usos locales, ya que, quizá, con una absoluta intransigencia, se producirían perjuicios, *multa necesse est perturbari* (*Epist.* 115).

No podría ser de otro modo. Las fuentes legales clásicas son muy claras y, no sólo en época de Trajano, sino aún después, tras la constitución antoniniana. Por ello, si en los textos pareciera aludirse algo a la

costumbre entendida como voluntad normativa del *populus* y como fuente del Derecho, hemos de entender que, o bien están interpolados en una época tardía (D. 18.1.7, Papirio Iusto, I *Const.*) para hacer posible determinados usos locales de la parte oriental del Imperio, o bien, no tienen ese sentido de costumbre-fuente como a primera vista pudiera parecer. Esto segundo ocurre en todos aquellos supuestos en los que para la regulación de las *usurae* hay una continua referencia a los usos locales y a la *mos regionis* que deberán ser tenidos en cuenta por el *iudex* en los juicios de buena fe. La verdadera fuente del Derecho, al menos en un sentido amplio, sería el *officium iudicis*, ya que a través de él se configuran los contratos desde el punto de vista litigioso y de rechazo también se tipifican sustancialmente. Esos usos o costumbres locales son tan sólo, y todo lo más, un rico venero en donde puede alimentar el *iudex* su libre y amplio *officium*.

Es, sin embargo, a partir del capítulo tercero (págs. 42 a 68), donde el trabajo de Schmiedel contiene aportaciones verdaderamente interesantes. Parte de los estudios interpolacionísticos, ya hechos, sobre el texto de Juliano, 84 *añig.* (D.1.3.32), para deducir, a través de las adiciones al pasaje original, lo que la doctrina postclásica entiende por la costumbre.

Sobre el texto juliano referente, según Lenel, a las leyes *Iulia* y *Papia Poppea*, fueron hechas dos alteraciones sucesivas, una postclásica y en la que el autor del glosema trata de explicarnos lo que entiende por Derecho consuetudinario, *inveterata consuetudo pro legibus non inmerito custoditur*, y otra adición en la frase final. Esta segunda modificación del texto es, sin duda, posterior a la primera interpolación, no sólo por criterios de forma puramente estilísticos que la hacen muy distinta de la primera, sino porque consagra un principio de derogación consuetudinario sobre el Derecho escrito, que por su carácter científico, tiene que proceder de los compiladores o, por lo menos, de las escuelas bizantinas de finales del siglo v.

A través de estas modificaciones del texto de Juliano y en relación con otras fuentes postclásicas, se podría deducir con facilidad qué es lo que la Jurisprudencia romana del trescientos considera como requisitos de la costumbre. En efecto, un texto de Hermogeniano, contenido en el Digesto (1.3.35) un pasaje del epitome de Ulpiano (1,4) y una constitución de Constantino, del 319 (C. 8.52.2) nos dicen, muy armonizados entre sí, y como manifestación de un espíritu unitario, los dos requisitos que ha de tener la *consuetudo* para que pueda entenderse como normativa en sentido propio: duración y un consentimiento común de todos los ciudadanos, implícito en ella.

El primer elemento del tiempo es expresado con más dificultad, *Inveterata consuetudo*, ¿es expresión tan sólo de la comprobación externa de la propia costumbre (texto de Hermogeniano y epitome de Ulpiano), o da a entender el propio precepto normativo, como parece deducirse del texto interpolado de Juliano?

La terminología es aún titubeante y es lógico que lo sea, ya que por vez primera se plantea un problema de esta envergadura y ello en una época anterior a la formación de las grandes escuelas bizantinas de Derecho, que tanto habían de ayudar para la depuración de muchos conceptos científico-jurídicos.

En cuanto al segundo de los requisitos, el impreciso *consensus populi*, ¿qué quiere decir exactamente? Hemos de admitir que resulta bastante extraño este presupuesto legislativo de la voluntad del *populus* en un momento histórico en el que el pueblo no cuenta absolutamente nada en el gobierno del imperio postdiocleciano. Es verdad que el gran respeto del ordenamiento jurídico por la tradición romana, pudiera influir en que, al menos teóricamente, aún siga en pie el fundamento político del poder público popular. Una prueba de ello es que el propio emperador ha tratado de buscar una fórmula parecida de apoyo plebicitario, para justificar el crecimiento extensivo de la autoridad del príncipe.

El autor intenta una explicación sugestiva para justificar esta doctrina postclásica sobre la costumbre. Cree Schmiedel que la formación de esta opinión común en el Bajo imperio supondría un cierto tacto político defensivo frente al creciente poder legislativo concentrado en las manos imperiales. La jurisprudencia del siglo IV trataría entonces de salvar los propios derechos locales, usando el mismo equívoco argumento del *consensus populi*, como hace cada día el poder imperial.

Quizá falte en esta parte del trabajo una más amplia referencia al papel que cumplió la costumbre postclásica, como elemento vivificador del Derecho vulgar tanto en Roma como en Constantinopla, e igualmente, se echa en falta un estudio de la influencia que en la aparición de usos y tradiciones, jugaron los principios cristianos, actuando muchas veces como catalizadores en la evolución postclásica del Derecho romano, de un modo paralelo al influjo ejercido sobre la sociedad de esta interesante época.

Tras su estudio de la costumbre en la doctrina jurisprudencial del siglo IV, examina Schmiedel el reflejo de esta nueva conciencia jurídica en las constituciones imperiales de este tiempo. A ello le dedica el cuarto capítulo de su obra (págs. 69 a 95).

Podría parecer que siendo el Bajo imperio una época de poder normativo, concentrado en las leyes imperiales, trataran éstas, por todos los medios, de evitar el difícil escollo de una norma jurídica ajena al poder político del príncipe y que podría representar, en definitiva, un freno al creciente estatismo de estos años, silenciando en absoluto a la costumbre. Sin embargo, no es así. En numerosísimas constituciones del *Codex* de Teodosio, incluidas después en el justiniano, los emperadores hablan, largamente, de las costumbres y usos locales.

Hemos de advertir, con todo, que la gran mayoría de las veces se trata tan sólo de praxis administrativas encarnadas en una *consuetudo regionis*. No tienen un significado distinto del que tuvieron en la época de Plinio y Trajano. Son aquellos mismos usos que conviene observar. Sí, han

variado, en cambio, las razones de utilidad pública que aconsejan ahora esta prudente atención, sin duda distintas de aquellas que aparecen en la correspondencia epistolar entre Roma y Bitinia y a las que Ulpiano parece aludir en su obra *de officio proconsulis*. Antes había, más bien, una base política de armonía y libertad en la expansión romana del Alto imperio, ahora se trata de un criterio utilitario de comodidad burocrática para el buen funcionamiento de la compleja administración estatal en un imperio, que está ya en un proceso de fragmentación política.

Más interesantes son aquellas constituciones que pueden darnos una pista en la doctrina imperial sobre el Derecho no escrito. La primera ley que habla del Derecho consuetudinario es de Constantino y del año 319 (C. 8.52.2), que ya antes examinó el autor al comparar su contenido con el epítome de Ulpiano y con el texto de Hermogeniano, contenido en D.1.3.35. Indudablemente, la constitución parece reconocer el valor de la norma consuetudinaria al decir *non vilis auctoritas est*, pero queda muy lejos de plantear un problema de posible colisión ley-costumbre como hace la Jurisprudencia. Sin embargo, tal vez sea lógica esta diferencia por ser distintos los móviles que impulsan a Constantino a ocuparse de la costumbre. El autor trae a colación, por esto, la opinión de Pernice sobre esta alusión a la «racionalidad» que ha de tener la norma no escrita para su validez y piensa que la doctrina imperial es mirar a la costumbre desde arriba, tratando tan sólo de encauzarla y de imponerle ciertos requisitos para su validez.

Este mismo criterio parece deducirse de otras constituciones imperiales del Bajo imperio que tratan del Derecho consuetudinario: C.6.9.8. también de Constantino, del año 329; C.5.20.1. de Graciano, Valentiniانو y Teodosio, del año 381, y la constitución de León y Zenón, del 474 (C.1.14.11), que, aunque no de modo directo, parece tener, igualmente, un punto de vista «defensivo» frente al reconocimiento de la costumbre como norma jurídica.

No pueden darnos las leyes de los emperadores una doctrina científica sobre los caracteres del Derecho consuetudinario. Ni fue ésta la misión jurídica de las constituciones ni, por otra parte, sería cosa fácil. Sólo leyendo entre líneas podemos, todo lo más, deducir un estado de opinión válido para la doctrina de la época. Todo ello sin contar que en la costumbre operan, y están implicados, muchos factores sociológicos y políticos muy difíciles de desentrañar en un estudio por fuerza breve, como el de Schmiedel.

Muy interesante resulta su referencia a los privilegios, ya que, en la compleja vida de esta época, muchas costumbres aparecidas por circunstancias diversas, vivieron como puras situaciones de hecho hasta que, pasados los años, las vemos entrar por la puerta grande del Derecho, en forma de un *ius singulare* imperial: *perpetuae legis vicem obtinere statuimus* (C.8.52.3, de León y Antemio, año 469).

Diversas son las constituciones que examina el autor con este carácter,

pero la más importante, por su naturaleza más general, es la ley de León y Antemio, del 473 (C.1.3.34.pr.): Todos los privilegios, cualquiera que sea su origen --también los consuetudinarios-- en favor de determinados establecimientos eclesiásticos, *per hanc pragmaticam sanctionem firma illibataque in perpetuum custodiri decernimus*. Con ello, muchas situaciones que fueron tan sólo populares y de hecho ya empiezan a ser legales. Si nos fijamos tampoco ha cambiado aquí el criterio imperial, que sigue mirando a la costumbre desde arriba hacia abajo, del emperador al pueblo. En definitiva, la situación de hecho es ya legal gracias al poder imperial que le da valor *in perpetuum*.

Termina Schmiedel su trabajo con un último capítulo dedicado a la costumbre en el Derecho justiniano (págs. 96 a 127) y un nuevo concepto consuetudinario introducido en la compilación: la *desuetudo*, que, a su vez, es quizá una elaboración científica de las escuelas bizantinas de finales del siglo v.

No se trata de una *desuetudo* con un sentido puramente histórico, como sucede cuando Gayo o la propia Instituta justiniana hablan del Derecho romano antiguo y de las *actiones, quas in usu veteres habuerunt*. Es, por el contrario, un valor derogatorio auténtico, tal como se deduce del párrafo 10 de la constitución *Deo Auctore*; de la frase final añadida en el siglo v o vi al texto juliano (D.1.3.32), y de manera mucho más expresa de la *Instituta* (1.2.11): *saepe mutari solent vel tacito consensu populi vel alia postea lege data*.

La opinión de Schmiedel frente a la tesis de Steinwenter es que aquí hay un auténtico reconocimiento del valor derogatorio de la costumbre. Su argumentación no deja de ser lógica. Está el legislador tratando del Derecho de la ciudad y si éste se divide en escrito y no escrito, como en un párrafo anterior acaba de decir, también, por consecuencia necesaria, debe ser la derogación del mismo modo: *ex scripto* y *ex non scripto*, por por una ley posterior y por el tácito consentimiento del pueblo.

Termina el autor con un breve estudio de otros pasajes del Digesto (D.22.1.1.pr.) y de la Novela 89 del año 539, en la que al usar Justiniano el verbo *anaireo* nos deja entender que está pensando en una auténtica derogación formal y no en un mero desuso histórico. Por último dedica Schmiedel unas páginas a la terminología griega de las Basílicas, en donde parece darse el último toque al concepto de *desuetudo*.

JOSÉ LUIS MURGA,
Universidad de Santiago.